

Secção – 1.ªS/SS
Data: 02/07/2019
Processo: 1375/2019

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

Sumário

1. O artigo 74.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos (CCP) estabelece um único critério de adjudicação, «proposta economicamente mais vantajosa», que pode operar através de uma de duas modalidades alternativas: (a) melhor relação qualidade – preço ou (b) avaliação do preço ou custo enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar.
2. Por seu turno, o artigo 75.º do CCP estabelece um regime geral sobre o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa prescrevendo que os fatores e os eventuais subfactores que o densificam devem abranger «todos, e apenas, os aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos» (n.º 1) e que, para esse efeito, «os fatores e subfactores consideram-se ligados ao objeto do contrato quando estiverem relacionados com as obras, bens ou serviços a executar ou fornecer ao abrigo desse contrato, sob qualquer aspeto e em qualquer fase do seu ciclo de vida» (n.º 4)
3. Num concurso de contrato de empreitada de obras públicas em que se adote a modalidade da melhor relação qualidade – preço, um modelo de avaliação que por via da introdução de diferentes fórmulas matemáticas para o fator preço acabe por favorecer as propostas de preço mais elevado e prejudicar as de preço mais baixo viola os princípios da concorrência e da defesa do interesse público na medida em que pode obstar à apresentação das melhores propostas, isto é, que assegurem objetivas vantagens económicas para a entidade adjudicante.
4. O aludido modelo de avaliação viola, assim, o complexo normativo constituído pelos artigos 1.º-A, n.º 1, 74.º, n.ºs 1 e 4, e 139.º, n.º 1, do CCP, regime estabelecido em sintonia com as obrigações do legislador nacional em face do Direito da União Europeia, nomeadamente, a

Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, transposta pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que empreendeu a revisão das indicadas normas do CCP.

5. Ao nível da racionalidade económica pode formular-se um axioma sobre o preço enquanto um de dois fatores relevados no âmbito de uma parametrização estabelecida em processo decisório classificativo de propostas sobre a aquisição de um bem ou serviço à luz do critério da *proposta economicamente mais vantajosa*: não é possível à luz de um juízo objetivamente sustentado considerar em termos genéricos e abstratos que para o adquirente um preço mais elevado compreende uma relação económica custo / benefício mais vantajosa do que um preço mais baixo.
6. Os pressupostos e efeitos das medidas preventivas relativas a preços qualificados como anormalmente baixos pela entidade adjudicante exigem a sua previsão expressa e fundamentação no programa do procedimento, bem como que, por alguma via, seja conferida a oportunidade para os concorrentes apresentarem a respetiva justificação, questões que, aliás, podem determinar a exclusão de candidatos, mas não contaminar o modelo de avaliação do fator preço em violação do critério legal de adjudicação (cf. artigos 70.º, n.º 2, alínea e), 71.º, n.ºs 1 a 4, e 72.º, n.º 1, do CCP).
7. A aludida disparidade de tratamento é, ainda, incompatível com os princípios da legalidade, igualdade, justiça, imparcialidade e boa-fé consagrados nos artigos 3.º, 6.º, 8.º, 9.º e 10.º do Código de Procedimento Administrativo (CPA), plano em que ressalta a importância da colisão com o valor constitucional da igualdade em que o artigo 6.º do CPA constitui corolário do princípio consagrado no artigo 13.º da Constituição.

1.ª Secção – SS
Data: 02/07/2019
Processo: 1375/2019

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

TRANSITADO EM JULGADO 09/09/2019

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

I. RELATÓRIO

1 O presente processo compreendeu as seguintes etapas fundamentais:

- 1.1 O Município de Pedrógão Grande (MPG) remeteu ao Tribunal de Contas (TdC) para efeitos de fiscalização prévia um contrato outorgado em 3-5-2019 pelo MPG e Construções J. J. R. & Filhos, SA, no valor de 1.119.071,00 €.
- 1.2 O processo foi objeto de devolução pelo Departamento de Controlo Prévio (DECOP) da Direção-Geral do TdC ao requerente para prestar informação complementar e se pronunciar sobre específicas questões de legalidade, tendo o requerente junto a respetiva alegação antes de o processo ser apresentado ao Tribunal, a qual foi ponderada no presente Acórdão.

