



ACÓRDÃO N.º 18/2014 – 21.OUT-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 05/2014-R (Processo de fiscalização prévia n.º 1473/2013)

Relatora: Helena Abreu Lopes

SUMÁRIO

1. Os artigos 42.º, n.ºs 3, 4, e 5, 57.º, n.º 1, alíneas b) e c), 70.º, n.ºs 1, 2, alínea b), 75.º, n.º 1, 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º, n.º 3, todos do Código dos Contratos Públicos (CCP), distinguem entre aspectos da execução de um contrato que são submetidos à concorrência e outros aspectos que o não são.
2. O que não é submetido à concorrência tem de ser cumprido tal como definido no caderno de encargos. As operações de *análise* das propostas dirigem-se a aferir do cumprimento dos requisitos obrigatórios do caderno de encargos e, nos termos do artigo 70.º, n.º 2, alínea b), do CCP, as propostas cujos atributos violem os parâmetros base do caderno de encargos ou cujos termos e condições violem aspectos por ele subtraídos à concorrência devem ser excluídas.
3. O que é submetido à concorrência varia com as propostas e, por isso, tem de ser comparado e avaliado. As operações de *avaliação* das propostas destinam-se a avaliar (somente) os aspectos submetidos à concorrência, o que deve ser feito através de um modelo de avaliação das propostas, decomposto em factores e subfactores de adjudicação, respectivos atributos e escalas de avaliação.
4. No caso, a definição da escala de pontuação de um dos factores integrantes do modelo de avaliação das propostas (*Garantia da temperatura dos alimentos*) não incluiu nem descreveu adequadamente o conjunto ordenado dos atributos necessários à correspondente avaliação.
5. Face a essa insuficiência e para avaliação desse factor, o júri utilizou os atributos definidos pelo caderno de encargos na matéria. Ora, a utilização desses atributos em sede de avaliação das propostas não era admissível, uma vez que os mesmos diziam respeito a aspectos da execução do contrato impostos pelo caderno de encargos e, portanto, estavam subtraídos à concorrência.



6. A lei não estabelece regras sobre a quantidade de níveis de pontuação que devem ser estabelecidos para avaliação dos factores e subfactores do critério e modelos de adjudicação. A inerente discricionabilidade deve, no entanto, ser contextualizada nas restantes regras estabelecidas, nos objectivos prosseguidos e na necessária coerência e finalidade dos modelos. Sem prejuízo das especificidades de cada caso e de cada factor, as escalas binárias não são, frequentemente, aptas aos efeitos a que se destinam os modelos de avaliação de propostas em contratação pública e, no caso concreto, produziam efeitos perversos na avaliação final. Designadamente:
- a. Os modelos de avaliação de propostas em contratação pública têm como objectivo avaliar e graduar propostas, de modo a que as mesmas sejam colocadas numa lista ordenada para efeitos de adjudicação (vide artigo 146.º, n.º 1, do CCP). Assim, há necessidade de os construir de forma a assegurar posicionamentos relativos entre as propostas que sejam gradativamente diferenciados e não polarizados em extremos.
 - b. A decomposição desses modelos em factores, subfactores, atributos e escalas de pontuação tem de ser feita de forma coerente entre os vários níveis, de modo a respeitar os objectivos de cada um deles e simultaneamente o objectivo final. Nesse campo, há que salvaguardar a prioridade e a importância relativa dos factores. No caso, foi adoptada uma lógica diferente nas escalas de avaliação de cada um dos factores, que conduziu a que um factor cujo peso deveria ser só de 30% (*Garantia da temperatura dos alimentos*) se sobrepusesse ao factor mais importante, com um peso relativo de 60% (*Preço*).
 - c. Os modelos de avaliação devem permitir uma valorização adequada dos atributos propostos pelos concorrentes, atribuindo-lhes o justo valor. Uma escala binária simples dificilmente o permite e, no caso, foi erradamente referenciada ao cumprimento dos requisitos do caderno de encargos.
7. A concreta violação do estabelecido nos artigos 75.º, n.º 1, 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º, n.º 3 do CCP, era apta a permitir a alteração do resultado financeiro do procedimento, uma vez que influía directamente na classificação e ordenação das propostas, podendo originar uma adjudicação a uma proposta de preço mais elevado. Acresce que os concorrentes conformam em regra as suas propostas em função dos elementos incluídos nos modelos de avaliação, pelo que uma diferente formulação dos mesmos poderia ter conduzido a um diferente conteúdo das propostas apresentadas, eventualmente mais vantajoso para a entidade adjudicante. Há, pois,



Tribunal de Contas

fundamento para a recusa de visto, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

- 8.** A 1.ª instância considerou que não devia fazer uso da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC face, designadamente, à circunstância de existir uma proposta com um preço mais favorável que poderia ter sido a adjudicatária, sendo, portanto, elevada a probabilidade de alteração do resultado financeiro. Considerando, no entanto, face aos elementos adicionais trazidos em recurso, que essa proposta, tal como outras, deveria ter sido excluída por incumprimento dos requisitos do caderno de encargos e que a restante não teria uma melhor classificação que a da adjudicatária, entende-se agora adequada ao caso a utilização daquela faculdade, como pedido pelo recorrente e proposto pelo Ministério Público.

