



## ACÓRDÃO N.º 22/2014-2-DEZ-1ªS/PL

### RECURSO ORDINÁRIO N.º 06/2014-R (Processo de fiscalização prévia n.º 1608/2013)

**Relatora: Helena Abreu Lopes**

#### I. RELATÓRIO

1. Pelo Acórdão n.º 01/2014-14.JAN-1.ªS/SS, o Tribunal de Contas recusou o visto ao contrato de aquisição de serviços para a *elaboração do projecto de execução para o novo edifício hospitalar a integrar no plano de reabilitação do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho*, celebrado entre o Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE, e a empresa **Luís Narciso - Arquitectos, Lda.**, no montante de €712.500,01, acrescido de IVA.
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)<sup>1</sup>. A decisão de recusa teve por fundamento a ilegalidade do modelo de avaliação das propostas utilizado no concurso que precedeu a contratação, por violação do disposto nos artigos 74.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos (CCP)<sup>2</sup>, a violação do regime dos preços anormalmente baixos, consagrado nos artigos 57.º, n.º 1, alínea d), 146.º, n.º 2, alínea d), e 71.º, n.ºs 3 e 4, do mesmo Código, e a inobservância do princípio da concorrência previsto no artigo 1.º, n.º 4, do mesmo diploma legal.

---

<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 223/2009, 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.



3. Inconformado com o acórdão, o Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho veio dele interpor recurso, pedindo a revogação do acórdão recorrido e a concessão do visto ao contrato. Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 15 a 26 dos autos, em que sustenta a legalidade do procedimento adoptado. Requer ainda que, mesmo que sustente as ilegalidades apontadas, o Tribunal considere conceder o visto ao contrato com recomendações nos termos do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC.

4. Nas Conclusões do recurso é, designadamente, referido o seguinte:

- *“O facto de a fixação de um preço mínimo admissível, abaixo do qual as propostas seriam excluídas, é conforme ao regime jurídico do procedimento de formação do contrato, estando previsto nos termos conjugados dos artº 3.º, 57.º, n.º 1, alínea d), e 146.º, n.º 2, alínea d), do CCP e artº 71º, nºs 3 e 4 do mesmo CCP”.*
- *“A questão é que seja dada prevalência ao princípio do contraditório antes de ocorrer essa exclusão (artº 71.º, n.º 3, CCP)”;*
- *“Os concorrentes que apresentem preço anormalmente baixo incorrem no chamado contraditório antecipado.”*
- *“Se não apresentam a justificação com a proposta não se pode, em princípio, depois colmatar esta falha, por força do artº 142.2.d) do CCP.”;*
- *“Só quando o concorrente não sabe que a sua proposta vai ser considerada de preço anormalmente baixo é que a entidade adjudicante tem obrigação de o interpelar e dar lugar a um contraditório.”;*
- *“O facto de o programa de concurso prever a exclusão dos concorrentes, em caso de apresentação de preço anormalmente baixo, está consentâneo com a lei.”*
- *“O nº 3 do artº 71.º do CCP assume carácter imperativo, pelo que constituiria uma redundância a sua inclusão no programa de concurso.”;*
- *“Por imperativo legal estava sempre a entidade adjudicante obrigada a observar o princípio do contraditório, em obediência ao nº do artº 71º CCP.”;*
- *“No entanto, caso se verificasse essa necessidade, poderiam sempre os concorrentes apresentar a nota justificativa de preço juntamente*