II. FUNDAMENTAÇÃO

FACTOS PROVADOS

- 2 Com relevo para a decisão final de fiscalização prévia consideram-se provados os seguintes factos:
 - 2.1 O contrato celebrado entre o MPG e a sociedade Construções J. J. R. & Filhos, SA em 3-5-2019 tem por objeto empreitada sendo intitulado «Contrato de empreitada “Área de Localização Empresarial de Pedrógão Grande”», pelo preço de 1.119.071,00 € acrescido de IVA e um prazo de execução de 120 dias.

- 2.2 O contrato foi outorgado na sequência de concurso público realizado ao abrigo da alínea *b)* do artigo 19.º do Código dos Contratos Públicos.
- 2.3 O aviso do concurso público foi publicitado no *Diário da República*, II série, de 20-12-2018, com o preço base fixado em 1.316.554,11 €.
- 2.4 A modalidade estabelecida para a avaliação do critério legal de adjudicação («proposta economicamente mais vantajosa») foi a avaliação da melhor relação qualidade – preço com a seguinte divisão por dois fatores de ponderação:
- a) Preço da proposta: 60%;
 - b) Valia técnica da proposta: 40%.
- 2.5 O anúncio referia o preço base e os referidos fatores de ponderação, nada mencionando sobre o preço anormalmente baixo.
- 2.6 No programa do procedimento estabeleceu-se que na classificação do fator preço a pontuação seria atribuída e calculada consoante os intervalos de valores do quociente P/P_b (sendo P – O valor da proposta de cada concorrente, P_b - o Preço base do procedimento) arredondado a três casas decimais, segundo a aplicação alternativa de uma de três fórmulas, variando os pressupostos de aplicação em função da diferença entre o valor do preço da proposta e o do preço nos seguintes termos:
- a) $0,850 \leq (P/P_b) \leq 1,000$ fórmula: $8 + [8 \times (P/P_b) \times (1 - P/P_b)] / 0,51$
 - b) $0,610 \leq (P/P_b) < 0,850$ fórmula: $14,5 - [38 \times (P/P_b) \times (1 - P/P_b)] / 1,075$
 - c) $0,610 \leq (P/P_b) < 0,610$ fórmula: $[26 \times (P/P_b) \times (1,7 - P/P_b)] / 2,89$
- 2.7 Foram admitidos ao concurso 14 (catorze) concorrentes, dos quais apenas um foi excluído por ter apresentado proposta de preço contratual superior ao preço base (fixado em 1.316.554,11 €).
- 2.8 O programa do procedimento nada referia sobre o preço anormalmente baixo.
- 2.9 No decurso do procedimento, o júri apenas solicitou um esclarecimento sobre abertura de ficheiros eletrónicos da proposta de um dos concorrentes (Windpark, Lda).
- 2.10 O júri não empreendeu qualquer interpelação aos concorrentes sobre preços anormalmente baixos.

- 2.11 Em particular, o concorrente que apresentou o preço mais baixo (Contec-Construção Engenharia, SA) nunca foi confrontado com a eventual necessidade de apresentar esclarecimentos justificativos ou suprir quaisquer dúvidas nesse segmento.
- 2.12 A aplicação do modelo de avaliação acima descrito resultou na classificação de propostas espelhada num quadro — com catorze linhas horizontais que permitem informação sobre as propostas (estando a negrito a que apresentou preço mais baixo e a vencedora) por via do cruzamento com cinco colunas verticais relativas: (1) ao nome dos concorrentes; (2) ao valor absoluto de cada proposta em euros; (3) à pontuação atribuída pelo júri ao preço; (4) à classificação da valia técnica e (5) à classificação final —, sendo indicadas as propostas partindo da que apresentou o preço mais baixo (Contec-Construção Engenharia, SA) para a que indicou o preço mais elevado (Lena Eng. e Construções SA):

