



Tribunal de Contas

Acórdão nº 6/09 – 10 FEV 02 – 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 20/2008-R

(Processo nº 199/08)

DESCRITORES

1. Factores, subfactores e ponderações para avaliação de propostas.
2. Programa de concurso.
3. Princípio da transparência.
4. Princípio da boa fé.
5. Fundamentação da avaliação de propostas.

SUMÁRIO

1. Em observância do princípio da transparência consagrado no artigo 8º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, aplicável às empreitadas de obras públicas por força do seu artigo 4º, e em cumprimento do disposto na alínea e) do nº 1 do artigo 66º do Decreto-Lei nº 55/99, de 3 de Março, e no nº 21 do Programa de Concurso Tipo anexo à Portaria nº 104/2001, de 21 de Fevereiro, o critério de adjudicação da empreitada, com indicação dos factores e eventuais subfactores e respectiva ponderação devem constar do programa de concurso.
2. Em matéria de critério de adjudicação da empreitada, de factores e eventuais subfactores e respectiva ponderação para avaliação das propostas, o programa de concurso deve conter normas precisas e claras, por respeito ao princípio da boa fé consagrado no artigo 13º do referido Decreto-Lei nº 197/99.
3. Em cumprimento do disposto no artigo 100º do Decreto-Lei nº 55/99, de 3 de Março, nos artigos 124º e 125º do Código do Procedimento Administrativo e no nº 3 do artigo 88 do referido Decreto-Lei nº 197/99, o relatório de análise das propostas deve ser fundamentado, ainda que sucintamente, permitindo que se conheça o *iter* avaliativo percorrido pela comissão de análise das propostas e o mérito das razões determinantes da classificação e graduação finais e do resultado do procedimento.



ACÓRDÃO Nº 6 /09 – 10 Fevereiro 2009 – 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 20/2008-R

(Processo nº 199/2008)

I – RELATÓRIO

1. A **Câmara Municipal de Belmonte**, inconformada com o Acórdão nº 67/08 – 20 de Maio – 1ª S/SS que, no acima referido processo, recusou o visto ao contrato de empreitada relativo aos “Arranjos exteriores da zona Oeste dos Paços do Concelho”, celebrado entre aquele Município e a *Constrope Construções, SA*, em 4 de Fevereiro de 2008, com o valor de 503.363,83 €, acrescido de IVA, do mesmo veio interpor recurso jurisdicional.

2. Na petição de recurso, alega fundamentalmente o seguinte:

a) "(...) crê-se que a douta decisão recorrida assenta no seguinte parâmetro:

- A Comissão de Avaliação das Propostas (adiante só CAP) inovou ao criar uma forma de distribuição das suas ponderações que não terá sido nem uniforme, nem neutra, pelo que a ser outra, poderia eventualmente determinar outra escolha, assim se violando o disposto no artigo 66.º n.º 1, alínea e) e 100º, n.º 1 e 2 do DL 59/99, de 2 de Março, mais ofendendo os princípios fundamentais dos processos de contratação pública e de realização das despesas públicas.

Por força do que se recusou o visto ao contrato acima referido.”

b) “Na acta/relatório respectiva, a CAP descreveu o modo como, utilizando o disposto no Caderno de Encargos e no Programa de Concurso, seguiu e evoluiu no seu raciocínio técnico/apreciativo das cinco propostas em apreço.”

c) “Os critérios de adjudicação constavam dos referidos documentos, não tendo merecido quaisquer dúvidas aos concorrentes, que seguiram o método previsto no Programa do Concurso, *item* 21, e na alínea) k, *item* 15.1, tendo discriminado as suas propostas ponto por ponto, de acordo com a falada alínea k), a qual densificaram desse modo.”

d) “Todos os concorrentes seguiram o mesmo método de exposição das suas propostas, o que permitiu tomar-se mais transparente e claro o que cada um propunha para os efeitos da avaliação a fazer pela CAP.”