## Tribunal de Contas

---

*com a proposta sustentando-se nas previsões legais que ao caso coubessem.”;*

- *“E nunca a entidade adjudicante poderia excluir os concorrentes sem antes os convidar a esclarecerem a sua proposta neste particular.”;*
- *“Ao invocar a ponderação, valoração e classificação que o júri atribuiu às propostas, o Tribunal está-se a substituir ao júri na actividade técnica de apreciação de propostas, fazendo conjecturas e raciocinando em termos de probabilidades.”;*
- *Deste modo o princípio da discricionariedade técnica do júri que, afinal, é insindicável pelo tribunal, como é jurisprudência pacífica e uniforme, acaba por ser violado pelo acórdão recorrido quando este critica a forma como o júri procedeu à valoração dos concorrentes.”;*
- *“O acórdão recorrido não demonstra, com grau de certeza e segurança, que tenha ocorrido violação das regras da concorrência, pois não assenta essa conclusão em qualquer facto.”;*
- *“A norma relativa à exclusão de proposta com preço anormalmente baixo não é uma norma financeira, já que não lhe estão claramente subjacentes preocupações de protecção dos interesses financeiros públicos, mas sim a equidade das propostas tendo em vista o mesmo tipo de prestação contratual.”;*
- *Deste modo deveria o Tribunal considerar conceder o visto com recomendação, sendo certo que o recorrente não tem qualquer registo no Tribunal de Contas sobre este tipo de alegada ilicitude.”;*
- *“SUBSIDIARIAMENTE e ainda que fosse correcto o entendimento do acórdão recorrido (o que não se concede), a verdade é que, sempre estaríamos numa situação de poder ser utilizado o princípio de aproveitamento dos actos administrativos.”;*
- *“Com efeito, não ocorreu qualquer exclusão de qualquer proposta dos concorrentes.”;*
- *“Não ocorreu a utilização da sanção prevista, quer na lei, quer no Programa de concurso, para a utilização de preço anormalmente baixo.”;*
- *“Assim sendo, porque não ocorreu a prática de qualquer consequência para a ocorrência que o douto acórdão recorrido imputa ao procedimento contratual, mesmo que se entendesse que o procedimento era ilícito (o que não se concede), para meros efeitos dialécticos então teria sempre que se aproveitar o acto de aprovação das peças concursais, dado que estas não teve qualquer consequência ao nível da assacada (mas inexistente, repete-se) ilegalidade.”.*



# Tribunal de Contas

---

5. O Procurador Geral Adjunto junto do Tribunal de Contas pronunciou-se no sentido da improcedência do recurso, considerando que:

- É manifesto que no procedimento se violou o regime do preço anormalmente baixo estabelecido no CCP;
- Não se vislumbra no acórdão recorrido qualquer pronúncia sobre a actividade do júri na valoração das propostas;
- É incontornável que a consagração de um critério de exclusão das propostas de valor inferior ao limiar do preço anormalmente baixo, sem a demonstração de que tal preço era incompatível com a perfeição do serviço a adquirir, só pode consubstanciar a postergação do princípio da concorrência;
- A entidade recorrente não demonstrou que em qualquer circunstância o resultado financeiro do procedimento não seria diferente do alcançado;
- Não se vislumbra o alcance da invocação do princípio do aproveitamento dos actos.

6. Corridos os demais vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

## II. FUNDAMENTAÇÃO

### Dos factos

7. A factualidade fixada no ponto II do acórdão recorrido não foi objecto de impugnação, pelo que se dá aqui por confirmada e reproduzida, nos termos previstos no artigo 663.º, n.º 6, do Código de Processo Civil. Os aspectos mais relevantes para a decisão retomam-se nos pontos seguintes.

8. O contrato em análise foi precedido de concurso público de âmbito internacional.

9. Foi o seguinte o teor do artigo 14.º do respectivo Programa de Concurso:

*“Artigo 14.º - PREÇO BASE*



# Tribunal de Contas

---

1. *O valor máximo admissível da proposta é de 950.000,00 € (novecentos e cinquenta mil euros), ao qual acresce IVA à taxa legal em vigor.*
2. *É considerada proposta com preço anormalmente baixo a que apresentar preço igual ou inferior a 712.500,00 € (setecentos e doze mil e quinhentos euros).*
3. *As propostas com preço superior ao preço base e inferior ao preço anormalmente baixo serão excluídas.”*