Concorrentes	Preço	Pontuação Preço	Pontuação Valia técnica	Pontuação final
Contec-Construção Engenharia, SA	862 821,02€	6,516	9,700	7,790
Windpark, Lda.	875 845,85€	6,628	5,350	6,117
J. Rodrigues Silva e Filhos, Lda.	1 021 270,24€	8,350	6,700	7,690
Lusosicó – Construções SA	1 078 778,00€	9,269	6,850	8,301
Carlos Gil – Obras Publicas Lda.	1 093 471,22€	9,525	7,000	8,515
Delfim Jesus Martins e Irmão, Lda.	1 118 450,00€	9,981	7,200	8,869
Gadanha Pavimentos, Lda.	1 118 522,23€	9,983	5,750	8,290
Soc. de Construções Elimur, Lda.	1 119 000,00€	9,992	8,200	9,275
Construções JJR & Filhos, SA	1 119 071,00€	10,00	9,100	9,640
Civibérica - Obras Civis, SA	1 119 071,00€	10,00	8,050	9,220
Diamantino Jorge e Filho, SA	1 119 697,77€	9,995	7,050	8,817
Américo Rodrigues Rolo	1 126 060,78€	9,941	6,400	8,525
Lena Eng. e Construções SA	1 186 230,16€	9,399	8,550	9,059

- 2.13 Da aplicação das fórmulas acima indicadas resultou que as propostas de preço no intervalo de 1 118 450,00€ a 1 126 060,00€, são as melhores classificadas, sendo a pontuação máxima atribuída ao preço de 1 119 071,00€ (10) e as propostas de valor abaixo do limiar referido, são tanto mais desvalorizadas quanto menor for o seu montante.
- 2.14 Por essa via, a proposta de mais baixo preço (Contec-Construção Engenharia, SA) e que obteve a melhor classificação no fator valia técnica da proposta, acabou por ser classificada em 11.º lugar.
- 2.15 Existe, assim, um evidente paradoxo, o preço mais baixo penalizou a melhor proposta no plano da valia técnica, pelo que a melhor proposta (das 13 admitidas) quanto aos dois itens (preço e valia técnica) é degradada para o 11.º lugar quando em nenhum dos fatores deveria ser classificada abaixo do 1.º lugar.
- 2.16 Verifica-se também no plano relativo por comparação com o tratamento conferido ao concorrente que veio a ser escolhido como adjudicatário uma clara desconformidade com a modalidade do critério de adjudicação, como se pode ver do confronto entre a proposta graduada em 1.º lugar (Construções JJR & Filhos, SA) e a proposta colocada em 11.º lugar (Contec-Construção Engenharia, SA):
- a) A proposta graduada em 1.º lugar (Construções JJR & Filhos, SA) tem uma valia técnica claramente inferior (9,100) por comparação com a proposta colocada em 11.º lugar (Contec-Construção Engenharia, SA) cuja valia técnica foi considerada pelo júri claramente superior (9,70);
 - b) A proposta graduada 1.º lugar (Construções JJR & Filhos, SA) tem um preço muito mais elevado, 1 119 071,00 €, do que o da proposta colocada em 11.º lugar (Contec-Construção Engenharia, SA), com um preço de 862 821,02 €.
 - c) Pelo que a proposta escolhida pelo júri apresenta por comparação com a proposta da Contec-Construção Engenharia, SA:
 - (i) Um preço mais elevado por uma diferença de 29,7% (por arredondamento às casas decimais);
 - (ii) Uma valia técnica pior por uma diferença de 6,2 % (por arredondamento às casas decimais);
- 2.17 O concorrente Contec-Construção Engenharia, SA apresentou reclamação contra o projeto de decisão de graduação dos 13 concorrentes (que o colocava em 11.º lugar, apesar

do mais baixo preço e da melhor classificação quanto à valia técnica), criticando o «irracional e arbitrário modelo de avaliação» do fator preço adotado e alegando a violação de jurisprudência do TdC.

