



DECISÃO N.º 09/2012 – SRATC

Processo n.º 44/2012

1. Foi presente, para fiscalização prévia da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, o *contrato de empreitada de remodelação e ampliação do antigo hospital militar da Boa Nova, Angra do Heroísmo*, celebrado a 15 de junho de 2012, entre a Região Autónoma dos Açores, através da Presidência do Governo Regional - Direção Regional da Cultura, e a Somague Ediçor, Engenharia, S.A., pelo preço de € 1 700 000,01, acrescido do IVA, e com o prazo de execução de 450 dias.
2. Suscitaram-se dúvidas quanto à fórmula utilizada no modelo de avaliação das propostas em confronto com o regime legal aplicável às propostas de preço anormalmente baixo.
3. Relevam os seguintes factos:
 - 3.1. O contrato foi precedido de concurso público¹, autorizado por despacho do Presidente do Governo Regional n.º 1205/2011, de 16 de novembro, publicado no Jornal Oficial, II Série, n.º 226, de 24 de novembro de 2011.
 - 3.2. A empreitada foi lançada a concurso com o preço base de € 2 000 000,00², e com o prazo máximo de execução de 450 dias³.
 - 3.3. O critério de adjudicação adotado foi o da proposta economicamente mais vantajosa, com ponderação dos seguintes fatores e subfatores:
 - K1- Preço (40%);*
 - K2 - Qualidade técnica da proposta (60%):*
 - K2.1 - Plano de trabalhos (70%);*

¹ Cujo anúncio foi publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 225, de 23 de novembro de 2011, sob o n.º 5692/2012.

² Cláusula 32.ª do caderno de encargos e artigo 4.º do programa do concurso.

³ Cláusula 9.ª do caderno de encargos e artigo 4.º do programa do concurso.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 09/2012 (Processo n.º 44/2012)

K2.2 - Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra (30%).

4. No tocante ao fator *Preço*, o programa do concurso estabelece que⁴:

«Às propostas que apresentem o preço igual ao preço mínimo de 1 700 000.00€ (um milhão e setecentos mil euros), assim como as que apresentem preço anormalmente baixo devidamente justificado e aceite para efeitos de análise, será atribuída a pontuação de 20 (vinte), enquanto que será atribuída a pontuação de 0 (zero) às propostas cujo preço seja igual ao preço base.»

5. A aplicação da fórmula de cálculo do fator *Preço* conduziu ao seguinte resultado, conforme consta do relatório preliminar de análise das propostas:

		K1 - PREÇO	
		Pontuação	K1 x 0,40
N.º 4 - SOMAGUE-EDIÇOR	1.700.000,01 €	20,00	8,00
N.º 8 - TECNOVIA AÇORES	1.821.500,00 €	11,90	4,76
N.º 9 - AFAVIAS	1.700.000,01 €	20,00	8,00
N.º 10 - MARQUES	1.700.000,01 €	20,00	8,00
N.º 11 - CMM	1.700.000,01 €	20,00	8,00
N.º 12 - COTAÇOR	1.700.000,00 €	20,00	8,00

6. Em sede de devolução do processo, o Serviço foi questionado sobre o modelo de avaliação das propostas adotado, porquanto⁵:

- o modelo não permitiria diferenciar as propostas que apresentassem um preço 15% ou mais inferior ao preço base, o que implica que nenhum concorrente tivesse vantagem em apresentar um preço inferior a esse limiar, mesmo que se encontrasse em condições de justificadamente o praticar, inviabilizando, assim, o funcionamento do regime de propostas com preço anormalmente baixo, fixado no artigo 71.º do Código dos Contratos Públicos;
- no caso concreto, cinco das seis propostas admitidas apresentaram preços entre € 1 700 000,00 e € 1 700 000,01, o que indicia que tal modelo condicionou a concorrência, com o eventual agravamento do resultado financeiro;
- não foi tida em atenção a advertência feita no âmbito do processo de fiscalização prévia n.º 40/2011 (contrato de empreitada de construção do *Arquipélago – Centro de Artes Contemporâneas*).

⁴ Artigo 29.º, n.º 6, do programa do concurso.

