



Tribunal de Contas

ACÓRDÃO Nº 1 /24.JAN.2012 – 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 16/2011

(Processo nº 116/2010-SRMTTC)

DESCRITORES

1. Recurso de recusa de visto
2. Proposta economicamente mais vantajosa
3. Modelo de avaliação
4. Fatores, subfatores, coeficiente de ponderação, escala de pontuação, fórmula matemática
5. Discricionariedade na avaliação

SUMÁRIO

1. Como resulta do disposto no artigo 75º, na alínea n) do nº 1 do artigo 132º e no artigo 139º do CCP, o modelo de avaliação deve, entre outros agora não relevantes, integrar os seguintes aspetos:
 - a) A clara determinação e densificação dos fatores e, quando a entidade adjudicante assim o decidir, os subfatores de avaliação, que podem ter vários níveis, até aos que a entidade adjudicante considere como elementares na densificação do critério de adjudicação. Assim, pode haver fatores e subfatores que sejam elementares. Só os fatores e subfatores elementares – isto é: os que se situam no nível mais baixo de densificação do critério de adjudicação – podem ser usados como fundamentos da concreta avaliação das propostas;
 - b) Os fatores e subfatores devem incidir sobre os aspetos do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos;
 - c) Os valores dos coeficientes de ponderação dos fatores e subfatores de avaliação;
 - d) A determinação das escalas de pontuação dos fatores ou subfatores elementares. A escala de pontuação para cada fator ou subfactor elementar deve ser definida mediante uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para o aspeto da execução do contrato submetidos à concorrência respeitante a esse fator ou subfactor;



Tribunal de Contas

- e) Como se tem vindo a verificar na prática das instituições públicas, o modelo pode ser sintetizado por uma fórmula - necessariamente coerente com todos os demais elementos do modelo – e que consistirá na sua tradução matemática.
2. Tem de haver coerência entre todos os elementos do modelo de avaliação e todos devem contribuir para a efetiva observação do critério de adjudicação. Assim, designadamente:
- a) Os fatores devem diferenciar-se entre si e serem complementares, incidindo sobre os atributos que as propostas devem apresentar, nos aspetos do contrato a celebrar que são submetidos à concorrência;
 - b) Os subfatores devem ser um desenvolvimento lógico dos fatores e, portanto, manter complementaridade entre si;
 - c) Os coeficientes de ponderação atribuídos a fatores e subfatores, em cada nível de desenvolvimento do modelo, devem articular-se e completar-se, progressivamente, entre si;
 - d) As escalas de pontuação devem ser coerentes, devem ter um desenvolvimento proporcional, devem permitir a valoração de todas as propostas e contribuir para a sua diferenciação;
 - e) Os fatores, os subfactores e as escalas de pontuação não podem trair as opções feitas pela entidade adjudicante quando estabelece o critério de adjudicação: o da proposta economicamente mais vantajosa. E as escalas de pontuação não podem igualmente trair os fatores e subfactores - que densificam o critério de adjudicação - e os respetivos coeficientes de ponderação.
3. Na avaliação são da maior importância os aspetos relativos à fundamentação da avaliação, quer nas dimensões vinculadas que esta integra, quer nas dimensões em que a lei admite a existência de uma margem discricionária para a atuação administrativa.

Assim, tudo o que acima no nº 1 constitui aspetos vinculados na definição do modelo de avaliação que depois se traduzem em momentos juridicamente vinculados da própria avaliação. Isto é: na avaliação tem de ser observado o modelo estabelecido: a avaliação tem de usar os fatores e subfactores consagrados, partindo dos elementares, usando as escalas de pontuação consagradas, os coeficientes de ponderação estabelecidos, as fórmulas matemáticas adotadas...

Mas é conforme ao Direito a consagração de instrumentos de avaliação que façam apelo à intervenção de uma margem de discricionariedade - não de arbitrariedade - da Administração. São instrumentos de avaliação aceitáveis em função do concreto objeto contratual e em que há lugar a valorações feitas pela Administração, num espaço apreciativo que lhe é próprio, desde que respeitados os princípios fundamentais da contratação pública e da atuação administrativa – designadamente os da igualdade, da



Tribunal de Contas

concorrência, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa fé – e regras básicas como, por exemplo, as relativas à competência dos órgãos administrativos, e o respeito pelas finalidades públicas que se prosseguem.

Respeitados que sejam estes princípios e regras básicas, deve afirmar-se que os demais domínios da apreciação valorativa da Administração, nas dimensões discricionárias da avaliação, estão retirados do âmbito da apreciação judicial.

Seja nos aspetos vinculados, seja nos aspetos discricionários da avaliação, o que é essencial é que em ambos se cumpra a lei e que as posições da Administração sejam fundamentadas.

4. Num caso como o dos autos, em que está em causa um projeto com uma componente artística, justifica-se a consagração de um modelo de avaliação com fatores e subfatores elementares, em que se faz apelo a elementos concetuais sujeitos a uma apreciação subjetiva, pelos órgãos competentes e respeitando as finalidades públicas que se prosseguem.

Em conclusão: face à natureza do objeto contratual, face à análise que foi feita do modelo de avaliação adotado – que respeita os aspetos que acima foram assinalados nos n.ºs 1 e 2 - face à concreta aplicação que dele foi feita, considera-se que não houve violação do disposto nos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2, 3 e 5 do CCP e dos princípios que devem ser observados na contratação pública e, em geral, na ação das entidades administrativas.

