



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

DECISÃO N.º 13/FP/2010

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 20 de Julho de 2010, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato da “*aquisição de serviços de conservação e restauro das capelas, sacristia, púlpitos e guarda-vento da Igreja de São João Evangelista*”, celebrado, em 3 de Maio de 2010, entre a Secretaria Regional de Educação e Cultura e a empresa “*Nova Conservação – Restauro e Conservação do Património Artístico-Cultural, Lda.*”, pelo preço de € 993 898,00, acrescido de IVA.

I - Os Factos

Para efeitos da análise e da decisão a proferir no correlativo processo, dão-se por assentes os seguintes factos:

- a) O Secretário Regional de Educação e Cultura, por despacho de 21 de Abril de 2008, proferido no ofício com n.º 463, de 18 de Abril de 2008, da Direcção Regional dos Assuntos Culturais (DRAC), autorizou a abertura do concurso público para a “*Igreja de São João Evangelista – Conservação e restauro das capelas, sacristia, púlpitos e guarda-vento*”, com um valor estimado de € 1 348 800,00, sem IVA, aprovou as peças do procedimento e designou os membros do júri.
- b) Em 6 e 8 de Maio de 2008, o anúncio de abertura do procedimento foi, respectivamente, publicado no Jornal Oficial da União Europeia e no Diário da República.
- c) Por força da alínea a) do ponto 2.2 do artigo 10.º do programa do concurso, para a avaliação da capacidade técnica dos concorrentes, a proposta devia vir acompanhada de uma “*lista dos principais serviços fornecidos, da mesma natureza dos que constituem o objecto do vertente concurso, no valor individual mínimo de € 500.000,00, nos últimos três anos, respectivos montantes, datas e destinatários, a comprovar por declaração destes (por declaração das entidades adjudicantes), ou, na sua falta e tratando-se de destinatários particulares, por simples declaração do concorrente*”.
- d) O n.º 1 do artigo 4.º do mesmo programa indicava que o critério de adjudicação era o da proposta economicamente mais vantajosa, decomposto, por ordem decrescente de importância, pelos seguintes factores: *Qualidade e Mérito Técnico, Preço e Prazo de Garantia*.
- e) A 9 de Maio de 2008, o júri reuniu para definir a ponderação a aplicar aos diferentes elementos que interferiam na aplicação do critério de adjudicação, tendo, para o efeito, aprovado, por unanimidade, o seguinte:



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

“Preço (P) – (20% de valoração)

Quanto ao factor “Preço” será atribuído 100 pontos à proposta com valor mais baixo e para as restantes, será aplicada a seguinte fórmula:

$$P = 100 \times a / b$$

Em que a é o preço mais baixo de todas as propostas e b é o preço da proposta do concorrente em análise.

Qualidade e mérito técnico (QMT) – 70 % de valoração)

Quanto ao factor “Qualidade e Mérito Técnico”, será dividido nos seguintes dois subfactores e correspondentes valorações:

Programa de trabalhos (Pt): 70%;

Plano de materiais e equipamentos utilizados (Pmeu): 30%;

Os subfactores serão pontuados a nível interpretativo de desenvolvimento, descrição e escalonamento dos equipamentos e materiais ao longo do prazo de execução dos serviços.

Os subfactores são pontuados do seguinte modo:

- Muito detalhado e muito adequado 100 pontos*
- Muito detalhado e adequado 85 pontos*
- Suficientemente detalhado e adequado 70 pontos*
- Pouco detalhado e adequado 55 pontos*
- Muito pouco detalhado e adequado 40 pontos*

$$\text{Fórmula: } QMT = Pt \ 0.70 + Pmeu \ 0.30$$

Prazo de garantia (PG) – 10% de valoração)

No que respeita ao “Prazo de Garantia”, será atribuído a seguinte pontuação:

- Mais de 7 anos 100 pontos*
- Mais de 5 e até 7 anos 90 pontos*



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- 5 anos 80 pontos”.

f) Ao concurso, cujo acto público decorreu em 27 de Junho de 2008, apresentaram-se os seguintes concorrentes:

- 1 – *Junqueira 220, Sociedade de Conservação, Restauro e Arte, Lda.*, com uma proposta de € 944 160,00;
- 2 – *Signinum – Gestão de Património Cultural, Lda.*, com uma proposta de € 1 183 842,00;
- 3 – *BEL – Engenharia e Reabilitação de Estruturas S.A.*, com uma proposta de € 998 738,82;
- 4 – *Nova Conservação – Restauro e Conservação do Património Artístico-Cultural, Lda.*, com uma proposta de € 993 898,00;
- 5 – *Augusto de Oliveira Ferreira e Companhia, Lda.*, com uma proposta de € 1 035 586,30;
- 6 – *A. Ludgero Castro, Lda.*, com uma proposta de € 1 670 884,92.

g) Em 22 de Setembro de 2008, o júri elaborou o relatório de apreciação das propostas, do qual consta o seguinte:

- ✓ Que todos os concorrentes têm capacidade financeira para a execução dos serviços em causa;
- ✓ A proposta de exclusão dos concorrentes 2,3,5 e 6, por não comprovação da capacidade técnica necessária à execução de trabalhos/serviços inseridos no objecto do concurso;
- ✓ A aplicação dos factores e subfactores do critério de adjudicação às propostas dos concorrentes n.ºs 1 e 4, donde resultou a seguinte ordenação:

Concorrente	P	QMT	PG	Pontuação	Classificação
<i>Junqueira 220</i>	20	44,8	10	74,8	2.º
<i>Nova Conservação</i>	19	59,5	10	88,5	1.º

h) Seguiu-se a audiência prévia, no âmbito da qual apresentaram observações os concorrentes *Junqueira 220 - Sociedade de Conservação, Restauro e Arte, Lda.*, *BEL-*



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Engenharia e Reabilitação de Estruturas S.A., Augusto de Oliveira Ferreira e Companhia, Lda., e A. Ludgero Castro, Lda..

