

Secção: 1ª S/SS

Data: 19/03/2020

Processo: 3630/2019

Mantido pelo Ac. 35/2020 proferido no RO
10/2020

RELATOR: Conselheiro Fernando Oliveira Silva

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

I – RELATÓRIO

1. A Lisboa Ocidental, SRU – Sociedade de Reabilitação Urbana, EM, SA (doravante LO-SRU), submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas um contrato de *«Aquisição de serviços de elaboração de projeto de obras de urbanização e de um parque estacionamento subterrâneo – Habitação Renda Acessível – Entrecampos – Loteamento das Forças Armadas»*, celebrado, em 11.10.2019, entre essa entidade e a empresa «FOCUS GROUP – DESIGN & CONSULTANCY, Ld.ª», pelo valor de 378.632,50€, acrescido de IVA, incluindo dois aditamentos contratuais, um datado de 28.10.2019 e outro datado de 15.01.2020.
2. Segundo a LO-SRU, a presente aquisição foi feita ao abrigo do Acordo-Quadro n.º 19/003/CA/AQ (doravante AQ), relativo à *“Prestação de serviços de elaboração/revisão de projetos de arquitetura e/ou especialidades em edifícios de habitação – Lote 1”*, tendo por base legal o disposto no artigo 259.º do Código dos Contratos Públicos (CCP).
3. Para melhor instrução do processo, foi o contrato objeto de devoluções à LO-SRU, quer na fase administrativa, quer na fase jurisdicional do processo de fiscalização



prévia, para prestação de esclarecimentos, designadamente em matéria de enquadramento desse concreto contrato no âmbito do referido AQ.

II. FUNDAMENTAÇÃO

– DE FACTO

4. Com relevo para a presente decisão, e para além do já inscrito no precedente relatório, consideram-se assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:

- a) O AQ, promovido pela LO-SRU, no qual a presente aquisição se fundamenta, foi precedido de um concurso público com publicidade internacional, cujos anúncios foram publicados no Diário da República, em 22.11.2018, e no JOUE, em 27.11.2018, com vista a pré-selecionar 20 equipas técnicas aptas a prestar serviços de elaboração e revisão de projetos de arquitetura e de especialidades em edifícios de habitação, designadamente no âmbito da construção de 3000 fogos destinados ao Programa de Renda Acessível na cidade de Lisboa;
- b) Do caderno de encargos relativo ao AQ consta uma cláusula 13.^a, inserida na “Secção II – Dos procedimentos de contratação a realizar ao abrigo do Acordo-Quadro”, com o seguinte teor:

*«Cláusula 13.^a
Critérios de adjudicação
O critério de adjudicação para os lotes 1 e 2 será o da proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta os seguintes fatores:
a) Preço - 20%
b) Experiência da equipa técnica a afetar à prestação de serviços – 80%»*

- c) Porém, em anexo ao referido caderno de encargos do AQ constam dois modelos de ofício-convite que divergem entre si no que respeita ao critério de adjudicação, uma vez que o primeiro estabelece que (cláusula 13.^a) “a adjudicação será efetuada de acordo com o critério da proposta



economicamente mais vantajosa, na modalidade de preço mais baixo”, e o segundo que (cláusula 15.ª) “o critério de adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa, na modalidade melhor relação qualidade-preço, tendo em conta os seguintes fatores e respetivas ponderações e conforme modelo de avaliação definido no Anexo VI ao presente programa: a) Fator Preço – 20%; b) Adequação técnica e funcional da solução proposta em função do Estudo Prévio Simplificado – 80%”;