Lisboa, 24 de janeiro de 2012

O Juiz Conselheiro

(João Figueiredo)



ACÓRDÃO Nº 1 /24.JAN.2012 – 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 16/2011

(Processo nº 116/2010-SRMTTC)

I – RELATÓRIO

1. A Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional do Turismo e Transportes (doravante também designadas por RAM e SRTT), notificada da Decisão nº 4/FP/2011 que recusou o visto ao contrato de “*fornecimento, instalação e queima de fogo-de-artifício para as festas de passagem de ano de 2010/2011, na Região Autónoma da Madeira*”, celebrado entre aquela Região Autónoma e a sociedade *Macedos Pirotecnia, Ld.ª*, pelo preço de € 1 061 971,30, acrescido de IVA, à taxa legal aplicável, do mesmo veio interpor recurso.
2. O decisão recorrida procedeu à recusa de visto, com base na alínea c) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC¹, explicitando os seguintes fundamentos:

“(…) sobre a entidade adjudicante impendia a obrigação de explicitar no modelo de avaliação as condições de atribuição das pontuações da escala gradativa, e delas dar conhecimento aos concorrentes no programa do concurso, conforme prescrevem os artigos 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2 a 3, do CCP, cuja violação determina a anulabilidade do acto final de adjudicação, nos termos do artigo 135.º do CPA, a qual se transmite ao contrato em análise, por força do preceituado no artigo 283.º, n.º 2, do CCP.

À luz dos fundamentos de recusa de visto, a referida ilegalidade pode constituir motivo para a recusa de visto (...) por se mostrar, pelo menos em abstracto, susceptível de perturbar os interesses dos concorrentes e fazer inclinar para algum dos lados o resultado final do concurso. E, in casu, o concorrente classificado em 2.º lugar apresentou uma proposta de preço inferior à adjudicada em € 36 596,30 (s/IVA).

Não despendiendia é a circunstância de a factualidade recolhida nos presentes autos ter contornos em tudo coincidentes com a da apurada no âmbito da

¹ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei nº 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/2001, de 4 de janeiro, 55-B/2004, de 30 de dezembro, 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro e 2/2012, de 6 de janeiro.



análise efectuada a outros processos da SRTT, a cujos contratos foi concedido o visto com recomendações já no domínio do CCP, através das Decisões n.ºs 10/FP/2009, de 27 de Outubro, 3/FP/2010, de 19 de Janeiro, e 4/2010, de 26 de Janeiro, proferidas nos processos com os n.ºs 54, 72 e 80/2009, respectivamente, e em momento anterior ao da abertura do procedimento que conduziu à outorga do contrato em apreço, que data de 19 de Agosto de 2010.

Mais concretamente, na Decisão n.º 4/FP/2010, proferida, como assinalado, a 27 de Outubro de 2010, sobre o contrato de “fornecimento, instalação e queima de fogo-de-artifício para as festas da passagem do ano de 2009/2010 na Região Autónoma da Madeira”, este Tribunal recomendou à SRTT que, em procedimentos administrativos futuros, observasse o preceituado nos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º, n.ºs 2 e 3, ambos do CCP, no tocante à elaboração do modelo de avaliação das propostas, quando fosse adoptado o critério da proposta economicamente mais vantajosa.

Nesta conformidade, afigura-se já ser tempo de a SRTT, no quadro do modelo de avaliação das propostas consagrado pelo CCP, encontrar uma resposta adequada à “ (...) problemática inerente à exacta conceptualização e densificação dos critérios valorativos dos vários concursos lançados que estão em causa, nomeadamente, questões estéticas, de criatividade artística e de inovação (...)”.

Trata-se de uma situação reiterada que aconselha o Tribunal de Contas a recusar o visto ao contrato sub judice ao abrigo da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, e a não fazer uso da faculdade conferida no n.º 4 do mesmo artigo 44.º, em prol da defesa do interesse público que aqui se joga, e dos valores fundamentais acolhidos nas normas que foram postergadas.”

3. A RAM, através da SRTT, na sua petição, requer que se dê provimento ao recurso e se revogue a decisão recorrida, apresentando as seguintes conclusões:

“1. O contrato relativamente ao qual foi recusado o “visto” pela decisão recorrida, prende-se com uma actividade económica essencial, na Região, - o turismo -, e ao cartaz e evento mais relevante na promoção da Madeira — o Espetáculo de Fogo de Artifício da Passagem de Ano.

2. Essa circunstância torna o contrato em causa distinto, pelas suas especificidades e o concurso que o precede, no qual se exige aos concorrentes uma ampla margem de livre criação artística na concepção das várias vertentes do espectáculo, que torna difícil a densificação, em sede de programa e de caderno de encargos, dos factores e subfactores a considerar na avaliação das propostas.

3. Percebe-se e compreende-se a dificuldade que essa situação traz ao Tribunal de Contas no exercício das suas competências de fiscalização,