**10.** O artigo 13.º do mesmo Programa de Concurso definiu o critério de adjudicação como o da *proposta economicamente mais vantajosa*. Os factores de ponderação deste critério seriam a *Adequação da Solução*, com um peso de 60%, e o *Preço*, com um peso de 40%. Para a avaliação do factor Preço definiu-se o seguinte :

*“C.2 PREÇO (40%)*

1. *As propostas serão avaliadas no intervalo entre o Preço Base, ao qual será atribuído a pontuação de zero (0) e o Preço mínimo admissível ao qual será atribuído a pontuação de quarenta (40).*
2. *Os valores referidos no número anterior são os definidos no artigo 14.º do presente programa de concurso.”*

**11.** Ao concurso foram apresentadas 6 propostas, tendo uma sido excluída por intempestividade da respectiva apresentação. As 5 propostas admitidas e avaliadas foram dos seguintes valores:

<i>LNA-Luís Narciso Arquitectos</i>	<i>712.500,01 €</i>
<i>MVentura &amp; Partners</i>	<i>712.500,01 €</i>
<i>VHM – Coord Gestão Projecto/G-Barbosa &amp; Guimarães Arq.</i>	<i>712.500,01 €</i>
<i>S500-Consulting</i>	<i>712.500,01 €</i>
<i>PPSEC - Engenharia</i>	<i>712.501,00 €</i>

## **Do regime do preço anormalmente baixo**

**12.** Os artigos 71.º e 132.º, n.º 2, do CCP estabelecem que, nas peças procedimentais de um concurso público, se pode fixar um valor a partir do qual o preço de uma proposta deva ser considerado como anormalmente baixo. Se isso não for feito, a lei define, no artigo 71.º, n.º 1, alínea b), do CCP, para este tipo de contratos, que o preço anormalmente baixo é o que corresponde a 50% do preço base desse concurso.



- 13.** Assim, e apesar de o valor fixado ser bastante superior ao limite legal subsidiário, nada há a censurar ao estabelecido no n.º 2 do artigo 14.º do Programa de Concurso em causa, que determinou que seria considerada proposta com preço anormalmente baixo a que apresentasse preço igual ou inferior a 712.500,00 € (setecentos e doze mil e quinhentos euros). Foram, aliás, quer em 1.ª instância quer em recurso, apresentadas razões para o limiar escolhido, as quais não nos oferecem reparos.
- 14.** No entanto, os n.ºs 3 e 4 do citado artigo 71.º referem claramente que nenhuma proposta pode ser excluída com fundamento no facto de dela constar um preço total anormalmente baixo sem contraditório e sem apreciação dos esclarecimentos justificativos para apresentação desse preço.
- 15.** Poderá ter razão o recorrente quando refere que, nos casos em que o limiar for conhecido, o concorrente deve apresentar essa justificação com a proposta e que a eventual exclusão pode operar sem um contraditório específico. Não sendo linear que tal solução esteja inteiramente em conformidade com os objectivos do direito europeu aplicável, parece ser a que decorre do estabelecido no CCP.
- 16.** No entanto, resulta absolutamente claro do disposto no n.º 4 do artigo 71.º que a entidade adjudicante deve casuisticamente analisar os esclarecimentos prestados pelo concorrente para o preço apresentado e, conseqüentemente, justificar a sua aceitação ou a sua rejeição. Ou seja, em caso de proposta de um preço anormalmente baixo devem analisar-se as respectivas justificações e, com base nessa análise, deve decidir-se sobre a admissão ou exclusão de cada concreta proposta. E o próprio preceito avança possíveis causas de justificação para esse tipo de preços: economias do processo de prestação de serviços, soluções técnicas ou condições excepcionalmente favoráveis à execução das prestações, originalidade dos serviços propostos, específicas condições de trabalho, auxílios de Estado legalmente concedidos, etc.
- 17.** Este regime reproduz e é, aliás, imposto pelo estabelecido no artigo 55.º da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, na linha do que já constava de directivas precedentes.
- 18.** O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) pronunciou-se já algumas vezes sobre esta matéria<sup>3</sup>, considerando que o regime impõe o afastamento de quaisquer automatismos no tratamento das propostas que se afigurem de valor anormalmente baixo.