⁵ Ofício n.º 1097-UAT I, de 26-06-2012.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 09/2012 (Processo n.º 44/2012)

7. A resposta dada encontra-se integralmente reproduzida no Anexo à presente Decisão⁶, na qual se alega, em síntese, o seguinte:
- «Observados os limites decorrentes dos preceitos normativos anteriormente referidos [n.ºs 1 e 2 do artigo 75.º e artigo 139.º do CCP], e os princípios gerais de direito aplicáveis à contratação pública, designadamente os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, a entidade adjudicante goza de uma larga margem de discricionariedade, quer na enumeração e ordenação dos fatores e subfatores que irão determinar a proposta economicamente mais vantajosa, quer na ponderação e pontuação que lhes atribui.»
 - «...o modelo de avaliação das propostas adotado pela entidade adjudicante (...) não obsta ao funcionamento do regime de propostas com preço anormalmente baixo fixado no artigo 71.º do CCP, pelo facto de não diferenciar as propostas com um preço anormalmente baixo (no caso, as que apresentassem um preço 15% ou mais inferior ao preço base).»
 - «De salientar que a questão do preço anormalmente baixo se prende com a admissibilidade das propostas e não propriamente com a sua avaliação/valoração segundo o critério de adjudicação e o modelo de avaliação adotados.»
 - «A razão pela qual, no procedimento em apreço, a entidade adjudicante fixou o limiar do preço anormalmente baixo em 85% do preço base e optou por não diferenciar as propostas que apresentassem um preço abaixo desse limiar decorre da firme convicção de que a partir desse limite a proposta acarreta um risco, para não dizer um risco sério, para a boa e atempada execução do contrato. Note-se que estamos a falar de propostas que oferecem preços anormais, muito abaixo do preço que a entidade adjudicante considera como sendo o preço justo e razoável para a obra concursada (o preço base) e que, por essa razão, se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato.»
 - «... a preocupação da entidade adjudicante em garantir a escolha de uma proposta que oferecesse maiores garantias da boa execução da obra, desde logo a boa execução técnica, é por demais evidente no critério de adjudicação e no modelo de avaliação adotados, onde a importância do preço foi objetivamente relativizada, ou se quisermos, desvalorizada, no contexto de avaliação face à qualidade técnica da proposta.»
8. Tal como resulta da matéria de facto acabada de expor, cinco das seis propostas admitidas apresentaram o preço de € 1 700 000,00 ou de € 1 700 000,01, o que indicia a existência de fatores de condicionamento da concorrência, com eventual agravamento do resultado financeiro.
9. De entre os fatores que podem ter concorrido para este resultado anómalo sobressai, seguramente, o modelo de avaliação das propostas adotado.

⁶ Ofício com a referência SAI-DRAC/2012/3514, de 19-07-2012.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 09/2012 (Processo n.º 44/2012)

Com efeito, o programa do concurso consagra, no modelo de avaliação das propostas, uma fórmula que determina a atribuição da pontuação máxima no fator *Preço* às propostas cujo valor seja igual a € 1 700 000,00 (que corresponde ao limiar do preço anormalmente baixo fixado para este procedimento), e a mesma pontuação para as propostas que apresentem qualquer preço inferior.

Em consequência, havendo um concorrente com condições para apresentar uma proposta de valor inferior, atuando racionalmente, só lhe restou subir o seu preço de modo a fixar-se naquele valor. Isto porque, se propusesse um montante inferior, a pontuação que viesse a obter no fator *Preço* seria a mesma – nenhuma vantagem retirando da redução do preço –, e ainda teria de prestar esclarecimentos justificativos do preço, arriscando-se a ver a sua proposta excluída⁷.

Gera-se, assim, a incerteza sobre se os concorrentes que apresentaram propostas com um preço igual ou próximo do limiar do preço anormalmente baixo estariam em condições de, justificadamente, apresentar um preço inferior, caso o modelo de avaliação fosse adequado.

Este resultado mais facilmente se verifica num caso, como o presente, em que:

- a diferença entre o preço base e o preço anormalmente baixo é relativamente reduzida (15%)⁸;
- o preço base apresenta-se algo desfasado, por excesso, do preço de mercado⁹.

10. A fórmula de cálculo ora adotada conduz, então, a que, na valoração do fator *Preço*, seja atribuída a pontuação máxima às propostas cujo valor corresponda ao limiar do preço

⁷ Artigos 57.º, n.º 1, alínea *d*), e 71.º, n.º 3, do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2008, de 11 de setembro, 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, e pelo Decreto-Lei n.º 131/2010 de 14 de dezembro.