- designadamente no que respeita ao "visto prévio".*
4. *Não se nega que o princípio e a regra geral é a densificação de tais factores e subfactores, de forma a que, através da prévia auto-vinculação da Administração, se garanta segurança aos concorrentes, maior objectividade na avaliação das propostas e correspondente imparcialidade e transparência.*
 5. *A Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, tem dado mostras de compreender a excepcionalidade da situação específica deste tipo de contratos e dos concursos públicos que lhes antecedem, concedendo o respectivo "visto prévio" com recomendação, nos termos do n.º 4., do art.º 44.º da Lei n.º 98/97.*
 6. *Não é verdade que a SRTT não tenha tido em consideração tais recomendações, pois, de concurso em concurso tem-se acentuado a densificação dos factores e subfactores, embora com as limitações que a exigência de um espaço de livre criação artística impede e que constitui, aliás, a característica diferenciadora, sempre surpreendente, do espectáculo em causa, que o faz manter desde 2006, no Guinness, como maior espectáculo do género, no Mundo.*
 7. *O efeito multiplicador deste evento na promoção turística da Região é excepcional e pode ser completamente posto em causa, por via de uma exigência que tem, aliás, limites no art.º 75.º do Código dos Contratos Públicos, se for imposto um grau de densificação tal que "standarize" o espectáculo e lhe retire a diferenciação que o identifica com o destino Madeira.*
 8. *A situação de dificuldades económicas e financeiras que afectam o País e, naturalmente, pela sua fragilidade, uma economia insular como a da Madeira, obriga a ponderação de todas as instituições, no exercício das suas competências, de forma a que não sejam agravadas ainda mais as dificuldades que afectam sectores como o Turismo.*
 9. *Apesar de tudo, não se concorda com a decisão sob recurso, quando entende que não houve qualquer densificação de factores e subfactores em grau aceitável, sendo certo que não é possível assegurar nesta matéria o grau "zero" de discricionariedade, aceitando-se que a Administração nestes casos tem de ter um espaço de discricionariedade técnica, que envolve algum grau de subjetividade, que não é contenciosamente sindicável, tanto pela jurisdição administrativa, como pelo Tribunal de Contas.*
 10. *Não repugna que num quadro excepcional e pelas razões fundamentadas, devidamente desenvolvidas, se possa fazer prevalecer o interesse público de assegurar um espaço de livre criação artística com alguma subalternização das regras gerais de densificação dos factores e subfactores nos concursos públicos.*
 11. *Aliás, a Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas tem*



manifestado em anteriores decisões essa compreensão, não sendo verdade que, porventura em grau que não satisfaz ainda a exigência do Tribunal, a SRTT não tenha acatado as recomendações que lhe têm sido feitas.

12. *Não é sequer compreensível que a decisão impugnada seja praticamente cópia da decisão N° 04/FP/2010, que concedeu o "visto prévio" e que agora, no presente caso, em que a densificação dos factores e subfactores é bem maior, não se tenha concedido o "visto prévio", ainda que, mais uma vez, com recomendação, a qual deve ser o mais concreta possível, a fim de melhor ser apreendida e acatada.*

13. *A recorrente no concurso em causa e no contrato em questão, não violou qualquer disposição legal, designadamente, os art°s 132° e 139° do CCP, e menos ainda o art° 283° do mesmo Código, e quaisquer disposições do CPA.*

14. *A deliberação recorrida violou, entre outros, o art° 75° do Código dos Contratos Públicos, bem como o art° 44° da Lei n° 98/97."*

4. O Ministério Público pronunciou-se pela improcedência do recurso, em bem fundamentado parecer.
5. Foram colhidos os vistos legais.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.A – A matéria de facto

6. No recurso interposto não foi impugnada a matéria de facto elencada na decisão recorrida. Dá-se pois por assente tal matéria.
7. Contudo, para boa compreensão da presente decisão, retome-se a seguinte matéria:

a) Nos termos do artigo 5.º do programa do concurso, “[a] adjudicação é realizada segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, de acordo com a metodologia de avaliação constante do Anexo I ao Programa do Concurso, que dele faz parte integrante”.

b) Da referenciada metodologia resulta que “[a] adjudicação será feita à proposta mais vantajosa atendendo à ponderação dos seguintes factores e subfactores, indicados por ordem decrescente da sua importância:

Factor 1 – Qualidade do espectáculo - 40%

Factor 2 – Programação – 40%

Factor 3 – Preço – 20%”.



- c) Atendendo ao critério de adjudicação adotado, o modelo de avaliação das propostas foi o seguinte:

	CRITÉRIO		FATOR DE PONDERAÇÃO			
			1.º	2.º	3.º	4.º
1	Qualidade do espectáculo	Q.E.	40%			
1.1	Efeitos visuais	E.V.		20%		
1.1.1	Design pirotécnico	D.P.			50%	
1.1.1.1	Anfiteatro	A.				40%
1.1.1.2	Orla marítima	O.M.				30%
1.1.1.3	Mar	M.				30%
1.1.2	Número de disparos	N.D.			50%	
1.2	Representação pirotécnica	R.P.		20%		
1.2.1	Tema	T.			100%	
1.3	Sequência do espectáculo	S.E.		20%		
1.4	Criatividade	C.		20%		
1.5	Efeitos sonoros	E.S.		20%		
2.	Programação	P.G.	40%			
3	Preço	P	20%			

- d) Nos documentos do concurso, os fatores e subfatores referidos na alínea anterior foram densificados do seguinte modo e com as seguintes escalas de pontuação e fórmulas:

FATOR 1 – Qualidade do Espectáculo (Q.E.) – 40%

Subfator 1.1 Efeitos visuais (E.V.)

1.1.1 – Design Pirotécnico (D.P.)

O subfator 1.1.1.1 – Anfiteatro (A.) valorado da seguinte forma:

Proposta que apresenta um efeito visual coerente e harmonioso em resultado da fusão entre as formas e as suas respectivas cores, ao longo do espectáculo, no Anfiteatro, que se caracteriza pela utilização de 30 ou mais cores e 30 ou mais combinados de cor que se materializem em 25 ou mais formas ou figuras (**5 pontos**).

Proposta que apresenta um efeito visual coerente e harmonioso em resultado da fusão entre as formas e as suas respectivas cores, ao longo do espectáculo, no Anfiteatro, que se caracteriza pela utilização de 20 a 29



cores, 20 a 29 combinados de cor que se materializem entre 15 a 24 formas ou figuras **(3 pontos)**.

