

ROC n.º 3/2021

Descritores: critério de adjudicação; modelo de avaliação das propostas; atributos da proposta não submetidos à concorrência

SUMÁRIO

1. Optando-se pelo critério de adjudicação a “*proposta economicamente mais vantajosa*”, na modalidade de melhor relação qualidade-preço, exige-se que o modelo de avaliação das propostas indique com suficiente densidade os elementos que devem ser tidos em conta para a avaliação do júri e que atribua uma quantificação ou um coeficiente de ponderação a cada um desses elementos, assim cumprindo os artigos 70.º, n.º 1, 74.º, n.º 1, alínea a), 75.º, n.º 1, 132.º, n.º 1, al. n) e 139.º do Código dos Contratos Públicos (na versão anterior à introduzida pela Lei n.º 30/2021, de 21/05).

2. No modelo de avaliação das propostas não podem ser incluídos aspetos que devem ser considerados como atributos da proposta não submetidos à concorrência;

3. A ilegalidade do modelo de avaliação das propostas, decorrente da sua manifesta inadequação e incorreção, consubstancia uma prática suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, constitui, de *per si*, motivo de recusa de visto do respetivo contrato.



1.ª Secção – PL

Data: 23/11/2021

Recurso Ordinário: 3/2021

Processo: 416/2021

RELATORA: Sofia David

TRANSITOU EM JULGADO EM 09/12/2021

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

I. RELATÓRIO

1. O Município de Lagoa (ML) interpôs recurso ordinário, para o Plenário da 1.ª Secção, do Acórdão n.º 13/2021 – 1.ª S/SS, de 12/05, que recusou o visto ao contrato de empreitada, tendo por objeto “a ampliação e alteração do Centro Escolar da Mexilhoeira da Carregação”, celebrado em 25/01/2021, com a empresa Ferreira – Construção, S.A, pelo preço contratual de €3.885.779,00, acrescido de IVA à taxa em vigor.
2. A recusa de visto fundamentou-se no disposto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas (LOPTC), designadamente por existir uma ilegalidade que altera o resultado financeiro do contrato, consubstanciada em não ter a entidade adjudicante procedido à avaliação e pontuação das propostas com base no critério de adjudicação previamente definido, assim violando o disposto nos artigos 74.º, 75.º e 139.º do Código dos Contratos Públicos (CCP).
3. O ML apresentou as alegações constantes dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, onde formula as seguintes conclusões:

“1. O Douto Acórdão em recurso afigura-se desacertado na apreciação dos aspetos a seguir descritos, que delimitam o objeto do presente recurso:

2. Por um lado, a averiguação da correção da aplicação do critério de adjudicação pelo Recorrente no que diz respeito às tarefas avaliativas do fator "Prazo", por referência aos normativos do programa do procedimento e do Código dos Contratos Públicos ("CCP") e a aferição da sua consequente legalidade.

3. *Por outro, a atendibilidade dos interesses públicos prosseguidos com o procedimento e a prosseguir com a execução do contrato e a aferição da necessidade da sua previsão expressa nas peças procedimentais.*
4. *Depois, e na hipótese, sufragada pelo Acórdão a quo, de ocorrer ilegalidade no procedimento, o ajuizamento sobre a sua idoneidade a alterar ou possibilidade de alterar o resultado financeiro do contrato.*
5. *Finalmente, e na hipótese, igualmente sustentada na decisão em recurso, de ocorrer ilegalidade suscetível de alterar ou poder alterar o resultado financeiro do contrato, se essa ilegalidade e o grau de alteração (ou possibilidade de alteração) do resultado financeiro deverão, ou não, prevalecer diante da ponderação, em cotejo com aquelas invocadas desconformidades, dos interesses públicos prosseguidos pelo Recorrente com a decisão de contratar que esteve na origem do procedimento.*
6. *Sustenta-se na decisão a quo que o critério de adjudicação não foi corretamente aplicado e, muito embora não seja inteiramente perscrutável o raciocínio que subjaz a essa conclusão, infere-se da exposição de motivos que ali se entendeu que, no que toca ao fator "Prazo e Preparação da Obra", o Júri do procedimento não poderia (rectius, não deveria) recorrer a qualquer outro elemento avaliativo que não fosse o prazo proposto, tout court.*
7. *Muito inversamente ao defendido na decisão em recurso, a avaliação do fator "Prazo e Preparação da Obra" do critério de adjudicação não se reconduz à mera avaliação do prazo proposto para a execução da empreitada.*
8. *Um tal entendimento corresponderia, a ser acolhido, a desconsiderar o conteúdo do critério de adjudicação nos termos em que se acha expressamente fixado no programa do procedimento e, nessa medida, conduzindo a uma nulidade decisória, pois que omitiria, na sua apreciação, factualidade relevante e decisiva para a regularidade da decisão jurisdicional.*
9. *Desde logo, parece o Tribunal a quo olvidar que o fator em questão avalia, não apenas o prazo, mas igualmente a preparação da obra, sendo dessa forma que vai designado no modelo de avaliação fixado no artigo 22º do programa do procedimento.*
10. *A preparação da obra e o planeamento constituem atributos das propostas, sujeitos a avaliação no fator "Prazo e Preparação da Obra", e sujeitos à aferição da sua compatibilidade com o funcionamento escolar.*
11. *A decisão em recurso simplesmente omite a apreciação daquelas vertentes do fator de avaliação em análise, limitando-se, muito desacertadamente, a concluir que com aquele fator apenas se podia avaliar o prazo de execução - o que, como se demonstrou, não corresponde à verdade.*

12. *Tal erro de análise manifestamente inquina o percurso cognitivo subsequente da decisão, pois que, ao asseverar - equivocadamente - que "os únicos fatores do critério de adjudicação eram o preço e o prazo de execução da obra", o Tribunal a quo conclui pela ocorrência de uma alegada incorreção na aplicação do critério de adjudicação e num conseqüente, mas inexistente, ilegalidade suscetível de ser subsumida na previsão do artigo 44º, nº 3 alínea c) da LOPTC.*

12. *Contrariamente ao sufragado na decisão em recurso, nenhuma incorreção ocorreu na aplicação do critério de adjudicação do procedimento.*

13. *Na verdade, o júri acertadamente avaliou as propostas apresentadas de acordo com os critérios de avaliação do factor "Prazo de Execução e Preparação da Obra" que o Recorrente fixou no programa do procedimento.*

14. *Ainda que se entenda que o modelo de avaliação do procedimento não incorpora, no que diz respeito ao fator "Prazo de Execução e Preparação da Obra", uma pontuação numérica associada à preparação da obra, essa omissão não é idónea a gerar qualquer ilegalidade.*

15. *Por um lado, porque a pontuação associada ao fator em questão decorre diretamente do seu coeficiente de ponderação no quadro do critério de adjudicação, do que decorre que não se pode linearmente afirmar que a grelha de pontuação expressa no modelo de avaliação para a classificação do prazo de execução esgota a pontuação a atribuir nesse subfactor.*

16. *Por outro, ao ponderar o faseamento construtivo proposto pela concorrente RUCÉ no terceiro relatório preliminar (cfr. excerto atrás transcrito) e ao reponderar a avaliação dessa proposta no fator "Prazo e Preparação da Obra", o Júri mais não fez do que integrar a lacuna do programa do procedimento, fazendo incidir sobre essa vertente do fator em questão o desvalor da proposta quanto às deficiências do faseamento construtivo proposto face às determinações expressas no programa do procedimento.*

17. *Fê-lo sem beliscar a estabilidade e a integridade das peças procedimentais (que já previam expressamente a valoração desse atributo da proposta), dentro do espírito do modelo de avaliação (porque não criou qualquer elemento avaliativo ex novo ou praeter legem) e no âmbito das competências que lhe incumbem enquanto Júri do procedimento.*

18. *Ainda que se pudesse entender — o que se equaciona por mera hipótese académica, e sem conceder — que a omissão de uma pontuação numérica associada à vertente preparação da obra seria suscetível de gerar uma ilegalidade, sempre se terá de concluir que essa hipotética ilegalidade não teria qualquer impacto financeiro — ou, tendo-o, tal impacto sempre seria irrisório e irrelevante.*

19. Salvo o devido respeito, a decisão a quo merece igualmente censura quando releva a circunstância de que "em nenhuma peça procedimental, nomeadamente no Caderno de Encargos, foram fixadas especificações quanto às características dos contentores, nem quanto ao faseamento da obra, para que não compromettesse o funcionamento da época e horário escolares", e que "o faseamento da obra e as condições em que a mesma decorreria, foi deixado ao critério dos concorrentes, sem qualquer tipo de restrições, à exceção do faseamento proposto "não comprometer o funcionamento do estabelecimento escolar".
20. Os operadores económicos potencialmente interessados neste procedimento e nos contratos desta natureza conhecem, com obrigação de conhecer, os condicionalismos causados aos trabalhos de construção pela envolvente da obra e pela própria obra, na forma como a entidade adjudicante a apresenta à concorrência.
21. Uns, são elementos, factos, condicionamentos e circunstâncias conhecidos e exigíveis a qualquer empresa construtora, porque constituem o seu know-how; outras, são exigências legais ou regulamentares que igualmente têm o dever de acatar e conhecer.
22. Em nenhum destes casos é exigível às entidades que expressem nas peças do procedimento as condicionantes que tais aspetos criam ao faseamento ou ao planeamento de uma empreitada,
23. Constituindo tais aspetos, justamente, o valor acrescido que as entidades adjudicantes vão procurar ao mercado concorrencial, e que este apresenta nas suas propostas sob a forma de atributos.
24. No procedimento em apreço, os concorrentes sabiam, com obrigação de saber, que o contrato em questão consistia na ampliação e alteração de um centro escolar.
25. Nenhum concorrente pediu esclarecimentos durante o prazo de apresentação da proposta quanto às condicionantes decorrentes do dito "funcionamento escolar", do que inexoravelmente decorre que nenhuma dúvida se suscitou aos concorrentes quanto ao modo de fasear os trabalhos de forma a que o mesmo fosse compatível com o funcionamento do centro.
26. Aliás, não apenas não se lhes suscitou dúvidas como se alcança com apreciável segurança das pronúncias apresentadas - reproduzidas, em boa parte, na decisão recorrida - que ambos não apenas conhecem as condições de funcionamento de um centro escolar como detalhadamente conhecem essas condicionantes.
27. De modo que, salvo o devido respeito, muito desacertadamente se decide no Aresto em recurso também neste segmento, erigindo exigências ao Recorrente que se revelam, senão espúrias, ao menos irrelevantes no plano da apreciação da legalidade do procedimento.

