



Tribunal de Contas

ACÓRDÃO N.º 16/2017-30.NOV-1ª S/SS

Processo n.º 3430/2017

Relator: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

SUMÁRIO

- 1 A principal questão jurídica suscitada reportou-se à conformidade da classificação e ponderação dos fatores preço e valia técnica estabelecido no programa de procedimento concursal 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, n.º 4, 74.º, 75.º e 139.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) e em articulação com o regime de fiscalização prévia dos contratos pelo Tribunal de Contas, em particular o fundamento para recusa de visto previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
- 2 Na interpretação do direito nacional em matéria de concursos públicos e em particular quanto a critérios legais de adjudicação potencialmente desconformes o princípio da concorrência, o Tribunal de Contas deve atender a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça sobre os corolários do primado do Direito da União Europeia:
 - 2.1 A inaplicabilidade de qualquer regra ou ato de direito interno incompatível com regra ou ato de Direito da União Europeia, anterior ou posterior (efeito ab-rogatório do primado);
 - 2.2 A proibição de os Estados-membros aprovarem regras ou atos contrários ao Direito da União Europeia (efeito bloqueador do primado).



Tribunal de Contas

- 3 O critério legal *da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante* impõe que na seleção dos fatores e subfatores densificadores se vise uma avaliação das propostas em face de objetivas *vantagens económicas* para a entidade adjudicante pois compreende uma dimensão axiológica indissociável das implicações hermenêuticas dos princípios europeus sobre processo concorrencial aberto, em particular, os artigos 3.º, n.º 1, alínea *b*), 107.º, n.º 1, 120.º, e 173.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.
- 4 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.
- 5 Esse axioma integra implicitamente a teleologia do critério da «proposta economicamente mais vantajosa» e conforma em termos imperativos a elaboração de fórmulas de classificação do fator preço de propostas concorrenciais em que se aplique o aludido critério legal.
- 6 Verifica-se o *impacto financeiro potencial* previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC quando a fórmula empregue na classificação do fator preço no âmbito de concurso público em que se adotou o critério da *proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante* (ao abrigo do artigo 74.º, n.º 1, do CCP) prejudica propostas de preço mais baixo relativamente a propostas de valor mais elevado, pois constitui uma mácula suscetível de conformar a atuação dos concorrentes que pragmaticamente se tentem adequar ao respetivo impacto indireto, não apresentando o seu preço em razão de fatores económicos antes compondo-o



Tribunal de Contas

com o objetivo de obtenção da nota máxima a atribuir pelo dono da obra (o que pode tornar mais compensador no plano da graduação das propostas um preço mais elevado do que aquele que o concorrente estaria disponível para apresentar em face de uma avaliação dos respetivos custos e vantagens competitivas).

- 7 Quando a regra procedimental sobre avaliação do fator preço no âmbito de concurso em que se adotou o critério da *proposta economicamente mais vantajosa* beneficia preços superiores relativamente a preços inferiores existe violação do disposto nos artigos 74.º, n.º 1, e 139.º, n.º 3, do CCP em colisão com os princípios da transparência, igualdade e concorrência, invocados de forma expressa no artigo 1.º, n.º 4, do CCP, e o interesse público de diminuição da despesa de combate ao desperdício de recursos financeiros.
- 8 A verificada derrogação dos princípios e regras legais seria suficiente para a recusa do visto prévio ao abrigo da alínea *c*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC pelo seu potencial efeito financeiro, recusa que não pode deixar de ser determinada quando:
 - 8.1 A ilegalidade da fórmula adotada na classificação das propostas colidiu com os princípios da transparência, igualdade e concorrência como, ainda, com o interesse público na medida em que o seu potencial impacto financeiro, no caso concreto se efetivou ao determinar que se penalizassem na classificação do preço propostas de mais baixo valor relativamente a outras de valor mais elevado, independentemente da classificação do fator relativo à valia técnica.
 - 8.2 No passado o TdC já tinha recusado visto prévio a um contrato outorgado pela mesma entidade adjudicante na sequência de concurso público pela circunstância de a fórmula adotada nesse procedimento incorrer na mesma violação legal.



