



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

DECISÃO N.º 10/FP/2009

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 27 de Outubro de 2009, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato da prestação de serviços para a *“elaboração do Plano de Meios de Comunicação do Destino Madeira para o Mercado Português em 2009/2010”*, outorgado, em 25 de Agosto de 2009, entre a Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional do Turismo e Transportes, e a firma *Nova Expressão – Agência de Meios de Publicidade, S.A.*, pelo preço de €525 915,38, acrescido de IVA.

I - Os Factos

Com interesse para a decisão a proferir, a análise efectuada ao correlativo processo permite destacar os factos a seguir relatados:

- a) O concurso público que precedeu a assinatura do supra identificado contrato foi autorizado por despacho da Secretária Regional do Turismo e Transportes, proferido a 13 de Fevereiro do corrente ano, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º do Código dos Contratos Públicos (CCP).
- b) O respectivo aviso de abertura foi publicado, em 2009, no Diário da República, 2.ª série, n.º 35, Parte L, de 19 de Fevereiro, e no Jornal Oficial da União Europeia, n.º 2009/S 36-052803, de 21 de Fevereiro.
- c) De acordo com artigo 5.º do programa do concurso, *“A adjudicação é realizada segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, de acordo com a metodologia de avaliação constante do Anexo I ao Programa do Concurso, que dele faz parte integrante”*.
- d) Da referenciada metodologia resulta que *“A adjudicação será feita à proposta mais vantajosa atendendo à ponderação dos seguintes factores e subfactores, indicados por ordem decrescente da sua importância”*:
 - Factor 1 – Consistência com a estratégia de marketing do destino Madeira (ponderação: 0,40) – Subfactor: 1.1 - Consistência com a estratégia de marketing do destino Madeira;
 - Factor 2 – Metodologia e programação dos trabalhos (ponderação: 0,30) - Subfactores: 2.1 Distribuição do investimento pelos meios (ponderação: 0,50) e 2.2 Calendarização das acções (ponderação: 0,50);
 - Factor 3 – Preço (ponderação: 0,30).



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- e) Apresentaram-se a concurso 2 concorrentes, a firma *Nova Expressão – Agência de Meios de Publicidade, S.A.*, e o agrupamento composto pelas empresas *Executive Media – Serviços Publicitários, S.A.*, e *MC – Media Consulting de Imagem e Comunicação, Ld.ª*, cujas propostas foram admitidas no acto público realizado a 7 de Abril de 2009.
- f) Na sequência da aplicação do critério de adjudicação às 2 propostas admitidas, e cumpridas as demais formalidades legais, a Secretária Regional do Turismo e Transportes adjudicou, a 8 de Junho seguinte, a presente aquisição de serviços à “*Nova Expressão – Agência de Meios de Publicidade, S.A.*”.

II - O Direito

No plano da actividade pré-contratual jurídico-administrativa, sendo o concurso, por natureza, um procedimento concorrencial, não haverá certamente concorrência sem publicidade: o conhecimento do fim a que ele tende e as regras que o dominam têm de ser públicos. É aqui que se evidencia a necessidade de divulgação atempada dos aspectos juridicamente relevantes, de maneira a que os concorrentes saibam com o que contar (Margarida Olazabal Cabral, in *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, pag.91).

Ao mesmo tempo, tal divulgação submete-se a uma disciplina rigorosa de modo a não permitir a subversão do próprio concurso. Por isso se fala na auto-vinculação da Administração às regras que definiu no programa do concurso e no caderno de encargos, cujo carácter regulamentar assenta na sua compatibilização com os preceitos legais e regulamentares injuntivos do regime normativo do contrato público em causa, no sentido de que tudo fique pré-estabelecido, sem possibilidade de alterações posteriores capazes de ferir princípios como os da boa fé ou da confiança (Margarida O. Cabral, *ob. cit.*, pags. 82, 94 e 146).

Essa é uma maneira de a Administração exteriorizar isenção e imparcialidade e revelar o verdadeiro espírito de transparência concursal: mostrar que não está a privilegiar nenhum dos concorrentes em detrimento de outros. Aqui, o que está em causa é que a entidade adjudicante se auto-vincule de tal forma que não venha a fazer uma escolha em função daqueles que aparecem a concorrer. Por outro lado, é também uma forma de os concorrentes ajustarem as suas propostas à vontade contratual unilateralmente anunciada pela entidade adjudicante.