2.18 A reclamação de Contec-Construção Engenharia, SA foi rejeitada pelo júri.

MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

3 Relativamente à matéria de facto julgada provada impõe-se destacar:

3.1 A entidade fiscalizada tem o ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, atento o disposto no artigo 81.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) aprovada pela Lei 98/97, de 26-8¹, as instruções constantes da Resolução n.º 14/2011 do Tribunal de Contas, 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 DECOP e pelo TdC, com suporte no disposto no artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC.

3.2 Os deveres da entidade fiscalizada, poderes de cognição e deveres de gestão processual do tribunal, princípios da cooperação, boa-fé processual e critérios que se devem observar em casos de dúvida são, ainda, conformados pelo disposto nas normas dos artigos 5.º a 8.º, 414.º, 417.º, n.º 2, n.º 2, do Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* artigo 80.º da LOPTC — complexo normativo interpretado à luz da natureza do presente processo jurisdicional, que não prevê produção oficiosa de meios de prova, não compreende qualquer auditoria ou investigação direta do tribunal sobre ficheiros e arquivos (em suporte digital e papel) existentes nos serviços daquela entidade, sendo as inferências judiciais confinadas teleologicamente pela arquitetura procedimental e substantiva da fiscalização prévia.

3.3 O julgamento sobre a matéria de facto baseou-se em factualidade expressamente reconhecida pela requerente, na prova documental fornecida pela requerente, derivando os juízos sobre a matéria de facto provada de estritas inferências diretas do tribunal sobre enunciados factuais extraídos daqueles elementos probatórios.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO

¹ Revista pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31-12; 1/2001, de 4-1; 55-B/2004, de 30-12; 48/2006, de 29-8; 35/2007, de 13-8; 3-B/2010, de 28-4; 61/2011, de 7-12; 2/2012, de 6-1; 20/2015, de 9-3, e 42/2016, de 28-12.

- 4 A principal questão jurídica suscitada no presente caso vai ser analisada em duas etapas:
 - 4.1 Ilegalidade do contrato submetido a fiscalização prévia em face do regime concorrencial sobre a respetiva formação estabelecido no Código dos Contratos Públicos (CCP);
 - 4.2 Efeito da ilegalidade do contrato no processo de fiscalização prévia: recusa de visto.

Ilegalidade do contrato submetido a fiscalização prévia em face do regime concorrencial sobre a respetiva formação estabelecido no Código dos Contratos Públicos

- 5 A fiscalização prévia do TdC constitui uma competência própria deste órgão cuja intervenção nessa sede é provocada (dependente de impulso exógeno) e tipificada, por referência a uma tabela legal que compreende um âmbito subjetivo (entidades) e objetivo (atos e contratos) delimitador do que está sujeito a fiscalização prévia — enquadramento estabelecido, nomeadamente, pelas disposições conjugadas dos artigos 5.º, n.º 1, alínea *c*), e 46.º a 48.º da LOPTC.
- 6 O contrato objeto do processo deve ser qualificado como empreitada integrando 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.
- 7 Sendo pacífica a qualificação do contrato como empreitada de obras públicas (artigo 348.º, n.º 1, do CCP) e não havendo dúvidas sobre a sujeição da entidade adjudicante, no plano subjetivo, ao CCP (artigo 2.º, n.º 1, alínea *c*), do CCP), a questão jurídica fundamental reporta-se à conformidade da classificação e ponderação dos fatores preço e valia técnica estabelecidos no programa do procedimento concursal e adotados na graduação das propostas à luz do critério da «proposta economicamente mais vantajosa», em face do disposto no complexo normativo constituído pelos artigos 1.º-A, n.º 1, 74.º, 75.º e 139.º do CCP em articulação com o regime de fiscalização prévia dos contratos pelo TdC, em particular o fundamento para recusa de visto previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC.
- 8 Problema suscitado pela circunstância de o modelo de avaliação adotado pelo requerente violar a modalidade do critério de adjudicação adotada para o procedimento (*supra* §§ 2.4 e 2.5) na medida em que permite a graduação de todas as propostas admitidas, mas, não o faz de forma proporcional nem conforme o princípio da igualdade, por via da introdução de diferentes fórmulas matemáticas para o fator preço, aplicadas consoante as propostas se situem nos intervalos de valor entre 85% e 100% do preço base, 61% e 85% do preço base ou inferiores a 61% do preço base (*supra* § 2.6), acaba por favorecer as propostas de preço mais elevado e