Tribunal de Contas

ACÓRDÃO N.º 16/2017-30.NOV-1ª S/SS

Processo n.º 3430/2017

Relator: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

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

I. RELATÓRIO

9 A Câmara Municipal da Vidigueira (CMV) remeteu ao Tribunal de Contas (TdC), para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de empreitada celebrado em 12-9-2017 entre essa entidade e Paulo Silva Santos – Engenharia e Construções, Lda. (PSS), pelo valor de € 516.000,00, o qual, depois de recebido no Departamento de Controlo Prévio e Concomitante (DECOP) do TdC (em 6-10-2017), foi objeto de devoluções para informação complementar.

II. FUNDAMENTAÇÃO

FACTOS PROVADOS

10 Com relevo para a decisão de fiscalização prévia consideram-se provados os seguintes factos:

10.1 O contrato celebrado entre a CMV e a sociedade PSS em 12-9-2017 tem por objeto empreitada de construção do Centro Interpretativo do Vinho de Talha, pelo preço de € 516.000,00 acrescido de IVA à taxa de 6%, e um prazo de execução de 180 dias.

10.2 O contrato foi outorgado na sequência de concurso público realizado ao abrigo da alínea *b*) do artigo 19.º do Código dos Contratos Públicos.

10.3 O aviso do concurso público foi publicitado no *Diário da República, II série*, de 2-2-2017, com o preço base fixado em € 749.643,28.



Tribunal de Contas

10.4 O critério de adjudicação estabelecido foi o da «proposta economicamente mais vantajosa», nos termos do ponto 17 do Programa de Procedimento compreendendo a divisão por dois fatores de ponderação:

- a) Preço da proposta: 40%;
- b) Valia técnica da proposta: 60%

10.5 Na classificação do fator preço estabeleceu-se, em 17.2, que a *pontuação* seria atribuída *através da seguinte fórmula*:

$$P = [(-4x(\frac{Vp^2}{Pb}) + 7,2x(\frac{Vp^2}{Pb}) + 1,75x10)]x0,8$$

10.6 Fórmula em que Pb corresponde ao «preço base do concurso» e Vp é constituído pelo «valor da proposta concorrente em avaliação».

10.7 Depois da indicação dos subfactores relativos ao fator «valia técnica», no ponto 17.4, com a epígrafe *Classificação final*, prescreve-se:

«Assim a proposta economicamente mais vantajosa (PEV) corresponderá à maior classificação entre as diversas propostas e resultará da aplicação da ponderação dos fatores conforme expressão matematicamente que a seguir se explicita.

$$\langle PEV = P + VT \rangle$$

«Da expressão matemática anterior resultará um valor que se situará num intervalo entre 0% e 100%, sendo considerada a proposta economicamente mais vantajosa aquela cuja pontuação se encontrar mais perto do valor máximo (100%).»

10.8 Na aplicação das fórmulas estabelecidas para avaliação das dez propostas admitidas estas foram classificadas nos termos sintetizáveis num quadro em com dez linhas horizontais com os dados relativos aos concorrentes tendo por referência seis colunas verticais relativas: (1) ao nome dos concorrentes; (2) ao valor absoluto de cada proposta em euros; (3) ao coeficiente atribuído ao valor da proposta tendo por referência o preço base do concurso (Vp/Pb); (4) a classificação do preço, (5) a classificação da valia técnica e (6) a classificação final:



Tribunal de Contas

#	Concorrente	Valor da proposta (€)	Vp/Pb	P	VT	Total
1	Consdep, SA	491 984,50	0,65	37,84	49,3	87,14
2	C. Borges e Cantante, Lda.	678 997,23	0,89	39,92	47,2	87,12
3	Constragraço, Lda.	555 000,00	0,73	38,97	39,7	78,67
4	Eco Demo, SA	551 686,00	0,72	38,92	48,3	87,22
5	Empripar, SA	674 678,95	0,88	39,91	47,2	87,11
6	O2S, Lda	627 481,10	0,82	39,73	47,5	87,23
7	Paulo Silva Santos, Lda.	516 000,00	0,68	38,32	49,0	87,32
8	Sisfoz, Lda.	661 369,32	0,87	39,89	44,6	84,49
9	Vamaro Construção Civil, SA	526 533,00	0,69	38,51	48,7	87,21
10	Veiga Lopes, SA	686 441,70	0,90	39,92	47,3	87,22