Compreende-se, assim, que o artigo 132.º, n.º 1, alínea n), do CCP, consagre que o programa do concurso público deve indicar “*O critério de adjudicação, bem como, quando for adoptado o da proposta economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas, explicitando claramente os factores e os eventuais subfactores relativos aos aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, os valores dos respectivos coeficientes de ponderação e, relativamente a cada um dos factores ou subfactores elementares, a respectiva escala de ponderação, bem como a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos que permita a atribuição das pontuações parciais*”.

Ainda no citado Código, o artigo 139.º, n.º 2, epigrafiado de “*Modelo de avaliação das propostas*”, determina que “*A pontuação global de cada proposta, expressa numericamente,*



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

corresponde ao resultado da soma das pontuações parciais obtidas em cada factor ou subfactor elementar, multiplicadas pelos valores dos respectivos coeficientes de ponderação”, devendo, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, “Para cada factor ou subfactor elementar (...) ser definida uma escala de pontuação através de uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos para o aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos respeitante a esse factor ou subfactor”.

As disposições invocadas acentuam a orientação legal de que à Administração, ao fixar o modelo de avaliação no programa de concurso, cumpre relacionar os aspectos das propostas com os factores e subfactores estabelecidos e as respectivas ponderações, sendo nessa relação que assenta o juízo de ordenação daquelas para fins de adjudicação, tendo em vista demonstrar que a proposta escolhida reúne as condições prévias estabelecidas para satisfazer o interesse público associado ao contrato.

No caso dos autos, a adjudicação dos serviços a que se refere o contrato em apreço obedeceu ao critério previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º do CCP, o da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, e o programa do concurso explicitou os factores e os subfactores relativos aos aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos e os valores dos respectivos coeficientes de ponderação.

Todavia, é evidente, logo a uma primeira leitura, que o artigo 5.º do programa do concurso trata de modo inadequado a questão do modelo de avaliação das propostas. É que, buscando a ratio do artigo 132.º, n.º 1, alínea n), e do artigo 139.º, n.ºs 2, 3 e 4, ambos do CCP, o que o legislador pretende, quando o critério de adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa, é o modelo de avaliação das propostas, e não a metodologia de avaliação.

Por outro lado, e de forma decisiva, verifica-se que a entidade adjudicante, no que concerne ao único subfactor do factor 1 – *“Consistência com a estratégia de marketing do destino Madeira”*, embora especificando a respectiva ponderação, omite *“a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos que permita a atribuição das pontuações parciais”* nesse subfactor.

Com efeito, limita-se a aludir a uma escala de pontuação assim estruturada: *“5 valores - Excelente - Se se verificar que a proposta preenche cabalmente o exigido no paradigma de referência”, 4 valores - Muito Bom - Se se verificar que a proposta preenche a quase totalidade do exigido no paradigma de referência, 3 valores - Bom - Se se verificar que a proposta preenche os requisitos mínimos do exigido no paradigma de referência”, 2 valores – Medíocre - Se se verificar que a proposta preenche parcialmente o paradigma de referência”, 1 valor - Mau - Se se verificar que a proposta não preenche o exigido no paradigma de referência”.*

Concluindo o ponto, a ideia que pode formular-se a este respeito é a de que o paradigma de referência é vago, não abona a favor de uma avaliação objectiva e imparcial, porquanto reportado a uma formulação do tipo: *“Proposta que contemple acções e/ou inserções publicitárias em meios de comunicação em conformidade com o público-alvo e segmentos*



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

de mercado especificados no Anexo I do Caderno de Encargos – Briefing sobre o Destino Turístico Madeira”.

Como, de resto, a SRTT concede quando admite “(...) que a entidade adjudicante, de facto, não procedeu à densificação das expressões «cabalmente»; «a quase totalidade»; «requisitos mínimos»; «parcialmente»; «não preenche o requerido no paradigma de referência», porquanto considerou que a sua densificação já resultava do significado conceitual inerente às mesmas”.

Neste contexto, assente que a entidade adjudicante não forneceu, previamente, qualquer densificação ou determinação objectiva das condições de atribuição das menções quantitativas/qualitativas da escala de pontuação, emerge a questão de saber se, no citado subfactor, foi observada, ou não, a disciplina que orienta a elaboração do modelo de avaliação das propostas, imposta pelos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), *in fine*, e 139.º, n.ºs 2 a 4, ambos do CCP.

