



ACÓRDÃO N.º 67/2008 - 20.Mai.2008 - 1ª S/SS

(Processo n.º 199/08)

DESCRITORES: Alteração do resultado Financeiro por Ilegalidade - Empreitada de Obras Públicas - Critério de Adjudicação - Programa de Concurso - Avaliação das Propostas - Contratação Pública - Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. A introdução de diferentes ponderações relativas para os vários sub factores do critério de adjudicação pela Comissão de análise das propostas, na fase de apreciação das mesmas, constitui uma violação do disposto nos arts. 66.º, n.º 1, al. e) e 100.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e no ponto 21 do Programa de Concurso Tipo, aprovado pela Portaria n.º 104/2001, de 21 de Fevereiro, ofendendo ainda princípios fundamentais dos processos de contratação pública e de realização das despesas públicas.
2. A ilegalidade em causa é susceptível de alterar o resultado financeiro do procedimento, o que constitui fundamento da recusa de visto, nos termos do disposto na al. c) do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Conselheira Relatora: Helena Abreu Lopes



Mantido pelo acórdão n.º 6/09, de
10/02/09, proferido no recurso n.º
20/08

ACÓRDÃO N.º 67/08 -20.MAI.08-1.ª S/SS

Proc. N.º 199/08

1. O Município de Belmonte remeteu para fiscalização prévia o contrato de empreitada de “Arranjos exteriores da zona Oeste dos Paços do Concelho”, celebrado entre aquele Município e a *Constrope Construções, SA*, com o valor de 503.363,83 €, a que acresce IVA.

2. DOS FACTOS

Além do referido em 1., relevam para a decisão os seguintes factos, evidenciados por documentos constantes do processo:

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

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

“IV.2) CRITÉRIOS DE ADJUDICAÇÃO

B) Proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta

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

1) Preço mais baixo 60%

2) Qualidade e valia técnica da proposta 40%

Por ordem decrescente de importância: Sim”

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

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



Tribunal de Contas

- 1) *Preço mais baixo 60%;*
- 2) *Qualidade e valia técnica da proposta 40%”;*

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

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

2. Avaliação:

2.1 – Programa de trabalhos;

2.2 – Plano de pagamentos;

2.3 – Memória justificativa e descritiva;

2.4 – Organização (Pessoal e equipamento);

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

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

- Qualidade dos materiais a aplicar na obra, tendo-se em consideração, nomeadamente, as dimensões, marcas-tipo, modelos e referências: 35%
- Programa de trabalhos: 10%
- Plano de pagamentos: 10%
- Memória justificativa e descritiva: 10%
- Organização (Pessoal e equipamento): 20%
- Plano de estaleiro, incluindo meios e métodos previstos relativos à qualidade e segurança no trabalho: 15%.

f) Analisadas as propostas de acordo com as pontuações obtidas nos referenciados factores e sub factores, foi, na mesma reunião, proposta a adjudicação à *Constrope – Construções, SA*, que apresentou o segundo preço mais baixo no âmbito do procedimento;



Tribunal de Contas

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

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

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

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

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

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

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

3. APRECIACÃO

Nos termos dos artigos 105.º, n.º 1, 66.º, n.º 1, alínea e), e 100.º, n.sº 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, aplicáveis ao concurso em causa, o critério de adjudicação da empreitada, os respectivos factores e eventuais sub-factores de apreciação das propostas bem como a correspondente ponderação, têm de ser fixados no Programa do Concurso.



Tribunal de Contas

Referem estas normas:

Artigo 105.º, n.º 1:

“O critério no qual se baseia a adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa, implicando a ponderação de factores variáveis, designadamente o preço, o prazo de execução, o custo de utilização, a rendibilidade, a valia técnica da proposta e a garantia”.

Artigo 66.º, n.º 1, alínea e):

“1. O programa do concurso destina-se a definir os termos a que obedece o respectivo processo e especificará:

(...) e) O critério de adjudicação da empreitada, com indicação dos factores e eventuais subfactores de apreciação das propostas e respectiva ponderação.”.

