

ACÓRDÃO 13/2021 – 12.MAI – 1ªS/SS

DESCRITORES: CONTRATO DE EMPREITADA / CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO / EXECUÇÃO DO CONTRATO / MODELO DE AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS / PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA / PRINCÍPIO DA IGUALDADE / PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE / PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA / RECUSA DE VISTO

SUMÁRIO

Processo: 416/2021

Relator: Alziro Antunes Cardoso

1. O artigo 74.º, n.º 1, do CCP, estabelece como critério de adjudicação o da «proposta economicamente mais vantajosa», que pode ter uma de duas modalidades alternativas: melhor relação qualidade-preço, ou avaliação do preço ou custo enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar.
2. 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 subfatores 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 subfatores 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. A norma constante da alínea n) do n.º 1 do art.º 132.º do CCP, desenvolvida no art.º 139.º do mesmo Código, obriga à densificação do critério de adjudicação, impondo a identificação dos fatores e eventuais subfatores elementares e a definição da forma como estes vão ser utilizados na apreciação das propostas, tendo por objetivo garantir que a elaboração do respetivo modelo de avaliação se faça em moldes conformes com os princípios da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da transparência e da publicidade, reconhecidamente dominantes nos

procedimentos pré-contratuais, e que transparecem, quer do art.º 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP), do anterior n.º 4 do art.º 1.º do CCP, e do atual art.º 1.º-A do mesmo diploma, e dos artigos 3.º, 6.º e 201.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

4. A entidade adjudicante adotou como critério da adjudicação, o previsto no artigo 74.º, n.º 1, al. a) do CCP, ou seja, o da proposta economicamente mais vantajosa, de acordo com dois fatores: preço (70%), e prazo de execução da obra (30%).
5. A entidade fiscalizada não definiu nas peças do procedimento todos as condicionantes que pretendia ver asseguradas, quanto ao faseamento da obra, atentas as particularidades da sua execução, em ambiente escolar e devido ao facto de as aulas decorrerem, em simultâneo, com a execução dos trabalhos.
6. Os únicos fatores do critério de adjudicação foram o preço e o prazo de execução da obra, critério que não foi aplicado corretamente em obediência aos princípios da concorrência, transparência, estabilidade e imparcialidade, que devem nortear a contratação pública, violando o disposto nos artigos 74.º, 75.º e 139.º do CCP.
7. Se tivesse sido observado o critério de adjudicação anunciado no programa do procedimento, a proposta da concorrente que apresentou o mais baixo preço e que, ponderado o prazo proposto para a execução da obra e o preço, teria sido classificada em primeiro lugar, tendo-se obtido um resultado financeiro diferente, com melhor proteção dos interesses financeiros públicos.
8. As ilegalidades que alterem ou possam alterar o resultado financeiro dos procedimentos e dos contratos constituem fundamento da recusa de visto, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOTC.

Secção: 1ª S/SS

Data: 12/05/2021

Processo: 416/2021

Não transitado em julgado

RELATOR: Alziro Antunes Cardoso

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

I – RELATÓRIO

1. O Município de Lagoa (doravante ML), submeteu a fiscalização prévia um 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. Para melhor instrução do processo, foi o contrato objeto de devolução ao ML por determinação do Departamento de Controlo Prévio (DECOP) da Direção-Geral do TdC, confrontando-o com questões de legalidade e solicitando a prestação de esclarecimentos adicionais necessários à tomada de decisão, tendo ocorrido uma segunda devolução por decisão do Tribunal.

II. FUNDAMENTAÇÃO

– DE FACTO



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

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, 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:*

$$K = 0,70 \times K1 + 0,30 \times K2$$

- ***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 $K1 = P/Pab$

Se, $Pab < P \leq Pb$, então $K1 = \{(Pb-P) / (Pb-Pab)\} \times 100$

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 Exma. 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.

Vejam,

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 decido 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.

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 delibera, por unanimidade, alterar o teor do 2.º relatório preliminar de análise de propostas, **dando deferimento parcial** à pronuncia 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.