- i) Em 24 de Outubro de 2008, o júri ponderou as observações daqueles concorrentes e, no novo relatório de apreciação de propostas então elaborado, deduziu as seguintes conclusões:
- ✓ Manutenção da exclusão dos concorrentes *BEL- Engenharia e Reabilitação de Estruturas S.A., Augusto de Oliveira Ferreira e Companhia, Lda., e A. Ludgero Castro, Lda.*;
 - ✓ Manutenção da admissão do concorrente *Nova Conservação – Restauro e Conservação do Património Artístico e Cultural, Lda..*
- j) Para comprovação da sua capacidade técnica a concorrente *Nova Conservação – Restauro e Conservação do Património Artístico-Cultural, Lda.*, apresentou os seguintes documentos:
- ✓ Declaração da Direcção Regional de Coimbra do Instituto Português do Património Arquitectónico, de 1 de Fevereiro de 2006, dando conta que a empresa elaborou o “*Projecto de Conservação e Restauro de Coberturas, Fachadas e 2.ª Fase da Porta Especiosa, na Sé Velha de Coimbra, sendo o valor contratual dos trabalhos de € 681.369,30, acrescido de IVA, com o prazo de 12 meses com início a 05/01/04 e a terminar a 04/01/05, com duas prorrogações de prazo gratuitas até 14 de Março de 2005 (...)*”.
 - ✓ Declaração da Direcção Regional de Cultura do Centro, de 19 de Maio de 2008, atestando que “*o Consórcio HCI/Construções, Lda./Nova Conservação, Lda., (...) está a realizar a obra CPI 93/IPPAR-C/E/04 – “Valorização do Mosteiro de Santa Clara a Velha - Coimbra”, encontrando-se à data facturado o valor de € 5.456.146,32 euros+IVA, dos quais € 1.770.166,93 euros+IVA em trabalhos de conservação e restauro, que compreendem, entre outros, trabalhos de conservação e restauro de pedra esculpida, de pavimentos em pedra e tijoleira, revestimentos em argamassa e revestimentos azulejares (...). A obra, com início em Junho de 2006 e término previsto em Março de 2008, tem prazo previsto de 21 meses na sua totalidade, estando todos os trabalhos a esta data a decorrer em fase de prorrogação.*”
- k) O júri procedeu ainda à reanálise do factor *Qualidade e Mérito Técnico* relativamente às duas propostas admitidas, classificando-as do seguinte modo:



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Concorrente	P	QMT	PG	Pontuação	Classificação
<i>Junqueira 220</i>	20	56,35	10	86,35	2.º
<i>Nova Conservação</i>	19	70	10	99	1.º

- l) Após nova audiência prévia, em 6 de Janeiro de 2009, o júri elaborou o relatório final de apreciação das propostas, mantendo a análise anteriormente feita e propondo a adjudicação dos serviços à proposta da empresa *Nova Conservação – Restauro e Conservação do Património Artístico Cultural, Lda.*, pelo preço de € 993 898,0, mais IVA.
- m) Perante o relatório final, o Secretário Regional de Educação e Cultura exarou, em 17 de Março de 2009, o seguinte despacho:

- “1. Atendendo à complexidade analítica e às reclamações apresentadas, bem como à segurança imperativa e subjacente ao acto de adjudicação, devem as propostas dos concorrentes “Nova Conservação” e “Junqueira 220” ser objecto de análise, através de parecer, por uma entidade independente e de reconhecida competência técnica;*
- 2. Determino que seja solicitado o referido parecer ao Instituto dos Museus e da Conservação;*
- 3. A análise das propostas incidirá sobre o factor “Qualidade e Mérito Técnico” do critério de adjudicação definido, com fundamentação e pontuação do mesmo (...).”*

- n) Em 6 de Julho de 2009, o Instituto de Museus e da Conservação emitiu o parecer que a seguir se transcreve, apenas naquilo que diz respeito à valia das propostas:

“2. (...) Verifica-se que, no geral, ambas as propostas não só foram elaboradas segundo os preceitos éticos e metodológicos referentes à Conservação e Restauro, como respeitam o Caderno de Encargos.

2.1. Pontualmente ambas as propostas, face às peças, apresentam inadequações;

2.2. Quanto às intervenções nas peças, existem procedimentos mal definidos. Se alguns só poderão ser definidos em obra, outros são apresentados de forma ambígua;

2.3. Fazemos notar o facto de a Firma Nova Conservação, Lda., apresentar esquemas de análise e de circulação dos técnicos em obra dentro da Igreja. A Firma Junqueira 220 – Sociedade de Conservação Restauro e Arte, Lda., menciona apenas que os mesmos respeitarão o Caderno de Encargos;



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

2.4. Consideramos muito importante o facto de a Firma Nova conservação, Lda., apresentar Quadro Técnico, com relação de Técnicos Responsáveis por Áreas de Intervenção. A Firma Junqueira 220 – Sociedade de Conservação Restauro e Arte, Lda., é omissa.

Pelo exposto pode concluir-se que:

- 1 *O facto das propostas apresentarem algumas “inadequações”, pontuais, tal não invalida a sua aceitação uma vez que ambas respeitam o Caderno de Encargos.*
- 2 *O facto de uma das firmas apresentar o quadro técnico é um factor que se considera bastante relevante. Este procedimento será futuramente exigido em relação a trabalhos de conservação e restauro de bens culturais móveis e imóveis classificados ou em vias de classificação conforme estabelece o Decreto-Lei 140/09 de 15 de Junho.*

Mais se informa que será enviado um relatório técnico detalhado acompanhado de documentação fotográfica realizada durante a brigada de trabalho.”