Proposta que apresenta um efeito visual coerente e harmonioso em resultado da fusão entre as formas e as suas respectivas cores, ao longo do espectáculo, no Anfiteatro, que se caracteriza pela utilização de menos de 20 cores, 20 combinados de cor que se materializem em menos de 15 formas ou figuras **(1 ponto)**.

Nenhuma das combinações anteriores – **(0 pontos)**.

O subfator 1.1.1.2 – Orla Marítima (O.M.) valorado da seguinte forma:

Proposta que apresenta um efeito visual coerente e harmonioso em resultado da fusão entre as formas e as suas respectivas cores, ao longo do espectáculo, na Orla Marítima, que se caracteriza pela utilização de 30 ou mais cores, 30 ou mais combinados de cor **(5 pontos)**.

Proposta que apresenta um efeito visual coerente e harmonioso em resultado da fusão entre as formas e as suas respectivas cores, ao longo do espectáculo, na Orla Marítima, que se caracteriza pela utilização de 20 a 29 cores e 15 a 19 combinados de cor **(3 pontos)**.

Proposta que apresenta um efeito visual coerente e harmonioso em resultado da fusão entre as formas e as suas respectivas cores, ao longo do espectáculo, na Orla Marítima, que se caracteriza pela utilização de menos de 20 cores, e menos de 20 combinados de cor **(1 ponto)**.

Nenhuma das combinações anteriores – **(0 pontos)**.

O subfator 1.1.1.3 – Mar (M.) valorado da seguinte forma:

Proposta que apresenta um efeito visual coerente e harmonioso em resultado da fusão entre as formas e as suas respectivas cores, ao longo do espectáculo, no Mar, que se caracteriza pela utilização de 30 ou mais cores e 30 ou mais combinados de cor que se materializem em 25 ou mais formas ou figuras **(5 pontos)**.

Proposta que apresenta um efeito visual coerente e harmonioso em resultado da fusão entre as formas e as suas respectivas cores, ao longo do espectáculo, no Mar, que se caracteriza pela utilização de 20 a 29 cores e 15 a 19 combinados de cor que se materializem entre 15 a 24 formas ou figuras **(3 pontos)**.

Proposta que apresenta um efeito visual coerente e harmonioso em resultado da fusão entre as formas e as suas respectivas cores, ao longo do espectáculo, no Mar, que se caracteriza pela utilização de menos de 20 cores, e menos de 20 combinados de cor que se materializem em menos de 15 formas ou figuras **(1 ponto)**.

Nenhuma das combinações anteriores – **(0 pontos)**.



D.P. = 0,40XA.+0,30XO.M.+0,30XM.

Subfator 1.1.2 – Número de Disparos (N.D.) - valorado da seguinte forma:
Proposta que ultrapasse em 10% o número mínimo de disparos previstos no caderno de encargos (34.886) **(5 pontos)**.

Proposta que apresenta um acréscimo de disparos de 5% a 10% do número mínimo de disparos previstos no caderno de encargos (34.886) **(3 pontos)**.

Proposta que apresenta o número mínimo de disparos previstos no caderno de encargos ou com um acréscimo inferior a 5 % **(1 ponto)**.

N.D. = 1XN.D.

E.V. = 0,50XD.P.+0,50XN.D.

Subfator 1.2 – Representação Pirotécnica (R.P.)

Subfator 1.2.1 – Tema (T.) - valorado da seguinte forma:

Proposta que apresenta, em termos de temática associada ao espectáculo, uma oportunidade e uma forte inspiração que directamente identifica a Ilha da Madeira, no âmbito do tema escolhido nas suas diferentes componentes naturais e sócio-culturais **(5 pontos)**.

Proposta que apresenta, em termos de temática associada ao espectáculo, uma breve alusão aos elementos que identificam a Ilha da Madeira, no âmbito do tema escolhido nas suas diferentes componentes naturais e sócio-culturais **(3 pontos)**.

Proposta que apresenta, em termos de temática associada ao espectáculo, sem alusão aos elementos que identificam a Ilha da Madeira, no âmbito do tema escolhido nas suas diferentes componentes naturais e sócio-culturais **(1 ponto)**.

R.P. = 1XT.

Subfator 1.3 – Sequência do espectáculo (SE) – valorado da seguinte forma:

Proposta que apresenta no desenvolvimento do espectáculo uma interligação dos momentos que o constituem e a moldura em que se integram com os diversos pontos de lançamento de fogo, de forma a criar uma sincronia e uma dinâmica visual e sonora que agregados resultam numa simbiose **(5 pontos)**.

Proposta que apresenta no desenvolvimento do espectáculo uma interligação dos momentos que o constituem e a moldura em que se integram com os



diversos pontos de lançamento de forma sincronizada que resulta numa simbiose (**3 pontos**).

Proposta que apresenta no desenvolvimento do espectáculo inexistência de interligação dos momentos que o constituem e a moldura do mesmo (**1 ponto**).

Subfator 1.4 – Criatividade (C) – valorado da seguinte forma:

Proposta que apresenta momentos de espectacularidade que provocam impactos inesperados junto do público, causando emoções fortes e recorrendo a efeitos pirotécnicos elegantes e sofisticados (**5 pontos**).

Proposta que apresenta momentos de espectacularidade, causando emoções fortes e recorrendo a efeitos pirotécnicos elegantes e sofisticados (**3 pontos**).

Proposta que apresenta momentos de espectacularidade recorrendo a efeitos pirotécnicos elegantes e sofisticados (**1 ponto**).

