



Transitou em julgado em 24/02/14

Acórdão N.º 5 /2014, de 3 fevereiro – 1.ª Secção/SS

Processo n.º 1538/2013, 1ª Secção.

Acordam os Juízes, em Subsecção:

I. RELATÓRIO

O Município de Tabuaço remeteu para fiscalização prévia um Contrato tendo por objeto a execução da empreitada de “Reabilitação e Recuperação de Edifício Destinado a Forças de Segurança” celebrado entre o Município e a empresa N.V.E. – Engenharias, S.A pelo valor de € 849.099.06.

Ao Município foram suscitados esclarecimentos sobre o procedimento concursal adoptado, tendo o mesmo respondido nos termos referidos infra.

II. OS FACTOS

Consideram-se assentes, com relevância, os seguintes factos, face a toda a documentação existente no processo:



1. O *Município de Tabuaço* remeteu para fiscalização prévia um contrato de empreitada, tendo por objeto a execução da empreitada de “Reabilitação e Recuperação de Edifício Destinado a Forças de Segurança” celebrado entre o Município e a empresa N.V.E. – Engenharias, S.A.
2. O contrato em causa foi outorgado na sequência de uma decisão de contratar tomada pelo Município em 22.01.2013, que deliberou, autorizar a abertura de um procedimento por concurso público, cuja publicação foi efetuada no DR, II Série, de 16.01.2013, tendo o preço base sido fixado em € 943.443,40, mais IVA.
3. A Câmara Municipal adotou o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa (cláusula 22 do programa do procedimento) sendo os fatores densificadores daquele critério o “preço da proposta”, com o coeficiente de ponderação de 40% e a “valia técnica da proposta” com o coeficiente de ponderação de 60%.
4. A entidade adjudicante ainda estabeleceu que os concorrentes serão pontuados no que respeita ao fator preço utilizando a seguinte fórmula:
 - a. Se $VPC < 90\%$ do PB então $PP = 50$ pontos
 - b. Se $VPC \geq 90\%$ do PB então $PP = [19,00 - 10,00 (VPC/PB)]^2$,
(Sendo VPC: valor da proposta do concorrente; PB; preço base; PP, preço da proposta)
5. Terminado o prazo para apresentação de propostas, o júri elaborou o relatório preliminar, tendo admitindo doze concorrentes (excluindo um) e ordenado as respetivas propostas segundo o critério de adjudicação adotado da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante. Foi classificada em primeiro lugar a empresa NVE, Engenharias, SA cujo valor da proposta era de € 849.099,0604 S/IVA.



Tribunal de Contas

6. Em 5.03.2013 a Câmara Municipal de Tabuaço deliberou aprovar o relatório final do júri do concurso e adjudicar a obra à empresa *N.V.E. – Engenharias, S.A.*, tendo a minuta do contrato sido aprovada em 3.09.2013.
7. Aplicando a fórmula fixada no programa de procedimento, acima descrita, para as propostas a concurso, obteve-se os seguintes resultados para o fator Preço, sendo a proposta da empresa *NVE Engenharias SA* a que se encontra identificada em n.º 4.

#	Concorrente	Preço da proposta (€)	Fator Preço
1	Projectacon, Engenharia Lda.	849.099,0590	100
2	Floponor-Florestas e Obras Públicas do Norte, SA	849.099,0600	100
3	Anorte- Construções e Engenharias SA	849.099,0600	100
4	NVE Engenharia, SA	849.099,0604	100
5	Betonit- Engenharia e Construções Lda.	821.788,8248	50
6	Francisco Pereira Marinho & Irmãos, SA	883.443,4002	92,85
7	Manuel Joaquim Caldeira Lda.	818.574,0800	50
8	Irmãos Almeida Cabral Lda.	849.099,0597	100
9	Construções Ezequiel Pinho Moreira Lda.	849.099,0600	100
10	Virgilio Roque- Soc. De Construção Civil Lda.	634.464,2440	50
11	António Simões & e Simões Lda.	849.099,0600	100
12	Montalvia Construtora SA	597.381,4000	50

8. O Município de Tabuaço foi interpelado para esclarecer como considera legalmente possível que tenha sido utilizada uma fórmula, no que se refere ao fator preço, que penaliza as propostas de preço mais baixo e que só permite graduar as propostas de preço igual ou superior a 90% do preço base, tendo referido o seguinte: *«(...) o critério de adjudicação (...) não contribuiu, nem para a discricionariedade e o desequilíbrio do mercado das obras públicas, nem para a desregulação do preço proposto, uma vez que foram apresentadas, pelos concorrentes, propostas, (num total de 12 propostas admitidas), com um pequeno intervalo diferencial de cerca de € 286.062,00 (30,3% do valor base do concurso do concurso de PB=€ 943.443,40), entre o valor de € 597.381,40 e o valor de € 883.443,40, ou seja, entre o valor mais baixo das propostas admitidas e o seu valor mais alto; face aos valores das propostas admitidas, o critério de adjudicação em causa*