- d) O contrato em análise foi celebrado na sequência de um procedimento de consulta prévia para a formação de contratos de prestação de serviços a celebrar ao abrigo do AQ, nos termos do artigo 259.º do CCP, tendo sido convidadas a apresentar proposta as 20 empresas que foram pré-selecionadas para o lote 1, no âmbito do referido AQ;
- e) O procedimento de consulta prévia foi autorizado por deliberação do Conselho de Administração da LO-SRU, de 31.05.2019, sendo fixado o preço base de 757.265,00€, acrescido de IVA à taxa legal;
- f) Do modelo de ofício-convite deste procedimento consta uma cláusula 1.ª, n.º 3, com o seguinte teor: «A consulta prévia rege-se pelo disposto nas peças do procedimento do Acordo-Quadro acima identificado, pelo presente Convite e pelo Caderno de Encargos em anexo, bem como pelo disposto nas disposições legais aplicáveis»;
- g) O referido modelo de ofício-convite inclui ainda uma cláusula 13.ª – Critério de Adjudicação das Propostas, com o seguinte teor: «13.1. A adjudicação será efetuada de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa, na modalidade de preço mais baixo».
- h) Do relatório preliminar de análise de propostas, datado de 18.07.2019, constata-se que foram admitidas 18 propostas, tendo sido ordenada em 1.º lugar, de acordo com o critério do mais baixo preço constante do respetivo convite, a



proposta apresentada pela empresa FOCUS GROUP – DESIGN & CONSULTANCY, Ld.ª, pelo preço de 378.632,50€, ao qual acresce o IVA à taxa legal em vigor;

- i) A adjudicação da proposta referida no ponto anterior, por parte do Conselho de Administração da LO-SRU, foi decidida em 12.08.2019;
- j) O respetivo contrato foi celebrado entre as partes em 11.10.2019;
- k) Em 28.10.2019, foi celebrado um primeiro aditamento ao contrato tendo por objeto a substituição da garantia bancária prestada e a alteração da respetiva cláusula contratual;
- l) O contrato foi devolvido à LO-SRU, em 28.11.2019, para prestação de diversos esclarecimentos considerados necessários à devida instrução do respetivo processo de fiscalização, tendo aquela entidade, em 17.01.2020, respondido, no que interessa ao caso em análise, nos seguintes termos:

Questão: “Demonstre documentalmente a correspondência entre o modelo de avaliação das propostas do presente procedimento e os critérios fixados no caderno de encargos e no programa do procedimento do acordo-quadro, atendendo ao disposto no n.º 2 do artigo 257.º do CCP na sua redação atual».

Resposta da LO-SRU: «Os critérios de adjudicação dos procedimentos a lançar ao abrigo do Acordo-Quadro estão definidos nos convites-tipo, anexos ao Caderno de Encargos do Acordo-Quadro, resultando que poderia ser fixado como critério de adjudicação a proposta economicamente mais vantajosa na modalidade de preço mais baixo ou na modalidade de melhor relação qualidade-preço com a avaliação do fator-preço, com ponderação de 20% (vinte por cento) e da adequação técnica e funcional da solução proposta em função do estudo prévio simplificado, com ponderação de 80% (oitenta por cento), convites que se juntam como Anexo 1 e 2. Assim, pelo exposto verifica-se que o contrato celebrado cumpre o consagrado no Caderno de Encargos do Acordo-Quadro porquanto que não resultam alterações face ao estabelecido naquele Acordo-Quadro».



- m) Posteriormente, o contrato foi novamente devolvido à LO-SRU, em 05.02.2020, para prestação de novos esclarecimentos, tendo aquela entidade, em 10.03.2020, respondido nos seguintes termos:

Questão: «Face ao estabelecido na Cláusula 13.ª do Caderno de Encargos relativo ao critério de adjudicação a adotar nos procedimentos ao abrigo do Acordo-Quadro, justifique que o critério adotado tenha sido o da proposta economicamente mais vantajosa, na modalidade de preço mais baixo».

Resposta da LO-SRU: «O artigo 13.º do Caderno de Encargos a que V. Exas se referem regulava apenas o critério de adjudicação no âmbito do Acordo-Quadro, ou seja, para a seleção dos concorrentes a integrar no Acordo-Quadro, não podendo este ser aplicado aos procedimentos de consulta prévia lançados ao abrigo do Acordo-Quadro. Efetivamente, os critérios de adjudicação dos procedimentos a lançar ao abrigo do Acordo-Quadro estão definidos nos convites-tipo, anexos ao Caderno de Encargos do Acordo-Quadro, nos termos dos quais se encontrava expressamente previsto que poderia ser fixado como critério de adjudicação a proposta economicamente mais vantajosa na modalidade de preço mais baixo ou na modalidade de melhor relação qualidade-preço com a avaliação do fator preço, com ponderação de 20% (vinte por cento) e da adequação técnica e funcional da solução proposta em função do estudo prévio simplificado, com ponderação de 80% (oitenta por cento), cfr. Convites tipo que se juntam como Anexo 1 e 2»;

- n) Em 15.01.2020, foi celebrado um segundo aditamento ao contrato tendo por objeto o aditamento numa cláusula 3.ª-A, com vista à identificação da equipa projetista.

