



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

DECISÃO N.º 07/FP/2010

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 23 de Fevereiro de 2010, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato da empreitada de “*construção do prolongamento da Estrada das Noras – Porto Santo*”, outorgado, em 17 de Dezembro de 2009, entre a Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional do Equipamento Social (SRES), e a firma “*FARROBO – Sociedade de Construções, S.A.*”, pelo preço de € 675 000,00, 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 da empreitada objecto do contrato em referência, o Conselho do Governo Regional da Madeira, através da Resolução n.º 242/2009, de 5 de Março, determinou, ao abrigo do disposto nos artigos 18.º, 19.º, al. b), e 38.º, todos do Código dos Contratos Públicos (CCP), a abertura de um concurso público, autorizou a realização da correspondente despesa e aprovou as peças do procedimento.
- b) Nessa sequência, o anúncio do concurso foi publicado no Diário da República, Parte L, 2ª série, n.º 131, de 9 de Julho de 2009, e no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira, 2.ª série, n.º 130, do dia 10 seguinte.
- c) O ponto 11 do programa do concurso indicava que o critério de adjudicação era o da proposta economicamente mais vantajosa, decomposto nos seguintes factores, indicados por ordem decrescente da sua importância: Factor A – Valia técnica da proposta (VT) - 0,60; Factor B – Preço da obra (PR) - 0,40.
- d) Para avaliar o Factor A, foram adoptados os subfactores a seguir discriminados: A1- Plano de trabalhos (PT) - 0,50; A2 – Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra (MD) - 0,50.
- e) A avaliação de cada subfactor do factor VT processou-se de acordo com uma escala de pontuação com diferentes níveis quantitativos entre a nota máxima de 20 pontos e mínima de 5 pontos, aos quais correspondiam conceitos do tipo: ***muito bem elaborado, bem escalonado, principais artigos, algumas falhas, e razoavelmente esclarecedora*** (sublinhado nosso).



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- f) Verificado que o modelo de avaliação não explicitava as condições de atribuição dos níveis da referida escala, a SRES alegou que *“A cada um dos subfactores referidos correspondeu uma escala de pontuação, que assentava num conjunto de atributos susceptíveis de serem propostos que permitiam a atribuição de pontuações parciais. De facto, para os subfactores PT e MD, que compõem o factor VT, não foi possível estabelecer expressões matemáticas adequadas, uma vez que os elementos a analisar eram de certa forma complexos, extensos, mais ou menos minuciosos, com um misto de objectividade/subjectividade. As pontuações, neste caso, foram atribuídas em função da coerência, consistência, clareza e nível de detalhe, atributos estes que, ainda que indirectamente, se consideram evidenciados no descritivo das escalas de pontuação utilizadas”*.

II - O Direito

Importa desde já referir que 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”*.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

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 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”, tal como preceitua o n.º 3 do citado artigo 139.º.

Nesta linha, quando for escolhido o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, a elaboração do modelo de avaliação do concurso público obedece ao preceituado nas disposições acima invocadas do CCP, sendo este o critério jurídico decisivo a ter em conta na situação que emerge da factualidade antes exposta, à luz do qual a questão de direito não poderá deixar de ser analisada.

No caso vertente, a selecção do co-contratante seguiu o 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 ponto 11 do programa do concurso trata de modo inadequado a questão do modelo de avaliação das propostas, porquanto omite na escala de pontuação do subfactor “*Plano de Trabalhos*” e do subfactor “*Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra*” 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 a esses subfactores.

A ideia que pode formular-se, a este respeito, é a de que dizer-se, por exemplo, que o concorrente foi classificado com 13 pontos porque apresentou uma “*Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra elaborada com algumas falhas e razoavelmente esclarecedora do modo de execução da obra*”, não abona a favor de uma avaliação objectiva e imparcial, na medida em que não se forneceu, previamente, qualquer densificação dos conceitos que suportam o juízo de atribuição daquela menção quantitativa da escala de pontuação (“*algumas falhas*” e “*razoavelmente esclarecedora*”, com natureza qualitativa e até quantitativa).



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Por aqui a entidade adjudicante poderá escolher quem mais lhe interessar e fundamentar a sua escolha nos subfactores do critério de adjudicação, porque eles são indefinidos e permitem que o júri, após conhecer o conteúdo das propostas e já na fase de análise destas, recorra a elementos de apreciação que funcionam como parâmetros que interferem na aplicação dos subfactores, sem que tivesse havido qualquer vinculação prévia a esse propósito no modelo de avaliação divulgado no programa do concurso.

Quer dizer, a escala de pontuação fixada ex-ante para os subfactores PT e MD manteve a margem de livre apreciação que resultaria da aplicação simples do factor base VT, facilitando uma técnica de análise das propostas que concretiza as menções quantitativas/qualitativas daquela escala a partir de conceitos igualmente indefinidos e vagos do tipo: *“muito bem elaborada e bastante esclarecedora do modo de execução da obra”* ou *“discriminado ao nível de todos os artigos do orçamento e com algumas falhas no escalonamento”*.

É bom de ver que, assim, o júri pôde ir buscar a seu bel-prazer aos atributos das propostas aquilo que considerou ser determinante para a graduação de cada uma delas nesses subfactores. Por isso, paira a dúvida de que o procedimento possa não ter tido a isenção e transparência que se esperava, sendo possível admitir que o critério de adjudicação serviu para legitimar a escolha que se quis fazer.

Em sede de fiscalização prévia, 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 normativa da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, por se mostrar, pelo menos em abstracto, passível de perturbar os interesses dos concorrentes e fazer inclinar para algum dos lados o resultado final do concurso.

Porém, não estando adquirida a ocorrência efectiva da alteração do resultado financeiro do contrato posteriormente celebrado, face à mera susceptibilidade dessa alteração e à falta de elementos que indiciem a subjectivização do tratamento dado aos concorrentes envolvidos no concurso ou o favorecimento de um ou mais de entre eles, o Tribunal 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.

Assim, o Tribunal de Contas **recomenda** à Secretaria Regional do Equipamento Social que, em futuros procedimentos, 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 à elaboração do modelo de avaliação das propostas, quando for adoptado o critério da proposta economicamente mais vantajosa.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

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** constante do final da parte II da presente decisão.

São devidos emolumentos, no montante de € 675,00.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 23 de Fevereiro 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)

Processos n.º 91/2009 – Secretaria Regional do Equipamento Social.