28. *Os interesses públicos prosseguidos com o procedimento - e os que serão prosseguidos com a celebração do contrato - afiguram-se de relevância suprema, porque todos dirigidos à garantia de condições salubres, confortáveis e seguras de ensino escolar de crianças.*
29. *Ainda que tivesse sido cometida a ilegalidade sustentada no Acórdão em recurso e que a mesma apresente impacto financeiro, a intensidade desse impacto é de escassa relevância se colocada em cotejo com os interesses públicos prosseguidos pelo Recorrente com a decisão de contratar que esteve na origem do procedimento.*
30. *Bastará, para tanto, atentar no facto de a diferença de valor entre os preços propostos por cada um dos concorrentes - Ferreira Construção e Ruce - ser de apenas € 69.053,16 no âmbito de um procedimento cujo preço base é de € 3.885.832,84 (cfr. artigo 5º do programa do procedimento).*
31. *o princípio da economia que subjaz à racionalidade e eficiência dos gastos públicos não pode, in casu, prevalecer sobre a prossecução das atribuições do Recorrente em matéria de educação e sobre as exigências ditadas pelos interesses públicos subjacentes à escolha da proposta que, no âmbito do procedimento, melhor assegure a regularidade do funcionamento do centro escolar e a proteção da saúde e segurança das crianças utentes.*
32. *Por tudo, requer-se a este Venerando Tribunal que, em correta aplicação do Direito, revogue a decisão recorrida, substituindo-a pela concessão de visto ao contrato em causa nestes autos.”*
4. Posteriormente, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 99.º, da LOPTC, o Ministério Público emitiu parecer no sentido da não procedência do recurso.
5. Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

II. FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

II.1. FACTOS PROVADOS

6. Na instância *a quo* foram dados por provados e fixados os seguintes factos, não impugnados neste recurso, que se mantêm:

a) Por deliberação de 14/02/2020, a Câmara Municipal de Lagoa autorizou a abertura de concurso público para a execução da obra designada por “*Empreitada de ampliação e alteração do Centro Escolar da Mexilhoeira da Carregação*”.

b) A abertura do concurso foi publicitada por anúncio publicado no DR, II série, n.º 52, de 13/03/2020, com o preço base de €3.885.832,84.

c) No artigo 22.º, do programa do concurso, sob a epígrafe “*Critério de Adjudicação*”, estabeleceu-se o seguinte: “1- *As propostas são analisadas em todos os seus atributos representados pelos fatores e subfatores que densificam o critério de adjudicação a seguir enunciado.*

2- O Critério de Adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa, considerando os fatores e subfatores que seguidamente se expendem e os respetivos coeficientes de ponderação:

- *Critério relativo ao custo: Preço – 70%*

- *Critério relativo ao Prazo de Execução da Obra – 30%*

Em que:

Preço Anormalmente Baixo (art. 71 do CCP) – Será considerado Preço Anormalmente Baixo o preço proposto que seja 20% abaixo do valor médio das propostas apresentadas, não contribuindo para a aferição do valor médio o preço mais alto e o preço mais baixo proposto.

Assim,

a) *A proposta economicamente mais vantajosa resultará da aplicação da ponderação dos fatores conforme expressão matemática que a seguir se explicita:*

$$K = 0,70 \times K_1 + 0,30 \times K_2$$

- *A avaliação do Preço (K1), será ponderada da seguinte forma:*

A pontuação deste fator será calculada segundo as fórmulas indicadas a seguir, sendo P o valor da proposta de cada concorrente, Pb o preço base do procedimento e Pab o preço anormalmente baixo:

Se, $P \leq Pab$, então $K_1 = P/Pab$

Se, $Pab < P \leq Pb$, então $K_1 = \{(Pb - P) / (Pb - Pab)\} \times 100$

O preço admitido para estaleiro não pode ultrapassar os 3% do valor total da empreitada.

- *A avaliação do Prazo e Preparação de obra (k2), será ponderada da seguinte forma:*

Prazo igual ao máximo estabelecido (730 dias): 0

Por cada dia inferior ao prazo máximo estabelecido poderá ser atribuído 1 ponto à proposta 1 ponto à proposta até ao máximo de 120 pontos.

- Para adequada aferição, o Cronograma de Trabalhos a apresentar terá uma periodicidade obrigatória semanal, sendo que a valorização do prazo apresentado depende da adequada justificação contida na Memória Descritiva e Justificativa (MDJ), no Plano de Trabalhos (PT) e no Plano de Gestão da Segurança e Saúde da Empreitada (PSS), devendo a mesma incidir sobre factos concretos e objetivos da empreitada em questão, nomeadamente, uma proposta de faseamento que não comprometa o funcionamento do equipamento escolar.

b) Em caso de empate será considerada como melhor proposta a que obtenha melhor classificação no fator “K2” e por último no fator “K1”.

- d) Foram apresentadas quatro propostas, tendo o júri do concurso no relatório preliminar, datado de 29/04/2020, excluído duas, por apresentarem preço superior ao preço base, e admitido as propostas apresentadas pelas concorrentes Ferreira – Construções, S.A. e RUCE – Construção e Engenharia, Lda., classificando em primeiro lugar e propondo a adjudicação da empreitada à concorrente RUCE – Construção e Engenharia, Lda., de acordo com a pontuação atribuída, a cada um dos fatores de avaliação, que resumiu no seguinte quadro:

Concorrente	Preço (não incluindo o IVA)	Prazo	Fatores de Apreciação		Pontuação Final (PF=0,70xK1 + 0,30xK2)	Classificação
			Preço (K1)	Prazo de execução da obra (K2)		
Ferreira – Construção, S.A.	3.885.779,41 €	610 dias	0,01	120,00	36,01	2.º
RUCE – Construção e Engenharia, Lda.	3.816.726,25 €	610 dias	8,89	120,00	42,22	1.º

- e) Em sede de audiência prévia, a empresa Ferreira – Construção, S.A., veio apresentar a pronúncia, da qual, no essencial, se transcrevem, os seguintes excertos: “(...)
3. Como se extrai do Relatório Preliminar aqui em pronúncia, o Exmo. Júri deliberou atribuir às duas propostas admitidas no procedimento – apresentadas pela ora pronunciante Ferreira, S.A. e Ruce, Lda., a mesma pontuação no referido fator K2 – a saber, de 120 pontos.
4. É, porém, firme entendimento da Ferreira S.A. que aquela deliberação não traduz adequadamente o conteúdo das propostas apresentadas no que toca à avaliação e pontuação no fator K2 e foi determinada por erro grave manifesto.
5. Em bom rigor, e como adiante se demonstrará, a proposta apresentada pela concorrente Ruce, Lda. deveria ter sido excluída em sede de análise formal das propostas, por violação do disposto no artigo 19.º do programa do procedimento, na medida em que da mesma resulta uma solução variante cuja apresentação neste procedimento está vedada por via daquele preceito regulamentar.

6. E que, ainda que assim não sucedesse, a proposta padece de uma inultrapassável ambiguidade que impossibilita a sua avaliação e determina a sua exclusão nos termos do disposto na alínea c) do artigo 70.º, n.º 2 do CCP.

7. Sendo certo que, ainda que assim não se entendesse – o que só por hipótese académica se admite – sempre teria de se concluir que a pontuação atribuída no fator K2 à proposta apresentada pela Ruce, Lda. está inquinada de erro grave e manifesto.

8. Tais erros de análise formal e de avaliação resultam na incontornável invalidade da proposta de adjudicação plasmada no Relatório Preliminar, que determina a subsequente invalidade da decisão de adjudicação que venha a ser praticada pelo órgão competente – a menos que, como adiante se explicita e requer, sejam removidos tais erros e sanadas as invalidades que marcam aquela proposta de adjudicação.

De seguida pormenorizar-se-ão tais ilegalidades.

9. A título preliminar, e para melhor compreensão das irregularidades verificáveis na proposta apresentada pela Ruce, Lda., impõe-se proceder a uma breve descrição da intervenção pretendida com o contrato em formação neste procedimento.

10. O atual Centro Escolar da Mexilhoeira está em uso e pleno funcionamento e é composto por vários edifícios – a saber, Jardim de Infância, Refeitório, Administrativo e Biblioteca e Campo de Jogos.

11. No que aos atuais edifícios que constituem o Centro Escolar diz respeito, o projeto patenteado a concurso prevê a demolição do edifício do Refeitório, a ampliação do Jardim de Infância, a demolição da atual Biblioteca, a remodelação da Área Administrativa e a criação de um Polidesportivo coberto.

12. Paralelamente, no terreno adjacente ao Centro Escolar será construído um novo edifício de raiz, no qual será implementada uma Escola Básica para onde passarão a biblioteca, o refeitório e a cozinha.

(...)

15. Aqui chegados, recordem-se os parâmetros de avaliação do fator K2 do critério de adjudicação consagrados no n.º 2 do Artigo 22.º do programa do procedimento, nos termos dos quais se determina que,

“Para adequada aferição, o Cronograma de Trabalhos a apresentar terá uma periodicidade obrigatória semanal, sendo que a valorização do prazo apresentado depende da adequada justificação contida na Memória Descritiva e Justificativa (MDJ), no Plano de Trabalhos (PT) e no Plano de Gestão da Segurança e Saúde da Empreitada (PSS), devendo a mesma incidir sobre factos concretos e objetivos da empreitada em questão, nomeadamente, uma proposta de

faseamento que não comprometa o funcionamento do equipamento escolar.” (realce e sublinhado nosso).

16. Ora, à luz daqueles parâmetros vinculativos, constitui condição essencial e obrigatória do procedimento que as propostas apresentadas proponham um faseamento que não comprometa o funcionamento do equipamento escolar.

17. Sendo insofismável que, da simples leitura de cada uma das propostas, é forçoso concluir que a proposta apresentada pela ora pronunciante cumpre escrupulosamente essa condição essencial, o que manifestamente não sucede com a proposta apresentada pela Ruce, Lda., que condiciona fortemente o funcionamento do equipamento escolar.

Com efeito,

18. Se se analisar a proposta de faseamento constante da proposta da Ferreira, S.A., constata-se que ali se preconiza, para cumprimento daquela imposição procedimental, a divisão da empreitada em duas fases de construção.

19. Assim, propõe-se na primeira fase a construção do novo edifício sem qualquer intervenção nos edifícios existentes, de forma a não comprometer o funcionamento do centro escolar nem prejudicar, por qualquer forma, as atuais valências disponibilizadas pelo centro escolar.

(...)

22. Como se verá, o mesmo não sucede com o faseamento proposto pela Ruce, Lda., na sua proposta.

23. Na verdade, a Ruce, Lda. prevê, na primeira fase de execução, a construção do novo edifício, mas também a demolição do edifício do Refeitório e a ampliação do Jardim de Infância – logo privando, desde o início da empreitada, o Centro Escolar das valências relativas ao Refeitório, Cozinha associada e ao Jardim de Infância.

24. Como se não bastasse, constata-se ainda que, das plantas de faseamento apresentadas pelo concorrente, a intervenção relativa à ampliação do edifício do Jardim de Infância inviabiliza a utilização do atual campo de jogos, uma vez que estes espaços se sobrepõem parcialmente. Para a ampliação do Jardim de Infância uma parte do campo de jogos terá que ser ocupada para possibilitar a construção desta ampliação, inviabilizando assim a utilização do campo.