– DE DIREITO



5. Considerando-se assente a matéria de facto, cumpre, com base nela, apreciar as questões legais que o contrato em análise suscita, designadamente quanto à sua compatibilização com o Acordo-Quadro (AQ) que esteve na sua génese.
6. Conforme consta da matéria de facto, o contrato em análise teve na sua base o AQ para pré-seleção de empresas aptas a prestar serviços de elaboração e revisão de projetos de arquitetura e de especialidades em edifícios de habitação, designadamente no âmbito da construção de 3000 fogos destinados ao Programa de Renda Acessível na cidade de Lisboa.
7. Segundo o artigo 251.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), acordo-quadro *«é o contrato celebrado entre uma ou várias entidades adjudicantes e uma ou mais entidades, com vista a disciplinar relações contratuais futuras a estabelecer ao longo de um determinado período de tempo, mediante a fixação antecipada dos respetivos termos»*.
8. No caso concreto, a LO-SRU celebrou, em 08.05.2019, com vinte empresas previamente qualificadas para a elaboração/revisão de projetos de arquitetura e de especialidades em edifícios de habitação – lote 1, um contrato destinado a disciplinar as relações futuras com essas empresas, durante o prazo de um ano, renovável, no máximo, por dois períodos de igual duração.
9. Estabelece o n.º 3 do artigo 252.º do CCP que, *«o caderno de encargos do procedimento relativo à celebração do acordo-quadro com várias entidades deve indicar as regras para os procedimentos a realizar ao abrigo do mesmo, incluindo os critérios objetivos que permitirão selecionar o ou os cocontratantes do acordo-quadro a convidar»*.
10. O que foi feito por meio do caderno de encargos do referido AQ que, no que diz respeito ao critério de adjudicação, estabeleceu na cláusula 13.ª, inserida na *“Secção II – Dos procedimentos de contratação a realizar ao abrigo do Acordo-Quadro”*, que *«O critério de adjudicação para os lotes 1 e 2 será o da proposta economicamente*



mais vantajosa, tendo em conta os seguintes fatores: Preço - 20%; Experiência da equipa técnica a afetar à prestação de serviços – 80%».

- 11.** Critério que se entende, no que diz respeito à especial ponderação do fator “Experiência da equipa técnica a afetar à prestação de serviços” e que é compatível com a regra estabelecida no artigo 75.º, n.º 2, alínea b) do CCP, segundo a qual os fatores e subfatores que densificam o critério de adjudicação podem relacionar-se com a *«organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato, designadamente, em contratos de serviços de natureza intelectual, tais como a consultoria ou os serviços de projeto de obras»* (destacado nosso).
- 12.** Segundo o n.º 1 do artigo 259.º do CCP, *«deve adotar-se o procedimento de consulta prévia para a formação de contratos a celebrar ao abrigo de acordos-quadro na modalidade prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 252.º do CCP»*, o que, no caso *sub judice*, foi feito, uma vez que, conforme consta da matéria de facto, foram convidadas a apresentar proposta todas as 20 empresas cocontratantes do AQ.
- 13.** A única questão controvertida no presente processo relaciona-se, pois, com o critério de adjudicação utilizado nesse procedimento de consulta prévia, uma vez que, conforme destacado na matéria de facto, o respetivo convite, na sua cláusula 13.ª, previu como critério de adjudicação o da proposta economicamente mais vantajosa, na modalidade de preço mais baixo.
- 14.** Ora, tal critério é, pois, diverso do estabelecido na cláusula 13.ª do caderno de encargos do AQ que lhe serviu de base, que, conforme referido no antecedente §10, foi o da proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta a melhor relação qualidade-preço, com base nos seguintes fatores: Preço - 20%; Experiência da equipa técnica a afetar à prestação de serviços – 80%.