Subfator 1.5 – Efeitos Sonoros (E.S.) – valorado da seguinte forma:

Proposta que apresenta efeitos sonoros com a utilização de 15 ou mais sons diferentes (**5 pontos**).

Proposta que apresenta efeitos sonoros com a utilização de 10 a 14 sons diferentes (**3 pontos**).

Proposta que apresenta efeitos sonoros com a utilização de menos de 10 sons diferentes (**1 ponto**).

$Q.E. = 0,20XE.V.+0,20XR.P.+0,20XS.E.+0,20XC.+0,20XE.S.$

FATOR 2 – Programação (PG) – 40% - valorado da seguinte forma:

Proposta que apresenta uma programação dos trabalhos das diversas etapas da prestação do serviço, concretamente, na preparação, segurança, montagem/desmontagem e disparo, que inclui o número de meios humanos envolvidos, equipamento afecto à prestação e a duração das mesmas, de forma detalhada, organizada e estruturada (**5 pontos**).

Proposta que apresenta uma programação dos trabalhos das diversas etapas da prestação do serviço, concretamente, na preparação, segurança, montagem/desmontagem e disparo, que inclui o número de meios humanos envolvidos, equipamento afecto à prestação e a duração das mesmas, de forma detalhada (**3 pontos**).

Proposta que apresenta uma programação dos trabalhos das diversas etapas da prestação do serviço, concretamente, na preparação, segurança, montagem/desmontagem e disparo, que inclui o número de meios humanos



envolvidos, equipamento afecto à prestação e a duração dos mesmos (**1 ponto**).

FATOR 3 – Preço (P.) – 20% - Preço de cada proposta avaliado com recurso à seguinte fórmula:

$$Vi = 5 - [(Pi - 0,5xPb) / (0,5xPb)] \times 5$$

Em que:

Vi é a pontuação da proposta i;

Pb é o preço base do concurso;

Pi é o preço contratual da proposta i.

A pontuação máxima de **5 (cinco)** corresponde um valor de 50% do preço base, isto é, valor a partir do qual se considera uma proposta de preço anormalmente baixo.

A pontuação mínima de **0 (zero)** corresponde a um preço igual ao preço base.

No caso de serem admitidas propostas de valor inferior a 50% do preço base, será atribuída a pontuação de **0 (zero)**.

$$P. = Vix0,20$$

Para o cálculo **da classificação final (C.F.)** de cada proposta, seria aplicada a seguinte fórmula:

$$C.F. = Q.E. + P.G. + P.$$

- e) A análise das propostas admitidas à luz do critério de adjudicação previamente definido permitiu ao júri, relativamente ao Fator 1 – *Qualidade do Espectáculo*, atribuir às duas propostas avaliadas a mesma pontuação em todos os subfatores, com exceção daquele que respeitava à *Criatividade* (subfator 1.4), tendo a proposta do concorrente *Macedos Pirotecnia, Ld.ª*, merecido 5 pontos, enquanto a apresentada pela *Pirotecnia Minhota, Ld.ª*, foi pontuada com 3;
- f) A outra diferença registada em termos de pontuação aconteceu a propósito da apreciação do fator *Preço*, onde a proposta da *Pirotecnia Minhota, Ld.ª*, saiu em vantagem por apresentar um preço mais baixo em relação à do concorrente *Macedos Pirotecnia, Ld.ª* [€ 1 025 375,00 (s/IVA) versus € 1 061 971,30 (s/IVA)];
- g) Ou seja, a diferenciação entre ambos os concorrentes admitidos assentou no subfator *Criatividade*, que integrava o Fator 1 – *Qualidade do Espectáculo*, no qual obteve melhor pontuação o concorrente *Macedos Pirotecnia, Ld.ª*, e no Fator 3 – *Preço*, em que se destacou o concorrente *Pirotecnia Minhota, Ld.ª*;



- h) A fundamentação invocada pelo júri do concurso, e vertida no relatório preliminar de análise das propostas, no que concerne à pontuação atribuída ao subfactor *Criatividade*, foi a que se passa a citar:
- i. Relativamente à proposta da Macedos Pirotecnia, Ld.^a, “[p]ela análise do caderno artístico e apreciação da simulação do espectáculo em formato digital verifica-se que, o concorrente apresenta um espectáculo criativo sugestionado pelos 5 sentidos humanos que percorrem a natureza – mar e montanha, gastronomia, usos e costumes, tradições religiosas e etnografia, consubstanciado em pormenores inesperados das vivências dos madeirenses, capazes de causar emoções fortes junto do público, pelo impacto que provocam, através de desenhos e formas como, por exemplo, traje folclórico, flores, arraiais madeirenses, espetada, bolo do caco, poncha típica da Madeira, lapas, bolo de mel, entre outros, representando-os através de efeitos pirotécnicos elegantes e sofisticados.”
 - ii. Quanto à proposta da Pirotecnia Minhota, Ld.^a, “[p]ela análise do caderno artístico e apreciação da simulação do espectáculo em formato digital, verifica-se que o concorrente apresenta um espectáculo com quadros de fogo que retratam as vivências da Ilha da Madeira ao longo da sua história, consubstanciado em momentos históricos, económicos, etnográficos, sócio-culturais, aspectos da natureza entre outros, apresentam-se com momentos de espectacularidade, possível de causar de certa forma emoções fortes em que os desenhos e formas, nomeadamente leques, corações, aros, golfinhos, troncos entre outros, representando-os com elegância e sofisticação, através de efeitos pirotécnicos”;
- i) A classificação final proposta pelo júri, e que fundamentou a decisão de adjudicação, foi a seguinte:

FACTORES	MACEDOS PIROTECNIA, LD. ^a	PIROTECNIA MINHOTA, LD. ^a
Fator 1 – Qualidade do Espectáculo (Q.E.) - 0.40	2	1,84
Fator 2 – Programação (P.G.) – 0.40	2	2
Fator 3 – Preço (P.) – 0.20	0,05	0,12
C.F. = Q.E.+P.G.+P.	4,05	3,96



II.B – O Direito

8. Revista a matéria de facto relevante para a presente decisão, passe-se às questões de direito. A questão central que se suscita na apreciação do presente recurso é a de saber se o modelo de avaliação estabelecido e a sua aplicação foram conformes ao Direito.