prejudicar as de preço mais baixo, coartando o normal funcionamento da concorrência, e a apresentação das melhores propostas do ponto de vista da melhor vantagem para o interesse público, já que direciona as propostas para um valor considerado, à partida, ideal, no caso 85% do preço base a que corresponde o montante de 1.119.071,00 € (cf. *supra* §§ 2.6 e 2.12 a 2.16).

- 9 Atualmente, o artigo 74.º, n.º 1, do CCP estabelece um único critério de adjudicação «proposta economicamente mais vantajosa», que pode ter uma de 2 modalidades alternativas: melhor relação qualidade – preço ou avaliação do preço ou custo enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar, tendo no caso concreto sido adotado a primeira (*supra* §§ 2.4 e 2.5).
- 10 Por seu turno, o artigo 75.º do CCP estabelece um regime geral sobre o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa prescrevendo que os fatores e os eventuais subfactores que o densificam devem abranger «todos, e apenas, os aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos» (n.º 1) e que, para esse efeito, «os fatores e subfactores consideram-se ligados ao objeto do contrato quando estiverem relacionados com as obras, bens ou serviços a executar ou fornecer ao abrigo desse contrato, sob qualquer aspeto e em qualquer fase do seu ciclo de vida» (n.º 4).
- 11 O critério legal da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante relaciona-se com o princípio da concorrência que conforma o regime jurídico da contratação pública (que teve por referência a transposição de diretivas da União Europeia), impondo que na seleção dos fatores e subfactores densificadores se vise uma avaliação das propostas em face de objetivas vantagens económicas para a entidade adjudicante.
- 12 As fórmulas adotadas no procedimento para classificação do fator preço (*supra* § 2.6) não valorizavam propostas de valor mais baixo, uma vez que não permitiam a graduação proporcional destas propostas e à luz da mesma fórmula que a adotada para as propostas de preços mais elevados, contrariando o objetivo de selecionar a proposta economicamente mais vantajosa, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 74.º do CCP.
- 13 No caso concreto, o modelo de avaliação não contribuiu para a diferenciação de propostas de acordo com uma graduação proporcional e conforme o princípio da igualdade (cf. *supra* §§ 2.12 a 2.16), o que constitui uma subversão do critério legal de adjudicação em violação, ainda, do artigo 139.º, n.º 1, do CCP.
- 14 O contrato submetido a fiscalização violou, assim, o complexo normativo constituído pelos artigos 1.º-A, n.º 1, 74.º, n.ºs 1 e 4, e 139.º, n.º 1, do CCP, regime estabelecido em sintonia com as obrigações do legislador nacional em face do Direito da União, nomeadamente, a Diretiva

2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, transposta pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que empreendeu a revisão das indicadas normas do CCP.