10.9 O quadro precedente revela que a fórmula de classificação do fator preço tem vários impactos:

- Caso se considere o fator P com uma decimal, o $P=39,9$ é igual para 4 propostas de preços diferentes (n.ºs 2, 5, 8 e 10) que são, simultaneamente, as quatro propostas melhor pontuadas quanto ao fator preço e as propostas com valores mais elevados.
- Se considerarmos a pontuação dos fatores, preço e valia técnica sem casas decimais, a pontuação final de 87 foi igual para 8 das 10 propostas avaliadas.
- A fórmula matemática em causa afasta as propostas de preço mais vantajoso, uma vez que penaliza as de preço mais baixo, o que aconteceu, nomeadamente com a proposta n.º 1 de Consdep (65% do preço base), menos € 24.015,50 que a proposta escolhida de PSS (68% do preço base).
- Fórmula que beneficia as propostas com preço mais elevado, a proposta de Veiga Lopes, SA, no montante € 686 441,70 (90% do preço base) foi melhor classificada relativamente ao fator preço do que a proposta com preço mais baixo de Consdep 491 984,50 (65% do preço base), recebendo, respetivamente, a mais dispendiosa a 1.ª classificação quanto ao fator preço



Tribunal de Contas

(39,9) das dez e a de valor mais baixo foi graduada em 9.º lugar relativamente a esse fator (37,84).

e) A proposta que teve a melhor classificação quanto à valia técnica foi a da Consdep (49,3) e foi também a proposta que apresentou um preço mais baixo, contudo ao nível da classificação final ficou apenas graduada em 6.º lugar.

10.10 Na sequência do concurso com aplicação da fórmula sobre os fatores estabelecidos no programa do procedimento, a CMV adjudicou a empreitada a PSS, cocontratante no contrato sujeito a fiscalização prévia.

10.11 Em 23-9-2014 foi proferido pelo TdC acórdão de recusa de visto prévio a contrato celebrado pela CMV na sequência de concurso público por este se ter fundamentado «na aplicação de uma regra procedimental violadora do disposto nos artigos 74.º, n.º 1, e 1.º, n.º 4, do CCP» relativa à avaliação do fator preço na densificação do critério da «proposta economicamente mais vantajosa» — acórdão n.º 29/2014-23.SET-1ª S/SS¹ transitado em julgado em 8-10-2014.

MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

11 O julgamento sobre a matéria de facto baseou-se na prova documental (fornecida pela entidade fiscalizada e obtida por consulta da base de dados de acórdãos do TdC) determinando um conjunto de inferências diretas e outras indiretas, as segundas derivadas estritamente da aplicação aos elementos probatórios de raciocínios lógicos e constatações matematicamente sustentadas.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO

¹ O qual pode ser consultado em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2014/ac-2014.shtm>.



Tribunal de Contas

- 12 A principal questão jurídica suscitada reporta-se à conformidade da classificação e ponderação dos fatores preço e valia técnica estabelecido no programa do procedimento concursal 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, n.º 4, 74.º, 75.º e 139.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) e 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 Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
- 13 O artigo 74.º, n.º 1, do CCP estabelece em termos alternativos que, em concurso público, a adjudicação é realizada segundo um de dois critérios: o *da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante* ou o *do mais baixo preço*, tendo no caso concreto sido adotado o primeiro (*supra* § 2.4).
- 14 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, não podendo dizer respeito, direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes» (n.º 1) e que «apenas os fatores e subfactores situados ao nível mais elementar da densificação do critério de adjudicação, denominados fatores ou subfactores elementares, podem ser adotados para a avaliação das propostas» (n.º 2).
- 15 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



Tribunal de Contas

densificadores se vise uma avaliação das propostas em face de objetivas *vantagens económicas* para a entidade adjudicante.

16 A questão jurídica objeto do presente acórdão tem uma dimensão axiológica indissociável das implicações hermenêuticas dos princípios europeus sobre processo concorrencial 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).

17 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).