Lisboa, 21 de Outubro de 2014



ACÓRDÃO N.º 18/2014–21OUT-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 05/2014-R (Processo de fiscalização prévia n.º 1473/2013)

Relatora: Helena Abreu Lopes

I. RELATÓRIO

1. Pelo Acórdão n.º 02/2014-16.JAN-1.ªS/SS, o Tribunal de Contas recusou o visto ao contrato de prestação de serviços para *Confecção, transporte e distribuição de refeições escolares para os estabelecimentos de ensino pré-escolar e do 1.º CEB do Município de Alenquer*, celebrado entre este Município e a empresa **UNISELF-Sociedade de Restaurantes Públicos e Privados, SA**, no montante de €378.904,32, acrescido de IVA.
2. A recusa do visto foi proferida ao abrigo do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)¹. A decisão de recusa teve por fundamento a ilegalidade do modelo de avaliação das propostas utilizado no concurso que precedeu a contratação, por violação do disposto nos artigos 75.º, n.º 1, 132.º, n.º 1, alínea n), e 1.º, n.º 4, do Código dos Contratos Públicos (CCP)² e 2.º da Directiva n.º 2004/18/CE, decorrente da ausência de uma explicitação clara de um dos factores desse modelo (*Garantia da Temperatura dos Alimentos*) e da circunstância da correspondente escala de pontuação não se mostrar progressiva e tendencialmente diferenciadora das propostas apresentadas.

¹Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 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, e as Rectificações n.ºs 1/99, de 16 de Janeiro, 5/2005, de 14 de Fevereiro, e 72/2006, de 6 de Outubro.

² Anexo ao **Decreto-Lei n.º 18/2008**, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2009, de 11 de Setembro, e 278/2009, de 2 de Outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho.



Tribunal de Contas

3. Inconformado com o acórdão, o Município de Alenquer veio dele interpor recurso, pedindo a revogação do acórdão recorrido e a concessão do visto ao contrato. Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 3 a 25 dos autos, em que sustenta a legalidade do modelo de avaliação adoptado. Requer ainda que, caso o Tribunal continue a considerar existirem *in casu* as ilegalidades apontadas, o mesmo aplique o disposto no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, concedendo o visto e fazendo recomendações ao recorrente no sentido de evitar, no futuro, as ilegalidades cometidas na elaboração do dito modelo de avaliação.

4. Nas Conclusões do recurso é, designadamente, referido o seguinte:

- *“O modelo de avaliação, o critério de adjudicação e, mais latamente, o próprio concurso cumprem com todos os requisitos legais e regulamentares que lhes são aplicáveis, tanto sob o ponto de vista formal, como substantivo”;*
- *“O fator de densificação do critério de adjudicação “garantia da temperatura dos alimentos” visava, no âmbito do procedimento, avaliar a adequação do transporte das refeições de modo a assegurar a respetiva temperatura, tanto durante o transporte propriamente dito, como até ao momento do consumo”;*
- *“E daí que, nos termos das disposições conjugadas do Programa de Procedimento, se exigisse a apresentação não apenas de uma “declaração do tipo/modelo de contentores térmicos que o concorrente” se comprometia a utilizar “no transporte das refeições durante a execução do contrato, acompanhada da respetiva ficha técnica”, mas também uma amostra do referido contentor para avaliação por parte do Júri”;*
- *“Do mesmo modo, no próprio Caderno de Encargos, exigia-se que o transporte das refeições fosse feito:
(1) Em veículos que assegurassem “a manutenção das temperaturas adequadas ao tipo de fornecimento proposto (ligação a quente) e ao tempo necessário para a entrega do serviço” – art.º 30.º, n.º 4;
(2) Em “malas térmicas de estrutura resistente e com um espesso isolamento de espuma para garantir a temperatura, tanto durante o transporte como até ao momento do consumo” – art.º 30.º, n.º 5”;*
- *“O ora Recorrente estava, mesmo que os contentores térmicos concretamente propostos não fossem em “material resistente” nem contivessem “um espesso isolamento de espuma”, disposto a aceitá-*



los, conquanto a proposta, aplicando os demais fatores do critério de adjudicação, viesse a ser classificada em 1.º lugar”;

- *“O ora Recorrente podia, no âmbito da sua liberdade de definir o modelo de avaliação e os fatores que densificam o critério de adjudicação, estabelecer uma escala de pontuação que considerasse apenas, num dos fatores que densificam o critério de adjudicação, dois intervalos de pontuação: 0 e 100”;*
- *“Nada na Lei o proíbe, mormente nos art.ºs 75, n.º 1, 132, n.º 1, al. n), e 139 do CCP, como, de resto, ensina a doutrina mais autorizada”;*
- *“A “garantia da temperatura dos alimentos” é um atributo das propostas que, na ótica do ora Recorrente, sob ponto de vista técnico, não admitia, nem admite, a elaboração de uma escala progressiva ou gradativa, antes impondo, para utilizar a feliz expressão de JOÃO AMARAL E ALMEIDA e de PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, uma definição de apenas “dois níveis de impacto, isto é, dois níveis de referência””;*
- *“Sucede, por outro lado, que nem o modelo de avaliação, nem o concreto fator do critério de adjudicação aqui em questão, suscitaram qualquer dúvida aos concorrentes, já que nenhum esclarecimento foi pedido em relação aos mesmos”;*
- *“O ora Recorrente exigiu, para efeitos de avaliação deste concreto atributo das propostas, a apresentação não apenas de uma declaração do tipo/modelo de contentor térmico a utilizar, mas também da respetiva ficha técnica e, mais do que isso, de uma amostra do mesmo, pelo que o Júri do Concurso dispunha de informação e de elementos objetivos mais do que suficientes para, sob ponto de vista técnico, realizar a avaliação de cada uma das propostas no sentido de determinar qual a pontuação a atribuir”;*
- *“O ora Recorrente admite que o relatório preliminar e o relatório final do Júri poderão pecar, neste particular aspeto, por uma fundamentação insuficiente”;*
- *“A verdade, no entanto, é que o contentor térmico proposto pela NOBRECER não cumpre com o previsto no Programa de Procedimento e no Caderno de Encargos para efeitos de avaliação deste atributo, na medida em que:*
 - (1) É de esferovite (um material, portanto, insuscetível de ser qualificado como “resistente”);*
 - (2) Não tem isolamento de espuma (muito menos “espesso”);*
 - (3) Não tem fecho hermético;*
 - (4) É um equipamento mais vocacionado para manutenção do frio”;*