Em concreto, sobressai que, na aplicação da escala de pontuação de 1 a 5 valores, o júri do concurso justificou, perante a especificidade do subfactor “*Consistência com a estratégia de marketing do destino Madeira*”, a razão de ser da nota atribuída, como se pode observar, de seguida, através da transcrição da parte do relatório respeitante à análise das duas propostas concorrentes:

“Agrupamento de empresas composto pela Executive Media – Serviços Publicitários, S.A., e MC – Media Consulting de Imagem e Comunicação, Ld.ª:

“Ao nível da imprensa, a empresa apresenta uma proposta pouco atractiva em termos de meios, usando revistas de interesse geral, suplementos de jornais, revistas de sociedade e revistas de viagens, o que não corresponde à totalidade do público-alvo pretendido, bem como não garante o melhor retorno da campanha.

Ao nível de outdoors a proposta apresenta meios de visibilidade privilegiada, como cartazes de grandes dimensões com um forte impacto visual e potenciais de captar a atenção dos destinatários.

No meio Rádio a proposta contempla rádios de cobertura nacional e por isso mesmo são meios abrangentes que obtêm grande impacto junto do consumidor final. O mesmo acontece com o meio Multibanco, ao utilizar a rede nacional com grande abrangência geográfica.

Quanto à Internet, a proposta contempla sites de Economia, Informação Geral, Cultura e Viagens, abrangendo um vasto número de consumidores.

Da análise dos meios e considerando que o meio imprensa é fundamental para atingir o público-alvo pretendido, entende-se que a proposta apenas preenche os requisitos mínimos do paradigma de referência.

Pontuação – 3 valores (Bom)”.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Nova Expressão – Agência de Meios de Publicidade, S.A.:

“Ao nível da imprensa, verifica-se uma boa distribuição da publicidade por diferentes áreas de interesses, abrangendo assim um público-alvo mais variado e consentâneo com o pretendido. Para além das revistas de interesse geral, revistas de jornais, revistas de sociedade, revistas de economia e revistas de viagens, a proposta contempla ainda revistas de bordo e imprensa dirigida ao trade. Uma mais valia desta proposta é o facto de, para além das inserções standard, incluir também outras acções diversificadas como realização de cadernos temáticos, encartes, reportagens, e suplementos especiais de luas-de-mel e viagens, etc..

A proposta apresenta meios de visibilidade privilegiada, como Muppis e Multibanco, que têm um forte impacto visual e captam a atenção dos potenciais destinatários, e por serem utilizadas redes nacionais são meios ideais para promover alguns dos segmentos propostos.

No meio Rádio a proposta contempla rádios de cobertura nacional e por isso mesmo são meios abrangentes que obtêm grande impacto junto do consumidor final.

Já no meio Internet os sites propostos são totalmente direccionados para o perfil do público-alvo e da temática viagens, por incidir essencialmente em sites de viagens e de meios de comunicação, incluindo ainda inserções em newsletters de conhecidos sites de viagens. Este meio abrange maioritariamente os públicos mais jovens, comunicando de forma espontânea e mais eficaz com este segmento.

Assim, da análise dos meios e respectivo impacto junto dos públicos-alvo, verifica-se que a proposta preenche a quase totalidade do paradigma de referência.

Pontuação – 4 valores (Muito Bom)”.

Desde logo, não se pode afirmar que o factor “*Consistência com a estratégia de marketing do destino Madeira*” foi decomposto, pois o subfactor em causa “*Consistência com a estratégia de marketing do destino Madeira*” repete os limites intrínsecos e conceitos valorativos do factor base, mantendo a mesma subjectividade ou margem de livre apreciação que resultaria da sua aplicação simples.

E, portanto, permite que o júri concretize o factor e subfactor fixados ex-ante a partir de elementos extraídos das propostas, e depois faça uma fundamentação à medida da sua escolha. Fundamentação, diga-se, assente em ponderações subjectivas e aleatórias, e com recurso a critérios gerais e expressões variáveis, tendentes a preencher o que ficara em aberto na atribuição das menções qualitativas/quantitativas [Excelente (5 valores), Muito Bom (4 valores), Bom (3 valores), Medíocre (2 valores) e Mau (1 valor)].