25. Em suma: de acordo com o faseamento proposto pela Ruce, Lda., na primeira fase construtiva o Centro Escolar fica limitado a um Edifício Administrativo e à Biblioteca, inviabilizando-se o funcionamento do campo de jogos, do refeitório e do jardim de infância.

26. Numa tentativa – ilegal, como se verá -, de superar os condicionamentos que o faseamento que preconiza impõe ao funcionamento do Centro Escolar, a Ruce, Lda. prevê, na sua proposta, o

fornecimento e instalação de contentores / monoblocos para “comportar a atividade do jardim de infância e outros elementos para comportar a atividade do refeitório”.

27. Da Memória Descritiva e Justificativa (pág. 9) da proposta da Ruce, Lda. extrai-se, com efeito, que, “Uma vez que o jardim de infância se encontra em intervenção, e o edifício de refeitório terá de ser demolido para a implantação da escola básica e demais elementos, preconiza-se que sejam montados contentores/monoblocos perto do edifício que funcionará como edifício administrativo (ilustrados na planta de estaleiro) para comportar a atividade do jardim de infância e outros elementos para comportar a atividade do refeitório.”

28. Ora, essa condição constante da proposta da Ruce, Lda. afigura-se inválida a vários títulos. Vejamos,

29. Antes de mais, veja-se que as quantidades, dimensões, constituição e características desses contentores / monoblocos não estão definidas em nenhuma peça do procedimento, nomeadamente no Mapa de Quantidades.

30. Note-se que não se poderia tratar de contentores ou monoblocos comuns, mas sim de contentores ou monoblocos que forçosamente teriam de se revelar adequados a serem utilizados como jardim de infância e refeitório – utilizações que, por essência, requerem características especiais de segurança e funcionalidade que só a entidade adjudicante está em condições de definir, em conformidade com o interesse público subjacente à garantia da segurança, conforto e salubridade das crianças utentes e da confeção de refeições.

31. Características que, a serem equacionáveis, forçosamente teriam de se achar expressamente definidas no caderno de encargos, atentos os supremos interesses subjacentes à eventual utilização desses elementos para provisoriamente servirem de jardim de infância e de refeitório – o que não sucede no presente procedimento.

(...).”

- f)** Após a referida pronúncia, o júri do concurso, considerando que se tratava “*de uma formalidade não essencial, no âmbito do n.º 3 do artigo 72.º do Código dos Contratos Públicos*” deliberou “*(...) ser necessário que o concorrente [Ruce, Lda.] apresente as características dos contentores/monoblocos provisórios, constantes da sua proposta, para que se possa aferir se preenchem todos os requisitos exigidos para cumprirem a sua função de assegurarem o funcionamento ininterrupto do Centro Escolar, durante a execução da empreitada*” (cf. ata n.º 2 da reunião do júri do concurso).

- g) A concorrente Ferreira, S.A., pronunciou-se contra a referida deliberação, alegando que os esclarecimentos solicitados não se dirigiam *“ao suprimento de qualquer putativa formalidade não essencial, na medida em que inevitavelmente resultarão na modificação da proposta apresentada pelo concorrente Ruce”*.
- h) No segundo relatório preliminar, datado de 26-08-2020, o júri do concurso deliberou excluir a proposta da concorrente RUCE - Construção e Engenharia, Lda., fundamentando a exclusão nos seguintes termos: *“O concorrente RUCE – Construções e Engenharia, Lda., propõe o fornecimento e instalação de contentores/monoblocos para comportar a atividade do jardim de infância e outros elementos para permitir a atividade do refeitório durante a execução da empreitada.*
Analisando as características dos contentores propostos, considera o júri que os mesmos não podem ser aceites, porquanto:
- *A solução apresentada não salvaguarda a funcionalidade do abastecimento do refeitório, pois a localização e os acessos revelam-se deficientes na medida em que cumulativamente também impedem o acesso ao polidesportivo;*
 - *A proposta não é a melhor solução em termos de segurança para o Recreio do Jardim de Infância e do 1.º Ciclo:*
 - *Não se considera admissível o funcionamento do Jardim de Infância em Contentores, pois existe a possibilidade de somente se intervir nessa área quando já esteja terminado o novo edifício que poderá acomodar toda a população escolar;*
 - *Um faseamento mais cuidado permitiria aproveitar a interrupção escolar para a execução da demolição do refeitório e ampliação do Jardim de Infância, o que minimizava o impacto;*
 - *O faseamento proposto não é considerado adequado às necessidades escolares;*
- Face ao exposto, o Júri com fundamento na alínea o) do n.º 2 do artigo 146.º e na alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º do Código dos Contratos Públicos, delibera por unanimidade excluir a proposta do concorrente RUCE - Construção e Engenharia, Lda.(...)”*
- i) E propôs a adjudicação da empreitada à concorrente Ferreira – Construção, S.A., pelo valor de €3.885.779,41, e o prazo de execução de 610 dias.
- j) Na sequência da referida deliberação, foi efetuada uma segunda audiência prévia, tendo a concorrente RUCE – Construções e Engenharia, Lda. apresentado pronúncia, da qual se transcrevem, na parte relevante, os seguintes excertos. *“ (...) Enquadrando,*

A proposta da RUCE, concorrente no presente procedimento, foi, no primeiro relatório preliminar, classificada em primeiro lugar e, conseqüentemente, a proposta como vencedora pelo Ex. mo Júri. Sendo proposto para admissão às demais fases do Procedimento, no mencionado primeiro Relatório Preliminar, apenas a concorrente RUCE e a concorrente FERREIRA - Construção, SA (adiante apenas FERREIRA).

A concorrente FERREIRA veio, no dia 08 de maio de 2020, submeter uma pronúncia em sede de audiência prévia.

Das alegações efetuadas pela mesma, o Ex. mo Júri entendeu como necessário esclarecer as características dos contentores / monoblocos que a concorrente RUCE propõe.

Para o efeito, é elaborada pelo Ex. mo Júri a “ATA N.º 2” para questionar as características dos mencionados contentores.

Apesar da tentativa, por parte da concorrente FERREIRA na sua pronúncia de imputar um enredo meritório de exclusão à proposta da RUCE, na “ATA N.º 2” o Ex. mo Júri decide e regista que, quanto às características dos contentores, “se trata de uma formalidade não essencial”.

Na sequência da resposta, com os esclarecimentos pedidos, da concorrente RUCE ao solicitado (“ATA N.º 2”), o Ex. mo Júri vem emitir o segundo Relatório Preliminar, propondo, infundada, ilegal e contrariamente ao decidido pelo mesmo, a EXCLUSÃO da proposta desta concorrente, invocando para isso, aquilo que imediatamente antes tinha decidido como uma “formalidade não essencial”.

O conteúdo proposto no segundo relatório preliminar é inaceitável, infundado e altamente parcial, viola os princípios da legalidade, da igualdade, da imparcialidade e da concorrência a que este Procedimento está submetido, como de seguida se expõe.

Quanto à infundada e ilegal proposta/intenção de deliberação de exclusão da concorrente RUCE, Em primeiro lugar,

O Programa de Procedimento tem uma metodologia de avaliação que permitia e permite a admissão, caso fosse o caso (MAS NÃO É!), de propostas cujo faseamento proposto não fosse correspondente ou justificativo do prazo proposto.

Ou seja, o prazo de uma proposta poderia ser ou não aceite mediante a adequação, ou não, do faseamento proposto por aquele concorrente.

Isso resultaria na atribuição ou não atribuição de majoração da pontuação calculada com base no prazo proposto (cuja fórmula está no programa de concurso).

Tanto assim é que ficou estabelecido no programa de Procedimento que:

“- Para adequada aferição, o Cronograma de Trabalhos a apresentar terá uma periodicidade obrigatória semanal, sendo que a valorização do prazo apresentado depende da adequada

justificação contida na Memória Descritiva e Justificativa (MDJ), no Plano de Trabalhos (PT) e no Plano de Gestão da Segurança e Saúde da Empreitada (PSS), devendo a mesma incidir sobre factos concretos e objetivos da empreitada em questão, nomeadamente, uma proposta de faseamento que não comprometa o funcionamento do equipamento escolar.”

Portanto, à luz do estabelecido no Programa de Procedimento, uma proposta com uma justificação desadequada de um faseamento teria, não a exclusão, mas sim a não atribuição da pontuação associada ao prazo proposto.

Portanto, mesmo que a proposta de faseamento da concorrente RUCE fosse justificativamente desadequada de um faseamento que não compromettesse o funcionamento do equipamento escolar, no limite deveria ter sido retirada a pontuação associada ao prazo da sua proposta.

Mesmo assim, infundada e ilegalmente, o Ex. mo Júri tem a audácia de desrespeitar o Programa de Procedimento e propõe a exclusão da proposta da concorrente RUCE.

Não pode a proposta da concorrente RUCE ser, por este motivo e mais, como iremos expor, indiciada para exclusão.

Em segundo lugar,

Como já referido na presente pronúncia, e de acordo com o estabelecido no Programa de Procedimento, a informação associada à justificação do faseamento não é uma formalidade essencial passível, por natureza, de produzir e justificar a exclusão.

Pelo que, o Ex. mo Júri clara, estranha e ilegalmente está em contradição insanável ao qualificar corretamente a questão em apreço como “formalidade não essencial” e, posteriormente, propor a exclusão da proposta com base no que anteriormente classifica como “formalidade não essencial”. Incontornavelmente, tem o Ex. mo Júri de repor a lógica racional de agir de acordo com a Lei e com as próprias conclusões por este registadas sob pena de produzir a invalidade legal de todo o Procedimento em causa.

Em terceiro lugar,

Não é possível deixar de alegar e reiterar a falta de lógica, correspondência e fundamento dos motivos apresentados pelo Ex. mo Júri para justificar a proposta de deliberação da exclusão da proposta desta concorrente RUCE.

Ainda mais, as justificações apresentadas, segundo o exposto pelo Ex. mo Júri, tem como base as “características dos contentores propostos” (como referido anteriormente classificado como “formalidade não essencial”).

Segundo o estabelecido no segundo relatório preliminar os motivos são:

(...)

Como transcrito o Ex.mo Júri menciona que não pode aceitar as características dos contentores.

Mas nenhum dos motivos apresentados se refere às características dos contentores, o que implica a aceitação das mesmas de acordo com o submetido na resposta à “ATA N.º 2”.

Ou seja, o Ex. mo Júri propõe a exclusão da proposta da RUCE sem base nem justificação!

Não obstante, os “motivos” mostram-se falsos.