Tanto a decisão recorrida, como a petição de recurso e o parecer do Ministério Público se centram nessa matéria.

9. Tudo se relaciona, fundamentalmente, com a interpretação e aplicação do disposto nos artigos 74º e 75º, na alínea n) do nº 1 do artigo 132º e no artigo 139º do CCP².

10. No que respeita ao modelo de avaliação a consagrar nos procedimentos relativos à formação de contratos públicos, deve atender-se ao seguinte:

- a) O modelo de avaliação constitui o elemento nuclear de uma fase essencial do procedimento de formação dos contratos – com exceção do procedimento por ajuste direto³ - em que o critério de adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa: a fase de avaliação das propostas;
- b) O modelo deve permitir uma avaliação fundamentada, quer nos aspetos juridicamente vinculados, quer naqueles em que há lugar a uma atuação discricionária da Administração;
- c) O modelo deve respeitar e permitir respeitar, naturalmente, os demais princípios da contratação pública e os princípios gerais da atuação administrativa, nomeadamente o princípio da transparência. Da observância deste princípio decorrem várias consequências, designadamente a de os concorrentes saberem de antemão como as suas propostas irão ser avaliadas;
- d) O modelo deve ser intangível: i.e., sendo definido não pode ser alterado, no decurso do procedimento de formação do contrato⁴;

² Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março e alterado pela Lei nº 59/2008, de 11 de setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2008, de 11 de setembro, 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei nº 3/2010, de 27 de abril, e pelo Decreto-Lei nº 131/2010, de 14 de dezembro.

³ Vide a alínea b) do nº 2 do artigo 115º do CCP.

⁴ Deve atender-se contudo à situação prevista nos nºs 2 e 3 do artigo 50º do CCP, mas com a consequência estabelecida no nº 2 do artigo 64º do CCP.



- e) Como resulta das disposições legais já referidas – o artigo 75º, a alínea n) do nº 1 do artigo 132º e o artigo 139º do CCP - o modelo de avaliação deve integrar os seguintes aspetos ⁵:
- i. A clara determinação e densificação dos fatores e, quando a entidade adjudicante assim o decidir, os subfatores de avaliação, que podem ter vários níveis, até aos que a entidade adjudicante considere como elementares na densificação do critério de adjudicação. Assim, pode haver fatores e subfatores que sejam elementares. Só os fatores e subfatores elementares – isto é: os que se situam no nível mais baixo de densificação do critério de adjudicação – podem ser usados como fundamentos da concreta avaliação das propostas;
 - ii. Os fatores e subfatores devem incidir sobre os aspetos do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos;
 - iii. Os valores dos coeficientes de ponderação dos fatores e subfatores de avaliação;
 - iv. A determinação das escalas de pontuação dos fatores ou subfatores elementares. A escala de pontuação para cada fator ou subfactor elementar deve ser definida mediante uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para o aspeto da execução do contrato submetidos à concorrência respeitante a esse fator ou subfactor;
 - i. Como se tem vindo a verificar na prática das instituições públicas, o modelo pode ser sintetizado por uma fórmula - necessariamente coerente com todos os demais elementos do modelo – e que consistirá na sua tradução matemática;
- f) Como parece ser óbvio, tem de haver coerência entre todos os elementos do modelo de avaliação e todos devem contribuir para a efetiva observação do critério de adjudicação. Assim, designadamente:
- i. Os fatores devem diferenciar-se entre si e serem complementares, incidindo sobre os atributos que as propostas devem apresentar, nos aspetos do contrato a celebrar que são submetidos à concorrência;

⁵ Outros aspetos importantes na definição do modelo de avaliação não são agora abordados, por não serem relevantes para a presente decisão: destaque-se, por exemplo, a matéria constante da parte final do nº 1, do nº 3 e do nº 4 do artigo 75º e do nº 4 do artigo 139º do CCP. Igualmente não se aborda o modelo de avaliação a consagrar em concurso limitado por prévia qualificação a que se refere a alínea m) do nº 1 do artigo 164º.



- ii. Os subfatores devem ser um desenvolvimento lógico dos fatores e, portanto, manter complementaridade entre si;
 - iii. Os coeficientes de ponderação atribuídos a fatores e subfatores, em cada nível de desenvolvimento do modelo, devem articular-se e completar-se, progressivamente, entre si;
 - iv. As escalas de pontuação devem ser coerentes, devem ter um desenvolvimento proporcional, devem permitir a valoração de todas as propostas e contribuir para a sua diferenciação;
 - v. Os fatores, os subfatores e as escalas de pontuação não podem trair as opções feitas pela entidade adjudicante quando estabelece o critério de adjudicação: o da proposta economicamente mais vantajosa. E as escalas de pontuação não podem igualmente trair os fatores e subfatores - que densificam o critério de adjudicação - e os respetivos coeficientes de ponderação.
11. Face à matéria constante do presente recurso, importa destacar os aspetos relativos à fundamentação da avaliação, quer nas dimensões vinculadas que esta integra, quer nas dimensões em que a lei admite a existência de uma margem discricionária para a atuação administrativa.