---

<sup>3</sup> Vide, designadamente, os acórdãos proferidos por esse Tribunal nos processos C-76/81, Transporoute, C-103/88, Fratelli Constanzo, C-285 e 286/99, Lombardini e Mantovani, e C-147 e 148/06, SECAP SpA e Santorso



## Tribunal de Contas

---

- 19.** No seu entendimento, estão proibidas quaisquer normas ou procedimentos de exclusão oficiosa de propostas com base em critérios matemáticos. O TJUE considera inaceitáveis quaisquer modalidades que retirem aos concorrentes que hajam apresentado propostas particularmente baixas a possibilidade de provarem que essas propostas são sérias, concluindo que se impõe, nesses casos, um processo preciso, detalhado e contraditório de verificação das propostas, que analise os seus pressupostos e aprecie a pertinência das explicações fornecidas. Só depois se pode decidir e, eventualmente, rejeitar as propostas em questão.
- 20.** Mais afirma expressamente o TJUE que este regime constitui uma exigência fundamental da Directiva e que a adopção de procedimentos de exclusão matemática nestes casos é contrária ao correspondente objectivo de favorecer o desenvolvimento de uma concorrência efectiva em matéria de contratos públicos.
- 21.** O n.º 3 do artigo 14.º do Programa de Concurso, acima transcrito, quando estabeleceu singelamente que as propostas com preço inferior ao preço anormalmente baixo seriam excluídas é, pois, manifestamente contrário tanto ao regime definido no artigo 71.º do CCP como ao direito europeu aplicável. Efectivamente, não se disse que essas propostas seriam excluídas *se* não se encontrassem justificadas, afirmou-se pura e simplesmente que elas seriam excluídas.
- 22.** Invoca o recorrente que o estabelecido no n.º 3 do referido artigo 71.º tem carácter imperativo, que, por isso, sempre a entidade adjudicante estava obrigada a observar o princípio do contraditório, que nunca ela poderia excluir os concorrentes sem antes convidar os concorrentes a esclarecerem a sua proposta neste particular e que, por isso, a inclusão dessa regra no programa de concurso constituiria uma redundância.
- 23.** Ressalve-se que o que está em causa não é somente a precedência de um processo contraditório (que, aliás, o recorrente defende noutro passo não ser necessário). O que não é possível é excluir a hipótese de os preços baixos serem propostos, justificados e admitidos.
- 24.** Mesmo entendendo que a lei prevalece sobre a regra procedimental e admitindo até que a recorrente agisse no procedimento de acordo com essa prevalência (o que não se pode demonstrar porque não foram apresentadas no procedimento propostas de preço anormalmente baixo e, conseqüentemente, não houve exclusões por esse motivo), tal é prejudicado e irrelevante se a regra ilegal se projectar sobre o comportamento dos concorrentes e obstar à realização dos objectivos que a lei pretende salvaguardar.