Senão vejamos,

Com relação ao 1º motivo,

Em momento algum o abastecimento do refeitório se encontra impossibilitado, apenas tem um trajeto diferente. Acresce ainda que, em nenhum caso, inclusive no presente, o abastecimento do refeitório decorre sem necessidade de algum movimento manual. Em relação aos acessos, os mesmos permitem circulação pedonal e não impedem o acesso ao polidesportivo. Note-se que a circulação proposta, assim como esboçado pelos desenhos de contentores enviados, como denota a localização das portas, não será entre os contentores e o edifício. Pelo que existe espaço de circulação suficiente para o abastecimento do refeitório e em momento algum inutiliza ou impede o acesso ao polidesportivo.

Portanto, e em boa verdade, não haverá uma alteração de meios nem de metodologia de abastecimento, apenas uma mudança de localização que não impede, como bem exposto, o acesso ao polidesportivo.

Quanto ao 2º motivo,

É dito que “a proposta não é a melhor em termos de segurança”. Mas em momento algum, no programa de Procedimento, é dito que será apenas admitida a concurso a proposta considerada “melhor” em termos de segurança. Portanto, a proposta da concorrente RUCE oferece segurança ao recreio do jardim-de-infância e do 1º ciclo, e isso não foi negado e refutado pelo Ex. mo Júri. Mesmo que exista uma proposta que, do ponto de vista da análise e segundo os critérios que apenas o Ex. mo Júri conhece, mas que não estão patenteados a concurso, seja “melhor” que o proposto pela RUCE, isso NUNCA pode ser motivo de exclusão. Não tem base no estabelecido nas peças de Procedimento, nem na Lei!

Referente ao 3º motivo,

O Ex. mo Júri tenta refutar o uso de contentores para o funcionamento do jardim de infância, apresentando como justificação “a possibilidade de somente se intervir nessa área quando já esteja terminado o novo edifício que poderá acomodar toda a população escolar”.

Somos obrigados a dizer que: (1) No programa de Procedimento não existe a obrigatoriedade de seguir um faseamento específico, pelo que a possibilidade mencionada pelo Ex. mo Júri é apenas uma “possibilidade” e não uma “obrigatoriedade do procedimento”. (2) O novo edifício, segundo as peças de concurso, será construído para acomodar apenas parte da atividade do centro escolar,

sendo que, no final da empreitada, todos os edifícios do centro ficarão em uso, o que denota a necessidade de todos os espaços para comportar a atividade escolar. (3) Não cabe a nenhum concorrente avaliar se o novo edifício a construir pode comportar toda a atividade escolar. Isso atestaria, inclusive, que se tratava de um investimento economicamente esbanjador uma vez que estaria implícito a dimensão altamente desajustada do centro, que o investimento nos demais edifícios seria desnecessário ou o tamanho do novo edifício seria injustificadamente megalómano. (4) Apesar de a proposta da concorrente FERREIRA, estranhamente, estar de acordo com esta premissa agora invocada pelo Ex. mo Júri, nenhuma comunicação legal, nomeadamente na plataforma, foi comunicada neste sentido. Pelo que o Ex. mo Júri não pode excluir uma proposta com base em algo que não estava estabelecido previamente e, usando “motivos” NOVOS e sem comunicação legal a todos os concorrentes.

No que toca ao 4º motivo,

Este baseia-se na suposição do Ex. mo Júri que a proposta da RUCE não segue um faseamento que permita “aproveitar a interrupção escolar para a execução da demolição do refeitório e ampliação do Jardim de Infância, o que minimizava o impacto”. De forma semelhante ao motivo anterior, este baseia-se numa suposição do Ex. mo Júri que não está previsto nas peças de concurso, muito menos era exigida. Em consequência, e novamente, o Ex. mo Júri não pode propor a exclusão de uma proposta com base em ideias, motivos e fundamentos aleatórias que não se encontram fixados nas peças do Procedimento.

Por fim, o 5º motivo,

Não tem justificação, ou uma base, que o certifique como válido. A não apresentação de fundamento para este motivo apenas salienta a realidade – A proposta da RUCE é adequada às necessidades escolares e da presente empreitada, cumprindo todos os requisitos fixados e colocados á concorrência.

Concluindo, a análise dos “motivos” que, como referido, não encontram fundamento no presente Procedimento, cabe-nos dizer que, com todo o respeito pelo Ex. mo Júri, que é muito, os “motivos” apresentados, que como vimos não têm previsão no Programa de Procedimento, configuram mais uma tentativa infundada de exclusão do que o resultado de uma análise justa, razoável e imparcial.

Atento a todo o exposto,

A proposta da RUCE não pode ser excluída,

E pela ausência de motivos credíveis, verdadeiros e razoáveis, o faseamento proposto deve ser aceite como certificador do prazo escolhido e assim ser-lhe atribuída a pontuação associada ao prazo proposto pela RUCE.”.

- k) Na sequência da pronúncia da concorrente RUCE, Lda., o júri do concurso elaborou um terceiro relatório preliminar, tendo deliberado readmitir a proposta desta concorrente, com os seguintes fundamentos: “ O Concorrente RUCE – Construção e Engenharia, Lda., propõe o fornecimento e instalação de contentores/monoblocos para comportar a atividade do jardim de infância e outros elementos para permitir a atividade do refeitório durante a execução da empreitada.

Analizando as características dos contentores propostos, considera o júri que os mesmos não podem ser aceites, porquanto:

- *A solução apresentada não salvaguarda a funcionalidade do abastecimento do refeitório, pois a localização e os acessos revelam-se deficientes na medida em que cumulativamente também impedem o acesso ao polidesportivo;*
- *A proposta não é a melhor solução em termos de segurança para o Recreio do Jardim de Infância e do 1.º Ciclo;*
- *Não se considera admissível o funcionamento do jardim de Infância em Contentores, pois existe a possibilidade de somente se intervir nessa área quando já esteja terminado o novo edifício que poderá acomodar toda a população escolar;*
- *Um faseamento mais cuidado permitiria aproveitar a interrupção escolar para a execução da demolição do refeitório e ampliação do Jardim de Infância, o que minimizava o impacto;*
- *O faseamento proposto não é considerado adequado às necessidades escolares.*

Face ao exposto, o júri delibera, por unanimidade, alterar o teor do 2.º relatório preliminar de análise de propostas, dando deferimento parcial à pronúncia em sede de audiência prévia do concorrente RUCE - Construção e Engenharia, Lda., não excluindo a sua proposta, mas efetuando uma nova avaliação do fator de avaliação designado por “Prazo de execução da obra”, tendo em conta que a solução apresentada por este concorrente refletiu-se numa justificação desadequada do faseamento da empreitada, na sua proposta.”

- l) Classificou em primeiro lugar a proposta da empresa Ferreira – Construção, S.A., e propôs que a empreitada fosse adjudicada a esta firma, atribuindo a cada uma das propostas admitidas a pontuação indicada no seguinte quadro, anexo à referida proposta:

- m) Em sede de nova audiência prévia a concorrente Ferreira – Construção, S.A. pronunciou-se contra a “*readmissão*” da concorrente RUCE, Lda., e esta contra a pontuação atribuída à sua proposta quanto ao fator de avaliação designado por “*Prazo de execução da obra*”.
- n) No relatório final, datado de 03/11/2020, o júri do concurso indeferiu ambas as reclamações, manteve as classificações atribuídas no terceiro relatório preliminar, e propôs a adjudicação

Concorrente	Preço (não incluindo o IVA)	Prazo	Fatores de Apreciação		Pontuação Final (PF=0,70xK1 + 0,30xK2)	Classificação
			Preço (K1)	Prazo de execução da obra (K2)		
Ferreira – Construção, S.A.	3.885.779,41 €	610 dias	0,01	120,00	36,01	1.º
RUCE – Construção e Engenharia, Lda.	3.816.726,25 €	610 dias	8,89	80,00	30,22	2.º

da empreitada à concorrente Ferreira – Construção, S.A, com os seguintes fundamentos:

“*Pronúncia da empresa Ferreira – Construção, S.A.*

- *O concorrente Ferreira – Construção, S.A. alega que “a proposta apresentada pela concorrente Ruce, Lda. deveria ter sido excluída em sede de análise formal das propostas por violação frontal do que se dispõe no artigo 19.º do programa do procedimento, na medida em que da mesma resulta uma solução variante (instalação de contentores/monoblocos) cuja apresentação neste procedimento está vedada por via daquele preceito regulamentar.”*
- *Considera o júri que por se tratar de instalações provisórias, para assegurar o funcionamento do Centro Escolar, estando o seu fornecimento incluído o valor da proposta da concorrente RUCE – Construção e Engenharia, Lda. não é necessário que as mesmas estejam definidas nas peças do procedimento, nem se trata de forma alguma de uma solução variante, porque os contentores/monoblocos seriam removidos no final da execução da empreitada, não existindo deste modo nenhum motivo para a exclusão da proposta do concorrente RUCE – Construção e Engenharia, Lda.*

Pronúncia da empresa RUCE – Construção e Engenharia, Lda.

• No que concerne ao que o concorrente RUCE – Construção e Engenharia, Lda. alega relativamente à proposta da concorrente Ferreira – Construção, S.A., que no seu entender durante a execução da empreitada “supõe albergar no novo edifício escolar toda a atividade escolar do centro, o que obriga a uma sobrelotação face á utilização que o mesmo irá ter”, o júri considera que mesmo assim tal solução é a que permite o melhor faseamento possível da empreitada, de forma a não comprometer o funcionamento do equipamento escolar, porque o Júri não considera admissível o funcionamento do jardim de Infância em Contentores, com todos os inconvenientes que essa solução acarreta, sendo muito mais penalizadora para o funcionamento do Centro Escolar, e por conseguinte o Júri indeferiu a pretensão do concorrente RUCE – Construção e Engenharia, Lda., mantendo a pontuação atribuída no 3.º Relatório Preliminar á proposta do concorrente Ferreira – Construção, S.A. para o fator de apreciação designado “Prazo de execução da obra”.

Pelo exposto, o júri, por unanimidade deliberou não aceitar os argumentos expendidos pelos concorrentes Ferreira – Construção, S.A. e RUCE - Construção e Engenharia, Lda., e indeferiu as reclamações apresentadas por estas empresas, pelo que se mantém a proposta de adjudicação contida no 3.º Relatório Preliminar de Análise de propostas, previamente elaborado. (...).”