- o)** O relatório detalhado do Instituto de Museus e da Conservação não integra os autos.
- p)** Por despacho do Secretário Regional de Educação e Cultura, de 16 de Novembro de 2009, exarado no ofício n.º 1372, de 11 de Novembro daquele ano, subscrito pelo Director Regional dos Assuntos Culturais, a prestação de serviços foi adjudicada à firma *Nova Conservação – Restauro e Conservação do Património Artístico Cultural, Lda.*, pelo preço de € 993 898,00 (s/IVA).
- q)** Do acto de adjudicação foi interposto recuso hierárquico para o Plenário do Conselho do Governo Regional da Madeira, considerado intempestivo por deliberação do referido Conselho, de 14 de Janeiro de 2010, publicada, na forma de Resolução (n.º 55/2009), no JORAM, II Série, n.º 3, de 19 de Janeiro de 2010.

II - O Direito

A factualidade exposta suscita duas questões centrais que cumpre analisar à luz do regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, ao tempo em vigor e aplicável ao concurso público que precedeu a celebração do contrato em apreço, uma relacionada com a avaliação subjectiva dos concorrentes e outra com a avaliação das propostas.

1. Para enquadrar a questão atinente à avaliação dos concorrentes, interessa referir que, quando a lei impõe o concurso público, exige igualmente um programa de procedimento, onde a entidade adjudicante define os termos a que obedece a fase de



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

formação do contrato até à sua outorga, assim como um caderno de encargos, o qual contém as cláusulas jurídicas e técnicas, gerais e especiais, a incluir no contrato a celebrar [cfr. os artigos 42.º, 43.º e 89.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho].

Trata-se, em ambos os casos, de documentos essenciais a qualquer concurso público, e dos quais deverá constar tudo aquilo que importe dar a conhecer aos concorrentes, de maneira a habilitá-los a fornecer à entidade adjudicante a totalidade dos elementos necessários à tomada, por esta, de uma decisão imparcial.

Deste modo, a entidade adjudicante formula, ela própria, no âmbito dos poderes que a lei lhe confere, as regras do concurso, às quais se auto-vincula e os particulares se submetem quando elaboram as suas propostas, variando o grau de liberdade que lhes é deixado, e devendo ainda fazer acompanhá-las dos documentos exigidos, para não correrem o risco de serem, sem mais, excluídos.

Daí que os requisitos de habilitação e de qualificação, aplicáveis à formação do contrato administrativo de aquisição de bens móveis e de serviços, devam ser estabelecidos nas peças do procedimento, tratando-se de condições gerais exigíveis a qualquer pessoa, singular ou colectiva, que pretenda contratar com o Estado ou com outras entidades adjudicantes. Em regra, o que sucede é o programa do concurso reproduzir prescrições contidas em diploma legal, relativamente à exigência de determinados requisitos de capacidade técnica e financeira.

Na questão dos autos, sente-se de modo particular a influência do artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 197/99, por força do qual, “1- *Para a avaliação da capacidade técnica dos concorrentes, incluindo a conformidade das soluções técnicas propostas com as características do fornecimento dos bens ou serviços, pode ser exigida, de acordo com a natureza, quantidade e finalidade do fornecimento, a apresentação dos seguintes documentos: a) Lista dos principais bens ou serviços fornecidos nos últimos três anos, respectivos montantes, datas e destinatários, a comprovar por declaração destes ou, na sua falta e tratando-se de destinatários particulares, por simples declaração do concorrente (...)*”.

Face a este normativo, que não trata directamente da avaliação da capacidade técnica, mas sim da forma de comprovação documental dessa avaliação, a regra não é a da imposição, pois que o termo “pode”, utilizado na redacção do citado artigo 36º, concede espaço de manobra à entidade adjudicante, sendo-lhe lícito exigir a apresentação dos documentos enunciados no preceito legal em apreço ou de quaisquer outros.

Estamos, em síntese, no domínio da qualificação dos concorrentes, onde predomina a vontade da entidade adjudicante quanto ao que ela considera, e a ela compete casuisticamente definir, capacidade técnica relevante na área dos serviços a contratar.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

No caso, está em causa a alínea a) do ponto 2.2 do artigo 10.º do programa do concurso, na qual se exigiu a apresentação de uma *“lista dos principais serviços fornecidos, da mesma natureza dos que constituem o objecto do vertente concurso, no valor individual mínimo de € 500.000,00, nos últimos três anos, respectivos montantes, datas e destinatários, a comprovar por declaração destes (por declaração das entidades adjudicantes), ou, na sua falta e tratando-se de destinatários particulares, por simples declaração do concorrente”*.

A entidade adjudicante acolheu naquela disposição do programa do concurso o previsto no artigo 36.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 197/99. E de forma que utilizou, na delimitação do requisito relativo à capacidade técnica dos concorrentes, um conceito indeterminado quando impôs a apresentação de declarações que comprovem a execução de serviços da **mesma natureza** dos que integram o objecto do concurso.

A fixação de semelhante requisito tem, certamente, implícito o objectivo de assegurar que, para executar o projecto de conservação e restauro do património em causa, seja escolhido um prestador que dê garantias de capacidade técnica suficiente, o que significa afastar do concurso aqueles candidatos que não cumpram tal requisito, como é próprio do procedimento de concurso, por definição selectivo.

Para saber, no entanto, se os serviços a contratar são, ou não, da mesma natureza dos executados pelos concorrentes, há que recorrer ao artigo 1.º do programa do concurso e do caderno de encargos, onde se diz que o objecto do concurso consiste na aquisição dos *“serviços de conservação e restauro das capelas, sacristia, púlpitos e guarda-vento da Igreja de São João Evangelista”*.

Ainda que o preceito inicial das invocadas peças não tenha vocação para especificar os concretos serviços a prestar pelo adjudicatário, sendo antes sua função definir genericamente o objecto do concurso, o artigo 1.º do caderno de encargos fornece uma nota de precisão, ao aludir a que o objecto do contrato consiste no fornecimento daqueles serviços *“de acordo com as cláusulas técnicas descritas na Parte II deste caderno de encargos”*.