⁸ O artigo 71.º, n.º 1, alínea *a*), do CCP, estabelece, supletivamente, que o preço é anormalmente baixo quando seja 40% ou mais inferior ao preço base.

⁹ Sobre a problemática inerente à fixação de um preço base substancialmente mais elevado do que a média dos preços de todas as propostas apresentadas, *cfr.*, Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 23-02-2012 (proc.º n.º 08460/12), onde se refere que «*bem vistas as coisas, um preço base anormalmente alto pode ser tão restritivo da concorrência e tão lesivo dos interesses públicos quanto o preço anormalmente baixo. Na verdade, o preço base anormalmente alto possibilita a apresentação de propostas de preço elevado, que eventualmente podem reflectir soluções técnicas que poderiam ser vantajosamente substituídas por outras menos onerosas, levando a que eventuais interessados que destas disponham sejam excluídos por mera aplicação do conceito jurídico de preço anormalmente baixo*». O Acórdão citado encontra-se disponível em www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/2424ff18aac5e35c802579b3003d6fb1.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 09/2012 (Processo n.º 44/2012)

anormalmente baixo e a todas as que apresentem um montante inferior, não permitindo diferenciá-las.

Neste sentido, o modelo de avaliação adotado tem como consequência impedir o funcionamento do regime legal aplicável às propostas de preço anormalmente baixo.

Este regime caracteriza-se por não operar automaticamente. Ou seja, a entidade adjudicante não pode excluir automaticamente uma proposta que apresente um preço total anormalmente baixo, sem atender aos esclarecimentos justificativos prestados pelo concorrente. É o que decorre do disposto nos artigos 57.º, n.º 1, alínea *d*), e 71.º, n.º 3, do CCP, em consonância com o artigo 55.º da Diretiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004.

De igual modo, não pode a entidade adjudicante contornar a proibição de exclusão automática, criando regras no programa do procedimento que, na prática, produzem o mesmo efeito, ao limitar, indiretamente, a apresentação de propostas de preço anormalmente baixo, ainda que justificadas.

11. Em contraditório foi também alegado que o modelo de avaliação das propostas adotado «... decorre da firme convicção de que a partir desse limite [limiar do preço anormalmente baixo], a proposta acarreta um risco, para não dizer um risco sério, para a boa e atempada execução do contrato».

A este propósito importa salientar que se o preço anormalmente baixo estiver justificado por razões objetivas – entre as quais avultam as indicadas no n.º 4 do artigo 71.º do CCP –, então a proposta deve ser admitida. Sendo admitida por ser considerada uma proposta séria terá de, logicamente, diferenciar-se em função do seu preço mais baixo.

A proposta admitida de mais baixo preço deve ser a melhor pontuada, no fator *Preço*, cabendo às restantes uma pontuação inferior, calculada proporcionalmente.

12. Pode ainda acrescentar-se que o modelo de avaliação das propostas adotado, ao promover a elevação dos preços, por não permitir distinguir as propostas abaixo de certo valor, tratando-as todas como se fossem iguais, mesmo que tivessem preços muito distintos, pode ter travado a apresentação de propostas economicamente mais vantajosas, contrariando o



critério de adjudicação adotado, com preterição do disposto na alínea *a*) do artigo 74.º do CCP.

Conduziu também a que a escolha do adjudicatário acabasse por ser feita com base no fator *Qualidade técnica da proposta*, que, na prática, pouca influência tem nos aspetos essenciais a considerar na realização de uma obra pública, como sejam o preço, o prazo, a qualidade da obra, as garantias prestadas.

- 13.** Este modelo de avaliação foi seguido no programa do procedimento relativo ao *contrato de empreitada de reconstrução, ampliação, adaptação e arranjos exteriores da antiga Fábrica do Alcool da Ribeira Grande para Centro de Artes Contemporâneas*, submetido pela entidade a fiscalização prévia do Tribunal de Contas¹⁰.

Nesse âmbito, a entidade foi já advertida para a necessidade de, no modelo de avaliação das propostas, não serem adotadas fórmulas que inviabilizem, na prática, a aplicação do regime do preço anormalmente baixo, fixado no artigo 71.º do CCP.