Artigo 100.º:

“1. As propostas dos concorrentes qualificados devem ser analisadas em função do critério de adjudicação estabelecido.

2. A Comissão de análise das propostas deve elaborar um relatório fundamentado sobre o mérito das propostas, ordenando-as para efeitos de adjudicação, de acordo com o critério de adjudicação e com os factores e eventuais subfactores de apreciação das propostas e respectiva ponderação fixados no programa do concurso.”.

Por outro lado, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 62.º do mesmo Decreto-Lei n.º 59/99, o Programa de Concurso deve seguir o modelo aprovado por portaria do Ministro responsável pelo sector das obras públicas. Ora, o ponto 21 do Programa de Concurso Tipo, aprovado pela Portaria n.º 104/2001, de 21 de Fevereiro, refere expressamente que deverão ser indicados nesse Programa, em termos percentuais ou numéricos, os factores do critério de adjudicação e eventuais subfactores que o compõem, bem como o método e/ou fórmula matemática de ponderação dos mesmos factores.

Do factualismo acima apontado em 2. resulta que, no caso em apreciação, os factores do critério de adjudicação claramente indicados no Programa de Concurso, e nos respectivos anúncios, eram: *“1) Preço mais baixo 60%; 2) Qualidade e valia técnica da proposta 40%”.*

Quanto aos sub factores integrantes do factor *“Qualidade e valia técnica da proposta”*, os mesmos só vieram a ser clarificados pela Comissão de Análise no momento da concreta avaliação das propostas, ainda que reportando-se aos elementos referidos no Programa de Concurso num



Tribunal de Contas

ponto respeitante a outra matéria. Efectivamente, esses sub factores não se encontravam referenciados em sede própria, no ponto 21 do Programa, relativo ao Critério de Adjudicação, embora fossem referidos, de forma descontextualizada, no ponto 15.1., relativo aos documentos de habilitação a apresentar pelos concorrentes. Eram, portanto, de difícil identificação por um normal destinatário.

No que se refere ao peso relativo de cada um desses sub factores, ele foi, de todo, definido, de forma inovatória, pela Comissão de Análise no momento da concreta avaliação das propostas, sem qualquer base de sustentação no que se encontrava definido no Programa de Concurso.

O momento tardio em que tais clarificações e inovações foram introduzidas na avaliação das propostas ofende, não apenas as normas citadas, mas também normas comunitárias¹ e vários princípios fundamentais e bens jurídicos acautelados pelas regras da contratação pública.

Desde logo, o conhecimento oportuno dos elementos que interviriam na avaliação das propostas e da respectiva ponderação é um importante critério para uma adequada formulação da proposta, por parte dos concorrentes, sendo susceptível de influenciá-la. Como refere Margarida Olazabal Cabral, em *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, página 207: “(...) *hoje constitui elemento fundamental do concurso que o particular tenha um real conhecimento dos elementos que irão fundamentar a escolha final da Administração para poder elaborar a sua proposta: neste sentido, a lei obriga a uma prévia restrição da discricionariedade na escolha final.*”. A não alteração posterior desses elementos é essencial à salvaguarda dos princípios da estabilidade, confiança e boa-fé.

Por outro lado, conforme se referiu no Acórdão de 23 de Janeiro de 2007 do Pleno da Secção de Contencioso do Supremo Tribunal Administrativo: “*A observância dos princípios da legalidade, justiça, igualdade, transparência e imparcialidade que devem presidir ao procedimento concursal obriga a que na apreciação das propostas se não introduzam sub critérios ou sub factores de avaliação já depois de conhecidos os concorrentes e as suas propostas, pois que só assim será possível impedir a introdução de factores de diferenciação e de valoração em função desse*

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



Tribunal de Contas

conhecimento e só assim será possível evitar a possibilidade de um tratamento desigual e injusto dos concorrentes, beneficiando uns em detrimento de outros”.

