



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

## DECISÃO N.º 04/FP/2010

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 26 de Janeiro de 2010, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato de *“fornecimento, instalação e queima de fogo-de-artifício para as festas da passagem do ano de 2009/2010 na Região Autónoma da Madeira”*, outorgado, em 24 de Novembro de 2009, entre a Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional do Turismo e Transportes (SRTT), e o *“Consórcio Macedos Pirotecnia”*, pelo preço de € 1 067 723,30, 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) Para efeitos de adjudicação do fornecimento dos serviços e bens inseridos no objecto do contrato ora em referência, a Secretária Regional do Turismo e Transportes autorizou a abertura de um concurso público de âmbito comunitário, ao abrigo do artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do Código dos Contratos Públicos (CCP), bem como aprovou os respectivos programa e caderno de encargos.
- b) Nessa sequência, o anúncio de abertura do concurso foi publicado no Jornal Oficial da União Europeia, n.º 2009/S 148-216798, de 5 de Agosto, no Diário da República, Parte L, 2ª série, n.º 147, e no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira, 2.ª série, n.º 145, ambos de 31 de Julho de 2009.
- c) De acordo com o 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** – Moldura artística do espectáculo (ponderação: 0,40) – Subfactor 1.1 - Efeitos visuais e sonoros (ponderação: 0,40); Subfactor 1.2 – Sequência do espectáculo (ponderação: 0,40); 1.3 – Criatividade (ponderação: 0,20).



# Tribunal de Contas

## *Secção Regional da Madeira*

---

- **Factor 2** – Programação e metodologia dos trabalhos (ponderação: 0,40) - Subfactor 2.1- Metodologia e programação geral do espectáculo (ponderação: 0,40); Subfactor 2.2 – Equipamento a afectar à prestação dos serviços (ponderação: 0,30); Subfactor 2.3 – Meios humanos a afectar à prestação dos serviços (ponderação: 0,30).
  - **Factor 3** – Preço (ponderação: 0,20).
- e) Para avaliar os subfactores dos factores 1 e 2, foi adoptada a seguinte escala de pontuação: 5 pontos (Excelente – excede claramente os paradigmas normais e previsíveis); 4 pontos (Muito Bom – Supera os paradigmas normais e previsíveis); 3 pontos (Bom – Corresponde ao paradigma tido por normal e corrente); 2 pontos (Medíocre – Corresponde insuficientemente ao paradigma aceitável); 1 ponto (Mau – Não alcança manifestamente o paradigma aceitável).
- f) Verificado que o modelo de avaliação divulgado no programa do concurso não explicitava os conceitos de paradigma normal, paradigma previsível, paradigma corrente e paradigma aceitável, a Secretaria Regional do Turismo e Transportes alegou que, no caso concreto, “ (...) a concretização de critérios no âmbito deste tipo de contrato possa, em último caso, implicar que a administração se substitua ao concorrente na conceptualização da proposta, quando o nosso objectivo é suscitar e recolher ideia e propostas diversificadas. Assim, uma densificação demasiado exaustiva dos critérios valorativos poderia gerar efeitos perversos, ou seja, sairia prejudicada a criatividade e diversidade das propostas, que tenderiam naturalmente para a uniformidade, uma vez que todos os concorrentes se sentiriam obrigados a conformar-se com os parâmetros rigidamente predefinidos”.
- g) Ao concurso foram admitidos as empresas “*HC&Filhos Pirotecnia – Henrique Costa & Filhos, Ld.<sup>a</sup>*”, “*GJR – Pirotecnia e Explosivos, S.A./Luso Events, Produções Multimédia, Ld.<sup>a</sup>*”, “*Pirotecnia Minhota, Ld.<sup>a</sup>*”, e o “*Consórcio Macedo’s Pirotecnia*”, bem como as suas propostas de € 1 080 000,00, € 1 014 010,00, € 1 050 000,00 e € 1 067 723,30, respectivamente.
- h) Em sede de análise das propostas, o júri do concurso hierarquizou, como 1.<sup>a</sup> classificada, a proposta do “*Consórcio Macedo’s Pirotecnia*”, na sequência do que lhe foi adjudicado o presente fornecimento, por despacho da Secretária Regional do Turismo e Transportes, de 4 de Novembro de 2009.