No caso anterior, o resultado do concurso não revestiu a gravidade deste, em que cinco das seis propostas apresentaram o preço de € 1 700 000,00 ou de € 1 700 000,01. Mas era previsível que tal pudesse vir a acontecer, sobretudo se o preço base for calculado acima dos valores de mercado e a margem entre o preço base e o limiar do preço anormalmente baixo for reduzida.

- 14.** Em conclusão:

- a)* A fórmula de cálculo adotada para a valoração do fator *Preço*, ao não permitir diferenciar as propostas que apresentassem um preço considerado anormalmente baixo, prejudicou a aplicação do regime de propostas com preço anormalmente baixo fixado no artigo 71.º do CCP;
- b)* O modelo de avaliação, ao promover a elevação dos preços das propostas, pode não ter assegurado a apresentação e posterior escolha da proposta economicamente mais vantajosa, que é o objetivo do critério de adjudicação adotado, com inobservância do disposto na alínea *a*) do artigo 74.º do CCP;

¹⁰ Processo de fiscalização prévia n.º 040/2011.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 09/2012 (Processo n.º 44/2012)

c) As ilegalidades verificadas mostram-se suscetíveis de conduzir a uma alteração do resultado financeiro do contrato.

15. Nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, constitui fundamento da recusa do visto a ilegalidade que altere ou possa alterar o resultado financeiro.

Porém, a lei admite que, no caso de ilegalidade que altere ou seja suscetível de alterar o resultado financeiro, o Tribunal possa conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades (n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97).

Neste sentido, na sequência da advertência feita à Direção Regional da Cultura, para as consequências que poderiam advir do modelo de avaliação das propostas adotado, considera-se que a formulação de uma recomendação formal constituirá medida suficiente para que a entidade proceda às necessárias correções.

Assim, o Juiz da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em sessão extraordinária, ouvidos o Ministério Público e os Assessores, decide, com os fundamentos expostos, conceder o visto ao contrato em referência e recomendar à Direção Regional da Cultura, que, na elaboração dos programas dos procedimentos de formação de contratos de empreitada de obras públicas:

- No caso do critério de adjudicação ser o da proposta economicamente mais vantajosa, adote um modelo de avaliação que, se incluir o fator *Preço*, permita distinguir todas as propostas que apresentem preços diferentes, pontuando melhor as de valor inferior, sem prejuízo do regime legal aplicável às propostas de preço anormalmente baixo.

Emolumentos: € 1 700,00.

Notifique-se.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, 25 de Julho de 2012

O JUIZ CONSELHEIRO

(Nuno Lobo Ferreira)

O ASSESSOR

(Fernando Flor de Lima)

O ASSESSOR

(Carlos Bedo)

Fui presente

A REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

(Joana Marques Vidal)

Anexo: Ofício n.º SAI-DRAC/2012/3514, de 19-07-2012



PRESIDÊNCIA DO GOVERNO REGIONAL DOS AÇORES
DIREÇÃO REGIONAL DA CULTURA

Ex.mo Senhor
Subdiretor-Geral da Seção Regional dos Açores
do Tribunal de Contas
Rua Ernesto do Canto, n.º34
9500 Ponta Delgada

Sua referência	Sua comunicação de	Nossa Referência	Processo	Data
		SAI- DRAC/2012/3514		19-07-2012

Assunto: CONTRATO DE EMPREITADA DE REMODELAÇÃO E AMPLIAÇÃO DO
ANTIGO HOSPITAL MILITAR DA BOA NOVA

Em referência ao assunto mencionado em epígrafe e em resposta ao solicitado por V. Exa., no V. ofício Ref.ª 1097-UAT I, de 26.06.2012, venho esclarecer o seguinte:

1. a) O modelo de avaliação das propostas adotado (n.º 6 do artigo 29.º do programa do procedimento):

Nos termos conjugados da alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º, do artigo 75.º e do artigo 139.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), quando a adjudicação seja feita de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa é obrigatória a utilização de um modelo de avaliação das propostas destinado a medir a performance ou o desempenho de cada proposta.

Conforme decorre do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 75.º e no artigo 139.º do CCP, ao ser adotado o critério da proposta economicamente mais vantajosa, a entidade adjudicante está obrigada a definir os fatores e eventuais subfatores que densificam esse critério e os respetivos coeficientes de ponderação e, para cada um dos fatores ou subfatores elementares, a respetiva escala de pontuação, bem como a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para cada aspeto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos.