Tribunal de Contas

- e) “Certo é que nenhum dos concorrentes reclamou ou recorreu, quer hierarquicamente, quer jurisdicionalmente, o que sucedeu mesmo após lhes ter sido enviada a acta/relatório da CPA.”
- f) “A CAP, posta perante a matriz de avaliação que foi fornecido através dos Cadernos de Encargos e do Programa do Concurso quer a si, quer aos concorrentes, que estes, aliás, tão bem entenderam, não criou nem novos factores, nem micro factores.”
- g) “O teor da mesma [acta/relatório da CPA] constitui a inequívoca, clara, transparente e imparcial fundamentação da proposta de adjudicação que formulou e os concorrentes entenderam muito bem, como o demonstra a sua inacção.”
- h) “Como diz o (...) Venerando STA, no sumário do Processo 0742/07/2004-3.^a secção [:] “Essa operação não interfere com a formação nem propicia a quebra da transparência, inserindo-se antes na actividade e na função do júri de comparação e avaliação o mérito das razões determinantes da classificação e graduação finais, as quais não podem surgir inopinadamente como o produto arbitrário de uma actividade e de um iter ocultos.”
- i) “Também se segue o que o mesmo Venerando Tribunal Superior disse no douto acórdão do Processo 046052, de 07.MAIO.02 [:] “A actividade apreciativa e valorativa dos júris ou das comissões de apreciação em concursos públicos, deve ser considerada suficiente desde que das respectivas actas constem, directamente ou por remissão inequívoca para outros documentos do processo, os elementos, factores, parâmetros ou critérios na base dos quais se procedeu à ponderação determinante do resultado concreto atingido”.
- j) “(...) a actividade de valoração das propostas, através da atribuição da pontuação a cada um dos factores e sub factores de apreciação se insere na margem de livre apreciação que assiste à Comissão, a qual apenas poderá ser sindicada pelo Tribunal caso ocorra erro grosseiro ou manifesto”, [c]omo se resumiu no douto acórdão também do Venerando STA n.º 0173/04, de 13 de Março de 2004.”
- k) “Mesmo que a CAP tivesse usado poderes discricionários, sempre se há-de admitir, como é jurisprudência unânime do Supremo Tribunal Administrativo, que ela os deve usar, poderes que, obviamente, não são, arbitrários. O que, aliás, nada nos autos indicia ou demonstra.”

3. As alegações apresentadas terminam com as seguintes conclusões:

“1. A CAP usou uma escala de valores “através da qual se visou a maior transparência e clareza no processo de comparação e classificação”.



2. A qual não traduz a criação de novos factores, sub factores, nem mexe com os previamente estabelecidos, nem com as regras do concurso.

3. O método seguido pela CAP, “in casu”, não mereceu qualquer reclamação ou recurso, quer hierárquico, quer contencioso, porque ele, tem sido do seu conhecimento, foi entendido e aceite.

4. A operação avaliativa usada pela CAP não interfere com a normação nem propicia a quebra da transparência, inserindo-se antes na actividade e na função do júri de comparação e avaliação o mérito das razões determinantes da classificação e graduação finais, as quais não podem surgir inopinadamente como o produto arbitrário de uma actividade e de um iter occultos.

5. A actividade apreciativa e valorativa dos júris ou das comissões de apreciação em concursos públicos, deve ser considerada suficiente desde que das respectivas actas constem, directamente ou por remissão inequívoca para outros documentos do processo, os elementos, factores, parâmetros ou critérios na base dos quais se procedeu à ponderação determinante do resultado concreto atingido.

6. As comissões de apreciação ao procederem à avaliação das propostas dos concorrentes e têm ampla discricionariedade técnica, observados que sejam os critérios de avaliação e apreciação contidos na lei, sendo que essa actividade é (em princípio) insindicável pelos tribunais, excepto quando existe ofensa de algum princípio constitucional fundamental ou em caso de erro manifesto ou de inobservância de qualquer aspecto vinculado.

7. A ausência de indicação no programa das pontuações que deverão ser atribuídos a cada um dos sub factores nele previstos impõe que essa tarefa seja exercida pela Comissão de Análise que, no seu prudente arbítrio, com justiça, equilíbrio e equidade, tem de estabelecer os seus parâmetros de valoração e de diferenciação desses sub factores.

8. E isto porque a actividade de valoração das propostas, através da atribuição da pontuação a cada um dos factores e sub factores de apreciação e insere na margem de livre apreciação que assiste à Comissão, a qual apenas poderá ser sindicada pelo Tribunal caso ocorra erro grosseiro ou manifesto, como se resumiu no douto acordo também do Venerando STA n.º 0173/04, de 13 de Março de 2004.

9. Os sub critérios, factores, sub factores e elementos similares são meios ao serviço de uma avaliação a fazer pelo que se não confundem com uma escala qualitativa que a comissão de análise das propostas tenha elaborado par internamente uniformizar o modo de exprimir a avaliação entretanto feita.