- 15 A entidade fiscalizada não apresentou qualquer argumento que coloque em causa os pressupostos hermenêuticos da conclusão precedente.
- 16 Sendo certo que o direito da União Europeia não deixa grande margem para a preterição das regras sobre concorrência fundada no interesse público para a preterição daquelas, no caso concreto a entidade fiscalizada não invocou qualquer fundamento sobre um hipotético interesse público derogador do princípio da concorrência.
- 17 O modelo de avaliação do fator preço no âmbito do critério legal da *proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante* viola, assim, os princípios e regras legais aplicáveis.
- 18 Como se sublinhou no Acórdão n.º 16/2017-30.NOV-1.ªS/SS² (§ 16), «ao nível da racionalidade económica pode formular-se um axioma sobre o preço enquanto um de dois fatores relevados no âmbito de uma parametrização estabelecida em processo decisório classificativo de propostas sobre a aquisição de um bem ou serviço à luz do critério da *proposta economicamente mais vantajosa*: não é possível à luz de um juízo objetivamente sustentado considerar em termos genéricos e abstratos que para o adquirente um preço mais elevado compreende uma relação económica custo / benefício mais vantajosa do que um preço mais baixo — questão diferente reporta-se ao peso relativo dos vários fatores e à existência de medidas preventivas, por exemplo sobre exigências de fundamentação, de propostas não credíveis, em que os indícios relativos determinados por preços baixos podem exigir verificações rigorosas, especialmente necessárias no quadro de concursos exclusivamente baseados no *mais baixo preço*».
- 19 Com efeito, os pressupostos e efeitos das medidas preventivas relativas a preços qualificados como anormalmente baixos pela entidade adjudicante exigem a sua previsão expressa e fundamentação no programa do procedimento, bem como que, por alguma via, seja conferida a oportunidade para os concorrentes apresentarem a respetiva justificação (sendo certo que no caso *sub judice* nada se verificou a esse nível, cf. *supra* §§ 2.8, 2.10 e 2.11), questões que, aliás, podem determinar a exclusão de candidatos, mas não contaminar o modelo de avaliação do fator preço em violação do critério legal de adjudicação (cf. artigos 70.º, n.º 2, alínea e), 71.º, n.ºs 1 a 4, e 72.º, n.º 1, do CCP).

² O qual pode ser consultado em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos.shtm>, tal como os outros acórdãos do TdC citados no texto.

- 20 Em sintonia com o Acórdão n.º 16/2017-30.NOV-1.ªS/SS entende-se que o axioma sobre a racionalidade económica integra implicitamente a teleologia da modalidade legal estabelecida no artigo 74.º, n.º 1, alínea *a*), do CCP, na linha de jurisprudência anterior do TdC sobre fórmulas de classificação do fator preço de propostas concorrenciais em face do critério legal da «proposta economicamente mais vantajosa», em que, como se destaca no Acórdão n.º 27/2013-05.nov-1.ªS/SS, quanto ao funcionamento da concorrência no fator preço «a avaliação mais compatível com o princípio da economia é a que valoriza diferenças de preços para menos, quaisquer que elas sejam», ideia logicamente incompatível com quaisquer preferências em sede de avaliação por preços mais elevados (como decorreu no caso concreto do modelo de avaliação adotado pela entidade requerente).
- 21 Em síntese, o modelo de avaliação ao beneficiar diferenças de preço para mais e prejudicar, de forma clamorosa, a proposta de preço mais baixo que era simultaneamente a de superior valia técnica (*supra* §§ 2.12 a 2.17) violou o princípio da concorrência, reconhecido como primacial no artigo 1.º-A, n.º 1, do CCP, bem como o complexo normativo dos artigos 1.º-A, n.º 1, 74.º, n.ºs 1 e 4, e 139.º, n.º 1, do CCP e ainda do disposto no artigo 71.º, n.ºs 1, 2 e 3, (*a contrario sensu*) do CCP.
- 22 Violação da legalidade com uma dimensão axiológica indissociável das implicações hermenêuticas dos princípios europeus sobre processo concursal aberto, em particular, os artigos 107.º, n.º 1, 120.º, e 173.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).
- 23 Desde os primeiros textos fundadores, a União Europeia reclama «uma ação concertada tendo em vista garantir a estabilidade na expansão económica, o equilíbrio nas trocas comerciais e a lealdade na concorrência», paradigma conformador da competência exclusiva da União no «estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno» (artigo 3.º, n.º 1, alínea *b*), do TFUE).
- 24 Quadro europeu em que o princípio da concorrência é um dos vetores centrais do programa constitucional da União Europeia refletido, nomeadamente, na jurisprudência do TJUE.
- 25 Contexto que conforma o direito nacional quanto a modalidades do critério legal de adjudicação por entidades públicas potencialmente desconformes o princípio da concorrência, por força do primado do Direito da União Europeia.
- 26 Por último, a entidade requerente ao adotar duas fórmulas distintas para classificar o preço do concorrente graduado no final em 1.º lugar e o concorrente que graduou em 11.º lugar concretizou uma disparidade de tratamento incompatível com os princípios da legalidade,