A verdade, porém, é que a questão não se reconduz à fundamentação das decisões, mas sim ao facto de o júri ter criado parâmetros de avaliação em função dos atributos das propostas, recorrendo a uma matriz arbitrária de apuramento dos respectivos pontos fortes e fracos, que pontuou livremente, no subfactor em causa, na escala de 1 a 5 valores.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Com efeito, o júri, após conhecer o conteúdo das propostas e já na fase de análise destas, recorreu a elementos de apreciação que funcionaram como parâmetros que interferiram na aplicação do subfactor, sem que tivesse havido qualquer vinculação prévia da entidade adjudicante a esse respeito no modelo de avaliação das propostas divulgado no programa do concurso. Ou seja, sem que os concorrentes tivessem prévio conhecimento desses parâmetros, o júri elegeram-os “á posteriori” e a seu bel-prazer, no que considerou ser determinante para a graduação de cada uma das propostas.

Por isso, embora não seja possível concluir que a eleição “ad hoc” dos parâmetros favoreceu a adjudicatária em prejuízo do concorrente preterido, paira a dúvida e a suspeita de que o procedimento possa não ter tido a isenção e transparência que se esperava. E, neste quadro, sob a aparência do concurso público, afinal, subsiste o problema da verdadeira auto-vinculação da Administração no procedimento, ficando a sensação de que, de facto, o subfactor serviu para legitimar a escolha que se quis fazer.

Tem-se assim por relevante que sobre a SRTT impendia a obrigação legal de, para balizar mais objectivamente a função de análise das propostas, especificar os critérios valorativos que seriam objecto de ponderação no referido subfactor, o que implicava explicitar as condições de atribuição das pontuações da escala gradativa, e delas dar conhecimento aos concorrentes no programa do concurso, conforme prescrevem os artigos 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2 a 3, do CCP.

Quer dizer, faltou definir, clara e previamente, o conjunto ordenado de diferentes atributos que permitisse a atribuição das pontuações parciais nesse subfactor, em sintonia com o disposto na norma do n.º 5 do artigo 139.º do CCP, cujos termos estipulam que as pontuações parciais de cada proposta são atribuídas pelo júri através da aplicação da “expressão matemática” ou, quando esta não existir, através de um juízo de comparação dos respectivos atributos com o conjunto ordenado referido no n.º 3 do mesmo artigo 139.º.

Sob o ponto de vista da consequência jurídica, a violação dos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, do CCP, determina a anulabilidade do acto final de adjudicação, nos termos do artigo 135.º do Código do Procedimento Administrativo, a qual se transmite ao contrato em análise, por força do preceituado no artigo 283.º, n.º 2, do CCP.

À luz dos fundamentos de recusa de visto, taxativamente enunciados nas alíneas a), b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, a assinalada ilegalidade pode constituir motivo para a recusa de visto no quadro da previsão normativa da citada alínea c), por se mostrar, pelo menos em abstracto, susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato posteriormente celebrado.

Com efeito, a actuação descrita, mesmo que porventura radicada em preocupações de melhor apreciação comparativa do valor relativo das propostas, a par de ser ilegal, é, por si só, suficiente para perturbar os interesses dos concorrentes e fazer desequilibrar para algum dos lados o resultado final do concurso.

Contudo, tendo em atenção a circunstância de não se poder dar por adquirida a alteração do resultado financeiro do contrato, o Tribunal de Contas considera que estão reunidas as condições para, em decisão fundamentada, e ao abrigo do n.º 4 do artigo 44.º da citada Lei



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

n.º 98/97, conceder o visto ao contrato e fazer recomendações ao serviço no sentido de evitar no futuro tal ilegalidade.

III - Decisão

Face ao exposto, decide-se, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores, **conceder o visto** ao contrato em apreço, com a **recomendação** dirigida à Secretaria Regional do Turismo e Transportes no sentido de que, em futuros procedimentos administrativos, observe o preceituado nos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, ambos do CCP, no tocante ao modelo de avaliação das propostas, quando for adoptado o critério da proposta economicamente mais vantajosa.

São devidos emolumentos, no montante de € 525,92.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 27 de Outubro de 2009.

O JUIZ CONSELHEIRO,

(Alberto Fernandes Brás)

O ASSESSOR,

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,

(Alberto Miguel Faria Pestana)

**Fui presente,
O Procurador-Geral Adjunto,**

(Orlando de Andrade Ventura da Silva)

Proc.º n.º 54/2009 – Secretaria Regional do Turismo e Transportes.