As especificações contidas nas cláusulas técnicas que constituem a Parte II do caderno de encargos, cuja extensão desaconselha a sua transcrição, serão certamente de alguma complexidade e exigência técnicas, reclamadas aliás pela própria natureza das intervenções de restauro e conservação, a postular a utilização de termos e conceitos estritamente técnicos, mas são também explícitas no que respeita à descrição dos serviços a prestar pelo adjudicatário e ao modo da respectiva execução, permitindo a qualquer destinatário com o mínimo de preparação técnica na área em questão perceber com exactidão a natureza dos serviços postos a concurso.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Trata-se, na síntese da Direcção Regional dos Assuntos Culturais, de serviços de conservação e restauro de talha dourada, pinturas sobre tela, madeira e pano, imagens policromadas, madeiras com pinturas, mármore, pedras diversas com e sem policromia, tijoleiras, rebocos e ferragens (ver o ofício n.º 463, de 18 de Abril de 2008). Ou, em versão mais elaborada, de serviços de “*restauro do património artístico que inclui pinturas e esculturas em diferentes suportes, azulejos, talha, tecidos ornamentais e outros nas quais a artisticidade é subjacente*”, tal como sinteticamente afirma a DRAC no seu ofício n.º 728, de 6 de Julho de 2010.

Das peças do concurso decorre, pois, com clareza a natureza dos serviços a contratar, e as soluções pretendidas surgem nelas identificadas. E também decorre um critério, aplicável à capacidade técnica, que visa precisamente distinguir entre os concorrentes que têm e os que não têm a experiência que a entidade adjudicante considera adequada para prestar os serviços a contratar.

E, em sintonia com esse critério, o que é determinante é saber se a concorrente *Nova Conservação – Restauro e Conservação do Património Artístico Cultural, Lda.*, doravante *Nova Conservação*, fez, ou não, prova cabal da sua capacidade técnica para executar os serviços postos a concurso, através da apresentação das duas declarações abonatórias transcritas na alínea j) da matéria de facto.

A declaração emitida pela Direcção Regional de Coimbra do Instituto Português do Património Arquitectónico, de 1 de Fevereiro de 2006, onde sobressai a inoportunidade do uso da expressão “elaborou um projecto”, quando o objecto do presente contrato é a aquisição de serviços de conservação e restauro, apenas prova que a “execução da obra”, referida na parte final da declaração, terminou em 14 de Março de 2005. Ou seja, essa obra não foi executada no período temporal relevante (últimos três anos), pois, na data da abertura do concurso (8 de Maio de 2008), já haviam decorrido 3 anos. Por conseguinte, face ao regulamento do concurso, a declaração não serve para efeitos da comprovação da capacidade técnica do concorrente.

Resta a declaração abonatória da Direcção Regional da Cultura do Centro, de 19 de Maio de 2008, a qual, no entanto, não permite saber quais os trabalhos realizados pela *Nova Conservação*, uma vez que se reporta a um consórcio, sem diferenciar os trabalhos específicos executados por cada uma das empresas consorciadas. Que a descrição de trabalhos feita na declaração poderá ser meramente exemplificativa denuncia-o a expressão “entre outros” com que o declarante abre essa mesma descrição, e que, por isso, não obstaculizará que outros serviços ali não contemplados possam igualmente ser considerados demonstrativos da capacidade técnica pretendida.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Todavia, é com base naquilo que de relevante tem o conteúdo da declaração, a única válida para apreciar a capacidade técnica, que deve ser aferido se a adjudicatária satisfaz, ou não, o requisito de capacidade técnica elencado na alínea a) do ponto 2.2 do artigo 10.º do programa do concurso, onde se exigia, lembre-se, a comprovação da execução de serviços da **mesma natureza** dos inseridos no objecto do concurso, de valor não inferior a € 500.000,00, nos últimos três anos, e não quaisquer outros.

Para avaliar a capacidade técnica dos concorrentes no domínio em que se inserem os serviços e presumir a sua aptidão para executarem o contrato a que se propuseram, o júri, no relatório de 24 de Outubro de 2008, considerou que, na reabilitação do património construído, são claramente distinguíveis as duas seguintes naturezas de intervenção (tese reafirmada no ofício n.º 728, de 6 de Julho de 2010, da DRAC):

“A primeira natureza, a recuperação do edifício que constitui na sua concepção um objecto artístico mas cujos constituintes estrutura e revestimentos constituem elementos construtivos e em cuja intervenção de recuperação é fundamental o concurso de empresas de construção especializadas em intervenções em imóveis monumentais que possuem mestres que devem ser especializados em carpintaria, mercenária, rebocos e caiação em outros.

A segunda natureza, o “restauro do património artístico que inclui pinturas e esculturas em diferentes suportes, azulejos, talha, tecidos ornamentais e outros nas quais a artisticidade é subjacente, sendo imprescindível o concurso de empresas especialistas em restauro do património artístico de forma a que essas empresas sejam responsáveis por uma intervenção globalmente consistente (...).

É incontestável que a do concurso público N.º 02/2008-SREC/DRAC- Igreja de São João Evangelista – Conservação e restauro das capelas, sacristia, púlpitos e guarda-vento, é uma intervenção de segunda natureza”.

Respondendo agora à questão concreta, mesmo que se admita que o montante de € 1 770 166,93, mencionado na declaração da Direcção Regional da Cultura do Centro, respeita a serviços prestados pela *Nova Conservação* nos últimos três anos (2005 a 2008), não se dá por adquirido que os *“trabalhos de conservação e restauro de pedra esculpida, de pavimentos em pedra e tijoleira, revestimentos em argamassa e revestimentos azulejares”*, os destacados nessa declaração, sejam da mesma natureza dos postos a concurso.