Referiu também o Conselho Consultivo da Procuradoria-geral da República, no seu Parecer n.º 1/94: *“(...) decorre da exigência de transparência da actividade administrativa e do respeito pelos princípios da igualdade, da justiça e da imparcialidade (...) a imposição, no plano ético-jurídico, de prévia comunicação aos concorrentes da referida “pauta de avaliação” das propostas a apresentar, com todos os micro critérios que a constituem e respectivos coeficientes de ponderação (...). Proceder de outro modo, seleccionando os micro critérios e compondo a “grelha de avaliação” apenas depois da abertura das propostas é, a todos os títulos, prática incorrecta, porque incompatível com aqueles princípios e com a necessidade de transparência na actuação da Administração.”*

Acompanhamos também, nesta matéria, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, quando, em *Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa, das Fontes às Garantias*, na página 500, referem que as restrições legais nesta matéria só terão sentido útil *“(...) se, além de densificar suficientemente os critérios ou factores de adjudicação, o programa de concurso (...) fixar em termos precisos e quantificados o peso relativo de cada um desses critérios ou factores, dando-o a conhecer ao respectivo universo concorrencial. De outro modo, a imposição legal (e indicação comunitária) de que os critérios do concurso devem ser enunciados por forma decrescente de pouco serve, porque poderá sempre estabelecer-se uma diferença ridícula ou uma diferença descomunal entre eles, defraudando as expectativas dos concorrentes que, ao elaborarem as suas propostas, partiram, no mínimo, de uma distribuição equilibrada da valia relativa de cada um.”*

A ilegalidade praticada afectou, assim, o direito dos candidatos a um tratamento igual, justo e imparcial, representando igualmente uma ofensa ao interesse público de salvaguarda de decisões imparciais por parte da Administração.

A *“pauta de avaliação”*, nos termos acabados de referir, é, por outro lado, o critério e o mecanismo que permite garantir o ajustamento da escolha às necessidades identificadas pelo dono da obra. Nessa medida, protege ainda o interesse financeiro de obtenção de boas propostas e de selecção daquela que melhor se ajusta à necessidade pública, dessa forma acautelando a adequada utilização da despesa pública envolvida e sendo instrumento da realização do disposto nos artigos 42.º, n.º 6, e 47.º, n.º 2, da Lei n.º



Tribunal de Contas

91/2001, na redacção da Lei n.º48/2004, de 24 de Agosto, e no artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro.

Por último, a ilegalidade em causa é susceptível de alterar o resultado financeiro do procedimento em que se insira.

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

Ora, uma ilegalidade que altere, ou possa alterar, o respectivo resultado financeiro constitui fundamento da recusa de visto a contratos sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Refira-se, a propósito, que, para efeitos desta norma, quando aí se diz “*Ilegalidade que (...) possa alterar o respectivo resultado financeiro*” pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro.

Nesta matéria considera-se que a falta de transparência e consistência na fixação e aplicação dos critérios de adjudicação constitui um risco sério de alteração do resultado financeiro, que merece censura e desvalor.

4. CONCLUSÃO

A introdução de diferentes ponderações relativas para os vários sub factores do critério de adjudicação pela Comissão de análise de propostas, na fase de apreciação das mesmas, constitui uma violação do disposto nos artigos 66.º, n.º 1, alínea e), e 100.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e no ponto 21 do Programa de Concurso Tipo, aprovado pela Portaria n.º 104/2001, de 21 de Fevereiro, ofendendo ainda princípios fundamentais dos processos de contratação pública e de realização das despesas públicas.

A ilegalidade verificada constitui fundamento da recusa de visto, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.



5. DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, e respectivas alterações.

Lisboa, 20 de Maio de 2008

Helena Abreu Lopes (Relatora)

José Luís Pinto Almeida

António Santos Soares

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)