Tribunal de Contas

- *“O que acaba de se expor, embora não conste de forma explícita do relatório final de análise e avaliação das propostas, está lá implicitamente mencionado e resulta, claramente, quer das fichas técnicas dos equipamentos apresentadas com as propostas, quer da observação in loco que foi feita aos próprios contentores pelo Júri do Concurso”;*
- *“A falha apontada pelo douto Acórdão recorrido poderia, pois, quando muito, reconduzir-se a um vício de falta fundamentação, mas não a uma invalidade do modelo de avaliação”;*
- *“Toda a informação “concreta” que vem referenciada na doutra Decisão recorrida e que permitiria, na convicção do Tribunal a quo, ultrapassar a congénita ilegalidade do modelo de avaliação, é por demais conhecida de todos os concorrentes. E também por isso o Recorrente não teve a preocupação de concretizar, no modelo que elaborou, mais aprofundadamente a caracterização das malas térmicas, deixando, precisamente, essa tarefa ao normal funcionamento de um mercado concorrencial”;*
- *“Tendo em atenção a especial qualificação dos destinatários que, em primeira linha, são visados pelo concurso, o grau de conhecimento que possuem do assunto em causa e de participação neste tipo de procedimentos, parece ser de aceitar que estavam, in casu, reunidas todas as condições necessárias à completa e cabal compreensão do modelo de avaliação e do concreto fator do critério de adjudicação aqui em discussão”;*
- *“E que era, por conseguinte, possível a todo e qualquer concorrente apresentar a melhor proposta que conseguisse e, nomeadamente, um equipamento térmico que permitisse a obtenção da pontuação máxima – 100 pontos”;*
- *“Ao exigir uma “estrutura resistente” e um “espesso isolamento de espuma”, o Recorrente não remeteu para o domínio da pura subjetividade do Júri a avaliação deste concreto fator do critério de adjudicação”;*
- *“A avaliação empreendida pelo Júri neste concreto fator de avaliação insere-se na chamada “discrecionariiedade técnica”, feita a partir, recorde-se, quer da avaliação in loco do contentor especificamente proposto por cada concorrente, quer da respetiva ficha técnica que o acompanhava”;*
- *“O que é perfeitamente admissível e prática corrente, de resto, em procedimentos concursais”;*



- *“Só poderia, finalmente, falar-se em violação dos princípios da igualdade, da concorrência, da transparência, da justiça e do primado do interesse público se da aplicação das regras do concurso resultasse uma discriminação infundada, injustificada e sem critério dos concorrentes, ou seja, se a concretização efetuada nas peças concursais consubstanciasse, em termos reais e objetivos, a criação de uma situação arbitrária de desigualdade, violadora do núcleo essencial da igualdade, da transparência e da concorrência, o que não aconteceu”;*
- *“A experiência negativa do contrato anterior determinou e condicionou que o presente procedimento concursal estabelecesse regras para uma melhoria de procedimento de formação do contrato em análise com idêntico objeto e com um respeito total das finalidades públicas que se prossegue, melhorando o fornecimento de refeições escolares com o mínimo risco possível e sempre atendendo à saúde pública”;*
- *“O embora douto Acórdão recorrido não se mostra condizente, por conseguinte, com o disposto nos art.ºs 75, n.º 1, 132, n.º 1, al. n), e 139 do CCP e, ainda, o art.º 44, n.º 3, al. c), da LOPTC”;*
- *“Sem prescindir, e para o caso de improcederem as conclusões antecedentes, o Venerando Tribunal de Contas, tendo em consideração:*
 - a) A realidade subjacente aos autos,*
 - b) A complexidade das questões e das normas que envolvem a elaboração do modelo de avaliação de propostas,*
 - c) O carácter desculpável da falha impetrada,*
 - d) O facto de o Recorrente poder ser considerado primário e ser um Município pequeno e com poucos recursos,*
 - e) O valor económico do contrato, e*
 - f) A escassa diferença, em termos de preço, existente entre as propostas vencedora e a putativa vencedora,*
 - g) A experiência negativa relativamente ao contrato que antecedeu o presente e o respetivo processo concursal.*

Entendemos que deveria ter concedido o visto e optado por fazer recomendações ao ora Recorrente no sentido de evitar, no futuro, as ilegalidades alegadamente cometidas na elaboração do modelo de avaliação, aplicando o disposto no n.º 4 do art.º 44.º da LOPTC.”



Tribunal de Contas

5. O Procurador Geral Adjunto junto do Tribunal de Contas pronunciou-se no sentido da procedência do recurso e da concessão de visto com recomendações, ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, considerando os esclarecimentos adicionais agora prestados quanto ao modelo de avaliação das propostas, a clarificação das características das malas térmicas exigíveis para a boa conservação dos alimentos bem como os aspectos referidos na parte final do ponto anterior.
6. Corridos os demais vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Dos factos

9. A factualidade fixada no ponto II do acórdão recorrido não foi objecto de impugnação, pelo que se dá aqui por confirmada e reproduzida, nos termos previstos no artigo 663.º, n.º 6, do Código de Processo Civil. Os aspectos mais relevantes para a decisão retomam-se nos pontos seguintes.

Do modelo de avaliação das propostas

10. O contrato em análise foi precedido de concurso público de âmbito internacional, tendo o respectivo programa de procedimento estipulado que o *critério de adjudicação* seria o da *proposta economicamente mais vantajosa*.
11. O artigo 132.º, n.º 1, alínea n), do CCP estabelece que o programa do concurso público deve indicar “*o critério de adjudicação, bem como, quando for adoptado o da proposta economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas, explicitando claramente os factores e os eventuais subfactores relativos aos aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, os valores dos respectivos coeficientes de ponderação e, relativamente a cada um dos factores ou subfactores elementares, a respectiva escala de pontuação, bem como a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos que permita a atribuição das pontuações parciais*”.