Na verdade, estes constituem, nas palavras do júri reiteradas pela DRAC, uma intervenção de segunda natureza, onde pontuam serviços de *“restauro do património artístico que inclui pinturas e esculturas em diferentes suportes, azulejos, talha, tecidos ornamentais”*, ou, mais especificamente, serviços de conservação e restauro de talha dourada, pinturas sobre tela,



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

madeira e pano, imagens policromadas, madeiras com pinturas, mármore, pedras diversas com e sem policromia, tijoleiras, rebocos e ferragens.

Assim sendo, mais não se descobre do que uma mera afinidade entre a natureza dos serviços fornecidos à Direcção Regional da Cultura do Centro e a especificidade dos trabalhos da DRAC, pois não basta uma simples semelhança ou a sua catalogação como de restauro e conservação para serem considerados da “mesma natureza”, e deve, antes, haver entre eles pontos de contacto a amparar uma sólida e sustentada ideia de que não diferem naquilo que é o seu conteúdo essencial.

Na situação dos autos, com efeito, não há correspondência entre o património alvo da anterior prestação de serviços (pedra esculpida, pavimentos em pedra e tijoleira, revestimentos em argamassa e revestimentos azulejares) e o património artístico abrangido pelo contrato em análise (pinturas e esculturas em diferentes suportes, azulejos, talha, tecidos ornamentais). Mas não só. A singularidade das componentes e características destes serviços pressupõe uma filosofia de restauro, alicerçada nos seus múltiplos aspectos de especificidade e de coerência técnica, que não se revê na experiência da *Nova Conservação*, a que alude a mencionada declaração.

A justificação para pedir uma capacidade técnica com tal dimensão radica naturalmente na circunstância de, no âmbito deste concurso, e para a entidade adjudicante (que pretende contratar serviços específicos da mesma natureza dos abrangidos pelo objecto do concurso), essa exigência qualitativa ser um elemento estruturante da capacidade técnica pretendida, que ela entende não ser compatível com uma qualquer experiência na área da conservação e restauro de património.

Neste ponto, importa reter que à vinculação da entidade adjudicante às regras do concurso está associado o dever de respeitar o programa do procedimento, o caderno de encargos e demais elementos patenteados. E isso não foi observado no caso concreto, onde, através da ampliação do conceito “serviços da mesma natureza”, foi adoptada uma actuação que favoreceu a adjudicatária, sem atender a que as regras de qualificação dos candidatos, impostas pelo regulamento do concurso, devem ser, não só escrupulosamente respeitadas pela entidade adjudicante, como ainda aplicadas de forma uniforme a todos os concorrentes.

Neste contexto, a admissão da empresa *Nova Conservação* ao concurso e a sua posterior investidura na posição de adjudicatário, sem demonstrar possuir a capacidade técnica para prestar os serviços do contrato, nos termos formalmente exigidos pela alínea a) do ponto 2.2 do artigo 10.º do programa do concurso, ofendeu, desde logo, as normas do artigo 105.º, n.º 2, e do artigo 107.º, n.º 2, ambos do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Acresce que, face ao tratamento dado à *Nova Conservação*, deve ainda dizer-se que a discriminação operada pela aplicação do regulamento do concurso foi injustificada, ou seja, a concretização efectuada, do que é capacidade técnica adequada à prestação dos serviços objecto do contrato, consubstanciou, em termos reais e objectivos, a criação de uma situação violadora dos princípios da igualdade, da concorrência e da imparcialidade, consagrados, respectivamente, nos artigos 9.º, 10.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 197/99.

E isto num quadro em que o júri teve especiais cuidados na verificação da capacidade técnica dos concorrentes n.ºs 2, 3, 5 e 6, excluídos porquanto a documentação por eles entregue não cumpria o disposto na alínea a) do ponto 2.2 do artigo 10.º do programa do concurso - as declarações dos concorrentes n.ºs 3 e 5 *“atestavam trabalhos/serviços que não são da mesma natureza do objecto do concurso vertente”* e as dos concorrentes n.ºs 2 e 6 suscitaram um pedido de esclarecimentos.

2. Vejamos de seguida a questão relativa à avaliação das propostas colocada no âmbito do concurso público dos autos.

De entre os vários princípios que norteiam a formação dos contratos públicos plasmados no Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, cumpre destacar os da transparência e da publicidade, com consagração expressa no artigo 8.º do seu articulado, cujo n.º 1 dispõe que *“o critério de adjudicação e as condições essenciais do contrato que se pretende celebrar devem estar definidos previamente à abertura do procedimento e ser dados a conhecer a todos os interessados a partir da data daquela abertura”*.

Ainda no citado diploma, o artigo 55.º, no seu n.º 1, estipula que a adjudicação é feita de acordo com um dos seguintes critérios: *“a) O da proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta, entre outros e consoante o contrato em questão, factores como o preço, qualidade, mérito técnico, características estéticas e funcionais, assistência técnica e prazos de entrega ou de execução; b) Unicamente o do mais baixo preço”*.

Acrescenta o n.º 2 daquele artigo 55.º que *“O critério de adjudicação escolhido deve ser indicado nos documentos que servem de base ao procedimento, com explicitação, no caso da alínea a) do número anterior, dos factores que nele intervêm, por ordem decrescente de importância”*. Em concreto, manda o artigo 89.º do mesmo Decreto-Lei que o programa de concurso especifique, designadamente, o (...) *“I) Critério de adjudicação, com explicitação, no caso de o mesmo ser o da proposta economicamente mais vantajosa, dos factores que nela intervêm, por ordem decrescente de importância”*.