10. Impondo as regras do concurso que essa avaliação qualitativa se resolvesse em resultados quantitativos, nada impedia que a comissão de análise igualmente previsse que, aos resultados qualitativos típicos da escala dita acima, corresponderiam determinados valores numéricos.”



4. O Ministério Público, em bem fundamentado parecer, pronunciou-se nos seguintes termos:

- a) “(...) na verdade não se afiguram procedentes as razões invocadas pelo Recorrente perante a clareza dos textos legais e a convergência da doutrina e jurisprudência que (...) apontam no sentido de assegurar aos concorrentes o conhecimento antecipado das regras, factores e subfactores, que irão ser aplicados na apreciação e classificação das respectivas propostas;
- b) Pelo que, nesta perspectiva, não se alcança qualquer motivo de censura ou discordância perante o teor da douta decisão;
- c) Questão que, no entanto, poderá merecer alguma ponderação por parte deste Tribunal é a que se prende com a decisão de recusa baseada na al. c) do nº 3 do art. 44º, da Lei nº 98/97, sem que se mostre comprovada uma efectiva alteração do resultado financeiro.

Com efeito, e não obstante a lei prever como fundamento de recusa de “visto” o risco de alteração desse resultado, a jurisprudência deste Tribunal tem sido claramente dominante no sentido de conceder o “visto”, com recomendação, quando se não demonstre ter ocorrido uma efectiva alteração do resultado.

Ora, no caso sub judice, apenas se concluiu pela verificação dum risco sério mas não pela efectiva alteração do resultado, pelo que, em conformidade com a referida orientação e também por razões de justiça e igualdade, se nos afigura viável a concessão do visto com recomendações.”

5. Foram colhidos os vistos legais.

II – OS FACTOS E O DIREITO NA DECISÃO RECORRIDA

6. O acórdão recorrido deu como provada a seguinte factualidade relevante para a presente decisão:

a) O contrato de empreitada em causa foi precedido de concurso público, tendo os anúncios de abertura sido publicados no *Diário da República*, III Série, de 4 de Agosto de 2005 e ainda no *Jornal de Notícias* e no jornal *Notícias da Covilhã* (vd. fls. 6 a 11 dos autos);

b) Do ponto IV.2) dos respectivos anúncios de concurso constava:

“IV.2) CRITÉRIOS DE ADJUDICAÇÃO

B) Proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta

B1) os critérios a seguir indicados (se possível, por ordem decrescente de importância)

1) Preço mais baixo 60%



2) *Qualidade e valia técnica da proposta 40%*

Por ordem decrescente de importância: Sim

c) No ponto 21 do Programa do Concurso, sob a epígrafe “*CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO DAS PROPOSTAS*”, estabeleceu-se o seguinte:

“21.1 – Os critérios de apreciação das propostas por ordem decrescente de importância:

1) Preço mais baixo 60%;

2) Qualidade e valia técnica da proposta 40%”;

d) Conforme consta do documento a fls. 26 e 27 dos autos, a Comissão de Análise de Propostas, em reunião de 29 de Outubro de 2007, na qual procedeu à análise das propostas apresentadas, determinou que a avaliação do factor “Qualidade e valia técnica da proposta” seria feita de acordo com os seguintes sub factores:

“1. Qualidade dos materiais a aplicar na obra, tendo-se em consideração, nomeadamente, as dimensões, marcas-tipo, modelos e referências.

2. Avaliação:

2.1 – Programa de trabalhos;

2.2 – Plano de pagamentos;

2.3 – Memória justificativa e descritiva;

2.4 – Organização (Pessoal e equipamento);

2.5 – Plano de estaleiro, incluindo meios e métodos previstos relativos à qualidade e segurança no trabalho.”

e) Da análise e valoração feita na mesma reunião pela Comissão de Análise de Propostas, expressa no quadro de avaliação, resulta ainda que aos referidos sub factores do factor “Qualidade e valia técnica” foram atribuídas as seguintes ponderações:

– Qualidade dos materiais a aplicar na obra, tendo-se em consideração, nomeadamente, as dimensões, marcas-tipo, modelos e referências: 35%

– Programa de trabalhos: 10%

– Plano de pagamentos: 10%

– Memória justificativa e descritiva: 10%

– Organização (Pessoal e equipamento): 20%

– Plano de estaleiro, incluindo meios e métodos previstos relativos à qualidade e segurança no trabalho: 15%.