Tribunal de Contas

12. Tal como exigido por aquele preceito legal, o programa do procedimento em causa desenvolveu o critério adoptado (o da proposta economicamente mais vantajosa) através de um *modelo de avaliação* das propostas. Este modelo foi definido com base em *três factores*, com ordem decrescente de importância, de acordo com a seguinte ponderação:

<i>Factores</i>	<i>Ponderação</i>
<i>1.Preço</i>	<i>60%</i>
<i>2.Garantia da temperatura dos alimentos</i>	<i>30%</i>
<i>3.Qualidade</i>	<i>10%</i>

13. O artigo 139.º do CCP contém as regras para a elaboração dos modelos de avaliação das propostas que devem ser estabelecidos para o caso de o critério de adjudicação ser o da proposta economicamente mais vantajosa e determina que a pontuação global de cada proposta deve ser expressa numericamente e corresponde ao resultado da soma das pontuações parciais obtidas em cada factor ou subfactor elementar, multiplicadas pelos valores dos respectivos coeficientes de ponderação.

14. Assim, para permitir que a pontuação global das propostas no concurso em referência fosse quantificada numericamente e somada de acordo com as ponderações fixadas para cada um dos três factores escolhidos, era necessário definir os elementos de avaliação bem como uma escala de pontuação para cada um deles. O n.º 3 do referido artigo 139.º estipula isso mesmo, estabelecendo que essa escala pode ser definida através de uma expressão matemática ou através de um conjunto ordenado de diferentes atributos respeitantes ao factor em causa.

15.No caso, a escala de pontuação para o factor *Preço* foi definida através de uma fórmula matemática:

$$P=[1-(Ppa^3)/Pb^4]x100, \text{ para } Ppa \leq Pb''$$

Esta forma valorizou a diferença para menos do preço de cada proposta relativamente ao preço base. Uma proposta de preço igual ao preço base seria pontuada com 0 (zero) pontos e uma proposta de 0(zero) euros seria

³ Ppa: preço da proposta em análise

⁴ Pb: Preço base



Tribunal de Contas

pontuada com 100 (cem) pontos, com uma multiplicidade proporcional de pontuações intermédias possíveis.

- 16.** Na escala de pontuação para o factor *Garantia da temperatura dos alimentos* optou-se antes pela definição através de um conjunto ordenado de atributos. Nos termos do n.º 5 do artigo 139.º do CCP, quando assim seja, a pontuação parcial de cada proposta será atribuída através de um juízo de comparação do correspondente atributo da proposta com o conjunto ordenado referido. A definição foi feita no programa de procedimento nos seguintes termos:

“Garantia da temperatura dos alimentos: o concorrente deverá disponibilizar um contentor (amostra) nos serviços da divisão de contratação, de acordo com o documento solicitado na alínea f) do artigo 7.º do programa de procedimento⁵, até ao último dia para apresentação das propostas. A pontuação deste fator será efetuada de acordo com a seguinte tabela:

<i>Garantia da temperatura dos alimentos</i>	
<i>Cumpre</i>	<i>100</i>
<i>Não cumpre</i>	<i>0</i>

- 17.** O mesmo sucedeu relativamente ao factor *Qualidade*. A pontuação deste factor seria calculada em função do número de análises indicadas no documento solicitado na alínea g) do n.º 2 do artigo 7.º do programa de procedimento⁶, as quais deveriam ser efectuadas em conformidade com a cláusula 39.^a do caderno de encargos, de acordo com a seguinte tabela:

<i>Qualidade</i>	
<i>N.º de análises</i>	<i>Pontuação</i>
<i>Trimestrais</i>	<i>0 pontos</i>
<i>Bimestrais</i>	<i>50 pontos</i>

⁵ Nossa nota: “(...) f) Declaração do tipo/modelo de contentores térmicos que o concorrente se compromete a utilizar no transporte das refeições durante a execução do contrato, acompanhada da respectiva ficha técnica;(...)”

⁶ “(...) g) Declaração na qual o concorrente se compromete a efetuar recolhas de amostras para análises microbiológicas, nos termos da cláusula 39.^a do caderno de encargos, indicando a respetiva periodicidade;(...)”



<i>Mensais</i>	<i>100 pontos</i>
----------------	-------------------

18. A pontuação global de cada proposta corresponderia ao resultado da soma das pontuações parciais obtidas em cada factor, multiplicadas pelos respectivos coeficientes de ponderação.

Da especificação dos atributos na escala de pontuação do factor *Garantia da temperatura dos alimentos*

19. Como assinalado acima, o acórdão recorrido considerou ilegal a forma como, no modelo de avaliação em apreço, foi definida a avaliação do factor *Garantia da temperatura dos alimentos*. Concentrar-nos-emos, pois, neste factor.

20. Em primeiro lugar, importa afirmar que a escolha da valorização deste factor não merece qualquer censura. O recorrente, nas suas alegações de recurso, invoca a importância que lhe quis atribuir em função do interesse público de saúde pública que lhe está subjacente. Para o efeito, referiu a experiência ocorrida no ano lectivo anterior, em que ocorreu um quadro clínico de toxinfecção alimentar colectiva. A situação abrangeu 80% das crianças e *“entre os factores identificados encontram-se os relacionados com as temperaturas dos alimentos à chegada ao local de consumo e às condições de transporte, nomeadamente com a garantia de distribuição dos alimentos à temperatura segura”*. Assim, o município procurou *“encontrar a melhor salvaguarda e evitar riscos no fornecimento das refeições escolares, principalmente no que respeita ao respetivo transporte, acondicionamento e distribuição, tentando assegurar o melhor possível e com o mais elevado nível de proteção a saúde pública que lhe está inerente”* *“utilizando um fator no critério de adjudicação em que os riscos seriam os mais reduzidos possíveis”*. Como vimos, nada a censurar neste plano.