25. Ora, mesmo que se devesse dar prevalência ao estabelecido na lei se preços anormalmente baixos tivessem sido propostos e mesmo reconhecendo que isso não teve ocasião de acontecer, é evidente que as regras fixadas no Programa de Concurso tiveram consequências na percepção e no comportamento dos concorrentes deste concurso. Eles entenderam que não poderiam apresentar preços abaixo do limiar do preço anormalmente baixo sob pena de inelutavelmente verem as suas propostas excluídas. Isso é manifesto quando verificamos que as suas propostas se situaram um cêntimo ou, no máximo, um euro acima desse limiar. Percebemos que quiseram apresentar os preços mais baixos possíveis mas não correram o risco de exclusão, porque não se vislumbrava possibilidade de justificação dos mesmos.
26. Conforme estabelecido no probatório de 1.<sup>a</sup> instância, o Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho referiu, a dado passo do processo: *“Admite-se, no entanto, que a redacção do artigo 14.º do Programa de Concurso possa ter conduzido a diversa interpretação, o que se lamenta na medida em que não foi esse o propósito da entidade adjudicante quando procedeu à fixação das regras concursais.”*
27. Não terá sido esse o propósito mas o facto é que aconteceu. A ilegalidade da regra concursal não foi, pois, inócua nem irrelevante.

## **Do modelo de avaliação das propostas**

28. A ilegalidade do n.º 3 do artigo 14.º do Programa de Concurso foi ainda reforçada pelo modelo de avaliação das propostas adoptado.
29. Apesar de defender que, não obstante o teor do Programa de Concurso e por aplicação directa da lei, os concorrentes poderiam ter apresentado e justificado um eventual preço anormalmente baixo, o Centro Hospitalar afirmou expressamente, noutro passo<sup>4</sup>, que os seus receios relativamente a uma posição da Ordem dos Arquitectos<sup>5</sup> e à eventual fixação de um preço anormalmente baixo o levaram a *“não contemplar, no modelo de avaliação das propostas, a eventualidade de valoração de propostas abaixo do limite mínimo admissível”*.
30. De facto, como resulta do referido em 10, mesmo que um concorrente tivesse proposto e justificado um preço anormalmente baixo e mesmo que a entidade adjudicante o tivesse aceite, em virtude da efectiva demonstração da

---

<sup>4</sup> Vide ponto II.3.f) da matéria de facto fixada em 1.<sup>a</sup> instância.

<sup>5</sup> Que terá apelado no seu site à não apresentação de propostas ao concurso em causa.



## Tribunal de Contas

---

sua seriedade, ainda assim esse preço seria considerado abaixo do preço mínimo admissível o que, de acordo com o modelo de avaliação das propostas, não permitiria a sua valoração.

- 31.** Este aspecto reforça a interpretação óbvia dos concorrentes: os preços anormalmente baixos não seriam aceites, tanto mais que estavam definidos como não admissíveis e não estava prevista a sua valoração.
- 32.** Demonstra também que, afinal, a entidade adjudicante tinha o firme propósito de não aceitar quaisquer preços anormalmente baixos. Através desta regra comunicou-se aos concorrentes, também por esta via, que, de todo, não valia a pena propor esses preços. Mesmo admitindo que os pudessem e conseguissem justificar, esses preços não estavam contemplados na grelha de análise das propostas e, conseqüentemente, seriam desconsiderados na análise das mesmas, prejudicando uma possível adjudicação.
- 33.** Como este Tribunal tem afirmado noutras decisões, se, apesar do limiar estabelecido pela entidade adjudicante para os preços anormalmente baixos, as respectivas justificações forem consideradas aceitáveis e as correspondentes propostas forem admitidas, a sua valoração não poderá deixar de atender, de modo irrestrito, à vantagem económica do preço apresentado. Integrar no modelo de avaliação desvalorizações ou desconsiderações de preços baixos viola igualmente 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.
- 34.** Por outro lado, admitir essa desconsideração no modelo de avaliação das propostas seria violar de outra forma o regime europeu acima referido que pretende assegurar a possibilidade de os operadores económicos apresentarem e justificarem preços competitivos e, portanto, obviamente, de serem reconhecidos e premiados por isso.
- 35.** Por estas razões, tem também este Tribunal considerado que no factor preço não há lugar ao estabelecimento de parâmetros mínimos. De facto, a possibilidade prevista no artigo 42.º, n.º 4, do CCP está condicionada, nos termos da parte final da norma, aos limites resultantes de vinculações legais, devendo entender-se que o regime nacional e comunitário dos preços



anormalmente baixos é uma das vinculações legais aplicáveis e se sobrepõe à possibilidade de fixar limites mínimos de preço.