f) Analisadas as propostas de acordo com as pontuações obtidas nos referenciados factores e sub factores, foi, na mesma reunião, proposta a



adjudicação à *Constrope – Construções, SA*, que apresentou o segundo preço mais baixo no âmbito do procedimento;

- g) A empreitada foi adjudicada à *Constrope – Construções, SA*, por deliberação da Câmara Municipal de Belmonte de 5 de Dezembro de 2007 e o contrato foi celebrado em 4 de Fevereiro de 2008;
- h) A autarquia foi questionada pelos serviços deste Tribunal sobre, entre outros aspectos, a não fixação no Programa de Concurso dos sub factores de análise das propostas e da respectiva ponderação, tendo respondido, a este respeito, o seguinte (cfr. ofício n.º 88/GAP/2008, a fls. 50):

“1- Relativamente à qualidade e valia técnica da proposta, a CAP, de acordo com o definido na alínea k) do ponto 15.1 do Programa de Concurso e que abaixo se transcreve, procedeu à avaliação dos elementos constantes na alínea atrás referida, tendo em conta que o somatório dos mesmos valia 40%.

1.1 – Transcrição da alínea k) do ponto 15.1 do Programa de concurso:

- Programa de trabalhos;*
- Plano de pagamentos;*
- Memória justificativa e descritiva;*
- Organização (Pessoal e equipamento);*
- Plano de estaleiro, incluindo meios e métodos previstos relativos à qualidade e segurança no trabalho.”*

- i) No ponto 15.1 do Programa de Concurso, relativo aos **“Documentos de habilitação dos concorrentes”**, a apresentar por todos eles, estabelecia-se que:

“k) Relativamente à qualidade técnica da proposta apresentada, será avaliada:

- Pela qualidade dos materiais a aplicar na obra tendo-se em consideração, nomeadamente, as dimensões, marcas-tipo, modelos e referências.*
- Pela avaliação do programa de trabalhos e plano de pagamentos, memória justificativa e descritiva do modo de execução da obra, e organização, meios e métodos previstos relativos à qualidade e segurança no trabalho.”*

7. O acórdão enquadra juridicamente a factualidade referida no número anterior, fundamentalmente, do seguinte modo:

- a) “Nos termos dos artigos 105.º, n.º 1, 66.º, n.º 1, alínea e), e 100.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, aplicáveis ao concurso em causa, o critério de adjudicação da empreitada, os respectivos factores e eventuais



sub-factores de apreciação das propostas bem como a correspondente ponderação, têm de ser fixados no Programa do Concurso”;

- b) “Por outro lado, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 62.º do mesmo Decreto-Lei n.º 59/99, o Programa de Concurso deve seguir o modelo aprovado por portaria do Ministro responsável pelo sector das obras públicas. Ora, o ponto 21 do Programa de Concurso Tipo, aprovado pela Portaria n.º 104/2001, de 21 de Fevereiro, refere expressamente que deverão ser indicados nesse Programa, em termos percentuais ou numéricos, os factores do critério de adjudicação e eventuais subfactores que o compõem, bem como o método e/ou fórmula matemática de ponderação dos mesmos factores”;
- c) “Do factualismo (...) resulta que, no caso em apreciação, os factores do critério de adjudicação claramente indicados no Programa de Concurso, e nos respectivos anúncios, eram: “1) *Preço mais baixo 60%*; 2) *Qualidade e valia técnica da proposta 40%*”;
- d) “Quanto aos sub factores integrantes do factor “Qualidade e valia técnica da proposta”, os mesmos só vieram a ser clarificados pela Comissão de Análise no momento da concreta avaliação das propostas, ainda que reportando-se aos elementos referidos no Programa de Concurso num ponto respeitante a outra matéria. Efectivamente, esses sub factores não se encontravam referenciados em sede própria, no ponto 21 do Programa, relativo ao Critério de Adjudicação, embora fossem referidos, de forma descontextualizada, no ponto 15.1., relativo aos documentos de habilitação a apresentar pelos concorrentes. Eram, portanto, de difícil identificação por um normal destinatário”;
- e) “No que se refere ao peso relativo de cada um desses sub factores, ele foi, de todo, definido, de forma inovatória, pela Comissão de Análise no momento da concreta avaliação das propostas, sem qualquer base de sustentação no que se encontrava definido no Programa de Concurso”;
- f) “O momento tardio em que tais clarificações e inovações foram introduzidas na avaliação das propostas ofende, não apenas as normas citadas, mas também normas comunitárias¹ e vários princípios