21. A análise da descrição constante do ponto 14 acima leva-nos a concluir que os dois *níveis de impacto*⁷ avaliáveis eram:

- O cumprimento da garantia da temperatura dos alimentos
- O incumprimento da garantia da temperatura dos alimentos

⁷ Terminologia usada pelo recorrente no recurso.



Tribunal de Contas

Como vimos, o cumprimento ou incumprimento dessa garantia deveria basear-se na análise das amostras de contentores.

- 22.** Do relatório de análise das propostas⁸, verificamos que o júri as pontou no factor em apreciação da seguinte forma: *“da análise ao documento solicitado na alínea f) do artigo 7.º do programa de procedimento e da verificação do contentor (amostra) entregue nos serviços, o júri deliberou por unanimidade atribuir a pontuação de 0/100 pontos, pelo mesmo não apresentar/apresentar as características definidas no n.º 5 da cláusula 30.ª do caderno de encargos”*.
- 23.** O n.º 5 da cláusula 30.ª do caderno de encargos estabelecia: *“o transporte dos alimentos deve ser efetuado em malas térmicas de estrutura resistente e com um espesso isolamento de espuma para garantir a temperatura, tanto durante o transporte como até ao momento de consumo”*.
- 24.** Nas suas alegações de recurso, o recorrente afirma que *“o fator de densificação do critério de adjudicação “garantia da temperatura dos alimentos” visava, no âmbito do procedimento, avaliar a adequação do transporte das refeições de modo a assegurar a respetiva temperatura, tanto durante o transporte propriamente dito, como até ao momento do consumo”*. Mais refere que *“o ora recorrente pretendia, na verdade, premiar as propostas que assegurassem a utilização de malas térmicas capazes de garantir mais eficazmente a temperatura da refeição “até ao momento do consumo”, atribuindo 100 pontos a todas aquelas que cumprissem com esse desiderato. Mas não queria excluir as propostas que apresentassem malas térmicas menos eficazes neste capítulo, razão pela qual decidiu pontuar com 0 pontos aquelas que não cumprissem com os requisitos definidos para efeitos de avaliação no Caderno de Encargos”*.
- 25.** Do que se acaba de referir, conclui-se não só que os atributos a avaliar estavam insuficientemente descritos como também que essa insuficiência conduziu a uma confusão significativa na sua aplicação e posterior justificação.
- 26.** Os artigos 42.º, n.ºs 3, 4, e 5, 57.º, n.º 1, alíneas b) e c), 70.º, n.ºs 1, 2, alínea b), 75.º, n.º 1, 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º, n.º 3, todos do CCP, são claros no sentido de precisar que existem aspectos da execução de um contrato que são submetidos à concorrência e outros aspectos que o não são. Ora, esta matéria é essencial num processo de escolha em contratação pública: *é preciso identificar o que é submetido à concorrência e o que não é*.

⁸ Vide fls. 65 e seguintes do processo de 1.ª instância.



- 27.** *O que não é submetido à concorrência* tem de ser cumprido tal como definido no caderno de encargos e, logicamente, é sujeito a uma análise de tudo ou nada. *O que é submetido à concorrência* varia com as propostas e, por isso, tem de ser comparado e avaliado. Para isso servem os factores e subfactores de adjudicação. Para comparar e avaliar os aspectos variáveis das propostas.
- 28.** Nessa linha, e como bem explicitam Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, na sua obra *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*⁹, devem distinguir-se conceptual e logicamente as operações de *análise* das propostas e as operações de *avaliação* das propostas. As primeiras dirigem-se a aferir do cumprimento dos requisitos obrigatórios do caderno de encargos, as segundas a avaliar os aspectos submetidos à concorrência.
- 29.** Nos termos do artigo 70.º, n.º 2, alínea b), do CCP, as propostas cujos atributos violem os parâmetros base do caderno de encargos ou cujos termos e condições violem aspectos por ele subtraídos à concorrência devem ser *excluídas*. Assim, é evidente que a verificação de que os termos duma proposta se conformam com os requisitos obrigatórios do caderno de encargos é uma operação de *análise* da proposta, que se dirige a aferir da sua admissibilidade. Se for constatada a não conformidade da proposta com o caderno de encargos, isso deve conduzir à sua *exclusão*.
- 30.** No caso, e como decorre do transcrito no ponto 21, o caderno de encargos *impunha* que o transporte dos alimentos fosse efectuado em malas térmicas de estrutura resistente e com um espesso isolamento de espuma para garantir a temperatura, tanto durante o transporte como até ao momento do consumo. Tratava-se de um requisito obrigatório, ou seja, de um *aspecto não submetido à concorrência*. Deste modo, e nesta matéria, só havia que verificar se a proposta cumpria ou não com este requisito. E a consequência legal para o caso de a proposta não cumprir com esse requisito não seria a de a penalizar em termos de valoração no factor *Garantia da temperatura dos alimentos*. Seria, outrossim, a de a excluir por desconformidade com os requisitos do caderno de encargos.
- 31.** Não faz, pois, sentido a alegação do recorrente no sentido de que “*estava, mesmo que os contentores térmicos concretamente propostos não fossem em “material resistente” nem contivessem um “espesso isolamento de espuma”, disposto a aceitá-los, conquanto a proposta, aplicando os demais fatores do*

⁹ Almedina, 2011, páginas 916 e seguintes.



critério de adjudicação, viesse a ser classificada em 1.º lugar”. Essa hipótese seria totalmente desconforme com o caderno de encargos e com a lei aplicável. Seria, aliás, também completamente desconforme com as suas preocupações, tal como referidas no ponto 18. Matematicamente, e tal como o modelo foi desenhado, seria possível acontecer se o preço proposto fosse muito baixo (cerca de 30% do preço base). Estava, então, o município disposto a prescindir da garantia de temperatura dos alimentos se o preço das refeições fosse muitíssimo baixo. Como é que isso respeitaria a sua vontade de salvaguardar ao máximo o interesse público da saúde pública e das crianças? A sua argumentação não é sequer coerente com as suas preocupações...