18 Existe, assim, um quadro europeu em que o princípio da concorrência é um dos vetores centrais do programa constitucional da União refletido, nomeadamente, na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

19 Contexto que conforma o direito nacional em matéria de concursos públicos e em particular quanto a critérios legais de adjudicação potencialmente desconformes o princípio da concorrência por força do primado do Direito da União Europeia que, conforme, jurisprudência assente do Tribunal de Justiça determina:

19.1 A inaplicabilidade de qualquer regra ou ato de direito interno incompatível com regra ou ato de Direito da União Europeia, anterior ou posterior (efeito ab-rogatório do primado);

19.2 A proibição de os Estados-membros aprovarem regras ou atos contrários ao Direito da União Europeia (efeito bloqueador do primado).

20 A entidade adjudicante, confrontada com o problema de a fórmula matemática adotada para pontuação do fator preço poder determinar uma melhor pontuação das



Tribunal de Contas

propostas de valor mais elevado e a penalização das que se apresentam com valores mais baixos, apresentou a seguinte argumentação:

«Quando da elaboração das peças do procedimento, foram estabelecidos os critérios de adjudicação constituídos pela fórmula constante no programa de procedimentos do concurso, com a ponderação de 40% - Preço e de 60% - Valia Técnica da proposta. De facto, a fórmula poderá indiciar que a expressão matemática utilizada para o fator preço pontue melhor as propostas de valor mais elevado penalizando, assim, as que se apresentam com valores mais baixos.

«Contudo não havendo deliberadamente intenção de violar os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, previstos no Código dos Contratos Públicos (n.º 4 do art.º 1.º), na análise efetuada às propostas e, atendendo ao resultado da avaliação das mesmas, constatou-se que nenhuma proposta foi penalizada pela aplicação, da “menos correta expressão matemática aplicada ao preço”, senão vejamos:

«O benefício que a expressão matemática do fator preço introduz na apreciação de cada uma das propostas, acaba por se dissipar na aplicação dos subfactores que compõem o fator Valia Técnica da Proposta, nomeadamente pela avaliação da garantia, qualidade técnica da proposta, programação dos trabalhos, meios afetos à obra, sistema de segurança, higiene na obra, o que, conduz a um resultado que posiciona as propostas em função da valia global, resultante da soma de todos os fatores, sem que o preço mais baixo seja determinativo.

«Na apreciação das propostas apresentadas a concurso com o preço mais baixo, nomeadamente, Consdep, SA e Paulo Silva Santos, Lda., no caso da primeira e, comparativamente com a segunda (Paulo Silva Santos – classificada em 1.º lugar) a pontuação foi-lhe mais favorável nos subfactores V2 e V3 (subfactores da Valia Técnica da Proposta) e no subfactor V1 obteve uma pontuação menor, diferença devidamente justificada na análise efetuada pela empresa GO Walk expressa no ponto 4 da resposta à reclamação apresentada pela Consdep, SA, e que se encontra em anexo ao Relatório Final de Apreciação das Propostas.

«Face ao exposto, solicita-se a esse douto Tribunal que se digne relevar a forma menos adequada para estabelecer os princípios da expressão matemática do fator preço, insertos no programa de procedimento, uma vez que, não houve intenção de violar os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, que o resultado da análise não penalizou as empresas que apresentaram menor preço e que o resultado da avaliação dos dois fatores (preço e valia técnica) demonstrou que a relação preço/valia técnica justificaram e concorreram para a escolha do concorrente que oferecesse melhor garantia de qualidade e melhor relação qualidade/preço.

«Reiteramos o pedido referindo que na lista final de classificação é perceptível que a análise foi rigorosa, e que a ordenação final dos concorrentes traduz a pontuação resultante da conjugação dos dois fatores, independentemente do preço, sem privilégio para as propostas de maior valor. Citamos como exemplo, que os concorrentes classificados *ex aequo* no 3.º lugar têm preço de 551.688,00 € e 686.441,70 € respetivamente.»

21 Sendo certo que o direito da União Europeia não deixa grande margem mesmo nos casos em que a preterição as regras sobre concorrência se apresente fundada no interesse público para a preterição daquelas, no caso concreto a entidade fiscalizada



Tribunal de Contas

não invocou qualquer fundamento sobre o interesse público derogador do princípio da concorrência.