¹ Cfr. artigo 53º da Directiva 2004/18/CE, e ponto 2.2.3 da Comunicação interpretativa da Comissão Europeia sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente abrangidos, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos, publicada no JOUE, C/179, de 1 de Agosto de 2006.



fundamentais e bens jurídicos acautelados pelas regras da contratação pública”;

- g) (...) mesmo que se aceite que, no caso concreto, e ainda que de forma não claramente perceptível, os sub factores escolhidos já estavam referidos no Programa de Concurso, certo é que a inovatória distribuição das ponderações por esses sub factores efectuada pela Comissão de Análise não foi uniforme (35%, 10%, 10%, 10%, 20% e 15%) e, conseqüentemente, não foi neutra e, a ser outra, poderia eventualmente determinar outra escolha”.

8. E o acórdão conclui pela recusa de visto, assim:

- a) “A introdução de diferentes ponderações relativas para os vários sub factores do critério de adjudicação pela Comissão de análise de propostas, na fase de apreciação das mesmas, constitui uma violação do disposto nos artigos 66.º, n.º 1, alínea e), e 100.º, n.sº 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e no ponto 21 do Programa de Concurso Tipo, aprovado pela Portaria n.º 104/2001, de 21 de Fevereiro, ofendendo ainda princípios fundamentais dos processos de contratação pública e de realização das despesas públicas”;
- b) “(...) a ilegalidade em causa é susceptível de alterar o resultado financeiro do procedimento em que se insira”;
- c) “(...) uma ilegalidade que altere, ou possa alterar, o respectivo resultado financeiro constitui fundamento da recusa de visto a contratos sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto. Refira-se, a propósito, que, para efeitos desta norma, quando aí se diz “*Ilegalidade que (...) possa alterar o respectivo resultado financeiro*” pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro”.

III – FUNDAMENTAÇÃO

III-A: Quanto aos factos



Tribunal de Contas

9. O recorrente não contesta os factos dados como assentes no acórdão recorrido e que agora se mantêm.
10. Para a decisão a tomar, e face ao alegado na petição de recurso - vide acima as alíneas g) a k) do nº 2 e as conclusões 1, 4, 5 e 8 reproduzidas no nº 3 – transcreve-se ainda o seguinte trecho da acta da Comissão de Avaliação das Propostas, que consta dos autos a folhas 26 e 27, e que fundamenta a proposta de adjudicação:

“(…) a Comissão valeu-se dos seguintes factores para proceder à análise das propostas, expressos no Programa de Concurso:

1. Qualidade dos materiais a aplicar na obra, tendo-se em consideração nomeadamente, as dimensões, marcas-tipo, modelos e referências.
2. Avaliação:
 - 2.1 Programa de trabalhos;
 - 2.2 Plano de Pagamentos;
 - 2.3 Memória justificativa e descritiva;
 - 2.4 Organização (Pessoal e equipamento);
 - 2.5 Plano de Estaleiro, incluindo meios e métodos previstos relativos à qualidade e segurança no trabalho.

Desta análise resultou o seguinte quadro:

Firmas	1	2	3	4	5
Factores em %	Sousa Resende & Rodrigues Construções, SA e Ricoba Construções	João de Sousa Baltazar, S.A.	CONSTROPE Construção Civil e Obras Públicas	PAVIBEL, Lda.	José Manuel Pinheiro Madaleno e Serrasqueiro & Filhos, Lda.
1 -35%	35	35	35	35	35
2.1.-10%	5	10	10	10	10
2.2.-10%	5	10	10	10	10
2.3.-10%	10	10	10	10	10
2.4.-20%	10	10	20	10	10
2.5.-15%	15	15	15	15	15
TOTAL	80	90	100	90	90
Conversão a 40%	32	36	40	36	36
PREÇO	60	58,43	59,28	58,42	47,52
TOTAL	92	94,43	99,28	94,42	83,52

Deste modo ficam assim ordenados os candidatos:

ORDEM	NOME FIRMA	VALIA TÉCNICA	PREÇO	PONTUAÇÃO PREÇO	PONTUAÇÃO FINAL
1	CONSTROPE - Construções, S.A	40,00%	503.363,83 €	59,28%	99,28%
2	João de Sousa Baltazar, S.A.	36,00%	510.657,29€	58,43%	94,43%
3	PAVIBEL – Pavim & Constr.Lda	36,00%	510.729,06€	58,42%	94,42%
4	Sousa R.& Rodrigues e Ricoba Lda.	32,00%	497.312,10€	60,00%	92,00%



Tribunal de Contas

5	José Manuel P.Madaleno & Serrasqueiro e Filho	30,00%	627.875,47€	47,52%	83,52%
---	---	--------	-------------	--------	--------

Deste modo propõe-se a adjudicação desta empreitada à firma CONSTROPE – Construções, S.A. pelo valor de 503,363,83€ a que acresce o IVA.”