32. Como dizíamos, é apenas nos *aspectos submetidos à concorrência*, ou seja naqueles em que as propostas se podem diferenciar (e não naqueles que sejam obrigatórios) que se pode e impõe *avaliar* e ordenar as propostas. Como referem os autores acima citados¹⁰, *“só faz sentido falar em factores e subfactores de avaliação quando estejam em causa aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos – de outro modo, não há avaliação de propostas, mas apenas uma sua análise, para determinar (sob cominação da sua exclusão) se elas são inteiramente conformes com o caderno de encargos (...)”*. Isto mesmo estabelece o n.º 1 do artigo 75.º do CCP, onde se afirma inequivocamente que *“os factores e os eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa devem abranger todos, e apenas¹¹, os aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos¹²”*.

33. Admitindo que, mesmo apesar de ter estabelecido no caderno de encargos os requisitos que as malas térmicas deveriam reunir, a entidade adjudicante queria, ainda assim, valorizar a *Garantia da temperatura dos alimentos* em sede de avaliação das propostas e as diferenças entre elas a esse nível, então impunha-se que densificasse este parâmetro de avaliação de outro modo. Fê-lo, de certa forma, em relação aos outros dois factores, ao valorizar com 0 pontos um preço igual ao preço base ou uma periodicidade de controlo microbiológico igual à periodicidade mínima estabelecida no caderno de encargos e atribuindo melhores pontuações à medida que as propostas ofereciam condições mais vantajosas do que essas. Nas alegações de recurso, o recorrente vem comparar duas das propostas em função de as respectivas

¹⁰ Vide página 962 da obra referida.

¹¹ Sublinhado nosso.

¹² Idem.



malas térmicas terem ou não fecho hermético e serem ou não vocacionadas para a manutenção da temperatura fria e/ou quente. Eis exemplos de atributos que poderia ter usado. Só que se impunha que os indicasse previamente.

34. O recorrente alega que, apesar de reconhecer que podia ter sido mais assertivo na definição das características técnicas a valorizar, a forma de avaliação no factor em referência foi perfeitamente apreensível e perceptível por todos os interessados, uma vez que os concorrentes não tiveram dúvidas nem pediram esclarecimentos, que esses concorrentes têm *know-how* e experiência e estão absolutamente familiarizados com os equipamentos que melhor garantem a temperatura dos alimentos, que o júri dispunha de todos os elementos objectivos necessários para proceder à avaliação e que a avaliação que deveria fazer do contentor apresentado se inseria na sua margem de discricionariedade técnica.
35. Refere-se, a esse respeito, à densificação das expressões “*estrutura resistente*” e “*espesso isolamento de espuma*”, utilizadas no caderno de encargos, tal como a essas expressões se referiu o acórdão recorrido, alegando a sua vacuidade e imprecisão. Admitindo que teria sido possível ao município definir com mais precisão e vantagem o conteúdo desses conceitos, mas também que talvez eles pudessem ser tecnicamente integrados na respectiva aplicação, consideramos, no entanto, em linha com o que acima expusémos, que não era esse o problema da escala de pontuação do factor em análise.
36. Tendo já determinado que esses requisitos eram obrigatoriamente exigidos pelo caderno de encargos para todas as propostas, o que afinal não se especificou foi quais eram os concretos atributos a *valorizar* quanto à garantia da temperatura dos alimentos. Quais eram os (outros) atributos susceptíveis de serem propostos nesta matéria, que deveriam ser *cumpridos* para a proposta ser positivamente pontuada? Não sabemos. Qualquer que seja o *know how* dos destinatários, o artigo 139.º, n.º 3, do CCP exige essa especificação, e ela não foi feita. Não se trata de decompor o factor de forma exaustiva ou complexa, incluindo todos os possíveis diferentes atributos, como o recorrente alega não ser necessário, mas sim de escolher e indicar atributos *avaliáveis*.



Da (im)progressividade da escala de pontuação do factor *Garantia da temperatura dos alimentos*

37. Outro aspecto que foi considerado incorrecto pelo acórdão de 1.^a instância e questionado pelo recorrente foi a forma como foi definida a pontuação no factor em apreço. Considerou-se que a escala deveria exibir um desenvolvimento proporcional e não uma polarização em patamares extremos, os quais obstariam à desejável gradação da proximidade das propostas.
38. O recorrente considera que nada na lei, e concretamente nos artigos acima citados, proíbe o estabelecimento de uma escala de pontuação que considere apenas dois intervalos de pontuação: 0 (zero) e 100 (cem), defendendo que essa escolha se continha dentro da sua margem de liberdade. Referiu, aliás, que, na sua óptica, do ponto de vista técnico, o atributo não admitia, nem admite, a elaboração de uma escala progressiva ou gradativa, antes impondo uma solução de tudo ou nada.
39. Esta lógica de polarização é obviamente válida para uma análise de cumprimento ou incumprimento de cláusulas imperativas do caderno de encargos, que, já vimos, conduz a uma decisão de admissão ou exclusão das propostas e não pode ser levada ao modelo de avaliação das propostas. Foi esse o vício de raciocínio do recorrente. Abordemos, no entanto, a questão no contexto das operações de avaliação.
40. A lei não estabelece, de facto, regras sobre a quantidade de níveis de pontuação que devem ser estabelecidos nestes modelos de avaliação, o que permite concluir que existe discricionariedade nesta matéria. No entanto, trata-se de uma discricionariedade que deve ser contextualizada nas restantes regras estabelecidas, nos objectivos prosseguidos e na necessária coerência e finalidade dos modelos.
41. Os modelos de avaliação de propostas em contratação pública, sendo modelos matemáticos de decisão, têm como objectivo avaliar e *graduar* propostas, de modo a que as mesmas sejam colocadas numa lista *ordenada* para efeitos de adjudicação. Em princípio, só uma pode ser a proposta adjudicatária e, caso a primeira classificada não venha, por qualquer razão, a ser contratada, é necessário recorrer à posição subsequente dessa lista. Assim, há necessidade de construir os modelos de avaliação de forma a encontrar as (eventualmente pequenas) diferenças entre as propostas que sejam economicamente mais vantajosas para a entidade adjudicante e a