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

## II - O Direito

No plano da actividade pré-contratual jurídico-administrativa, as regras de avaliação das propostas constituem a pedra angular de qualquer programa de concurso, pelo que a sua enunciação e publicitação reveste-se de inegável importância, tanto para os concorrentes, que com base nelas delinearão a respectiva estratégia e apresentarão os seus argumentos, quanto para a entidade adjudicante, posto que é à luz dessas regras que se há-de legitimar a escolha da proposta na óptica do interesse público prosseguido.

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 (Margarida O. Cabral, in *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, pags. 82, 94 e 146).

Em sintonia, o CCP consagra, no artigo 132.º, n.º 1, alínea n), 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”*.

Para tanto, a Administração goza de discricionariedade na escolha do critério de adjudicação e dos respectivos factores e eventuais subfactores e suas ponderações, devendo, no entanto, acolher, na elaboração do modelo de avaliação das propostas, a disciplina veiculada pelos n.ºs 2 a 4 do artigo 139.º do mesmo CCP. E, muito particularmente, atender a que, para cada factor ou subfactor elementar, tem de *“(…) 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”* - n.º 3 do artigo 139.º.



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

O legislador procura neste domínio, por um lado, garantir que a elaboração do modelo de avaliação das propostas se faça em moldes conformes com os princípios da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa fé, reconhecidamente dominantes nos procedimentos pré-contratuais, os quais transparecem quer do artigo 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, quer dos artigos 3.º a 6.º-A do Código do Procedimento Administrativo. Procura, por outro lado, assegurar a observância daqueles mesmos princípios ao longo da fase de avaliação das propostas, assim como durante as diligências que a preparam ou que se lhe seguem - ver a nota preambular do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

Nesta linha, quando for escolhido o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, a elaboração do modelo de avaliação do concurso público obedece aos termos prescritos pelas disposições acima invocadas do CCP, sendo, pois, este o critério jurídico decisivo a ter em conta na situação que nos ocupa, à luz do qual a questão de direito não poderá deixar de ser analisada.

No caso vertente, a selecção do co-contratante 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 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, porquanto omite a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos para os aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência pelo caderno de encargos respeitantes aos subfactores do critério de adjudicação.

De facto, para a atribuição das pontuações parciais nos subfactores, o modelo alude somente a uma escala assim estruturada: “5 pontos (*Excelente – excede claramente os paradigmas normais e previsíveis*); 4 pontos (*Muito Bom – Supera os paradigmas normais e previsíveis*); 3 pontos (*Bom – Corresponde ao paradigma tido por normal e corrente*); 2 pontos (*Medíocre – Corresponde insuficientemente ao paradigma aceitável*); 1 ponto (*Mau – Não alcança manifestamente o paradigma aceitável*) ”.

A ideia que pode formular-se, a este respeito, é a de que os paradigmas de referência são vagos e genéricos, não abonam a favor de uma avaliação objectiva e imparcial, na medida em que a entidade adjudicante não forneceu, previamente, qualquer densificação ou



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

determinação objectiva das condições de atribuição das menções quantitativas/qualitativas da escala de pontuação.

A complexidade da questão aumenta quando na decomposição do critério de adjudicação surgem factores do tipo “*Moldura artística do espectáculo*” ou “*Programação e metodologia dos trabalhos*”, e depois estes são decompostos noutros conceitos (subfactores) igualmente indeterminados. Por aqui a entidade adjudicante poderá efectivamente escolher quem mais lhe interessar e fundamentar a sua escolha nos factores e subfactores do critério de adjudicação, porque eles são indefinidos e, portanto, permitem que ela escolha quem quiser e depois faça uma fundamentação à medida da sua intenção.