- o)** Por deliberação de 15/12/2020, a Câmara Municipal de Lagoa adjudicou a empreitada à concorrente Ferreira – Construção, S.A. e aprovou a minuta do contrato.
- p)** Questionado no sentido de esclarecer por que motivo o júri não procedeu devidamente à fundamentação do mérito das propostas, designadamente quanto aos critérios dos fatores MDJ, PT e PSS - critério K2 da proposta, limitando-se a atribuir uma ponderação numérica, sem que os motivos da sua atribuição resultem perfeita e claramente demonstrados, relativamente a cada proposta apresentada, o Município de Lagoa respondeu nos seguintes termos: *“O júri, após uma análise criteriosa das propostas apresentadas pelos concorrentes, procedeu à sua pontuação referente aos fatores MDJ, PT e PSS – critério K2 da proposta, de uma forma rigorosa, enquadrada nas definições concretas, constantes nas valorações a aplicar, mencionadas no artigo 22.º do programa do procedimento, obtendo deste modo os valores numéricos finais para as pontuações do critério.”*
- q)** Por despacho proferido em s.d.v. de 23/03/2021, foi o contrato devolvido à entidade fiscalizada para se pronunciar sobre as seguintes questões: *“Considerando que:*
- O critério de adjudicação era constituído por dois fatores: preço – 70% e prazo- 30%*

- A MDJ, o PT e o PSS, não constituíam fatores de apreciação das propostas;
- No que respeita ao fator prazo, a pontuação das propostas, tal como ficou definido no artigo 22.º do programa de concurso, era efetuada da seguinte forma: prazo igual ao prazo máximo estabelecido, de 730 dias: zero pontos. Por cada dia inferior ao prazo máximo estabelecido poderá ser atribuído 1 ponto à proposta até ao máximo de 120 pontos;
- Mais se aditava, mas sem a definição de qualquer parâmetro quantitativo, que influenciasse a pontuação do prazo, que “Para adequada aferição, o Cronograma de Trabalhos a apresentar terá uma periodicidade obrigatória semanal, sendo que a valorização do prazo apresentado depende da adequada justificação contida na Memória Descritiva e Justificativa (MDJ), no Plano de Trabalhos (PT) e no Plano de Gestão da Segurança e Saúde da Empreitada (PSS), devendo a mesma incidir sobre factos concretos e objetivos da empreitada em questão, nomeadamente, uma proposta de faseamento que não comprometa o funcionamento do equipamento escolar.”;
- Em nenhuma peça procedimental, nomeadamente no Caderno de Encargos, foram fixadas especificações quanto às características dos contentores e nem quanto ao faseamento da obra, para que não compromettesse o funcionamento da época e horário escolares;

Esclareça como consideram legalmente possível a penalização de uma proposta, com base em fundamentos que não estavam previstos nas peças do procedimento e de que modo, face aos fatores do critério de adjudicação fixado, atribuir a duas propostas de prazo igual, de 610 dias, pontuações diferentes, de 120 pontos e 80 pontos, que determinaram o sentido da adjudicação ao concorrente Ferreira, S.A., em detrimento do concorrente RUCE, que apresentou uma proposta de mais baixo preço e idêntico prazo (v.g. artigos 139.º, 146.º e 148.º, todos do CCP).”

- r) Em resposta veio argumentar o seguinte: “Relativamente à questão suscitada importa esclarecer as seguintes questões que se impõem:

Quais foram os fundamentos da penalização?

Como justificar diferentes pontuações a duas propostas de igual prazo?

Quanto ao critério de adjudicação:

Nos termos do artigo 22.º do Programa do Procedimento as propostas são analisadas em todos os seus atributos representados pelos fatores e subfatores que densificam o critério de adjudicação a seguir enunciado.

O Critério de Adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa, considerando os fatores e subfatores nos seguintes termos:

Critério relativo ao custo: Preço – 70%

Critério relativo ao Prazo de Execução da Obra – 30%

A proposta economicamente mais vantajosa resultará da aplicação da ponderação dos fatores conforme expressão matemática que a seguir se explicita: $K = 0,70 \times K_1 + 0,30 \times K_2$

A avaliação do Preço (K_1), será ponderada da seguinte forma:

A pontuação deste fator será calculada segundo as fórmulas em que o P é o valor da proposta de cada concorrente, P_b o preço base do procedimento e P_{ab} o preço anormalmente baixo:

Se, $P \leq P_{ab}$, então $K_1 = P/P_{ab}$

Se, $P_{ab} < P \leq P_b$, então $K_1 = \{(P_b - P) / (P_b - P_{ab})\} \times 100$

O preço admitido para estaleiro não pode ultrapassar os 3% do valor total da empreitada.

A avaliação do Prazo e Preparação de obra (K_2) será ponderada da seguinte forma:

Prazo igual ao máximo estabelecido (730 dias): 0

Por cada dia inferior ao prazo máximo estabelecido poderá ser atribuído 1 ponto à proposta até ao máximo de 120 pontos.

Para adequada aferição, o Cronograma de Trabalhos a apresentar terá uma periodicidade obrigatória semanal, sendo que a valorização do prazo apresentado depende da adequada justificação contida na Memória Descritiva e Justificativa (MDJ), no Plano de Trabalhos (PT) e no Plano de Gestão da Segurança e Saúde da Empreitada (PSS), devendo a mesma incidir sobre factos concretos e objetivos da empreitada em questão, nomeadamente, uma proposta de faseamento que não comprometa o funcionamento do equipamento escolar. Em caso de empate será considerada como melhor proposta a que obtenha melhor classificação no fator “K 2” e por último no Fator “K1”.

A Avaliação:

O Programa de procedimento estabeleceu o critério de adjudicação.

O critério de adjudicação era constituído por dois fatores: preço e prazo, sendo que a MDJ, o PT e o PSS, não constituíam fatores de apreciação das propostas.

A pontuação do fator prazo em conformidade com o número de dias de execução, a influenciada pela adequada aferição sobre factos concretos e objetivos da empreitada em questão, nomeadamente, uma proposta de faseamento que não comprometa o funcionamento do equipamento escolar.

As peças procedimentais não previam a utilização dos contentores, deixando ao critério dos concorrentes o melhor faseamento da obra de forma a não comprometer o funcionamento da época e horários escolares.

Ora, no que respeita à avaliação do preço inexistiu necessidade de outras explicações.

Quanto à avaliação do prazo cumpre operar melhor análise das propostas apresentadas.

A apreciação do prazo tinha em vista que a (futura) adjudicatária não apresentasse um qualquer número de dias sem a sua correspondente fundamentação, dias que serviriam tão só para lhes fosse atribuída uma boa classificação e que, no futuro, não tivesse correspondência como o realizado. Estamos perante um procedimento para a execução de uma obra essencial, em que um prazo realmente exequível é fundamental. Caberia ao empreiteiro comprometer-se com os dias propostos de forma concreta, evitando prorrogações de prazo de obra.

Circunstância fundamentada em experiência prévia em que o adjudicatário não cumpriu o prazo proposto respaldado em meras desculpas formais.

Assim, o júri procedeu à análise das propostas apresentadas tendo em vista a concretização da valorização do prazo apresentado pela adequada justificação contida na Memória Descritiva e Justificativa (MDJ), no Plano de Trabalhos (PT) e no Plano de Gestão da Segurança e Saúde da Empreitada (PSS).

Na realidade, a adequação do prazo terá necessariamente em conta a adequada justificação contida na MDJ, no PT e no PSS.

Sendo que a atribuição dos pontos foi concretizada em moldes em tudo semelhantes ao raciocínio de atribuição de pontos pela diminuição do número de dias inferiores ao prazo máximo.

Enquadramento:

O local a intervir – o centro escolar da Mexilhoeira - tem como valências: Jardim de Infância, Refeitório, Área Administrativa, Biblioteca e Campo de jogos. Todos em pleno funcionamento e continuarão em funcionamento no decurso dos trabalhos, carecendo de intervenções faseadas.

Os trabalhos previstos ocupam, por um lado, a área já construída e a remodelar; e, por outro lado, uma área adjacente onde serão erigidas construções completamente novas, de raiz.

Assim, teremos trabalhos de demolição do edifício do Refeitório, de ampliação do Jardim de Infância, demolição da Biblioteca, remodelação da Área Administrativa e execução de um novo espaço como Polidesportivo coberto. E ainda a Construção de um edifício novo para a Escola Básica, onde se incluem a biblioteca, o refeitório e a cozinha.

Este era o contexto em que se previa que os trabalhos viessem a decorrer e este circunstancialismo foi definitivo para a determinação da necessidade “de adequada aferição, o Cronograma de Trabalhos a apresentar terá uma periodicidade obrigatória semanal, sendo que a valorização do prazo apresentado depende da adequada justificação contida na Memória Descritiva e Justificativa (MDJ), no Plano de Trabalhos (PT) e no Plano de Gestão da Segurança e Saúde da Empreitada (PSS)” a que o Programa de Procedimento se refere.

Seria essencial na adequação o facto de o equipamento escolar estar e permanecer o seu regular funcionamento, garantindo as condições de funcionamento e segurança dos seus utilizadores.

Posto isto, tendo em consideração que “a valorização do prazo apresentado depende da adequada justificação contida na Memória Descritiva e Justificativa (MDJ), no Plano de Trabalhos (PT) e no Plano de Gestão da Segurança e Saúde da Empreitada (PSS), devendo a mesma incidir sobre factos concretos e objetivos da empreitada em questão, nomeadamente, uma proposta de faseamento que não comprometa o funcionamento do equipamento escolar” houve necessidade de proceder a uma ponderada análise das soluções propostas por ambas as empresas. A Ferreira – Construções SA propõe a execução dos trabalhos em duas fases distintas, iniciando-se pela construção do novo edifício que, uma vez terminado, albergaria todas as valências já existentes e que, seguidamente, seriam intervencionadas. Tal permitiria a execução das novas construções sem riscos para o funcionamento das atividades escolares nas antigas instalações, garantindo a segurança de todos os utilizadores do centro escolar, nomeadamente professores, educadoras de infância, auxiliares de ação educativa e demais pessoal auxiliar, encarregados de educação, mas sobretudo alunos (não podendo esquecer que local se encontram crianças desde os 3 anos de idade aos 10 anos de idade, aproximadamente). Após o que entrariam estas em funcionamento, permitindo o início da segunda fase com nova frente de trabalhos no edifício pré-existente. Foi esta a avaliação criteriosa que permitiu entender que se fizesse a avaliação e conduziu a atribuição dos pontos.

A Ruce, Lda. propõe a construção do novo edifício em simultâneo com a demolição do refeitório e ampliação do Jardim de Infância. Por estar previsto no projeto que a ampliação do Jardim de Infância ocupará parte do campo de jogos, também implica a inutilização do campo de jogos. Em utilização permanecerão a Área Administrativa e a Biblioteca. Supletivamente serão utilizados monoblocos, onde funcionarão as atividades inviabilizadas pelo decurso das obras.

Entendeu o júri que a proposta dos monoblocos não é adequada para os fins de atividades escolares.

Repare-se que as peças do procedimento não previam a solução da colocação de contentores. Aliás, nem se compreendia como os custos inerentes à sua manutenção em obra se estavam imputados no preço, as suas características, não se encontravam patentes na proposta.

A obra a realizar situa-se em perímetro escolar e, atento o prazo, irá decorrer quer no período de letivo, quer no período de férias escolares.

O centro escolar a intervencionar inclui as valências de pré-escolar e primária, o que significa que crianças desde os três anos de idade irão conviver diariamente com as atividades de construção no local. O Município não tem outro meio adequado que permita a alteração do local das atividades escolares de forma a que não se verificassem constrangimentos quer das atividades escolares, quer do desenvolvimento da obra.