assegurar diferentes posicionamentos relativos entre elas. Escalas de pontuação polarizadas em classificações mínimas e máximas conduzem, em última análise, a listas com apenas dois níveis: as propostas boas e as propostas más, *ex aequo* entre si. Trata-se, em abstracto, de uma forma possível de decidir, mas não é, de todo, a querida pelo CCP. Veja-se, por exemplo, o artigo 146.º, n.º 1, onde se estabelece a obrigatoriedade de *ordenação* das propostas. Sabendo-se que a pontuação final de cada proposta é a soma ponderada das respectivas pontuações parciais em cada um dos factores, é, pois, necessário construir os modelos de avaliação de modo a que as próprias pontuações parciais sejam, tanto quanto possível, gradativamente diferenciadas.

42. Os modelos de avaliação são também formas de exprimir as preferências da entidade adjudicante relativamente aos vários aspectos que considerou relevantes para a adjudicação, os quais devem obviamente ser escolhidos em função da necessidade pública que a mesma visa satisfazer. Por isso, a decomposição desses modelos em factores, subfactores, atributos e escalas de pontuação tem de ser feita de forma coerente entre os vários níveis, de modo a respeitar os objectivos de cada um deles e simultaneamente o objectivo final. A margem de liberdade na definição de cada um dos elementos do modelo que seja legalmente consentida está, assim, também balizada pelas necessidades públicas em causa e pela lógica do próprio modelo, ou seja, pelo respeito da prioridade dos seus níveis superiores.
43. No caso, sendo o factor *Preço* avaliado por intervalos pequenos ao longo de toda a escala de 0 a 100, e sendo o modelo de avaliação compensatório (em que uma pior pontuação parcial num dos factores pode ser compensada por uma melhor pontuação noutra factor), uma avaliação extremada (de 0 ou 100) no factor *Garantia da temperatura dos alimentos* tem um impacto excessivo na graduação final, praticamente anulando as pequenas diferenças na avaliação dos preços. Este aspecto, referido no acórdão recorrido, é relevante e censurável por desrespeitar o equilíbrio ponderado dos factores elementares. De facto, como se refere no ponto 10, ao factor *Preço* foi atribuído um peso relativo de 60% e ao factor *Garantia da temperatura dos alimentos* um peso relativo de apenas 30%. Não é, assim, admissível que, pela diferente lógica das escalas de avaliação em cada um desses factores, se atribua ao factor cujo peso deveria ser só de 30% o poder de se sobrepor ao que deveria ser mais influente. E o facto é que, como referido em 1.ª instância, isso sucedeu na prática. A adopção num dos factores de uma avaliação feita em apenas dois níveis, e sobretudo em dois níveis extremados



ao máximo, conduziu a uma subversão lógica do modelo, o que não se pode aceitar.

- 44.** Por outro lado, uma das funções concretas dos modelos de avaliação é também proceder a uma valorização adequada dos atributos propostos pelos concorrentes, atribuindo-lhes o justo valor. No caso, sendo certo que todas as propostas admitidas deveriam garantir a temperatura dos alimentos nos termos mínimos exigidos pelo caderno de encargos, o que deveria ter sido avaliado era o quão melhores eram as condições oferecidas por cada concorrente para a preservação dessa temperatura. O que não se conseguiria valorizar com uma escala binária simples.
- 45.** De facto, uma escala polarizada em extremos não permite realizar esse desiderato. Como referem os autores citados pelo recorrente¹³, “*seria extremamente pobre e irreal considerar que todas as propostas apresentadas coincidem exactamente com os (dois) únicos níveis pré-definidos. Até porque pode muito bem suceder que nenhuma das propostas apresentadas coincida com tais níveis de referência, não merecendo por isso a atribuição das pontuações que lhes são correspondentes*”. Os autores prosseguem com métodos para corrigir a situação, de modo a “*encontrar, com mais rigor e precisão, as distâncias de valor entre elas*¹⁴ (e, assim, as respectivas distâncias de pontuação) no enquadramento da distância de valor de cada uma com aqueles níveis de referência”. Não nos pronunciamos aqui sobre a validade das propostas avançadas por estes autores, somente anotamos que, mesmo quando aceitam a fixação de apenas dois níveis de impacto, reconhecem que eles não são suficientes e avançam com a necessidade de atribuir pontuações intermédias.
- 46.** Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, na obra atrás citada, referem que os métodos de classificação parcial das propostas podem ser quantitativos ou qualitativos, “*mas a preocupação que, em qualquer caso, deve nortear a organização de uma escala de pontuação dos factores e subfactores do critério de adjudicação é (...) de a apertar tanto quanto possível, de maneira a não deixar grandes “buracos” ou intervalos classificativos entre propostas de valia próxima, em prol dos princípios da concorrência e da proporcionalidade. Consideram-se, assim, ilegais os casos em que as escalas estão organizadas grosseiramente com intervalos visivelmente desproporcionados na sequência das diversas pontuações,*

¹³ João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, in *O Modelo de Avaliação de Propostas no Código dos Contratos Públicos (Nota Sumária)*, Temas de Contratação Pública I, páginas 371 e seguintes

¹⁴ Elas: as propostas.



Tribunal de Contas

como o caso acima referido de se atribuir à melhor proposta em determinado (sub)factor uma cotação valiosa e a todas as outras zero” .

47. Em suma, e sem prejuízo das especificidades de cada caso e de cada factor, as escalas binárias não são, frequentemente, aptas aos efeitos a que se destinam os modelos de avaliação de propostas em contratação pública e, no caso concreto, produzem efeitos perversos na avaliação final.