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 dos subfactores, sem que tivesse havido qualquer vinculação prévia a esse propósito no modelo de avaliação divulgado no programa do concurso. Como se bastasse uma fundamentação 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), Mediocre (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 análise dos respectivos pontos fortes e fracos, que pontuou discricionária e subjectivamente nos subfactores indicados. Deste modo os concorrentes não tiveram prévio conhecimento dos parâmetros que o júri elegeu “*á posteriori*” e a seu bel-prazer, no que considerou ser determinante para a graduação de cada uma das propostas.

Quer dizer, faltou definir, clara e previamente, o conjunto ordenado de diferentes atributos que permitisse a atribuição das pontuações parciais nos subfactores, 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.

E, neste quadro, paira a dúvida e a suspeita de que o procedimento possa não ter tido a isenção e transparência que se esperava, sendo possível admitir que a eleição “*ad hoc*” dos



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

parâmetros favoreceu a adjudicatária em prejuízo dos concorrentes preteridos. Afinal, sob a aparência do concurso público, subsiste o problema da verdadeira auto-vinculação da Administração no procedimento, ficando a sensação de que, de facto, o critério de adjudicação serviu para legitimar a escolha que se quis fazer.

Tem-se assim por relevante que sobre a entidade adjudicante impendia a obrigação de explicitar no modelo de avaliação 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, cuja violação 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 ilegalidade decorrente da violação das normas ínsitas aos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2 a 3, do CCP, pode constituir motivo de recusa de visto no quadro da previsão da citada alínea c), por se mostrar, pelo menos em abstracto, susceptível de perturbar os interesses dos concorrentes e fazer inclinar para algum dos lados o resultado final do concurso.

Não despicienda é a circunstância de a factualidade recolhida nos presentes autos ter contornos em tudo coincidentes com os da apurada no âmbito da análise efectuada a outros processos da SRTT, a cujos contratos foi concedido o visto com recomendações, através, entre outras, da Decisão n.º 5/FP/2007, de 8 de Fevereiro, e, mais recentemente no domínio do CCP, da Decisão n.º 10/FP/2009, de 27 de Outubro, proferidas nos processos com os n.ºs 88/2006 e 54/2009, respectivamente.

Na Decisão n.º 5/FP/2007, este Tribunal recomendou à então Secretaria Regional do Turismo e Cultura no sentido de cumprir o disposto no artigo 94.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, em cujo n.º 1 mandava o júri do concurso, até ao termo do segundo terço do prazo fixado para a entrega das propostas, “(...) definir a ponderação a aplicar aos diferentes elementos que interfiram na aplicação do critério de adjudicação estabelecido no programa do concurso”.

É evidente que, à data, o Tribunal assentou a sua jurisprudência nos critérios jurídico-normativos do Decreto-Lei n.º 197/99, entretanto revogado, com excepção dos art.ºs 16.º a



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

22.º e 29.º, pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprovou no seu artigo 1.º o Código dos Contratos Públicos.

Todavia, não se pode falar de uma qualquer incompatibilidade da recomendação com a legislação posteriormente aprovada pelo CCP. Antes pelo contrário, a solução jurídica ditada pelos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2 a 3, do CCP, para a avaliação das propostas, consubstancia, no fim de contas, um avanço relativamente à regulamentação decorrente do artigo 94.º do Decreto-Lei n.º 197/99.

Deste modo, no concurso em análise, a elaboração, divulgação e aplicação de um rigoroso e inovador modelo de avaliação das propostas, tal como instituído pelo CCP, tinha implícita a consequência de levar ao acatamento da recomendação formulada pelo Tribunal na Decisão n.º 5/FP/2007.