III-B: Questões a dilucidar

11. No presente recurso, face à decisão recorrida e às alegações apresentadas, importa analisar as seguintes questões e sobre elas decidir:

- a) Sobre se a concreta solução adoptada no presente procedimento em matéria de fixação de critérios, subcritérios e pontuações a atribuir na apreciação das propostas respeita o disposto na lei;
- b) Sobre se a avaliação das propostas, e a decisão de adjudicação nela assente, feita no presente procedimento, respeita o disposto na lei.

Vejamos pois cada uma dessas questões.

III-C: A fixação de critérios, subcritérios e ponderações para avaliação das propostas

12. Resulta da matéria de facto apurada:

- a) Nos documentos do procedimento estabeleceu-se como critérios de adjudicação das propostas “o preço mais baixo (60%) e “a qualidade e valia técnica da proposta (40%): vide acima alíneas b) e c) do nº 4;
- b) Para avaliação das propostas, e já as conhecendo, a respectiva Comissão para aplicação do factor “qualidade e valia técnica das propostas” utilizou subfactores de apreciação e para cada um destes fixou ponderações: vide acima as alíneas d) e) do nº 6 e no nº 10.

13. Ora, neste domínio, a lei é clara:

- a) Determina a alínea e) do nº 1 do artigo 66º do Decreto-Lei nº 59/99, de 3 de Março (doravante designado por Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas – RJEOP) que o critério de adjudicação da empreitada, com a indicação dos factores e eventuais subfactores e respectiva ponderação devem ser especificados no programa de concurso;
- b) Determina ainda o nº 21 do Programa do Concurso Tipo anexo à Portaria nº 104/2001, de 21 de Fevereiro, que daquele documento deve constar, o critério de apreciação das propostas com indicação, em termos percentuais ou numéricos, do grau de importância dos factores e eventuais subfactores que o



compõem, bem como o método e/ou fórmula matemática de ponderação dos mesmos factores.

14. Alega a entidade adjudicante (vide acima alínea c) do nº 2), como já o tinha feito na primeira instância (vide acima no probatório as alíneas h) e i) do nº 6), que a Comissão de Avaliação usou subfactores de avaliação no âmbito do factor “qualidade e valia técnica das propostas” que constavam do programa de concurso: não no ponto relativo à avaliação dos concorrentes (o ponto 21), mas no relativo aos documentos de habilitação dos concorrentes (o ponto 15.1).
15. Em face do exposto – e na senda do que refere o Acórdão nº 90/07, de 10 de Julho, deste Tribunal – a questão que se coloca consiste em saber se da elaboração das peças concursais, como atrás se descreveu, resultou o respeito pelas já citadas disposições legais. E a resposta será negativa, se da interpretação feita sobre tais peças se concluir que a entidade adjudicante, ao elaborar e publicitar as peças como o fez, actuou de forma inadequada e/ou inidónea ao fim jurídico a prosseguir e a que estava obrigada e que, no caso concreto, se traduziria no respeito por aquelas disposições legais e pelos princípios que lhes estão subjacentes.
16. Ora, como se disse, o direito aplicável é claro: ainda agora foi reproduzido no nº 13. Mas, para além das normas directamente aplicáveis, os princípios que a lei consagra e que orientam a contratação pública também iluminam a interpretação e aplicação das normas perante o caso concreto. Ora, de entre esses princípios, destaca-se o da “boa fé”, consagrado no artigo 13º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, aplicável ao presente procedimento por força do seu artigo 4º. Reza o seu nº 2: “os programas de concurso...devem conter disposições claras e precisas”. A solução adoptada de dispersão, em diversos trechos do programa de concurso, dos factores e subfactores de avaliação das propostas em nada acolheu preocupações de clareza e precisão. Deve igualmente referir-se o “princípio da transparência”, consagrado no artigo 8º do mesmo diploma legal, quando estabelece que o critério de adjudicação deve estar definido previamente à abertura do procedimento, princípio que depois a lei desenvolve, como vimos, alargando a sua estatuição a subcritérios e ponderações.
17. No caso em apreciação não se observou, pois, o direito aplicável nesta matéria, porque:
 - a) No programa de concurso, no ponto relativo ao “critério de adjudicação das propostas” enunciaram-se os factores de apreciação e as suas ponderações. Mas nele nada se refere quanto a subfactores e respectiva ponderação. Não se cumpriram pois, integralmente, as disposições referidas acima no nº13;
 - b) É no ponto relativo a documentos de habilitação - que nada tem a ver com apreciação das propostas - que se adiantam subfactores de apreciação. Mas com esta solução não se dá um adequado cumprimento às disposições legais invocadas, violando-se os princípios referidos no número 16;
 - c) E em nenhum ponto do programa se estabelecem as ponderações destes subfactores que só vêm a ser determinados pela Comissão de Avaliação das Propostas. Também nesta matéria não se cumprem as disposições legais já referidas e o princípio da transparência.