Cumpre, assim, garantir que o local mantem a adequação ao funcionamento, nomeadamente, que crianças com 3 anos tenham aulas, utilizem as pausas de recreio e façam as suas refeições sem que corram riscos pela existência de maquinaria pesada a trabalhar, corram riscos com as condições climatéricas de calor e frio. É grande preocupação do Município a utilização dos contentores pois, é do conhecimento geral a enorme adversidade que criam nos seus utilizadores pela falta de condições de salubridade, de luminosidade, de adequação.

Não obstante a sua vulgar utilização, o certo é que são do conhecimento geral as objeções da utilização de contentores em qualquer idade, ainda mais para crianças mais pequenas. Os pais, genericamente falando, opõe-se à utilização destes meios, não se encontrando assegurada a sua qualidade para a utilização. É neste contexto que se entendeu como desadequada a solução proposta fazendo-se refletir na análise do prazo. Pela análise da Memória Descritiva e Justificativa (MDJ), no Plano de Trabalhos (PT) e no Plano de Gestão da Segurança e Saúde da Empreitada o júri entendeu que o prazo previsto na proposta era de 610 dias por ter na sua base a utilização de contentores pré-fabricados, contudo estes não permitem garantir a segurança e objetivos estabelecidos nas peças procedimentais.

Isto significaria que a proposta não permitiria o normal funcionamento das atividades letivas – condição da análise – levando ao entendimento de que a execução havia sido deficientemente programada, tendo conduzido a atribuição dos pontos. Contrariamente, a solução da Ferreira – Construções SA garantia a manutenção de todas as condições necessárias à manutenção das atividades escolares.

Em suma, a diferenciação de pontos teve em vista a adequação das propostas apresentadas à exigida manutenção das normais atividades do Centro Escolar.

Termos em que, entende o Município de Lagoa que se encontra perfeitamente fundamentada a avaliação dada pelo júri do procedimento a cada uma das propostas.”.

II.2. FACTOS NÃO PROVADOS

7. Não houve factos considerados como não provados pela instância *a quo*.

III. FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

8. As questões a decidir neste processo são:

- aferir do erro decisório porque a decisão recorrida reduziu o critério de adjudicação, no que concerne ao subfactor “Prazo e Preparação da Obra”, ao “Prazo”, desprezando erradamente, ou

omitindo a análise relativamente à fixação no Programa de Concurso (PC) do subfactor ou da vertente “*Preparação da Obra*”, que exigia que o júri apreciasse as propostas também atendendo à compatibilidade da execução da empreitada com o funcionamento escolar;

- aferir do erro decisório porque a não fixação no PC de uma pontuação numérica para o subfactor, “*Preparação da Obra*” não é, por si só, razão para gerar uma ilegalidade financeira. Considera o Recorrente que há uma pontuação parcelar associada a esse subfactor e que o júri ao reponderar a avaliação no 3.º relatório integrando os aspetos da “*Preparação da Obra*”, apenas integrou uma lacuna existente no programa de procedimentos, face às determinações expressas desse programa, o que podia fazer. Mais alega o Recorrente, que essa integração não beliscou a estabilidade e a integridade daquelas peças, foi feita dentro do espírito do modelo de avaliação e no âmbito das competências do júri;

- aferir um erro decisório, pois ainda que se concluísse que a omissão de pontuação para a vertente “*Preparação da Obra*” consubstanciava uma ilegalidade, essa hipotética ilegalidade não teria qualquer impacto financeiro, ou teria um impacto irrisório e irrelevante;

- aferir um erro decisório porque é errado entender que o faseamento da obra e das condições em que a mesma decorria era deixado ao critério dos concorrentes, sem mais restrições, com exceção do faseamento proposto “*não comprometer o funcionamento do estabelecimento escolar*” e que, por isso, o júri não poderia avaliar as propostas ponderando o faseamento construtivo e as características dos contentores. Considera o Recorrente, que se exigia que o júri fizesse essa avaliação e ponderação e que tinha um dever jurídico de definir ou de melhor precisar e concretizar o que se devia entender por “*funcionamento do estabelecimento escolar*”.

9. Como nota prévia, indique-se, que às entidades fiscalizadas incumbe o ónus de alegarem e provarem o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, atento o disposto no artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC, as instruções constantes da Resolução n.º 1/2020, da 1.ª Secção do Tribunal de Contas (TdC)¹, aprovada ao abrigo do artigo 77.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC e os respetivos encargos instrutórios decorrentes do conteúdo das devoluções determinadas pelo Departamento de Controlo Prévio (DECOP) e pelo TdC, conforme o disposto pelo artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC.

¹ Publicada no *Diário da República*, 2.ª série, de 04/5/2020, revista pelas Resoluções n.º 2/2020 e n.º 4/2020 e integralmente republicada no *DR*, 2.ª série, de 14/07/2020 e, na sua atual versão, no *DR*, 2.ª série, de 05/01/2021.

10. Por seu turno, as conclusões das alegações definem o objeto do recurso e delimitam o âmbito de intervenção do tribunal *ad quem* (cf. artigos 635.º, n.º 4, e 639.º, n.º 1, do Código de Processo Civil - CPC), sem prejuízo das questões passíveis de conhecimento oficioso (cf. artigo 608.º, n.º 2, *ex vi* artigo 663.º, n.º 2, do CPC), normas supletivamente aplicáveis ao presente recurso nos termos do artigo 80.º da LOPTC.
11. No recurso, o tribunal *ad quem* está apenas obrigado a resolver as questões que lhe sejam submetidas a apreciação e que não se encontrem prejudicadas pela solução dada a outras – e não a apreciar todos os argumentos produzidos nas alegações e conclusões de recurso, conforme o disposto nos artigos 608.º, n.º 2 e 663.º, n.º 2, do CPC.
12. Como foi constatado na decisão recorrida e não é posto em causa pelo Recorrente, o contrato objeto do processo integra o âmbito objetivo e subjetivo da fiscalização prévia, em face do disposto nas disposições conjugadas dos artigos 2.º, n.º 1, alínea c), 5.º, n.º 1, alínea c), e 46.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC.
13. Atenta a data de início do procedimento de formação do contrato, é aplicável ao presente procedimento e processo o CCP na versão anterior à introduzida pela Lei n.º 30/2021, de 21/05, tendo em conta o disposto nos artigos 27.º, n.º 1 e 28.º de tal diploma legal. Assim, todas as referências aos preceitos do CCP são feitas por reporte a essa versão, aqui aplicável.
14. O artigo 74.º, n.º 1, do CCP, estabelecia (na anterior versão, aqui aplicável) como único critério de adjudicação a “*proposta economicamente mais vantajosa*”, a ser determinado por uma das seguintes modalidades: (i) melhor relação qualidade-preço, na qual o critério de adjudicação é composto por um conjunto de fatores, e eventuais subfatores, relacionados com diversos aspetos da execução do contrato a celebrar; (ii) avaliação do preço ou custo enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar. No caso *sub judice*, foi a primeira modalidade aquela pelo qual optou o Recorrente.
15. Nos casos da opção pela modalidade relação qualidade/preço, estatua o artigo 139.º do CCP a obrigação de ser definida uma escala de pontuação através de uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para o aspeto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos (CE), respeitante a esse fator ou subfator, devendo a pontuação global de cada proposta, expressa numericamente, corresponder ao resultado da soma das pontuações parciais obtidas em cada fator ou subfator elementar, multiplicadas pelos valores dos respetivos coeficientes de ponderação.

16. Determinava, também, o artigo 75.º, n.º 1, do CCP, que: *“os fatores e os eventuais subfatores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa devem estar ligados ao objeto do contrato a celebrar, abrangendo todos, e apenas, os aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos – cf., igualmente, o artigo 70.º, n.º 1, do CCP.*
17. Portanto, conforme o citado preceito, o critério da adjudicação só podia recair sobre os atributos da proposta submetidos à concorrência. Isto é, os termos ou as condições que se encontrassem totalmente definidos nas peças do procedimento, que não pudessem ser alterados, por serem aspetos não submetidos à concorrência, não podiam, nunca, constituir elementos a apreciar em sede de critério de adjudicação.
18. Da aplicação conjugada dos artigos 74.º, 75.º e 139.º do CCP e da interpretação que pacificamente vinha sendo feita pela jurisprudência de tais preceitos decorria, igualmente, que o critério de adjudicação devia ser concretizado através de uma grelha relativamente densa, para a qual não bastava a enunciação dos fatores e dos subfactores que presidiam à avaliação do júri. Entendia-se, que para a correta elaboração do modelo de avaliação cumpria indicar, com suficiente concretização e objetividade, os elementos que deviam ser tidos em conta para a avaliação do júri e que devia ser atribuída uma quantificação ou um coeficiente de ponderação a cada um desses elementos.
19. A construção de um modelo de avaliação das propostas suficientemente denso e que comportasse uma quantificação era também comumente indicado como essencial à garantia dos princípios da concorrência, da transparência e da comparabilidade das propostas.
20. Como se afirma no Acórdão (Ac.) do Supremo Tribunal Administrativo (STA) n.º 01790/13, de 21/01/2014, *“O dever de fundamentar os actos administrativos cumpre funções múltiplas, em que sobressaem, para além do acréscimo da imparcialidade e da transparência, o esclarecimento («auto» e «hetero») do processo decisório e do seu resultado. Ora, a ponderação das propostas apresentadas num concurso mediante a referência delas aos itens de uma grelha classificativa suficientemente densa, a que se sigam as operações aritméticas que quantifiquem as propostas e permitam a sua graduação recíproca, exprime e comunica logo a valia de cada uma delas – seja sob os vários aspectos parcelares por que foram apreciadas, seja globalmente – bem como os motivos da classificação que obtiveram. Por isso, a jurisprudência habitual do STA – onde se filia o acórdão fundamento – vem dizendo que essas operações de subsunção das propostas aos vários critérios, factores ou itens da referida grelha explicam, «per se», a ponderação que lhes foi atribuída no concurso, sem necessidade de um discurso complementar que, no fundo, redundaria numa fundamentação do já fundamentado. São exemplos*

dessa linha decisória os acórdãos do Pleno do STA de 31/3/1998 e de 13/3/2003, proferidos, respectivamente, nos recs. ns.º 30.500 e 34.396; linha que persiste neste Supremo, como mostra o aresto, mais recente, de 26/4/2006, tirado no proc. n.º 2083/03 e que aplica a ideia de que o dever de fundamentação pode cumprir-se através do preenchimento de grelhas ou fichas previamente elaboradas.” – cf., no mesmo sentido, os Acs. do STA n.º 0398/18, de 05/07/2018 e n.º 01790/13, de 21/01/2014, do Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS) n.º 12875/16, de 19/5/2016 e n.º 10782/14, de 20/03/2014, ou do Tribunal Central Administrativo Norte (TCAN) n.º 305/16.9BEMDL, de 07/04/2017 e 616/10.7BECBR, de 09/12/2011.