Não obstante, concede-se que a entrada em vigor do CCP possa ter suscitado, numa fase inicial, algumas dificuldades na sua aplicação, porquanto o mesmo Código, apesar de acolher uma visão já perfilhada nas suas linhas essenciais pelo Decreto-Lei n.º 197/99, não “represtinou” exactamente as respectivas soluções na matéria ora em debate.

Adverte-se, no entanto, que nesta questão não há lugar à diversidade de soluções ou a diferentes interpretações, não sendo de subscrever a posição de considerar que “ (...) os factores e subfactores densificadores dos critérios de adjudicação, bem os respectivos coeficientes de ponderação, tal como expostos nas peças concursais lançadas, estão em conformidade com os princípios subjacentes ao direito concursal, nomeadamente com os princípios da igualdade, da concorrência, da boa fé, da imparcialidade, da proporcionalidade e da transparência (...).”

Esta linha argumentativa não procede porque, no que tange aos referidos princípios, para além da sua mera invocação, não se descortina a mínima substanciação da alegada conformidade. Efectivamente, não se alcança como é possível ir encontro da objectividade, isenção e equidistância dos interesses em presença no concurso com a fixação de factores e subfactores que necessitam de concretização nos atributos das propostas a apresentar ou que tenham por referentes esses mesmos atributos.

Atento quanto se expôs, é bom de ver que assim não se projecta para o exterior um sentimento de confiança nem se afasta a possibilidade de ocorrência de situações passíveis de abalar a objectividade e imparcialidade da entidade adjudicante, aferidas não do seu





# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

ponto de vista, mas sim do ponto de vista do universo dos potenciais candidatos, quer em concreto, quer em potência.

Aliás, a própria Secretaria Regional do Turismo e Transportes não está convencida da sustentação jurídica da tese por si perfilhada, como denota a afirmação “(...) *embora a sua objectivação não corresponda ainda ao paradigma desejável, sem embargo de reafirmarmos o nosso propósito de consecução desse desiderato*”, ou quando alude à (...) *fluidez e subjectividade dos conceitos com que temos de lidar*”.

De outro lado, interessa, em definitivo, acentuar que a Secretaria Regional tem no quadro do modelo de avaliação das propostas, ou no quadro mais alargado do regime jurídico do CCP, que encontrar a resposta adequada à “ (...) *problemática inerente à exacta conceptualização e densificação dos critérios valorativos dos vários concursos lançados (...), em que estão em causa, nomeadamente, questões estáticas, de criatividade artística e de inovação*”.

Em face do que disse, e tendo ainda em atenção a circunstância de não se poder dar por adquirida a alteração do resultado financeiro do contrato agora sujeito a fiscalização prévia, o Tribunal de Contas considera adequado fazer uso da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

E, neste contexto, **recomenda** à Secretaria Regional do Turismo e Transportes que, em procedimentos administrativos futuros, observe o preceituado nos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º, n.ºs 2 e 3, ambos do Código dos Contratos Públicos, no tocante á elaboração do modelo de avaliação das propostas, quando for adoptado o critério da proposta economicamente mais vantajosa.

Tal recomendação não é, seguramente, uma proclamação retórica, despida de qualquer significado, mas sim um padrão ou critério de conduta para a entidade destinatária, que passa a ter o encargo de velar pelo seu acolhimento. Daí que, no controlo do modo como os actuais responsáveis pela Secretaria Regional do Turismo e Transportes acolhem a recomendação que o Tribunal lhes deixa, haja de operar-se com uma particular firmeza.

### 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 expressa no final da parte II da presente** decisão.





# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

São devidos emolumentos, no montante de € 1 067,72.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 26 de Janeiro de 2010.

**O JUIZ CONSELHEIRO,**

*(Alberto Fernandes Brás)*

**A ASSESSORA,**

*(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)*

Processo n.º 80/2009 – Secretaria Regional do Turismo e Transportes.