As disposições legais invocadas acentuam a orientação de que o critério de adjudicação deve constituir o parâmetro de avaliação das propostas, pelo que à entidade adjudicante, ao fixar o critério no programa de concurso, e ao hierarquizar os factores de apreciação que o



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

compõem, cumpre relacionar os aspectos das propostas com os factores 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, a entidade adjudicante indicou no n.º 1 do artigo 4.º do programa do concurso e no ponto IV. 2.1. do anúncio que o critério de adjudicação era o da proposta economicamente mais vantajosa, com a ponderação, por ordem decrescente de importância, dos seguintes factores: *Qualidade e Mérito Técnico (70%), Preço (20%) e Prazo de Garantia (10%)*.

A adjudicação da prestação de serviços respeitante ao contrato em apreço, obedeceu, assim, ao critério previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 55.º do Decreto-Lei n.º 197/99, e o programa do concurso respeitou a directriz de explicitação dos factores que nele intervêm por ordem decrescente de importância.

No entanto, retém-se que o artigo 89.º, alínea l), do Decreto-Lei n.º 197/99, impõe, unicamente, a explicitação dos factores que intervêm no critério de adjudicação, não obrigando a que o programa de concurso enuncie os eventuais subfactores e respectivas ponderações. Esta tarefa está cometida ao júri do concurso, conforme resulta do artigo 94.º daquele diploma, o qual, sob a epígrafe “*Definição de critérios*”, preceitua o seguinte:

“1 - Até ao termo do segundo terço do prazo fixado para a entrega das propostas, o júri deve definir a ponderação a aplicar aos diferentes elementos que interfiram na aplicação do critério de adjudicação estabelecido no programa do concurso.

2 - Sem prejuízo do disposto na alínea f) do n.º 2 do artigo 99.º, a cópia da acta relativa à definição dos critérios a que se refere o número anterior deve ser entregue, no prazo de dois dias, aos interessados que a solicitem.”

A proclamação contida no ponto 7 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 197/99 simplifica a interpretação do transcrito artigo 94.º do seguinte modo: (...) “b) *Torna-se claro que os diversos elementos que interferem nos critérios de adjudicação (os usualmente chamados «subcritérios») e a sua ponderação têm de ser fixados pelo júri até ao termo do segundo terço do prazo para apresentação de propostas, devendo ser dados a conhecer aos interessados que o solicitem no prazo de dois dias ou no decurso do acto público. Garante-se, assim, a imparcialidade do júri na fixação desses subcritérios e permite-se que os concorrentes deles possam tomar conhecimento antes de elaborarem as suas propostas”.*

Por isso, até ao termo do segundo terço do prazo fixado para a apresentação das propostas, o júri do concurso é livre de, no quadro da margem de autodeterminação que a lei lhe confere, estabelecer na decomposição dos factores do critério de adjudicação subcritérios e



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

a respectiva ponderação, ficando a legalidade da definição dependente da observância dos limites intrínsecos e temporais fixados pelo n.º 1 daquele artigo 94.º.

Na situação em análise, em 9 de Maio de 2008, o júri do concurso aprovou, por unanimidade, a ponderação a aplicar aos diferentes elementos que interferiam na aplicação dos factores previamente indicados no programa e no anúncio, tal como se deu conta na alínea e) da matéria de facto.

Na mesma acta, o júri deixa escrito que os subfactores em causa (*Programa de trabalhos e Plano de materiais e equipamentos utilizados*), que aparentemente não extravasam dos limites intrínsecos do factor base *QMT*, “serão pontuados a nível interpretativo de desenvolvimento, descrição e escalonamento dos equipamentos e materiais ao longo do prazo de execução dos serviços”, sem, contudo, fazer qualquer concretização ou desenvolvimento desses conceitos na decomposição então feita.

Não obstante se trate de matéria com alguma margem de subjectividade, tem-se aqui por relevante que sobre o júri impendia a obrigação legal de, para balizar mais objectivamente a sua função de análise das propostas, especificar os aspectos das propostas que seriam objecto de valoração naqueles conceitos inerentes aos subfactores, o que implicava explicitar as condições de atribuição das pontuações da referida escala gradativa, e delas dar conhecimento aos concorrentes – ver, a este propósito, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa*, p. 545 e segs..

É que, bem vistas as coisas, sendo o *Preço* e o *Prazo de garantia*, os restantes factores do critério de adjudicação, eminentemente objectivos, o que está em causa é, por um lado, que a entidade adjudicante se auto-vincule de tal forma no factor *QMT* que não venha a fazer uma escolha em função daqueles que aparecem a concorrer, e, por outro lado, que os potenciais concorrentes possam adequar as suas propostas à vontade contratual unilateralmente anunciada pela entidade adjudicante.

Ao invés, o júri limitou-se a adoptar subfactores que mantiveram a subjectividade ou margem de livre apreciação que resultaria da aplicação simples do factor base definido no programa do concurso, e seguiu a técnica de densificar os subfactores que fixou *ex-ante* a partir de elementos individualizados e autónomos das propostas, através da exteriorização das razões que entendeu ponderar na avaliação de cada subfactor (cfr. o anexo ao relatório de 22 de Setembro de 2008 e ao relatório de 24 de Outubro de 2008).

Deste modo, o problema está no facto de os parâmetros de apreciação ou os diversos elementos que interferiam na avaliação do factor *QMT* do critério de adjudicação terem sido adoptados pelo júri já depois de conhecida a identidade dos concorrentes e o conteúdo das



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

suas propostas, recorrendo a uma matriz arbitrária de apuramento dos respectivos pontos fortes e fracos, pontuados livremente, por subfactor, na escala adoptada.

Quer dizer, os elementos ou aspectos das propostas avaliados pelo júri, a que se faz referência nos anexos aos relatórios, não funcionaram como meros elementos de ajuda à avaliação e comparação das propostas, mas funcionaram, isso sim, como elementos “*que interfiram na aplicação do critério de adjudicação estabelecido no programa do concurso*”, sem que tivesse havido qualquer vinculação e informação prévias a esse respeito, em desobediência às condições e termos do artigo 94.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99.