igualdade, justiça, imparcialidade e boa-fé consagrados nos artigos 3.º, 6.º, 8.º, 9.º e 10.º do Código de Procedimento Administrativo (CPA), plano em que ressalta a importância da colisão com o valor constitucional da igualdade em que o artigo 6.º do CPA constitui corolário do princípio consagrado no artigo 13.º da Constituição.

- 27 Dimensão em que se deve lembrar que o princípio da igualdade, no sentido de «tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante de situações semelhantes)», implica o «tratamento das situações não apenas como existem mas também como devem existir, de harmonia com os padrões da Constituição material (acrescentando-se, assim, uma componente ativa ao princípio e fazendo da igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade através da lei)»³ estabelecendo um parâmetro vinculativo para as autoridades administrativas.
- 28 Axiologia constitucional violada quando a entidade administrativa adota fórmulas discriminatórias na classificação do fator preço que são resultado de uma opção arbitrária sem qualquer suporte legal e violadora da igualdade como parâmetro de legalidade.
- 29 E, como se destaca no Acórdão n.º 410/2010 do Tribunal Constitucional, não pode «haver discriminação nem diferenciações de tratamento baseadas em fatores irrelevantes», acrescentando à frente, «o princípio da igualdade impõe que situações da mesma categoria essencial sejam tratadas da mesma maneira e que situações pertencentes a categorias essencialmente diferentes tenham tratamento também diferente», pelo que a adoção de várias fórmulas na avaliação do fator preço no quadro de concurso público com fórmulas mais desfavoráveis para a classificação das propostas com preço mais baixo constitui uma flagrante violação desse valor constitucional.
- 30 Seguindo a aludida jurisprudência do Tribunal Constitucional, a *ratio* do tratamento jurídico é o ponto de referência último da valoração e da escolha de qualquer método de avaliação, pelo que sendo o tratamento discriminatório (por via da incorreta interpretação do artigo 74.º, n.º 1, do CCP adotada pela requerente) constitui uma violação arbitrária das próprias finalidades do regime legal aplicável o que configura, ainda, uma violação dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dedutíveis do artigo 2.º da Constituição da República.

Efeito da ilegalidade do contrato no processo de fiscalização prévia: recusa de visto

³ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 4.ª ed, 2008, pp. 255-256.