PRESIDÊNCIA DO GOVERNO REGIONAL DOS AÇORES
DIREÇÃO REGIONAL DA CULTURA

Observados os limites decorrentes dos preceitos normativos anteriormente referidos e os princípios gerais de direito aplicáveis à contratação pública, designadamente os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, a entidade adjudicante goza de uma larga margem de discricionariedade, quer na enunciação e ordenação dos fatores e subfatores que irão determinar a proposta economicamente mais vantajosa, quer na ponderação e pontuação que lhes atribui.

Ora, no caso da empreitada em apreço, o modelo de avaliação das propostas adotado pela entidade adjudicante observa os preceitos e princípios anteriormente referidos e não obsta ao funcionamento do regime de propostas com preço anormalmente baixo fixado no artigo 71.º do CCP, pelo facto de não diferenciar as propostas com um preço anormalmente baixo (no caso, as que apresentassem um preço 15% ou mais inferior ao preço base).

De salientar que a questão do preço anormalmente baixo se prende com a admissibilidade das propostas e não propriamente com a sua avaliação/valoração segundo o critério de adjudicação e o modelo de avaliação adotados. Por outras palavras: a aplicação do regime do preço anormalmente baixo previsto no artigo 71.º do CCP é anterior e independente do processo de avaliação das propostas e assenta exclusivamente num juízo de admissibilidade das mesmas para efeitos daquela ulterior avaliação de acordo com o critério de adjudicação e o modelo de avaliação adotados.

De resto, se dúvidas houvesse, bem poderia a entidade adjudicante ter adotado um critério de adjudicação que prescindisse do preço enquanto aspeto da execução do contrato a submeter à concorrência pelo caderno de encargos, que ainda assim as propostas sempre estariam sujeitas ao regime do preço anormalmente baixo previsto no artigo 71.º do CCP.

A razão pela qual, no procedimento em apreço, a entidade adjudicante fixou o limiar do preço anormalmente baixo em 85% do preço base e optou por não diferenciar as propostas que apresentassem um preço abaixo desse limiar decorre da firme convicção de que a partir desse limite a proposta acarreta um risco, para não dizer um risco sério, para a boa e atempada execução do contrato. Note-se que estamos a falar de propostas que oferecem preços anormais, muito abaixo do preço que a entidade adjudicante considera como sendo o preço justo e razoável para a obra concursada (o preço base) e que, por essa razão, se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato.

De resto, a preocupação da entidade adjudicante em garantir a escolha de uma proposta que oferecesse maiores garantias da boa execução da obra, desde logo de boa



PRESIDÊNCIA DO GOVERNO REGIONAL DOS AÇORES
DIREÇÃO REGIONAL DA CULTURA

execução técnica, é por demais evidente no critério de adjudicação e no modelo de avaliação adotados, onde a importância do preço foi objetivamente relativizada, ou se quisermos desvalorizada, no contexto da avaliação face à qualidade técnica da proposta.

b) A exclusão da proposta apresentada pelo concorrente CITEL, Construtora Ideal da Terceira, S.A. :

A alteração dos pressupostos do Mapa de Quantidades, é um atributo que é entendido como uma violação dos parâmetros base fixados no Caderno de Encargos, pelo que possui enquadramento na alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP;

De referir ainda que, o Júri considera que a proposta apresentada não cumpre com o disposto no ponto 4 do Artigo 15º do Programa do Procedimento, uma vez que a mesma não foi apresentada a concurso em fascículos indecomponíveis, nem tampouco com as páginas que a constituem enumeradas, permitindo desta forma, a supressão e/ou o acréscimo de folhas à proposta apresentada, facto este que contraria o disposto na alínea h) do ponto 2 do Artigo 30º do Programa de Procedimento.

2. O projeto em causa, foi aprovado pelo Feder, Programa Proconvergência e será cofinanciado em 85% do investimento total, conforme comprovativo em anexo.

Neste contexto, a verba orçamentada para 2012, dá cumprimento à assunção da despesa inerente à Região neste projeto e encontra-se devidamente autorizada a sua repartição pelos anos económicos.

3. Junto se anexa a lista de preços unitários apresentada pelo concorrente Citel, Construtora Ideal da Terceira, S.A., conforme solicitado.

Com os melhores cumprimentos,

O Diretor Regional da Cultura

Jorge Augusto Paulus Bruno