- 15.** Tal divergência constitui uma alteração substancial face ao estabelecido no AQ, uma vez que estava em causa a definição do critério de adjudicação que permitiu escolher a proposta vencedora, pelo que não era irrelevante considerar uma modalidade (melhor relação qualidade-preço) ou outra (apenas o preço), pois o resultado final da adjudicação seria, com grande probabilidade, diferente, ainda mais quando o peso atribuído no caderno de encargos do AQ ao fator “experiência da equipa técnica a afetar à prestação de serviços” era muito superior ao do fator “preço”, numa relação de 80% para 20%.
- 16.** O que constitui uma violação do quadro regulador a que a LO-SRU previamente se tinha autovinculado e, conseqüentemente, uma violação do disposto no artigo 257.º, n.º 2, do CCP, segundo o qual *«Da celebração de contratos ao abrigo de acordos-quadro não podem resultar alterações substanciais das condições consagradas nestes últimos»*.
- 17.** Sobre o conceito de “alteração substancial” este Tribunal de Contas já teve ocasião de se pronunciar em anteriores arestos, tais como o Acórdão n.º 43/2018 – 20.DEZ/1.ª S/SS, o Acórdão n.ºs 01/2018 – 9.JAN - 1.ª S/SS, mantido pelo Acórdão n.º 8/2018 – 2.MAI/1.ª S-PL, o Acórdão n.º 28/2010, de 3.NOV – 1.ª S/PL, ou ainda o Acórdão n.º 7/2015-9.JUN-1.ª S/SS.
- 18.** Ademais, como referimos antes, é possível, no caso concreto, concluir que esta opção da LO-SRU é passível de impactar diretamente no resultado final da adjudicação, uma vez que se tivesse sido considerado o fator relativo à experiência da equipa técnica a alocar ao contrato em questão, a adjudicação poderia ter sido feita a empresa diversa.
- 19.** Questionada sobre o assunto, veio a LO-SRU argumentar, conforme consta da matéria de facto [§4, alínea m)], que *«O artigo 13.º do Caderno de Encargos (...) regulava apenas o critério de adjudicação no âmbito do Acordo-Quadro, ou seja, para a seleção dos concorrentes a integrar no Acordo-Quadro, não podendo este ser aplicado aos procedimentos de consulta prévia lançados ao abrigo do Acordo-*



Quadro. Efetivamente, os critérios de adjudicação dos procedimentos a lançar ao abrigo do Acordo-Quadro estão definidos nos convites-tipo, anexos ao Caderno de Encargos do Acordo-Quadro, nos termos dos quais se encontrava expressamente previsto que poderia ser fixado como critério de adjudicação a proposta economicamente mais vantajosa na modalidade de preço mais baixo ou na modalidade de melhor relação qualidade-preço com a avaliação do fator preço, com ponderação de 20% (vinte por cento) e da adequação técnica e funcional da solução proposta em função do estudo prévio simplificado, com ponderação de 80% (oitenta por cento)».

- 20.** Analisando a resposta da entidade fiscalizada, podemos concluir desde logo que não é correto afirmar que a cláusula 13.^a do caderno de encargos do AQ visava apenas selecionar as empresas que seriam cocontratantes nesse AQ, uma vez que, conforme tivemos ocasião de sublinhar no §10, a mencionada cláusula está inserida na secção do caderno de encargos intitulada “*Secção II – Dos procedimentos de contratação a realizar ao abrigo do Acordo-Quadro*”, enquadramento sistemático que, por si só, esclarece a questão da aplicabilidade da citada cláusula ao procedimento aquisitivo em análise.
- 21.** Por outro lado, não existe no referido AQ qualquer outra cláusula sobre o assunto, pelo que só aquela permite dar resposta, no que ao critério de adjudicação diz respeito, ao estabelecido no artigo 252.^o, n.^o 3, do CCP, segundo o qual o caderno de encargos do AQ celebrado com várias entidades, como é o caso, «*deve indicar as regras para os procedimentos a realizar ao abrigo do mesmo, incluindo os critérios objetivos que permitirão selecionar o ou os cocontratantes do acordo-quadro a convidar*».
- 22.** É verdade que em anexo ao referido caderno de encargos constam dois modelos-tipo de ofício-convite a enviar aos cocontratantes do AQ, os quais apresentam, como referido no §4, alínea c), dois critérios de adjudicação diferentes, num caso, o da modalidade “*melhor relação qualidade-preço*”, e no outro, a modalidade “*preço mais baixo*”.