- I) 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:

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



- 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 3-11-2020, o júri do concurso indeferiu ambas as reclamações, manteve as classificações atribuídas no terceiro relatório preliminar, e propôs a adjudicação 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 comprometesse 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 RUCÉ, 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: $K = 0,70 \times K1 + 0,30 \times K2$

A avaliação do Preço (K1), 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 $K1 = P/P_{ab}$

Se, $P_{ab} < P \leq P_b$, então $K1 = \{(P_b - P) / (P_b - P_{ab})\} \times 100$

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

A avaliação do Prazo e Preparação de obra (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 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 inexistente 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 respetiva 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 proposta 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.

Cumpra, assim, garantir que o local mantém 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.».

– DE DIREITO

4. A principal questão jurídica que no presente caso importa apreciar consiste em saber se o modelo de avaliação das propostas, estabelecido nas peças do procedimento, foi corretamente aplicado, à luz do critério da «proposta economicamente mais vantajosa», em face do disposto no complexo normativo constituído pelos artigos 74.º, 75.º e 139.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) e, conseqüentemente, se a adjudicação efetuada é legal.
5. E, em função dessa análise, extrair as devidas consequências em termos de decisão de concessão ou recusa de visto ao contrato submetido a fiscalização prévia.
6. O artigo 74.º, n.º 1, do CCP, estabelece como critério de adjudicação o da «proposta economicamente mais vantajosa», que pode ter uma de duas modalidades alternativas: melhor relação qualidade-preço, ou avaliação do preço ou custo enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar.
7. 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).

8. E a norma constante da alínea n) do n.º 1 do art.º 132.º do CCP, desenvolvida no art.º 139.º do mesmo Código, obriga à densificação do critério de adjudicação, impondo a identificação dos fatores e eventuais subfactores elementares e a definição da forma como estes vão ser utilizados na apreciação das propostas, tendo por objetivo primordial garantir que a elaboração do respetivo modelo de avaliação se faça em moldes conformes com os princípios da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da transparência e da publicidade, reconhecidamente dominantes nos procedimentos pré-contratuais, e que transparecem, quer do art.º 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP), do anterior n.º 4 do art.º 1.º do CCP, e do atual art.º 1.º-A do mesmo diploma, e dos artigos 3.º, 6.º e 201.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).
9. Como refere Jorge Andrade da Silva, esta imposição legal *«visa afastar expedientes que possam conduzir à subversão dos princípios da concorrência, da transparência, da imparcialidade, da igualdade, da boa fé e do primado do interesse público, que devem caracterizar os procedimentos adjudicatórios»* – in Jorge Andrade da Silva, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 2.ª edição, Almedina, 2009, pág. 427.
10. Por outro lado, 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 caderno de encargos, 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 subfactores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa.



- 11.** Como bem explicitam Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira¹, devem distinguir-se conceptual e logicamente as operações de análise das propostas e as operações de avaliação das propostas. As primeiras dirigem-se a aferir do cumprimento dos requisitos obrigatórios do caderno de encargos, as segundas a avaliar os aspetos submetidos à concorrência.
- 12.** Ou seja, só faz sentido falar em fatores e subfactores de avaliação quando estejam em causa aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos – de outro modo, não há avaliação de propostas, mas apenas uma sua análise, para determinar (sob cominação da sua exclusão) se elas são inteiramente conformes com o caderno de encargos.
- 13.** No presente caso, conforme resulta do ponto 22.º do programa do concurso, o Município de Lagoa adotou como critério da adjudicação, o previsto no artigo 74.º, n.º 1, al. a) do CCP, ou seja, o da proposta economicamente mais vantajosa, de acordo com dois fatores: preço (70%), e prazo de execução da obra (30%).
- 14.** Consta do mesmo artigo do programa do concurso que a valorização do prazo apresentado “(...) *dependia 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.*”
- 15.** Mas não foram exigidos como requisitos e/ou condições obrigatórias: a execução dos trabalhos apenas em período de férias escolares (o que, aliás, seria de difícil, senão impossível, compatibilização com o prazo de execução da empreitada); a não utilização de contentores; nem a obrigação de ser edificado em primeiro lugar o novo edifício e, numa segunda fase, a remodelação dos pré-existentes.

¹ Na sua obra “Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública”, Almedina, 2011, pág. 974.