Assim, por exemplo, tudo o que acima se referiu na alínea e) do número anterior constitui aspetos vinculados na definição do modelo de avaliação que depois se traduzem em momentos juridicamente vinculados da própria avaliação. Isto é: na avaliação tem de ser observado o modelo estabelecido: a avaliação tem de usar os fatores e subfatores consagrados, partindo dos elementares, usando as escalas de pontuação consagradas, os coeficientes de ponderação estabelecidos, as fórmulas matemáticas adotadas...

Refira-se que na avaliação – quer no momento da definição do modelo, quer no momento da sua aplicação – podem existir exclusivamente momentos de vinculação jurídica. Por exemplo quando se consagram fatores e subfatores integralmente objetivos, como “preço” e “prazo”. Aí, a margem discricionária da avaliação da Administração desaparece. A avaliação é uma operação “mecânica” de aplicação dos instrumentos de avaliação.

Mas refira-se que é conforme ao Direito a consagração de instrumentos de avaliação que façam apelo à intervenção de uma margem de discricionariedade - não de arbitrariedade - da Administração. São instrumentos de avaliação aceitáveis em função do concreto objeto contratual e em que há lugar a valorações feitas pela Administração, num espaço apreciativo que lhe é próprio, desde que respeitados os princípios fundamentais da contratação pública e da atuação administrativa – designadamente os da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da



transparência, da publicidade e da boa fé – e regras básicas como, por exemplo, as relativas à competência dos órgãos administrativos, e o respeito pelas finalidades públicas que se prosseguem.

Respeitados que sejam estes princípios e regras básicas, deve afirmar-se que os demais domínios da apreciação valorativa da Administração, nas dimensões discricionárias da avaliação, estão retirados do âmbito da apreciação judicial.

Seja nos aspetos vinculados, seja nos aspetos discricionários da avaliação, o que é essencial é que em ambos se cumpra a lei e que as posições da Administração sejam fundamentadas.

II.C – Apreciação do caso concreto

12. Face ao que se referiu no número anterior, o que se passou no procedimento de formação do contrato “*sub judicio*”?
13. Na definição do modelo de avaliação das propostas – tendo sido estabelecido como critério de adjudicação o da proposta economicamente mais vantajosa – destaque-se, no essencial, o seguinte:
 - a) Foram estabelecidos três fatores de avaliação: qualidade do espetáculo, programação e preço. Os dois últimos eram fatores elementares;
 - b) O fator “qualidade do espetáculo” foi desenvolvido em subfactores de vários níveis, sendo elementares: o “design pirotécnico-anfiteatro”, o “design pirotécnico-orla marítima”, o “design pirotécnico-mar”, o “número de disparos”, o “tema da representação pirotécnica”, a “sequência do espetáculo”, a “criatividade” e os “efeitos sonoros”;
 - c) Dos 10 fatores e subfactores elementares, 6 (“design pirotécnico-anfiteatro”, “design pirotécnico-orla marítima”, “design pirotécnico-mar”, o “número de disparos”, “efeitos sonoros” e “preço”) foram definidos de forma integralmente objetiva, não dando lugar a qualquer margem de valoração discricionária, com apelo a elementos⁶ como “número de cores” “número de formas ou figuras”, “número de disparos”, “número de sons” e “preço”;
 - d) Dos 10 fatores e subfactores elementares, 4 (“tema da representação pirotécnica”, “sequência do espetáculo”, “criatividade” e “programação”) foram definidos com apelo a valorações discricionárias da Administração,

⁶ Elementos que correspondiam a atributos que as propostas deviam apresentar, em aspetos do contrato a celebrar que foram submetidos à concorrência.



baseadas em elementos como “oportunidade e uma forte inspiração que diretamente identifica a Ilha da Madeira”, “breve alusão aos elementos que identificam a Ilha da Madeira” ou “sem alusão aos elementos que identificam a Ilha da Madeira”, “criação de uma sincronia e uma dinâmica visual e sonora que agregados resultam numa simbiose” ou “forma sincronizada que resulta numa simbiose”, “inexistência de interligação dos momentos”, “impactos inesperados junto do público”, “emoções fortes”, “programação detalhada, organizada e estruturada dos trabalhos das diversas etapas da prestação do serviço” ou “programação detalhada dos trabalhos das diversas etapas da prestação do serviço”;

- e) Os fatores e subfactores elementares referidos em c) obtiveram, no seu conjunto, uma ponderação de 36 %;
- f) Os fatores e subfactores elementares referidos em d) obtiveram, no seu conjunto, uma ponderação de 64 %;
- g) O modelo de avaliação consagrado segue, nos seus aspetos essenciais, os requisitos legalmente fixados e que acima se explicitaram nas alíneas e) e f) do nº 10.

14. Foi sobre a forma como foram definidos e depois aplicados os fatores e subfactores elementares referidos nas alíneas d) e f) do número anterior que se fundamentou a decisão recorrida, considerando nomeadamente que:

se “[lançou] mão de conceitos vagos e indeterminados, sem apelo à devida objectivação e densificação”,

“sobressai a subjectividade, como é bom de ver quer pela formulação acabada de expor que faz apelo, entre outros aspectos, a emoções e conceitos estéticos, quer pela fundamentação constante do relatório elaborado pelo júri, em especial no que concerne ao subfactor Criatividade”,

“[não parece] que a entidade adjudicante tenha fornecido, previamente, uma densificação ou determinação objectiva das condições de atribuição das menções quantitativas da escala de pontuação”, e

“não são óbvias as razões determinantes da atribuição específica da valoração atribuída a cada uma das propostas”.