- 31 Sendo o processo de fiscalização prévia teleologicamente vinculado à decisão final sobre concessão ou recusa de visto, a identificação de ilegalidades tem de ser complementada pelo respetivo enquadramento em face das tipologias estabelecidas no artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC.
- 32 No caso concreto as violações de normas e princípios legais e constitucionais devem ser qualificadas como ilegalidade prevista na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, pois, na medida em que *pode alterar o resultado financeiro* do procedimento preenchem o segundo requisito dessa norma para efeitos de recusa de visto — sobre os cânones de ponderação nesta matéria, cf. Acórdão n.º 13/2018-10.JUL-1.ªS/PL (§§ 69 a 73).
- 33 Juízo sobre *alteração potencial do resultado financeiro* que tem de ser precedido de um enquadramento conceptual da conexão entre o desvalor consubstanciado na violação da lei com o resultado financeiro envolvido no processo, o qual não tem de ser de um concreto dano, relativo a um nexos causal entre o específico vício e um resultado, mas reportado a uma compreensão abstrato-concreta do vício na etapa procedimental em que ocorre e da importância desta na celebração do contrato.
- 34 Isto é, para valorar a aptidão da ilegalidade se repercutir no resultado financeiro deve ser ponderado o relevo da mesma na fase procedimental em que ocorre e da específica etapa na decisão final, a adjudicação do contrato, não se exigindo a demonstração de um nexos causal entre o vício e um imediato impacto financeiro.
- 35 Matriz compreensiva que conforma a jurisprudência maioritária do TdC quer quanto à prática de um ato administrativo com custos financeiros, sendo relevado, para efeitos de interpretação e aplicação da alínea c) do artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC, a norma ou complexo normativo violado e a sua dimensão axiológica fundamental, em particular quanto a medidas com resultado financeiro (em que a própria decisão com impacto financeiro podia, em abstrato, não ser praticada⁴) e nos casos em que a etapa, apesar de não ser relevante para a existência do momento final que concretiza o impacto financeiro (o qual verificar-se-ia, independentemente dos contornos daquela), se afigura suscetível de poder ser considerada mediatamente relacionada com o concreto resultado financeiro, por exemplo, o valor da adjudicação — daí se falar de uma *aptidão* ou um perigo *abstrato-concreto* de impacto financeiro.
- 36 Em síntese, para o aplicador a questão que se coloca é a seguinte: se não ocorresse o vício a decisão final podia ser diferente na respetiva componente económico-financeira (dimensão que não se refere apenas à aprovação do contrato, mas à celebração do contrato por aquele valor)?

⁴ Cf. Acórdãos n.º 17/2015-1.DEZ-1.ªS/SS, n.º 14/2015-5.NOV-1.ªS/SS, n.º 11/2018-21.FEV-1ªS/SS.

- 37 Segundo jurisprudência pacífica do TdC, verifica-se o impacto financeiro potencial previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC quando no âmbito de procedimento regulado pelo CCP se violam regras fundamentais sobre o imperativo de um procedimento concorrencial.
- 38 A ponderação judicial prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC (sobre se a concreta violação da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC deve determinar a recusa do visto ao contrato) tem uma dimensão holista no sentido em que envolve um juízo sobre dimensões gerais e concretas relevantes (para a situação concreta) e pelos princípios da adequação e proporcionalidade, em particular, graus de lesão do interesse público e da ilegalidade.
- 39 A operação de concordância prática exige uma valoração integrada de todas as ilegalidades identificadas de forma articulada com outros fatores relevantes para o juízo sobre a alternativa dicotómica entre a recusa e a concessão de visto ao concreto contrato que no caso *sub judice* imporia sempre a recusa de visto em face da gravidade das violações de regras (nacionais e europeias) sobre concorrência na contratação pública (em especial num caso em que o impacto financeiro afigura-se não só potencial como efetivo e inequívoco e em resultado de uma opção arbitrária, cf. *supra* §§ 2.6 e 2.12 a 2.19).
- 40 Em conclusão, o Tribunal de Contas deve recusar o visto ao contrato por força do disposto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC.

III. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- Recusar o visto ao contrato objeto de fiscalização prévia nos presentes autos;
- Atendendo às fontes de financiamento da empreitada e à natureza da entidade fiscalizada, remeter cópias do Acórdão às Áreas VIII e IX da 2.ª Secção do TdC.
- Emolumentos legais (ao abrigo do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31-5).
- Registe e notifique.

Lisboa, 2 de julho de 2019

Os Juízes Conselheiros,

(Paulo Dá Mesquita – Relator)

(Fernando Oliveira Silva)

(Mário Mendes Serrano)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,