## **Das consequências em termos de concorrência**

- 36.** Como refere o TJUE na sua jurisprudência, e já acima referenciámos, o regime de contratação pública visa, entre outros, prosseguir o objectivo fundamental de favorecer o desenvolvimento de uma concorrência efectiva no acesso aos mercados públicos. É o que também se consagra no artigo 1.º, n.º 4, do CCP.
- 37.** Este objectivo destina-se, por um lado, a garantir as oportunidades e interesses dos potenciais concorrentes no acesso a esses mercados, mas também, por outro, a realizar objectivos de satisfação do interesse público, na sua dupla vertente de satisfação das necessidades e do interesse financeiro.
- 38.** Quando o artigo 74.º do CCP 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 acesso 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 CCP.
- 39.** 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



## Tribunal de Contas

---

obedeça a esse princípio<sup>6</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.

- 40.** Com esses objectivos, 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.
- 41.** 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, sendo que, num concurso público, os candidatos não conhecem os preços que os seus concorrentes vão apresentar. Nesse ambiente, o preço que irão propor é o mais baixo preço que possam fazer por saberem que, quanto mais baixo for, mais a entidade adjudicante o vai valorizar.
- 42.** Uma aplicação simples da teoria matemática dos jogos, usada em economia designadamente para o exame de situações de concorrência e leilões, permite concluir que 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. Nessa situação, o jogo da concorrência vai funcionar de forma deficiente.
- 43.** Ora, no caso, nem sequer estamos perante patamares de indiferença. O modelo informou os candidatos de que se propusessem preços inferiores a 712.500,00€ as suas propostas seriam excluídas ou não valorizadas e de que teriam a pontuação máxima se se colassem a esse limite. Obviamente, os

---

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



## Tribunal de Contas

---

preços propostos foram todos colados a 712.500,00 €. Nessas circunstâncias, nenhum outro operador económico se comportaria de outra forma. O jogo da concorrência foi montado de um modo em que o resultado era praticamente certo.

44. Deste modo o modelo assegurou que os preços se aproximassem do valor desejado, claramente desfavorecendo a obtenção de propostas que fossem economicamente ainda mais vantajosas para a entidade adjudicante. Nessa medida, tal como se referiu no acórdão recorrido, condicionou negativamente o funcionamento da concorrência no factor preço, desfavorecendo a obtenção de propostas economicamente vantajosas para a entidade adjudicante.
45. 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. O que, em concreto, sucedeu, tendo conduzido à completa irrelevância do factor preço na avaliação das propostas. Este factor deveria pesar 40% mas, com preços naturalmente idênticos, as propostas tiveram todas a mesma classificação, como seria económica e matematicamente previsível. Não diferente do que aconteceria num regime de preço fixo, em que este factor não tivesse peso.
46. Deve, pois, concluir-se que o modelo de avaliação, na parte relativa ao factor preço, não estimulou, antes inibiu, o funcionamento da concorrência e não assegurou uma escolha fundadas em critérios de economicidade. Violou, pois, os objectivos que legalmente lhe estão fixados.
47. Pretende o recorrente que se tenha em atenção o facto de não terem surgido efectivamente quaisquer propostas de preços mais baixos, aplicando-se o princípio do aproveitamento dos actos.
48. Este princípio não tem consagração nem definição legal expressa. No entanto, existem alguns seus afloramentos na lei e o Supremo Tribunal Administrativo tem-no adoptado, também sob a designação de teoria dos vícios inoperantes. Segundo ele, a anulação de um acto viciado não será pronunciada quando seja seguro que o novo acto a emitir, isento desse vício, não poderá deixar de ter o mesmo conteúdo decisório que teve o acto impugnado<sup>7</sup>.
49. Mesmo transpondo esse princípio para a realidade em causa, e na linha do que refere o Ministério Público, não se compreende a sua alegação, uma vez que as condições da sua aplicação não se verificam. Para que pudéssemos

---

<sup>7</sup> Vide Acórdão do STA proc. n.º 0805/03, de 22-06-2006, Acórdão do STA proc. n.º 0779/07, de 29-05-2008, e Acórdão do STA proc. 01129/08, de 05-03-2009.