- 16.** Em sede de devolução preliminar a entidade fiscalizada foi questionada 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.
- 17.** Tendo respondido que *“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 K2 da proposta, constantes no quadro classificativo incluído no relatório preliminar de análise de propostas.”*
- 18.** Posição que carece de fundamento, dado como já referido, o critério de adjudicação era constituído por dois fatores: preço – 70%, e prazo de execução da obra - 30%.
- 19.** A MDJ, o PT e o PSS, não constituíam fatores de apreciação das propostas.
- 20.** 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 á proposta até ao máximo de 120 pontos.”*
- 21.** 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.

- 22.** Como tal, a análise e possível avaliação de tais documentos, não constituíam fatores de apreciação das propostas. Reiterando, os únicos fatores do critério de adjudicação eram o preço e o prazo de execução da obra.
- 23.** Acresce que no artigo 16.º do programa do concurso, sob a epígrafe, “*Documentos que constituem a proposta*”, não é exigida qualquer especificidade, nos moldes aí descritos, no que diz respeito ao modo de apresentação pelos concorrentes, dos documentos MDJ, PT e PSS.
- 24.** E 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.
- 25.** Como a própria entidade fiscalizada reconhece a MDJ, o PT e o PSS, não constituíam fatores do critério de apreciação das propostas.
- 26.** Como tal, não podia o júri do procedimento, excluir ou penalizar uma proposta, com base em fundamentos que não estavam previstos nas peças do procedimento.
- 27.** Não se questionam os argumentos invocados quanto à necessidade de assegurar as necessárias condições de segurança e bem-estar às crianças que frequentam o estabelecimento de ensino em causa, condições que devem ser asseguradas.
- 28.** Porém, a entidade fiscalizada não definiu nas peças do procedimento todos as condicionantes que pretendia ver asseguradas, quanto ao faseamento da obra, atentas as particularidades da sua execução, em ambiente escolar e devido ao facto de as aulas decorrerem, em simultâneo, com a execução dos trabalhos.



29. 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”*.
30. Como já referido, os únicos fatores do critério de adjudicação eram o preço e o prazo de execução da obra.
31. Critério que não foi aplicado corretamente, e devia ter sido, em obediência aos princípios da concorrência, transparência, estabilidade e imparcialidade, que devem nortear a contratação pública.
32. O que conduziu a que o júri tenha atribuído, a duas propostas com igual prazo de execução da obra (610 dias), pontuações diferentes, que determinaram o sentido da adjudicação à concorrente Ferreira, S.A. e não, como no 1.º relatório havia proposto, à concorrente RUCE, que apresentou uma proposta de mais baixo preço e igual prazo de execução.
33. Violando, por não ter procedido à avaliação e pontuação das propostas com base no critério de adjudicação previamente definido, o disposto nos artigos 74.º, 75.º e 139.º do CCP.
34. Sendo que as ilegalidades que alterem ou possam alterar o resultado financeiro dos procedimentos e dos contratos constituem fundamento da recusa de visto a contratos sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOTC.
35. Dado que a proposta da concorrente Ruce, Lda. era a que apresentava o mais baixo preço e que, ponderado o prazo proposto para a execução da obra e o preço, tinha sido classificada em primeiro lugar no primeiro relatório final do júri, se tivesse sido observado o critério de adjudicação anunciado no programa do procedimento, teria sido obtido um resultado financeiro diferente, com melhor proteção dos interesses financeiros públicos.

36. O que permite concluir que a violação do enunciado complexo normativo se enquadra na previsão da citada alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC,

III – DECISÃO

Pelos fundamentos supra indicados e ao abrigo do disposto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato identificado no §1. deste acórdão.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril).

Lisboa, 12 de maio de 2021

Os Juízes Conselheiros,

Alzira Antunes Cardoso – Relator – participou na sessão por videoconferência e assinou digitalmente o Acórdão

Fernando Oliveira Silva – participou na sessão, por videoconferência, a partir da sala de sessões do Tribunal, e votou favoravelmente o Acórdão

Mário Mendes Serrano – participou na sessão, por videoconferência, a partir da sala de sessões do Tribuna, e votou favoravelmente o Acórdão