contribuiu claramente para o normal desenvolvimento empresarial e para a sã e equilibrada concorrência no setor da construção; a fórmula de ponderação do fator preço foi estabelecida nos princípios da legalidade, da boa-fé e da prossecução do interesse público e ainda com base nos princípios custo-efetividade e do valor agregado; o “preço mais baixo” das propostas admitidas no âmbito do concurso público não resultou efetivamente na melhor das propostas, e comprovou-se que “ao preço mínimo” não correspondeu uma eficácia administrativa máxima ou um interesse público mais apropriado. Diga-se em abono da verdade que, para além do preço, pesou também a valia técnica das propostas apresentadas e admitidas, no qual foram ponderadas a qualidade e capacidade técnicas dos concorrentes para executar a obra. Foi possível então a seleção da proposta a que corresponde o melhor valor agregado, tendo-se assim determinado a escolha criteriosa e justa do empreiteiro selecionado. Em conclusão, o júri selecionou, na aplicação do critério de adjudicação em questão, em conduta objetiva, imparcial e justa e em respeito pelos princípios da legalidade, da boa-fé e da prossecução do interesse público, uma proposta a que corresponde o melhor valor agregado e que preenche cabalmente o interesse público».

*

III. O DIREITO

Está em causa nestes autos a questão da legalidade do critério de adjudicação utilizado e os modelos de avaliação das propostas subjacentes ao modelo de contratação adotado, por via da sua relevância do ponto de vista financeiro.

*

Como tem este Tribunal vindo a sublinhar de forma sistemática, o regime geral da contratação pública sustenta-se hoje numa estrutura principialista identificada na transparência, na igualdade e na concorrência, que como princípios vinculantes, moldam o regime da contratação pública, em todas as suas dimensões.

Só um processo contratual vinculado a uma dimensão concorrencial efetiva, em todas as suas etapas, de modo a salvaguardar o princípio da igualdade e também da transparência pode concretizar o interesse público subjacente à contratação pública. Porque é este interesse público, nas suas várias dimensões, que consubstancia a finalidade de um procedimento concursal.



Tribunal de Contas

Esta dimensão “principalista” está tipificada e desenvolvida, no que respeita ao CCP em variadíssimas normas das quais se salientam o artigo 1.º n.º 4 que refere que «à contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência».

Daí que nas várias fases e atos procedimentais referidos no CCP não podem omitir-se a necessidade de salvaguardar sempre a dimensão concorrencial.

A decisão de contratar num procedimento de contratação pública, como ato fundamental em que o órgão competente para aceitar ou escolher a proposta apresentada, deve ser efetuada, nos termos do artigo 74.º do CCP, através de um dos dois critérios possíveis de adjudicação: o do preço mais baixo ou o da proposta economicamente mais vantajosa. Trata-se naquele artigo de garantir um dos objetivos centrais dos processos de contratação para a parte pública: selecionar uma proposta que garanta uma vantagem económica para a entidade adjudicante.

É sabido que procedimento de contratação pública visa escolher um co-contratante e uma proposta que satisfaçam as necessidades públicas em condições económicas e financeiras adequadas para a entidade adjudicante.

Os dois tópicos referidos, salvaguarda da concorrência e garantia de uma vantagem económica para a entidade adjudicante, são relevantes para se entender o que está em causa nos autos.

No procedimento desenvolvido no processo em apreciação, o adjudicante Município de Tabuaço, utilizou o critério da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante.

Significa isto que esta entidade, não obstante a latitude com que pode definir um modelo de avaliação das propostas descrevendo a forma como serão avaliados os vários aspetos de execução do contrato submetidos à concorrência, não pode deixar de concretizar esse modelo respeitando o objetivo de escolher a proposta que lhe seja economicamente mais vantajosa. É isto que resulta do disposto nos artigos 42.º, n.ºs 3 e 4, 74.º, 75.º, 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º, todos do CCP.

Como se disse em acórdão recente deste Tribunal (Acórdão n.º 27/13, de 5 de novembro/1.ªSS, relativo ao processo de fiscalização prévia n.º 1406/2013), em que



estava em causa situação semelhante, «a *adopção vinculada deste critério [o da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante] e objetivo implica, por um lado, que se criem condições para um efetivo funcionamento da concorrência nos fatores escolhidos e, por outro, que o modelo de avaliação permita a avaliação das vantagens económicas que resultem do funcionamento dessa concorrência*».

Recorde-se que no processo de adjudicação se pretende escolher através dos atributos da proposta, sendo estes atributos que são efetivamente avaliados.

No Acórdão citado refere-se igualmente que o “*funcionamento da concorrência no factor preço faz-se, normalmente, fixando um valor máximo e deixando que os concorrentes compitam entre si para oferecer o preço mais baixo possível. A avaliação mais compatível como princípio da economia é a que valoriza diferenças de preços para menos, quaisquer que elas sejam (...) tal modelo influencia negativamente o funcionamento da concorrência, desfavorecendo a obtenção de propostas economicamente vantajosas para a entidade adjudicante*”.