18. Não se cumpriram pois as normas jurídicas directamente aplicáveis (acima referidas no nº13) e não se observaram os princípios da boa fé e da transparência. A resposta às questões enunciadas na alínea a) do nº 11 e no nº 15 é pois negativa: não foi cumprida a lei.
19. Não colhem pois as alegações da recorrente acima transcritas nas alíneas c) (quando se diz que os critérios de adjudicação constavam dos documentos) e f) do nº 2 e as conclusões 2 e 7 transcritas no nº3.

III-D: A decisão de adjudicação e a sua fundamentação

20. O caso em apreciação é particularmente delicado quanto a saber se houve efectivamente alteração do resultado financeiro do contrato ou grave risco de tal ter ocorrido (vide a alínea c) do nº 3 do artigo 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto), na medida em que a entidade adjudicatária apresentou o segundo preço mais baixo. Dado que o critério “preço mais baixo” tinha uma ponderação de 60% e o critério “qualidade e valia técnica da proposta” tinha uma ponderação de 40%, a decisão de adjudicação resultou particularmente da aplicação deste segundo critério. Critério que, por ter subfactores não convenientemente explicitados no programa de concurso e ponderações só fixadas pela Comissão de Abertura sendo já conhecidas as várias propostas, como acima de disse, foi de aplicação legalmente desconforme.
21. Dando-se atenção ao quadro acima transcrito no nº 10 resulta que a decisão final ficou dependente das pontuações atribuídas (no valor de 5) nos subfactores 2.1 e 2.2 ao concorrente que apresentou o mais baixo preço e (no valor de 20) no subfactor 2.4 ao concorrente adjudicatário.
22. E com esta constatação, entra-se agora na análise da segunda questão enunciada acima na alínea b) do nº 11.
23. O quadro que acima se transcreveu no nº 10 constitui o elemento fundamental do Relatório da Comissão de Análise das Propostas, pois nele constam:
 - a) As pontuações que a Comissão entendeu atribuir aos factores e subfactores da avaliação;
 - b) O resultado final da análise.

Ora, de tal quadro e de todo o relatório não se retira qualquer fundamentação – sintética que seja - para atribuição das várias pontuações, em particular daquelas que claramente contribuíram para o desfecho do procedimento: as referidas acima no nº 21 e que permitiram, num procedimento em que o factor mais relevante era o preço (60%), adjudicar ao concorrente que apresentou proposta com o segundo preço mais baixo. Isto é: não se conhece nenhum dos passos do “*iter*” avaliativo da Comissão para atribuição daquelas pontuações.