## Tribunal de Contas

---

aplicar o princípio era preciso que fosse seguro que a adjudicação seria a mesma mesmo que as regras concursais tivessem sido definidas de forma legal.

- 50.** Ora, como vimos, o facto de não terem surgido propostas de preço mais baixo decorreu precisamente da forma como foram estabelecidas as regras concursais, ao prever a exclusão e desvalorização desses preços. Se as regras respeitassem a lei e os objectivos do concurso, e não estabelecessem a exclusão e desvalorização desses preços, eles poderiam ter surgido e a ordenação das propostas e a adjudicação poderiam ter sido outras, com vantagem financeira para a entidade adjudicante. Termos em que não é seguro que o resultado fosse idêntico. O recorrente, aliás, não faz qualquer demonstração nesse sentido, como bem aponta o Procurador Geral Adjunto.
- 51.** Aliás, como se refere no acórdão recorrido, essa possibilidade é potenciada pelas pequenas diferenças de classificação no outro factor de avaliação.
- 52.** Refira-se, a este propósito, que, como também é assinalado pelo Ministério Público, não se vislumbra na decisão de 1.<sup>a</sup> instância qualquer interferência na esfera de discricionariedade avaliativa do júri de concurso. O que nele se faz é uma interpretação das diferenças de classificação atribuídas para formular um juízo de maior ou menor probabilidade de alteração do resultado do procedimento. E isso é feito precisamente com o objectivo de aferir da eventual aplicabilidade do princípio de aproveitamento do acto, já que se as diferenças de classificação no factor mais ponderado (*Adequação da Solução*) fossem muito significativas a probabilidade de alteração do resultado do procedimento poderia ser mais remota.

### **Das ilegalidades verificadas e da aplicação ao caso do disposto no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC**

- 53.** Do exposto conclui-se pela confirmação das ilegalidades identificadas em 1.<sup>a</sup> instância:
- Ilegalidade da cláusula 13.<sup>a</sup> do Programa de Concurso, por violação do regime dos preços anormalmente baixos, consagrado no artigo 71.º do CCP, em transposição das exigências de direito europeu de contratação pública;
  - Ilegalidade do modelo de avaliação das propostas definido no concurso que precedeu o contrato em apreciação, por violação daquele mesmo regime e ainda dos artigos 74.º, n.º 1, alínea a), e 1.º, n.º 4, do



## Tribunal de Contas

---

CCP, em virtude de obstar à realização plena dos princípios que lhes estão subjacentes.