Das ilegalidades verificadas

46. Do exposto conclui-se pela ilegalidade tanto do modelo de avaliação das propostas definido no concurso que precedeu o contrato em apreciação como da respectiva aplicação concreta, por violação dos artigos 75.º, n.º 1, 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º, n.º 3 do CCP. Tal ilegalidade resultou:

- De a definição da escala de pontuação no factor *Garantia da temperatura dos alimentos* não ter incluído nem descrito adequadamente o conjunto ordenado dos atributos necessários à correspondente avaliação;
- De os atributos concretamente utilizados pelo júri não serem admissíveis, por dizerem respeito a aspectos da execução do contrato subtraídos à concorrência;
- De a escala binária e extremada adoptada nesse factor não ser compatível com a lógica do modelo e com o peso relativo definido para cada um dos factores do critério de adjudicação.

47. As referidas ilegalidades eram aptas a permitir ou conduzir à alteração do resultado financeiro do procedimento, uma vez que influíam directamente na classificação e ordenação das propostas, podendo originar uma adjudicação a uma proposta de preço mais elevado. Acresce que os concorrentes conformam em regra as suas propostas em função dos elementos incluídos nos modelos de avaliação, pelo que uma diferente formulação dos mesmos poderia ter conduzido a um diferente conteúdo das propostas apresentadas, eventualmente mais vantajoso para a entidade adjudicante.

48. Confirma-se, assim, existir fundamento para a recusa de visto, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, tal como decidido em 1.ª instância.



Da aplicação do disposto no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC

- 49.** De acordo com o estabelecido no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, nos casos previstos na alínea c) do mesmo artigo, o Tribunal, em decisão fundamentada, pode conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades. É o que vem pedido pelo recorrente e defendido pelo Ministério Público no seu parecer.
- 50.** A substituição de uma decisão de recusa de visto por um visto com recomendações, nos termos do n.º 4 do referido artigo 44.º, é uma possibilidade atribuída ao Tribunal de Contas para tomar uma decisão contrária à regra geral que determina a recusa, a qual deve ser exercida em função dos casos e dos factos concretos e em decisão fundamentada, obrigando o Tribunal a ponderar se existem, em concreto, razões que justifiquem o afastamento da regra geral.
- 51.** A 1.ª instância entendeu que não devia fazer uso dessa faculdade face, designadamente, à circunstância de existir uma proposta com um preço mais favorável que poderia ter sido a adjudicatária, sendo, portanto, elevada a probabilidade de alteração do resultado financeiro.
- 52.** Em recurso, e como invoca o Ministério Público, foram trazidos elementos adicionais ao processo, e foi designadamente afirmado que o contentor térmico proposto pela empresa em causa era de material insusceptível de ser qualificado como resistente (esferovite) e não tinha qualquer isolamento de espuma. Sendo assim, é evidente que não cumpria os requisitos obrigatórios do caderno de encargos, o que deveria ter originado a exclusão da proposta.
- 53.** Compulsado o relatório de análise das propostas, verifica-se que mais duas propostas estavam na mesma situação e deveriam ter sido excluídas e que a restante proposta, que reunia os mencionados requisitos do caderno de encargos, foi pontuada com a classificação máxima nos factores *Garantia da temperatura dos alimentos* e *Qualidade* mas oferecia um preço mais alto do que a adjudicatária. Assim, teve e sempre teria uma classificação final mais baixa do que a proposta adjudicada.
- 54.** Não se vislumbra, assim, agora, no universo das propostas concorrentes, uma possível diferente classificação das mesmas que conduzisse a uma diferente adjudicação e a um diferente resultado financeiro.



Tribunal de Contas

- 55.** Não obstante, deve notar-se que uma diferente e legal formulação dos atributos e da escala de avaliação do factor *Garantia da temperatura dos alimentos* poderia ter conduzido a diferentes propostas e a diferentes resultados.
- 56.** No entanto, considerando o que se refere nos pontos 52 a 54, bem como os aspectos invocados pelo recorrente e referidos na parte final do ponto 4, tal como o parecer do Ministério Público, entende-se agora adequada ao caso a utilização da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, como requerido.



III. DECISÃO

Assim, pelos fundamentos expostos, acorda-se em Plenário da 1ª Secção em dar provimento parcial ao recurso, concedendo o visto ao contrato com recomendações, nos termos do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC.

Recomenda-se, assim, ao Município de Alenquer e aos seus responsáveis que, em procedimentos futuros e na definição dos respectivos modelos de avaliação das propostas, dêem integral cumprimento ao estabelecido nos artigos 75.º, n.º 1, 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º, n.º 3 do CCP. Para o efeito, quando optem pela definição de escalas de pontuação baseadas em conjuntos ordenados de atributos, devem definir clara e inequivocamente esses atributos, devem excluir quaisquer atributos relativos a aspectos da execução dos contratos que não tenham sido submetidos à concorrência pelo caderno de encargos e devem adoptar escalas compatíveis com a avaliação ordenada das propostas e com a importância e ponderação dos factores do critério de adjudicação.

Recomenda-se, ainda, que tanto nos modelos de avaliação das propostas como nos restantes documentos concursais (incluindo cadernos de encargos) e ainda nos relatórios de análise das propostas se evite a utilização de expressões vagas e imprecisas, densificando devidamente os conceitos utilizados, sobretudo quando relevantes para a análise e avaliação das propostas, e se proceda a uma correspondente, adequada e completa fundamentação das classificações atribuídas.

São devidos emolumentos nos termos do n.º 3 do artigo 17.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio.

Lisboa, 21 de Outubro de 2014

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)



Tribunal de Contas

(Helena Ferreira Lopes)

(João Aveiro Pereira)

O Procurador-Geral Adjunto
(José Vicente Almeida)