Donde que o júri do concurso, ao não ter pré-determinado a sua actuação nos aludidos subfactores do factor *QMT*, violou os princípios da transparência e da publicidade inscritos no artigo 8.º, n.º 1, como também o dispositivo do artigo 94.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99.

A par destas ilegalidades, existem outras a inquinar o processo de selecção das propostas no factor *QMT*, como sobressai muito claro dos factos alinhados pelo júri no relatório de 22 de Setembro de 2008, onde a empresa *Junqueira 220* surge classificada com 64 pontos e a empresa *Nova Conservação* com 85 pontos, e no relatório de 24 de Outubro de 2008, no qual, por força da reanálise operada àquele factor, a *Junqueira 220* passou a ter 80,5 pontos e a *Nova Conservação* a nota máxima (100 pontos).

E, muito decisivamente, evidencia o documento anexo a ambos os relatórios, elaborado pelo júri para dar a conhecer os aspectos de cada proposta que considerou relevantes na sua apreciação. Ora, aqui, cumpre ter em atenção que, muito embora a empresa *Nova Conservação* tenha sido pontuada com 100 pontos = *Muito detalhado e muito adequado*, lhe foram feitos vários reparos nas intervenções a fazer no âmbito da prestação de serviços, dos quais, a título exemplificativo, se destacam os seguintes:

- ✓ Capela de São Miguel Arcanjo – os trabalhos de restauro do altar “*não correspondem exactamente ao que é pedido. São pouco detalhados e não referem produtos*”, e a proposta de intervenção no tecto e nas paredes “*não menciona os trabalhos na talha integrados nos painéis, conforme pedido no caderno de encargos*”;
- ✓ Capela das Onze mil virgens – “*Os trabalhos de restauro do altar nesta capela não correspondem exactamente ao que é pedido. São pouco detalhados e não referem produtos a utilizar. Os trabalhos de restauro no tecto nesta capela respondem ao caderno de encargos sem grande detalhe*”;



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- ✓ Capela do Senhor Jesus – “*Não é feita referência à intervenção específica nos tectos desta capela*”.
- ✓ Altar de Nossa Senhora do Pópulo - “*Os trabalhos de restauro do altar são muito pouco detalhados*”.

Em relação à proposta da *Junqueira 220*, nunca é dito, a respeito dos trabalhos individualmente considerados, que sejam contrários ao caderno de encargos ou que sejam pouco detalhados, sendo, pelo contrário, ressalvado que a proposta vai além do que era pedido e que certos trabalhos teriam de ser “*discutidos com o dono da obra/fiscalização*”, requerendo a sua “*aprovação prévia*”.

Como é patente, nada do transcrito estabelece, em termos lógicos e coerentes, uma relação de causa e efeito entre os resultados da avaliação da proposta da *Nova Conservação* no factor em causa e a respectiva repercussão no juízo classificativo qualitativo/quantitativo do júri (100 pontos = *Muito detalhado e muito adequado*), vindo a resultar, de tal ponderação do júri, a preferência por essa proposta, face à prevalência alcançada no factor *QMT*.

E foi essa fundamentação contraditória e incongruente que o relatório final de apreciação das propostas de 6 de Janeiro de 2009 incorporou e assumiu, quanto à aplicação dos factores do critério de adjudicação e à ordenação das propostas. O que, com óbvia conexão, traz à colação a norma do artigo 8.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 197/99, cujos termos preceituam que “*a escolha de propostas deve ser sempre fundamentada*”, e a do artigo 107.º, n.º 1, do mesmo diploma legal, onde se determina que o júri está incumbido de elaborar um “*relatório fundamentado sobre o mérito das propostas*.”

Fica claro e indiscutível que as decisões adjudicatórias têm de ser fundamentadas, sob pena da sua ilegalidade, importando, desde já, assentar que a justificação dessas decisões remete para os requisitos da fundamentação, assim enunciados no artigo 125.º do CPA:

“1 – A fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão (...).

2 – Equivale à falta de fundamentação a adopção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do acto.”

A jurisprudência dos tribunais administrativos assinala que o ponto de vista relevante para avaliar a suficiência do conteúdo da fundamentação é o da compreensibilidade do destinatário médio, colocado da situação concreta, devendo dar-se por cumprido o dever legal de fundamentar acto administrativo lesivo de direitos ou interesses legalmente protegidos se a factualidade ali enunciada, sem ambiguidades e de modo coerente, permitir àquele entender as razões de facto e de direito que determinaram o autor do acto a agir



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

e/ou a escolher a medida adoptada – ver, entre outros, o Acórdão do STA de 22/10/2003, proferido no recurso n.º 01508/03.

No caso dos autos, o acto do Secretário Regional de Educação e Cultura, de 16 de Novembro de 2009, de adjudicação dos serviços à *Nova Conservação* apropriou-se da fundamentação expressa pelo júri no relatório final de apreciação de propostas de 6 de Janeiro de 2009, por entender que a sua proposta era a economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, dando assim origem a que o acto de adjudicação, na medida em que se apoia nesse relatório, se tenha deixado contaminar pelos vícios do mesmo relatório.

Este relatório final padece do vício de falta de fundamentação pois que, no essencial, o escalonamento das propostas foi feito tendo em conta a avaliação reproduzida no relatório de 24 de Outubro de 2008, o qual, como decorre da sua análise, não contém elementos que permitam suportar a opção da proposta vencedora como dotada de maior qualidade e mérito técnico. Pelo contrário, e como já se disse, a fundamentação é contraditória e não sustenta as pontuações atribuídas no factor *QMT*, o que equivale à falta de fundamentação.