No caso em apreço, como se referiu, o critério de adjudicação assentou na proposta economicamente mais vantajosa e tinha como critérios densificadores, na avaliação, dois fatores, a saber: (i) o fator **Preço da Proposta**, com uma ponderação de 60% e (ii) o fator **Valia Técnica da Proposta**, com uma ponderação de 40%.

A aplicação da expressão matemática adotada para avaliação do fator preço, conduziu a um conjunto de resultados, expostos no ponto nº 7 dos factos, que levaram que a opção de adjudicação fosse efetuada à entidade *NVE, Engenharias, SA*, identificada na grelha referida sobre o n.º 4.

Trata-se, no entanto de um conjunto de resultados que devem ser melhor analisados por via das suas consequências.

De acordo com a Tabela 4, Valorização das propostas em função do critério preço da proposta, que consta do relatório preliminar de análise das propostas, verifica-se que as propostas de preço igual ou semelhante ao do adjudicatário (concorrente n.º 4), apenas foram diferenciadas pela avaliação da valia técnica (VT), atendendo a que 7, das 12 analisadas, obtiveram a pontuação máxima de 100,00.



Tribunal de Contas

A aplicação da fórmula estipulada no ponto 22.2 do programa de procedimento para a classificação das propostas relativamente ao fator preço (PP) não permitiu pontuações, uma vez que foi atribuída a mesma pontuação (50,00) a 4 propostas de preços diferentes e a pontuação de 100,00 a 7 propostas de preços semelhantes.

Como se vê do quadro referido em 7, a fórmula em causa penaliza as propostas de preço mais baixo, caso dos concorrentes n.ºs 5, 7, 10 e 12.

A fórmula só permite graduar as propostas de preço igual ao superior a 90% do preço base (849.098,70 €) e nada nos garante que o preço base fixado no procedimento do concurso (943.443,00 €) esteja totalmente correto, de modo a atribuir a pontuação máxima (100,00) a todos os concorrentes que apresentaram propostas de preço próximas do preço base e no intervalo definido (superior ao igual a 849.098,70 €).

Assim, a utilização daquele critério não permitiu diferenciar/graduar as propostas para a classificação das mesmas relativamente ao fator preço, uma vez que foi atribuída a mesma pontuação máxima (100) a 7 propostas que apresentaram preços diferentes colados a 90% do preço base (€ 943 443,00).

Igualmente a fórmula gradua, penalizando, as propostas de preço inferior a 90 % do preço base.

Desta análise é fácil concluir que o modelo adoptado foi inadequado ao fim para que estava desenhado, concretamente para permitir que a proposta escolhida fosse a economicamente mais vantajosa, ponderados todos os fatores que estariam na sua génese.

Desconsiderando diferenças de preços na avaliação das propostas, o modelo adotado é incompatível com o objetivo legal do critério de adjudicação, tal como definido no artigo 74º, nº1, alínea a) do CCP, qual seja o de escolher a proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante.

Igualmente o modelo adoptado, pelas razões supra referidas, ao permitir e incentivar que a maioria das propostas estivessem muito próximas ao valor de 90% do preço base (€ 863.100,00) desincentivou a apresentação de propostas diferenciadas e, nesse sentido o funcionamento da concorrência.



Assim é claro que o modelo aplicado não permitiu o funcionamento da concorrência na apresentação de melhores preços, o que evidencia uma clara violação do artigo 4º n.º 1 do CCP.

Importa sublinhar, ainda, que por via do critério utilizado foram eliminadas propostas que apresentaram preços mais baixos, sendo por isso de concluir que com este modelo possa ter ocorrido alteração do resultado financeiro.

Por outro lado, a adjudicação efetuada, violando as normas legais que obrigavam à escolha da proposta mais vantajosa que mais se adequa à necessidade de rigor e utilização correta dos fundos públicos, viola igualmente os artigos 42º n.º 6 e 47º n.º 2 da Lei de Enquadramento Orçamental (Lei n.º 91/2001, de 20 de agosto, com as sucessivas alterações).

Nesse sentido é motivo para, nos termos do artigo 44º n.º 3 alínea b) da LOPTC, ver recusado o visto.

O procedimento levado a termo, nos termos referidos, é cerceador do princípio da concorrência e desconforme com as normas legais, constituindo uma ilegalidade que pode alterar o respetivo resultado financeiro, nos termos do artigo 44º n.º 3 alínea c) da LOPTC.

Ocorre igualmente por este motivo, fundamento para a recusa do visto.

IV DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, e nos termos das alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 44º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, acordam os Juízes da 1.ª Secção, em Subsecção em recusar o visto ao contrato em apreço.

São devidos emolumentos nos termos do disposto no artigo 5º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio.

Lisboa, 3 de fevereiro de 2014



Tribunal de Contas

Os Juízes Conselheiros

(Mouraz Lopes-Relator)

(João Figueiredo)

(Alberto Brás)

Fui presente
O Procurador-Geral adjunto

(José Vicente)