21. Igualmente, o TCAN no Ac. n.º 01992/16.3BEPRT, de 09/06/2017, a este propósito aduz o seguinte: “*estando em causa um concurso em que a adjudicação seja feita através da proposta economicamente mais vantajosa, a avaliação das propostas será feita através do estabelecimento de factores e subfactores que devem abranger os aspectos de execução do contrato submetidos à concorrência.*”

Relativamente a cada factor ou subfactor deve ser explicitada a respectiva escala de pontuação bem como a expressão matemática ou conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos que permita a atribuição das pontuações parciais. Será através da densificação e da clareza destes factores e da forma como os mesmos são explicitados que se vai poder efectuar a avaliação das propostas, efectuando a respectiva graduação.”

22. No mesmo sentido, este TdC vinha afirmando, tal como o fez no Acórdão n.º 2/2012 – 1.ª S/SS, de 24/01, o seguinte: “(...) *tem de haver coerência entre todos os elementos do modelo de avaliação e todos devem contribuir para a efetiva observação do critério de adjudicação. Assim, designadamente:*
- i. Os fatores devem diferenciar-se entre si e serem complementares, incidindo sobre os atributos que as propostas devem apresentar, nos aspetos do contrato a celebrar que são submetidos à concorrência;*
 - ii. Os subfatores devem ser um desenvolvimento lógico dos fatores e, portanto, manter complementaridade entre si;*
 - iii. Os coeficientes de ponderação atribuídos a fatores e subfatores, em cada nível de desenvolvimento do modelo, devem articular-se e completar-se, progressivamente, entre si;*
 - iv. As escalas de pontuação devem ser coerentes, devem ter um desenvolvimento proporcional, devem permitir a valoração de todas as propostas e contribuir para a sua diferenciação;*
 - v. Os fatores, os subfatores e as escalas de pontuação não podem trair as opções feitas pela entidade adjudicante quando estabelece o critério de adjudicação: o da proposta economicamente mais vantajosa. E as escalas de pontuação não podem igualmente trair os fatores e subfatores - que densificam o critério de adjudicação - e os respetivos coeficientes de ponderação”* (cf., igualmente, os

Acs. do TdC n.º 4/2013 – 1.ª S/PL, de 04/03, n.º 6/2016 – 1.ª S/PL, de 08/03, n.º 44/2020 – 1.ª S/SS, de 02/11, todos disponíveis em www.tcontas.pt).

23. Por seu turno, no Ac. deste TdC n.º 38/2014 – 1.ª Secção/SS, de 04/11/2014, julga-se o seguinte: *“Considerada a normaçaõ contida nos art.os 74.º, 75.º, 132.º e 139.º, do Código dos Contratos Públicos, e os demais princípios que emergem do art.º 1.º, n.º 4, de igual diploma legal, é imperioso afirmar que o modelo de avaliação das propostas constitui a pedra angular e essencial do procedimento tendente à formação dos contratos [exceciona-se o procedimento referente ao ajuste direto – vd. art.º 115.º, do C.C.P.] em que o critério de adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa.*

Por outro lado, e repousando, ainda, na textura das citadas normas, o modelo de avaliação, a prever no âmbito do Programa do Procedimento, deverá propiciar uma avaliação fundamentada, seja no que concerne a matéria em que a apreciação é juridicamente vinculada, seja em domínios onde a atividade discricionária da Administração é operável.

Acresce que o modelo de avaliação das propostas, para além de dever assegurar a observância dos princípios da contratação pública e da atividade administrativa em geral [transparência, igualdade e concorrência], perfilar-se-á, obrigatoriamente como intangível [em nome do princípio da estabilidade objetiva, uma vez definido o modelo de avaliação, esse manter-se-á inalterável no decurso da pendência do procedimento que tende à formação do contrato].

Do exposto, e ainda sustentados nas regras que integram os citados art.os 75.º, 132.º, n.º 1, al. n), e 139.º, dos do Código dos Contratos Públicos, resulta que o modelo de avaliação, a integrar no Programa de Procedimento, conterà a elencagem e densificação de fatores e eventuais subfactores de avaliação considerados indispensáveis à boa estruturação do critério de adjudicação, sendo que estes deverão reportar-se a aspetos do contrato a celebrar e serem submetidos à concorrência mediante o caderno de encargos.

O modelo de avaliação deverá ser ainda integrado por certa e rigorosa valoraçaõ dos coeficientes de ponderaçaõ dos fatores e subfactores indicados e por escalas de pontuaçaõ dos fatores e/ou subfactores [tais escalas deverão assumir uma expressãõ matemática ou materializar-se num conjunto ordenado de atributos diversos passíveis de integrar a execuçaõ do contrato” - cf. em sentido similar os Acs. do TdC n.ºs 06/2016, 1ª S/PL, de 08/03, 30/2013- 1ª S/SS, de 26/11, 13/2013 – 1.ª S/PL, de 05/11 ou 64/2009 – 1.ª S/S, de 31/03.

24. Identicamente, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira ensinam: *“A preocupação que, em qualquer caso, deve nortear a organizaçaõ de uma escala de pontuaçaõ dos fatores e subfactores do critério de adjudicaçaõ é exatamente 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) fator uma cotação valiosa e a todas as outras zero” (in, dos referidos Autores, Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 969-971).

25. Também João Amaral e Almeida e Pedro Sánchez indicam o modelo como “*aditivo. (...) a pontuação global de cada proposta é o resultado de uma soma que tem tantas parcelas quanto os fatores e subfatores elementares que densificam o critério de adjudicação.*

(...) ...quando as unidades de impacto (ou atributos da proposta) não sejam expressos quantitativamente, a adoção de uma expressão matemática é impossível, pelo que o n.º 3 do artigo 139.º estabelece, como alternativa, a construção daquilo que se chama um descritor de impacto, ou sejam conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos.

(...) O preceito limita-se a determinar um conjunto “de” diferentes atributos (e não o conjunto “dos” diferentes atributos!) para, em função deles, se definir a escala de pontuação. Quer isto dizer, pois, que esse conjunto pode ter apenas definidos dois níveis de impacto, isto é, dois níveis de referência.

Mas o conjunto deve ser “ordenado”, o que implica, portanto, uma ordem de preferência, quanto aos níveis estabelecidos, e a que correspondem concretas e diferentes unidades de valor (pontos da escala)” – in Temas de Contratação Pública. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora (Grupo Wolters Kluwer), 2011, pp.372-373.

26. Feito o anterior enquadramento legal e jurisprudencial, vejamos as alegações de recurso.
27. Vem o Recorrente invocar um erro decisório alegando que a decisão recorrida reduziu o critério de adjudicação, no que concerne ao subfactor “*Prazo e Preparação da Obra*”, ao “*Prazo*”, desprezando erradamente, ou omitindo a análise relativamente à fixação no PC do subfactor ou da vertente “*Preparação da Obra*”, que exigia que o júri apreciasse as propostas também atendendo à compatibilidade da execução da empreitada com o funcionamento escolar.
28. O Acórdão recorrido debruçou-se sobre a aplicação que a entidade adjudicante fez dos critérios de adjudicação, nomeadamente do critério “*Prazo de execução da obra*”.
29. Importa, porém, reportar a apreciação do caso *sub judice* a um momento prévio, a montante dessa aplicação, aferindo, antes de mais, da legalidade dos próprios critérios de adjudicação, designadamente a fixação do seu subfactor “*critério relativo ao prazo de execução da obra – 30%*”.

30. A fixação do subfactor “*critério relativo ao prazo de execução da obra – 30%*” desdobrava-se em dois aspetos ou em dois novos subfactores, um relativo ao “*prazo de execução da obra*” e outro relativo à “*preparação da obra*”.
31. Para estes dois aspetos ou subfactores era prevista uma pontuação numérica comum, de 30% - cf. artigo 22.º do PC.
32. No que concerne ao subfactor “*avaliação do prazo*” de execução da obra, a avaliação do júri estava conformada pelos seguintes atributos das propostas: “*Prazo igual ao máximo estabelecido (730 dias): 0 / Por cada dia inferior ao prazo máximo estabelecido poderá ser atribuído 1 ponto à proposta 1 ponto à proposta até ao máximo de 120 pontos.*”.
33. Por seu turno, a avaliação do subfactor “*Preparação de obra*”, a sua “*adequada aferição*” era remetida para “*o Cronograma de Trabalhos a apresentar terá uma periodicidade obrigatória semanal, sendo que a valorização do prazo apresentado depende da adequada justificação contida na Memória Descritiva e Justificativa (MDJ), no Plano de Trabalhos (PT) e no Plano de Gestão da Segurança e Saúde da Empreitada (PSS), devendo a mesma incidir sobre factos concretos e objetivos da empreitada em questão, nomeadamente, uma proposta de faseamento que não comprometa o funcionamento do equipamento escolar.*” – cf. artigo 22.º do PC.
34. Por conseguinte, basta a simples leitura do artigo 22.º do PC para nos levar a concluir pela ilegalidade do modelo de avaliação adotado.
35. Na verdade, o referido artigo 22.º do PC não só não parametriza de forma suficientemente densa o critério “*Preparação de obra*”, como não incluiu coeficientes de ponderação relativamente aos vários elementos a serem tidos em conta nessa avaliação, tal como não define uma escala de ponderação, ou indica separadamente a percentagem a atribuir a cada um dos dois subfactores em que se dividia o “*critério relativo ao prazo de execução da obra*”. Igualmente, o citado preceito faz incluir entre os elementos a considerar no critério “*Preparação de obra*” aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência.
36. Tal como decorre do teor do artigo 22.º do PC, a avaliação pelo júri do subfactor “*preparação da obra*”, faz-se apreciando a “*adequada justificação contida*” na MDJ, no PT e no PSS, à luz de algo que não é expressamente indicado nessa mesma norma, que apenas remete a título exemplificativo, para um “*faseamento que não comprometa o funcionamento do equipamento escolar*”.
37. Ou seja, o artigo 22.º do PC não parametriza ou identifica com o mínimo de densidade o que é uma “*adequada justificação*”. A única delimitação desse conceito é feita apenas a título

exemplificativo – como se alcança pelo uso do advérbio “nomeadamente” – para “*uma proposta de faseamento que não comprometa o funcionamento do equipamento escolar*”.