- 23.** Porém, o segundo desses modelos é incompatível com a mencionada cláusula 13.^a que aponta para a existência de um único critério de adjudicação, o da proposta economicamente mais vantajosa, na modalidade da “melhor relação qualidade-preço”.
- 24.** Para além de que, considerando que o caderno de encargos é, nos termos do n.º 1 do artigo 42.º do CCP, «*a peça do procedimento que contém as cláusulas a incluir no contrato a celebrar*», a existência de anexos pressupõe que existe previamente uma cláusula que os sustenta, o que num dos casos não se verifica.
- 25.** Pelo que, de acordo com as regras da interpretação jurídica, existindo divergência entre o clausulado do caderno de encargos, ou seja, a sua parte principal, e os anexos daquele, isto é, a parte instrumental do clausulado, deve prevalecer o disposto no referido clausulado.
- 26.** Por outro lado, existindo divergência entre o caderno de encargos e o convite devem prevalecer as indicações constantes do caderno de encargos, numa interpretação analógica do disposto no n.º 4 do artigo 40.º do CCP, equiparando a peça “convite” à peça “anúncio” enquanto instrumento de publicitação da vontade de contratar.
- 27.** Daqui resulta, pois, que, no caso em análise, estamos perante um contrato público celebrado em resultado de um procedimento aquisitivo que, apesar de formalmente anunciar a sua conformação com um determinado AQ, não respeitou, em substância, a disciplina jurídico-legal estabelecida nesse procedimento-quadro, mormente porque o critério de adjudicação adotado (*o do mais baixo preço*) não cumpriu o preceituado na cláusula 13.º do caderno de encargos do AQ, segundo a qual a adjudicação deveria ter sido feita tendo por base a melhor relação qualidade-preço na qual o fator “experiência técnica da equipa a alocar ao contrato” seria preponderante com um peso de 80%.
- 28.** Consequentemente, por envolver uma alteração substancial, a aquisição em causa não poderá acomodar-se no referido AQ, donde decorre que o procedimento

aquisitivo de consulta prévia lançado ao abrigo do n.º 1 do artigo 259.º do CCP não tem sustentação legal.

- 29.** Estando em causa uma prestação de serviços cujo preço base era de 757.265,00€, deveria ter sido lançado um procedimento concursal com publicidade no JOUE, nos termos do artigo 20, n.º 1, alínea a) do CCP, ou em alternativa, por se tratar de uma aquisição de serviços de elaboração de projetos de obras, um concurso de conceção, nos termos do artigo 219.º A, n.º 1, do mesmo Código.
- 30.** Ao lançar mão de um procedimento limitado aos cocontratantes do AQ, em vez de um procedimento aberto à concorrência, foi preterido o procedimento legalmente exigido, o que, nos termos do artigo 161.º, n.º 2, alínea l) do Código do Procedimento Administrativo, determina a nulidade do referido procedimento, sendo, consequentemente, nulo o contrato dele derivado.
- 31.** A nulidade suprarreferida constitui fundamento legal para recusa de visto ao contrato em questão, nos termos previstos na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
- 32.** Por outro lado, a preterição do procedimento pré-contratual legalmente devido, em face do quadro normativo estabelecido pelo AQ, associada a uma inevitável “perturbação ou distorção da concorrência”, objetivamente visível na utilização de um critério de adjudicação diverso do exigido pelo AQ, e que poderia implicar uma adjudicação diferente, consubstancia igualmente uma prática suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do supracitado artigo 44.º da LOPTC, constitui, igualmente, motivo de recusa de visto ao referido contrato.

III – DECISÃO



Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto nas alíneas a) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato identificado em §1.

Emolumentos devidos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/5 (Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas).

Lisboa, 19 de março de 2020

Os Juízes Conselheiros,

(Fernando Oliveira Silva, relator)

(Alzira Antunes Cardoso)

(Paulo Dá Mesquita)