- 22 Relativamente à dimensão factual, a tese da entidade adjudicante, no sentido de «que o resultado da análise não penalizou as empresas que apresentaram menor preço e que o resultado da avaliação dos dois fatores (preço e valia técnica) demonstrou que a relação preço/valia técnica justificaram e concorreram para a escolha do concorrente que oferecesse melhor garantia de qualidade e melhor relação qualidade/preço», apresenta-se incompatível com a matéria de facto provada — cf. *supra* §§ 2.8, 2.9.c), 2.9.d), 2.9.e) e 2.10.
- 23 A argumentação da entidade fiscalizada, além de colidir com a matéria de facto provada, é afetada por um problema de validade lógica que, no mesmo passo, afronta a jurisprudência deste tribunal sobre o fator preço no âmbito do critério da *proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante*.
- 24 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*.
- 25 Esse axioma integra implicitamente a teleologia do critério legal, como tem sido, ainda que com pluralidade de formulações semânticas, preconizado pela



Tribunal de Contas

jurisprudência do Tribunal de Contas sobre fórmulas de classificação do fator preço de propostas concorrenciais em face do critério legal da «proposta economicamente mais vantajosa», podendo referir-se a título ilustrativo o acórdão n.º 27/2013-05.NOV-1.ªS/SS²:

«A adoção vinculada deste critério (o da proposta mais vantajosa para a entidade adjudicante) é objetivo implica, por um lado, que se criem condições para um efetivo funcionamento da concorrência nos fatores escolhidos e, por outro, que o modelo de avaliação permita a avaliação das vantagens económicas que resultem do funcionamento dessa concorrência. [...]

«O funcionamento da concorrência no fator preço faz-se, normalmente, fixando um valor máximo e deixando que os concorrentes compitam entre si para oferecer o preço mais baixo possível. A avaliação mais compatível com o princípio da economia é a que valoriza diferenças de preços para menos, quaisquer que elas sejam [...] tal modelo influencia negativamente o funcionamento da concorrência, desfavorecendo a obtenção de propostas economicamente vantajosas para a entidade adjudicante.»

26 Na mesma linha, sobre as vinculantes legais do critério da *proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante* e respetiva implicação na fiscalização prévia pelo TdC dos contratos advenientes dos concursos públicos em que esse critério foi adotado podem referir-se, ainda, os acórdãos do TdC n.º 30/2013-26.NOV/1.ªS/SS, n.º 31/2013-26.NOV/1.ªS/SS e n.º 5/2014-3.FEV/1.ªS/SS³.

27 Jurisprudência que na interpretação do artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC, tem integrado a ideia de que para efeitos desta norma, a *ilegalidade que (...) possa alterar o respetivo resultado financeiro* corresponde ao «simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respetivo resultado financeiro» (cf. § 29 do acórdão n.º 29/2014-23.SET-1ª S/SS).

28 Verifica-se o *impacto financeiro potencial* previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC, quando a fórmula empregue para classificação do fator preço no âmbito de concurso público em que se adotou o critério da *proposta economicamente mais*

² O qual pode ser consultado em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2013/ac-2013.shtm>.

³ Os dois primeiros podem ser consultados em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2013/ac-2013.shtm> e o terceiro em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2014/ac-2014.shtm>.



Tribunal de Contas

vantajosa para a entidade adjudicante (ao abrigo do artigo 74.º, n.º 1, do CCP) prejudica propostas de preço mais baixo relativamente a propostas de valor mais elevado, pois constitui uma mácula suscetível de conformar a atuação dos concorrentes que pragmaticamente se tentem adequar ao respetivo impacto indireto, não apresentando o seu preço em razão de fatores económicos antes compondo-o com o objetivo de obtenção da nota máxima a atribuir pelo dono da obra (o que pode tornar mais compensador no plano da graduação das propostas um preço mais elevado do que aquele que o concorrente estaria disponível para apresentar em face de uma avaliação dos respetivos custos e vantagens competitivas).