38. Quanto à referência à obrigação do júri “*incidir sobre factos concretos e objetivos da empreitada em questão*”, é uma obrigação vazia, pois não é acompanhada da indicação dos concretos aspetos da proposta que devem ser avaliados e comparados. Como acima se referiu, a única indicação desses aspetos é feita exemplificativamente para o um “*faseamento que não comprometa o funcionamento do equipamento escolar*”. Ficam totalmente em aberto os restantes atributos das propostas que podem ser avaliados e comparados pelo júri.
39. No restante, as remissões que são feitas no artigo 22.º do PC relativamente a este subfactor são essencialmente enunciativas, genéricas e subjetivas.
40. Identicamente, da grelha de avaliação não constam com relação a esse subfactor as indicações quantitativas relativas aos vários elementos a ponderar pelo júri do concurso, sendo o artigo 22.º do PC totalmente omissivo quanto a essas quantificações ou coeficientes. Para além de não se saber quais são os atributos das propostas a serem avaliados e comparados, também não se fixa minimamente em que moldes se fará a comparação ou qual a ordenação que se vai adotar.
41. Em suma, o modelo de avaliação das propostas não está suficientemente densificado quanto ao subfactor “*preparação da obra*”, pois os elementos a avaliar quanto a esse item e a respetiva quantificação não estão indicados com suficiente concretização e objetividade.
42. Para além disso, o artigo 22.º do PC não separadamente a percentagem a atribuir a cada um dos dois subfactores em que se dividia o “*critério relativo ao prazo de execução da obra*”, pelo que não cumpre as exigências do artigo 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, do CCP.
43. Nesta medida, a indicada norma concursal colide com os artigos 70.º, n.º 1, 74.º, n.º 1, alínea a), 75.º, n.º 1, 132.º, n.º 1, al. n) e 139.º do CCP, pois estão insuficientemente explicitados os elementos integrantes do modelo de avaliação e não está minimamente definida a fórmula de aplicação do fator integrante da adjudicação e relativo ao subfactor “*preparação da obra*”.
44. Acresce, que o referido artigo 22.º do PC é também ilegal por fazer incluir no modelo de avaliação das propostas a apreciação de aspetos que devem ser considerados como atributos da proposta não submetidos à concorrência.
45. Como bem se refere no Acórdão recorrido, 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 CE, sob pena de as propostas não serem admitidas (cf. artigo 70.º, n.º 2, alínea b), do CCP). O que é submetido à concorrência varia com as propostas e, por isso, tem de ser comparado e

avaliado, através dos fatores e subfatores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa.

46. Na verdade, o modelo de avaliação das propostas remete para a obrigação destas serem apresentadas incluindo um “*Cronograma de Trabalhos*” com “*uma periodicidade obrigatória semanal*”, algo que não é um elemento submetido à concorrência.
47. Depois, essa exigência de apresentação pelos concorrentes de um “*Cronograma de Trabalhos*” com “*uma periodicidade obrigatória semanal*” é também uma exigência não integralmente coincidente com a que vem feita nos artigos 11.º e 15.º do Caderno de Encargos (CE), ainda que daí resulte implícita.
48. Logo, o modelo de avaliação incluso no artigo 22.º do PC é também ilegal e inadequado porque apela à avaliação das propostas com base num atributo das mesmas que não está submetido à concorrência, ou, noutra prisma, introduz nesta sede uma exigência relativa à apresentação das propostas não totalmente coincidente com a indicada nos artigos 11.º e 15.º do CE.
49. Mais se refira, que tal como resulta do 3.º Relatório, a Entidade Adjudicante parece considerar que a entrega pelos concorrentes de “*uma proposta de faseamento que não comprometa o funcionamento do equipamento escolar*” seria algo essencial à própria proposta, um verdadeiro atributo da mesma não submetido à concorrência. Assim, essa Entidade parece entender que lhe competiria avaliar a proposta que melhor garantisse que tal faseamento não iria comprometer “*o funcionamento do equipamento escolar*”.
50. Porém, se se encarar o referido modelo de avaliação como correspondendo à previsão de avaliação da proposta que melhor garanta, no seu faseamento, “*o funcionamento do equipamento escolar*”, então, está-se, em sede de modelo de avaliação, a introduzir uma obrigação relativa à execução do contrato e um atributo da proposta não submetido à concorrência e a avaliar algo que não vem expressamente indicado naquele artigo 22.º do PC.
51. No mais, tal como antes se referiu, no CE, designadamente nos artigos. 11.º e 15.º, não se faz qualquer referência à obrigação de na execução do contrato o concorrente salvaguardar o funcionamento do equipamento escolar.
52. Em suma, o modelo de avaliação ínsito ao artigo 22.º do PC quando não distingue a percentagem a atribuir a cada um dos subfatores em que se divide, ou na parte em que não indica um coeficiente de ponderação separado para os subfatores “*Prazo e “Preparação da Obra*”, ao “*Prazo*” ofende o artigo 139.º do CCP.

53. Por seu turno, porque aquele mesmo modelo não densifica e quantifica o subfactor “*Preparação da Obra*”, ofende os artigos 70.º, n.º 1, 74.º, n.º 1, alínea a), 75.º, n.º 1, 132.º, n.º 1, al. n) e 139.º do CCP.
54. Trata-se de um modelo claramente inadequado e ilegal e, por isso, o presente contrato não poderia ser visado.
55. Logo, não poderia o modelo de avaliação ser utilizado pelo júri do concurso para efeitos de apreciação do subfactor “*Preparação da Obra*”, pelo que o Acórdão recorrido não errou quando considerou que aquele subfactor não poderia ser apreciado e aplicado pelo júri do concurso.
56. Alega o Recorrente que ainda que se considere haver omissão de uma pontuação numérica associada à preparação da obra, a mesma não seria idónea a gerar qualquer ilegalidade, quer porque “*a pontuação associada ao fator em questão decorre diretamente do seu coeficiente de ponderação no quadro do critério de adjudicação*”, quer porque “*ao ponderar o faseamento construtivo proposto pela concorrente RUCE no terceiro relatório preliminar e ao reponderar a avaliação dessa proposta no fator "Prazo e Preparação da Obra", o Júri mais não fez do que integrar a lacuna do programa do procedimento, fazendo incidir sobre essa vertente do fator em questão o desvalor da proposta quanto às deficiências do faseamento construtivo proposto face às determinações expressas no programa do procedimento*”.
57. Estas alegações também não procedem. Como já se referiu, o modelo de avaliação era ilegal por não incluir a exigida pontuação numérica ou o coeficiente de ponderação dos vários elementos a considerar pelo júri.
58. Neste âmbito não são admissíveis integrações de lacunas a efetivar-se em sede de avaliação final das propostas. Em matéria de contratação pública e de modelos de avaliação de propostas vigoram os princípios da estabilidade e da integridade das peças do procedimento - corolários dos princípios da igualdade, transparência e concorrência. Consequentemente, tais modelos não podem ser alterados nos seus aspetos essenciais. Os elementos a considerar pelo júri do concurso relativamente à avaliação das propostas e à pontuação a atribuir aos diferentes subfactores são aspetos essenciais do concurso e das peças do procedimento. Como tal, não comportam alterações na fase final do procedimento.
59. Já se indicou, que a não fixação no PC de uma pontuação numérica para aquele subfactor gera uma ilegalidade, decorrente da violação dos artigos 70.º, n.º 1, 74.º, n.º 1, alínea a), 75.º, n.º 1, 132.º, n.º 1, alínea n) e 139.º do CCP. Tal omissão colide, igualmente, com os princípios da concorrência, da igualdade e da transparência, consagrados no art.º 1.º-A, n.º 1, do CCP. Nesta

mesma medida, fica atingida a validade do contrato e consequentemente a sua legalidade financeira.

60. Daqui se conclui, também, ao contrário do invocado pelo Recorrente, que não existia qualquer lacuna que pudesse ser integrada pelo júri do concurso, mas, sim, uma ilegalidade evidente do art.º 22.º do PC – e uma ilegalidade não pode nunca ser considerada uma “lacuna” passível de integração.
61. Por último, alega o Recorrente que *“ainda que tivesse sido cometida a ilegalidade sustentada no Acórdão em recurso e que a mesma apresente impacto financeiro, a intensidade desse impacto é de escassa relevância se colocada em cotejo com os interesses públicos prosseguidos pelo Recorrente com a decisão de contratar que esteve na origem do procedimento”*, o que se revela no facto *“de a diferença de valor entre os preços propostos por cada um dos concorrentes - Ferreira Construção e Ruce - ser de apenas € 69.053,16 no âmbito de um procedimento cujo preço base é de € 3.885.832,84”*.
62. Ainda segundo o Recorrente, *“o princípio da economia que subjaz à racionalidade e eficiência dos gastos públicos não pode, in casu, prevalecer sobre a prossecução das atribuições do Recorrente em matéria de educação e sobre as exigências ditadas pelos interesses públicos subjacentes à escolha da proposta que, no âmbito do procedimento, melhor assegure a regularidade do funcionamento do centro escolar e a proteção da saúde e segurança das crianças utentes”*.
63. Este raciocínio do Recorrente parte, salvo o devido respeito, de dois pressupostos incorretos.
64. Por um lado, o de que deve ser feita uma ponderação entre a ilegalidade que se constate existir e a *“intensidade”* de tal ilegalidade. Em última análise, este raciocínio do Recorrente levaria a uma sanção de uma ilegalidade por parte do Tribunal, consoante entendesse ser *“leve”* ou *“grave”* a intensidade da mesma, conclusão que não só não tem qualquer estribo legal, como colocaria em causa a própria função de controlo judicial que deve ser exercida pelo TdC, levando a situações de puro arbítrio.
65. Por outro lado, a posição do Recorrente parte ainda do pressuposto de que existirá uma alegada incompatibilidade entre a defesa da racionalidade e eficiência dos gastos públicos e o assegurar do regular funcionamento do centro escolar e proteção da saúde e segurança das crianças utentes.
66. Sucede que tais objetivos são compatíveis. Aliás, por o serem, deveria ter sido o Recorrente – entidade adjudicante – a procurar salvaguardá-los, o que poderia e deveria ter feito se tivesse conduzido o procedimento concursal de forma correta, nomeadamente com a concretização do

subfactor “*preparação da obra*” de forma que permitisse a sua ponderação na apreciação das propostas.

67. Caso o tivesse feito, estariam salvaguardados aqueles dois objetivos, sem desvalorização de qualquer deles.
68. Por último, relativamente à invocação do Recorrente de que competia ao júri do concurso definir ou de melhor concretizar o que se devia entender por “*funcionamento do estabelecimento escolar*”, é uma alegação que também falece, por essa concretização competir ser feita *ex ante*, em sede de definição do modelo de avaliação no PC.
69. Como resulta do acima indicado, competia ao júri, em sede de avaliação de proposta, definir os critérios de adjudicação, sob pena de se violar os princípios da estabilidade e da integridade das peças do procedimento.
70. Em conclusão, ainda que com fundamentação não inteiramente coincidente, deve o Acórdão recorrido ser mantido, julgando-se improcedente o recurso interposto.

IV. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se julgar totalmente improcedente o presente recurso, confirmando-se o acórdão recorrido;

- Emolumentos legais, ao abrigo do artigo 16.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/05).
- Registe e notifique.

Lisboa, 23 de novembro de 2021

Os Juízes Conselheiros,

(Sofia David)

(António Francisco Martins)

(José Mouraz Lopes)