24. Não estão em causa os poderes de discricionariamente a Administração fazer a avaliação que entender, segundo os seus próprios critérios de gestão, técnicos ou científicos, como é alegado e transcrito acima nas alíneas j) e k) do nº 2 e nas conclusões 6 e 8 do nº3. Está sim em causa a necessidade de serem explicitados, ainda que sinteticamente, os fundamentos das decisões administrativas.
25. Estabelece o nº 2 do artigo 100º do RJEOP que o relatório de análise das propostas deve ser fundamentado. Estabelece o nº3 do artigo 8º do Decreto-Lei nº 197/99, antes citado, que a escolha das propostas deve ser sempre fundamentada. Estabelecem as mesmas orientações os artigos 124º e 125º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), dos quais resulta que a fundamentação deve ser expressa, ainda que sucintamente.
26. Ao contrário do que é alegado, a CAP **não** “descreveu o modo como seguiu e evoluiu no seu raciocínio técnico apreciativo das cinco propostas em apreço”. O teor da acta/relatório da CAP **não** “constitui a inequívoca, clara, transparente e imparcial fundamentação da proposta de adjudicação que formulou”. O mérito das razões determinantes da classificação e graduação finais **surgiram** “inopinadamente como produto arbitrário de uma actividade e iter ocultos” e da acta **não consta** “directamente ou por remissão inequívoca para outros documentos do processo, os elementos, factores, parâmetros ou critérios na base dos quais se procedeu à ponderação determinante do resultado concreto atingido”.
27. Alega-se ainda que a CAP utilizou uma escala qualitativa, elaborada para “para internamente uniformizar a avaliação” e que da sua aplicação resultaram dados quantitativos. Tal facto só seria relevante para a presente decisão se tal escala constasse da acta ou do processo e, neste caso, para ela remetesse expressamente a acta. O que não acontece.
28. Assim, não colhe o alegado pela recorrente e que acima se transcreve nas alíneas b), g), h) e i) do nº 2, e não se verifica o que se diz nas suas conclusões 1, 4, 5, 9 e 10 acima reproduzidas no nº 3. E teve razão o acórdão recorrido na decisão que extraiu e que o recorrente sintetizou nos termos acima transcritos na alínea a) do nº2.
29. Assim, a resposta à questão enunciada acima na alínea b) do nº 11 é negativa: não foi cumprida a lei.

III-E: Conclusões

30. As demais alegações produzidas relacionadas com o comportamento dos concorrentes, durante e após o procedimento (vide, acima, as alíneas c), d) e e) do nº2 e a conclusão 3 reproduzida no nº3), são irrelevantes para dilucidar as questões essenciais que o recurso suscita.
31. Como se demonstrou nos números anteriores, houve pois violação do disposto na alínea e) do nº 1 do artigo 66º, nos nºs 1 e 2 do artigo 100º do Decreto-Lei nº 59/99,



Tribunal de Contas

de 3 de Março, no nº 21 do Programa do Concurso Tipo anexo à Portaria nº 104/2001, de 21 de Fevereiro, nos artigos 124º e 125º do CPA, nos nºs 1 e 3 do artigo 8º e no nº 2 do artigo 13º do Decreto-Lei nº197/99, de 8 de Junho. Tais violações de lei configuram a situação prevista na alínea c) do nº3 do artigo 44º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, podendo afirmar-se que se, porventura, não houve uma alteração do resultado financeiro do contrato, como doutamente refere o Ministério Público verifica-se que houve um risco sério. Há pois fundamento para recusa do visto.

32. Enfrente-se a questão suscitada pelo Ministério Público de este Tribunal fazer uso da faculdade que lhe é dada pela lei no nº 4 do referido artigo 44º da Lei nº 98/97.
33. Sublinhe-se que é uma faculdade. Mas no uso dessa faculdade deve haver critério.
34. No presente processo apurou-se fundamentalmente o seguinte:
 - a) Houve elementos essenciais do processo avaliativo das propostas que não foram previamente publicitados e foram fixados pela comissão, depois de já delas ter conhecimento;
 - b) A avaliação das propostas – em particular do factor e dos subfactores que mais concorreram para a decisão adjudicatória – não foi fundamentada;
 - c) Sendo um procedimento em que o factor preço era o mais relevante, foi feita adjudicação à proposta com o segundo preço mais baixo.
35. É objectivamente grave. O risco de alteração do resultado financeiro é grave. Na contratação pública há princípios que devem ser rigorosamente respeitados: o da legalidade, o da prossecução do interesse público, o da transparência, o da publicidade, o da igualdade, o da imparcialidade, o da boa fé e o da estabilidade. Ora, neste procedimento, tais princípios ou foram efectivamente postergados – como já se demonstrou – ou se correu forte risco de tal ter acontecido. E a violação de princípios ocorreu nos dois momentos fulcrais do procedimento:
 - a) O da sua publicitação, em que se condiciona o universo de potenciais concorrentes interessados;
 - b) O da avaliação das propostas em que se fundamenta a solução de desfecho do procedimento.
36. Face á gravidade de tais violações não há pois condições de se fazer uso da faculdade acima referida no nº28.

IV – DECISÃO

37. Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os juízes, em plenário da 1ª Secção, em julgar improcedente o recurso e em manter o Acórdão recorrido.



Tribunal de Contas

38. São devidos os emolumentos, nos termos legais.

Lisboa, 10 de Fevereiro de 2009

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Helena Ferreira Lopes)

(Manuel Mota Botelho)

O Procurador-Geral Adjunto,

Jorge Leal