- 54.** Não está confirmado, nem se pode confirmar, que da violação dos referidos preceitos legais tenha resultado uma alteração efectiva do resultado financeiro do procedimento. De facto, este Tribunal não pode nem tem condições de estimar quais os preços que os concorrentes poderiam ter apresentado se tivessem tido condições de liberdade suficiente para os formar nem quais as pontuações que o júri lhes atribuiria se a grelha de avaliação tivesse previsto uma valoração dos preços baixos. Isso, sim, constituiria um exercício de substituição da discricionariedade administrativa e técnica da entidade adjudicante, tanto para definição como para aplicação dos parâmetros de avaliação. O que um tribunal, em sede de controlo da legalidade, não pode nem deve fazer.
- 55.** Mas, face ao que se referiu, é representável como possível que, se as referidas ilegalidades não tivessem existido, o resultado financeiro pudesse ser outro, uma vez que, a não serem praticadas, outro poderia ter sido o conteúdo das propostas apresentadas, no que concerne ao seu preço, e outra poderia ter sido a adjudicação, com um resultado eventualmente mais vantajoso para a entidade adjudicante.
- 56.** Confirma-se, assim, existir fundamento para a recusa de visto, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, tal como decidido em 1.ª instância. Refira-se que, de acordo com a lei e com o entendimento constante deste Tribunal, e tal como já referido no acórdão recorrido, para efeitos da aplicação desta alínea c), quando aí se diz “*ilegalidade que...possa alterar o respectivo resultado financeiro*” pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração referida.
- 57.** De acordo com o estabelecido no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, nos casos previstos na alínea c) do mesmo artigo, 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. É o que subsidiariamente vem pedido pelo recorrente.
- 58.** Está claramente estabelecido nestes preceitos 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 do referido artigo 44.º, é uma possibilidade atribuída ao Tribunal de



## Tribunal de Contas

---

Contas para tomar uma decisão contrária à regra geral que determina a recusa, a qual deve ser exercida em função dos casos e dos factos concretos e em decisão fundamentada, obrigando o Tribunal a ponderar se existem, em concreto, razões que justifiquem o afastamento da regra geral.

- 59.** No caso, se as regras concursais e o modelo de avaliação das propostas fossem legais e não impedissem a admissão e valorização de preços mais baixos, é provável que os concorrentes os tivessem proposto e isso poderia produzir poupanças para a entidade adjudicante. Como vimos, as pequenas diferenças de classificação no outro factor de avaliação aumentam a probabilidade de, num cenário desses, a classificação das propostas ser diversa.
- 60.** Para além disso, está em causa o cumprimento de regras e princípios de direito europeu, ao qual o Estado português se encontra vinculado, no âmbito de um procedimento a eles sujeito e objecto de publicidade de âmbito internacional.
- 61.** Por essas razões, a solução permitida pelo n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC não se afigura adequada.
- 62.** O recorrente sustenta o pedido de aplicação daquela figura no facto de não estar em causa a violação de regras financeiras, situação que, a verificar-se, impediria a aplicação daquele normativo. Para o efeito invoca que às normas em causa não estão subjacentes preocupações de protecção dos interesses financeiros públicos mas, antes, *“preocupações de equidade das propostas tendo em vista o mesmo tipo de prestação contratual”*.
- 63.** Ora, tal entendimento não nos parece líquido.
- 64.** O que está em causa é a protecção do funcionamento concorrencial. Se, por um lado, se visa com ela garantir o acesso dos candidatos aos mercados públicos, protegendo-os de decisões de exclusão arbitrárias, não baseadas na análise da seriedade das suas propostas e não fundamentadas, por outro visa-se também, como já foi assinalado, estimular o funcionamento da concorrência de modo a assegurar vantagens económicas para a entidade adjudicante. Se eventuais preços baixos propostos forem seriamente justificados, isso constitui um ganho financeiro para a entidade adjudicante.
- 65.** Como bem refere o recorrente, reproduzindo jurisprudência deste Tribunal, uma norma financeira é aquela que visa proteger os interesses financeiros públicos, qualquer que seja o diploma legal em que se insere.



## Tribunal de Contas

---

**66.**Ora, não pode negar-se que as normas violadas protejam interesses financeiros públicos, quando as mesmas definem a determinação do critério de adjudicação com base em factores que visam a realização de economias financeiras, proíbem a rejeição automática de preços baixos e impõem a análise casuística da sua seriedade com vista à sua manutenção justificada a concurso e protegem uma efectiva concorrência que propicie propostas economicamente vantajosas à entidade adjudicante pública.



## 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, 2 de Dezembro de 2014

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(Ernesto Cunha)

(António Santos Carvalho)

O Procurador-Geral Adjunto

(José Vicente de Almeida)