- 29 Impacto financeiro potencial lesivo do princípio da concorrência que é um elemento basilar no plano sistemático-teleológico do regime sobre contratos públicos e do interesse público relativo à diminuição da despesa e combate ao desperdício de recursos financeiros.
- 30 Acresce que no caso concreto encontra-se provado que a fórmula empregue foi penalizadora em sede de classificação atomizada do fator preço de propostas com valores menos elevados relativamente a propostas com valores superiores (*supra* §§ 2.8 e 2.9), determinando uma distorção na escolha do adjudicatário, pois, designadamente a proposta do concorrente Consdep, SA, classificada em 6.º lugar, relativamente ao adjudicatário classificado em 1.º lugar apresenta um preço mais baixo, € 491.984,50 (menos € 24.015,50) e obteve melhor pontuação na valia técnica (49,3 contra 49,0 do adjudicatário) — cf. *supra* §§ 2.8.
- 31 A entidade fiscalizada na sua argumentação não colocou em causa a correção da avaliação empreendida sobre as valias técnicas das propostas.
- 32 Tal premissa (a correta classificação da valia técnica das propostas) permite formular um silogismo que implicaria que o concurso tivesse outro resultado:



Tribunal de Contas

- 32.1 Primeira premissa: para o adjudicante em concurso de empreitada em que foi adotado o critério da *proposta economicamente mais vantajosa* relativamente ao fator preço o valor mais baixo é mais vantajoso que o mais elevado
- 32.2 Segunda premissa: para o adjudicante em concurso de empreitada conformado pelo critério da *proposta economicamente mais vantajosa* a superior valia técnica é preferível à menor valia técnica;
- 32.3 Resultado: num concurso em que se adotem os fatores referidos em 24.1 e 24.2, deve ser classificada como proposta *economicamente mais vantajosa* uma proposta que apresenta preço mais baixo e é classificada como superior no plano da valia técnica relativamente às de outros concorrentes.
- 33 A validade deste raciocínio só não corresponde à verdade jurídico-processual num determinado caso concreto se alguma das premissas não tiver correspondência com a realidade, em particular se a classificação da valia técnica não tiver sido adequada, contudo, a entidade adjudicante estando vinculada ao princípio da boa-fé não poderia alegar essa circunstância para sustentar um resultado diferente do referido no § 24.3, sob pena de *venire contra factum proprium* em violação do dever do recorrido de «agir e relacionar -se segundo as regras da boa-fé» (artigo 10.º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo),
- 34 Em síntese, o procedimento concursal foi conformado por uma fórmula de avaliação do preço incompatível com o critério legal de adjudicação da *proposta economicamente mais vantajosa* e, no caso concreto, essa ilegalidade alterou o resultado do concurso repercutindo-se de forma direta no contrato.
- 35 Consequentemente:
- 35.1 A regra procedimental sobre avaliação do fator preço no âmbito do critério sobre a *proposta economicamente mais vantajosa* é ilegal por violação do disposto nos artigos 74.º, n.º 1, e 139.º, n.º 3, do CCP em colisão com os princípios da transparência, igualdade e concorrência, que constituem a base



Tribunal de Contas

axiológica do direito da União Europeia, invocada de forma expressa no artigo 1.º, n.º 4, do CCP.

35.2 Essa ilegalidade tem potencial efeito financeiro e compreendeu, ainda, um resultado prático concreto que efetiva esse efeito.

36 A verificada derrogação dos princípios e regras legais seria suficiente para a recusa do visto prévio ao abrigo da alínea *c*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, a qual não pode deixar de ser determinada no caso concreto por duas ordens de motivos que se cumulam no caso concreto:

36.1 A ilegalidade da fórmula adotada na classificação das propostas colidiu com os princípios da transparência, igualdade e concorrência como, ainda, com o interesse público na medida em que o seu potencial impacto financeiro (*supra* §§ 2.5 a 2.7, 19, 20, 21), no caso concreto se efetivou ao determinar que se penalizassem na classificação do preço propostas de mais baixo preço relativamente a outras de valor mais elevado (*supra* §§ 2.8, 2.9, 22, 23, 24, 25), independentemente da classificação do fator relativo valia técnica.

36.2 No passado o TdC já tinha recusado visto prévio a um contrato outorgado pela mesma entidade adjudicante na sequência de concurso público pela circunstância de a fórmula adotada nesse procedimento incorrer na mesma violação legal (*supra* § 2.11).

III. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se recusar, ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC, o visto ao contrato objeto de fiscalização prévia nos presentes autos.

- 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.



Tribunal de Contas

Lisboa, 30 de novembro de 2017

Os Juízes Conselheiros,

(Paulo Dá Mesquita – Relator)

(Mário Mendes Serrano)

(José Manuel Quelhas)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto,

(José Vicente Almeida)