Assim, concluiu que *“a Administração, ao não ter determinado a sua actuação integrando os factores e subfactores do critério de adjudicação por elementos*



eminentemente objectivos, de modo a permitir que a sua aplicação à proposta em análise fosse quase imediata, e a classificação atribuída a única possível, para além de ter actuado ao arrepio da disciplina fornecida pelos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2, 3 e 5 do CCP, pôs em jogo os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, previstos no n.º 4 do artigo 1.º do CCP, bem como o da imparcialidade, da boa-fé e da publicidade, consagrados no CPA, e que impunham que todos os documentos que servem de base ao procedimento contivessem disposições claras e precisas, com repercussões, designadamente, na verdade, na clareza e na precisão das regras (nesse sentido, vide os artigos 189.º, 6.º, 6.º-A, e 182.º, do CPA).

15. Como se demonstrou acima é um facto que o modelo de avaliação usou, em fatores e subfatores elementares, elementos concetuais que seriam base de avaliação com ampla margem de discricionariedade, como a decisão recorrida bem destacou.

Como também se demonstrou, é igualmente um facto que tais fatores e subfatores, no seu conjunto, tinham um coeficiente de ponderação mais elevado que os demais.

Como avaliar tais factos perante a lei aplicável?

Deve reconhecer-se novamente que a lei não impede que na avaliação se faça apelo a elementos desse tipo, posto que não sejam impeditivos da explicitação dos fundamentos da avaliação.

Deve igualmente reconhecer-se que, num caso como o dos autos, em que está em causa um projeto com uma componente artística, faz sentido proceder-se a um tal apelo. De facto, não é integralmente objetivável a avaliação de uma produção artística: há sempre uma componente subjetiva na apreciação que a Administração, através dos órgãos competentes e respeitando as finalidades públicas que se prosseguem, tem de assumir. E é bom que assuma, para também dessa forma poder ser responsabilizada pelos resultados obtidos, através dos mecanismos que a lei também consagra.

Deve igualmente reconhecer-se que, no caso concreto, as duas propostas sujeitas a avaliação foram avaliadas de igual forma em todos os fatores e subfatores elementares, com exceção de dois: no “preço” e em “criatividade”.

Assim, o espaço em que se exerceu uma avaliação sujeita a discricionariedade que conduziu ao resultado obtido, reduziu-se a um subfactor elementar: o da “criatividade”.



É verdade que a explicitação dos fundamentos que conduziram à diferente avaliação feita pelo júri das duas propostas, nesse subfator, não é a mais feliz, na medida em que não faz apelo, com absoluta fidelidade, à redação adotada no texto do programa do concurso para a diferenciação das propostas. Contudo, considera-se que é uma mera questão de redação e forma, que deve ser melhorada, mas que não deve sustentar uma posição de que houve desrespeito pelos princípios e regras legais.

Em conclusão: face à natureza do objeto contratual, face à análise que foi feita do modelo de avaliação adotado – que, como e disse já, respeita os aspetos que acima foram assinalados nas alíneas e) e f) do n.º 10 - face à concreta aplicação que dele foi feita, considera-se que não houve violação do disposto nos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2, 3 e 5 do CCP e dos princípios que devem ser observados na contratação pública e, em geral, na ação das entidades administrativas.

16. Contudo, no sentido propugnado pela decisão recorrida e por anteriores decisões tomadas por este Tribunal relativamente a contratos com objeto idêntico, deve dizer-se que há melhorias a fazer para que o respeito pela lei seja mais rigoroso, com uma mais evidente observância dos princípios, nomeadamente da igualdade, da concorrência, da imparcialidade e da transparência. Nos seguintes domínios:

- a) Na melhor densificação de fatores e subfatores elementares, em que tal esforço é notoriamente possível: em geral, mas particularmente no relativo a “programação” que integra aspetos notoriamente suscetíveis de maior objetivação, não foi desenvolvido em subfatores e tinha um elevado coeficiente de ponderação⁷;
- b) Num maior equilíbrio, traduzido pelos coeficientes de ponderação, entre fatores e subfatores objetivos e aqueles em que se deve manter uma margem de valoração subjetiva;
- c) Numa mais rigorosa explicitação dos fundamentos das opções feitas pelo júri, tendo em atenta consideração as soluções fixadas no modelo.

17. Em alternativa ao concurso público, deverá a entidade adjudicante ponderar a possibilidade de adotar a formação de contratos com idêntico objeto, mediante o concurso de conceção, previsto nos artigos 219º e seguintes do CCP.

⁷ Releva na presente decisão, como já se disse, que neste fator a pontuação dada às duas propostas foi a mesma.



Tribunal de Contas

III – DECISÃO

18. Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os juízes, em plenário da 1ª Secção, em julgar procedente o recurso e em conceder o visto ao contrato.
19. Mais se decide alertar a SRTT da RAM para os aspetos especialmente referidos acima nos nºs 16 e 17, que devem sustentar uma melhoria do procedimento de formação dos contratos com idêntico objeto.
20. São devidos emolumentos nos termos do nº 3 do artigo 17º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas⁸.

Lisboa, 24 de janeiro de 2012

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Helena Abreu Lopes)

(Manuel Mota Botelho)

O Procurador-Geral Adjunto,

(António Cluny)

⁸ Aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei nº 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei nº 3-B/00, de 4 de abril.