O problema não fica resolvido quando o relatório final acrescenta, a seguir à hierarquização das propostas, processada de acordo com os fundamentos do relatório anterior, que o programa de trabalhos da *Nova Conservação* “*é genericamente mais detalhado e mais adequado face ao objecto do concurso e ao solicitado no âmbito do mesmo, nomeadamente em termos de intervenção (maior especificidade, clareza e cumprimento do solicitado), relatórios (mais específicos e mais detalhados, incluindo relatórios trimestrais) e calendarização (designadamente contempla rigorosamente o quotidiano religioso)*”, e que o plano de materiais e equipamentos utilizados “*genericamente indica o ou os produtos a utilizar no caso concreto, não generalizando a escolha dos mesmos entre os muitos indicados, e apresenta maior detalhe descritivo na implantação do funcionamento dos andaimes e áreas de apoio*”.

Tal ordem de considerandos, em si mesmo vagos e imprecisos e, por isso, incapazes de albergar aquela densificação mínima que permite distinguir uma proposta da outra e compreender os motivos da sua diferente hierarquização. É que, mesmo face à nova fundamentação, continua sem se saber que *QMT* tem a proposta da *Nova Conservação* que não tenha a da *Junqueira 220*. Ou dito de outro modo, o júri não comparou as principais diferenças e vantagens das propostas, nem justificou, perante a especificidade de cada subfactor, a razão de ser da pontuação concretamente atribuída - ver Vieira de Andrade, *O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, pgs. 39-43.

Deste modo, quer a avaliação final das propostas efectuada pelo júri na reunião de 6 de Janeiro de 2009, quer a proposta de adjudicação da autoria do Director Regional dos



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Assuntos Culturais, de 16 de Março de 2009, não traduzem, em termos apreensíveis, para um destinatário médio, uma análise e avaliação concreta das duas propostas nos subfactores em causa e sua repercussão no juízo classificativo do júri.

Assim, o acto de adjudicação, que com elas concordou, padece do vício de forma, por falta de fundamentação, nos termos dos artigos 8.º, n.º 3, 107.º, n.º 1, e 109.º, n.º 1, todos do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, e do artigo 125.º, n.ºs 1 e 2, do CPA.

Uma última nota para salientar que a fundamentação também não é fornecida pelo parecer emitido, em 6 de Julho de 2009, pelo Instituto de Museus e da Conservação, transcrito naquilo que diz respeito à apreciação das propostas na alínea n) da matéria de facto, pois nada adianta relativamente à aplicação do critério de adjudicação, tudo se resume a uma abordagem bastante genérica do mérito das propostas concorrentes, que redundava em mera subjectividade de análise.

No mesmo parecer, chama-se à atenção para o facto de a *Nova Conservação* ter apresentado um “*Quadro Técnico, com relação de Técnicos Responsáveis por Áreas de Intervenção*”, que passou a ser obrigatório por força da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 140/09, de 15 de Junho. Porém, esta determinação legal é posterior à abertura do procedimento em análise, pelo que, em rigor, trata-se de uma nota solta sobre a valia da proposta, feita à margem do critério de selecção das propostas.

3. Em sede de fiscalização prévia, assente que as ilegalidades apontadas não são determinantes de nulidade nem consubstanciam a assunção de encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação directa de normas financeiras, cumpre questionar se, de acordo com o preceituado na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, há fundamentos para a não concessão do visto, ou se, no caso concreto, pode o Tribunal de Contas usar a faculdade prevista no n.º 4 do mesmo artigo 44.º.

Para tal, importa reter que, num concurso, quando se verifique o afastamento de regras concursais, mediante actuações passíveis de conduzir ao favorecimento de um ou mais concorrentes, ficam postergados valores fundamentais acolhidos nos princípios gerais da contratação pública, principalmente naqueles onde sobressaem as exigências da igualdade de tratamento e da imparcialidade, os quais assumem um importante papel na protecção da relação de confiança que deve existir entre a Administração Pública e os particulares.

Nesta óptica, onde pontua o respeito pelo quadro regulamentar do concurso em que se inserem as propostas dos concorrentes, a ofensa aos preceitos legais dos artigos 9.º, 10.º, 11.º, 105.º, n.º 2, e 107.º, n.º 2, todos do Decreto-Lei n.º 197/99, deve ser colocada num plano mais exigente, na medida em que levou à alteração efectiva do resultado financeiro do contrato ora remetido para visto.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Com efeito, se a adjudicação tivesse recaído na proposta da empresa *Junqueira 220, Sociedade de Conservação, Restauro e Arte, Lda.*, a única regularmente admitida ao concurso, o valor do contrato ascenderia a € 944 160,00 (s/IVA), e não ao montante de € 993 898,00 (s/IVA), pelo qual foi adjudicada a prestação de serviços à *Nova Conservação*.

O que não significa a secundarização da violação ocorrida dos artigos 8.º, n.ºs 1 e 3, 94.º, n.º 1, 107.º, n.º 1, e 109.º, n.º 1, igualmente do Decreto-Lei n.º 197/99, e do artigo 125.º, n.ºs 1 e 2, do CPA, se encarada na perspectiva de que as ilegalidades aí presentes configuram vícios lesivos da figura do concurso público modelada por aquele Decreto-Lei.

Tudo ponderado, conclui-se que se trata de uma situação grave que desaconselha o Tribunal a recorrer à faculdade prevista do n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

III – Decisão

Face ao exposto, decide-se, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores, **recusar o visto** ao contrato em apreço.

Prazo para a interposição do recurso: 15 dias contados da notificação da presente decisão, nos termos do n.º 1 do art.º 97.º, conjugado com o art.º 109.º, ambos da Lei n.º 97/98, de 26 de Agosto.

São devidos emolumentos, no montante de € 21,00.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 20 de Julho de 2010.

O JUIZ CONSELHEIRO,

(Alberto Fernandes Brás)

A ASSESSORA,

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR, em substituição,



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

(Fernando Maria Morais Fraga)

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

(Orlando de Andrade Ventura da Silva)

Processo n.º 27/2010 – Secretaria Regional de Educação e Cultura.