



ACÓRDÃO N.º 9/2013 - 16/04/2013 – 1ª SECÇÃO/SS

PROCESSO N.º 34/2013

I. RELATÓRIO

O **Município de Ourém** remeteu ao Tribunal de Contas, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de fornecimento/prestação de serviços celebrado entre aquela entidade e a empresa “*Fernando L. Gaspar, Sinalização e Equipamentos Rodoviários, S.A.*”, no montante de € 877.260,54 [s/IVA], e cujo objeto se traduz na implementação do Sistema Integrado de Mobilidade da Cova da Iria, em Fátima.

II. DOS FACTOS

Para além da factualidade referida em I., consideram-se assentes, com relevância para a decisão em curso, os factos seguintes:

1.

Em 18.09.2012, a Câmara Municipal de Ourém deliberou a implementação do procedimento pré-contratual, na modalidade de concurso público internacional, tendo em vista a execução e fornecimento do Sistema de Mobilidade Integrada de Cova da Iria, em Fátima, e que inclui a instalação de instrumentos tecnológicos aptos a garantir uma gestão mais eficaz da circulação e estacionamento, a implementação de um sistema de informação direcional que oriente os fluxos de veículos, e, enfim, a dotação de mecanismos tecnológicos que assegurem a



Tribunal de Contas

identificação das dificuldades, e, assim, permitam uma ajustada e oportuna intervenção das forças de segurança.

Tal deliberação foi ratificada pela Assembleia Municipal em 28.09.2012;

2.

A aquisição dos serviços em causa foi precedida de concurso público de âmbito internacional, cuja abertura foi objeto de publicação em Diário da República, II Série, de 03.10.2012 e *JOUE* de 04.10.2012, sendo que a prorrogação do prazo de apresentação das propostas mereceu, ainda, publicitação em D.R. de 15.11.2012 e *JOUE* de 16.11.2012;

2.1.

Apresentaram-se a concurso as empresas “Construções Martins e Reis, Lda.”, “Desarfate – Desaterros de Fátima Lda.”, “Fernando L. Gaspar – Sinalização e Equipamentos Rodoviários, S.A.”, “Soltráfego – Soluções de Trânsito, Estacionamento e Comunicações, S.A.” e, bem assim, o agrupamento “Dynasys – Engenharia e telecomunicações, S.A.” NovelAtron e Resopre, Sociedade Revendedora de Aparelhos de Precisão, S.A., e o Consórcio “Pueblo Marques, Lda.” e “Atena T., S.A.”;

As empresas e concorrentes “Construções Martins e reis, Lda.” e “Desarfate – Desaterros de Fátima, Lda.”, foram excluídas do concurso, por não apresentação de propostas.

3.

O preço-base do concurso é de € 883.500,00;

4.

De acordo com o art.º19.º, do Programa do Concurso, o critério de adjudicação assenta na proposta economicamente mais vantajosa, mas em conformidade com os fatores e ponderações, a saber:



Tribunal de Contas

- Fator “*preço*” – 75%;
- Fator “*Qualidade Técnica*” – 25%;

4.1.

Ainda segundo a cláusula 4.^a, do Cap. II, do Caderno de Encargos, no concernente ao fator “*preço*” foi estabelecida a seguinte pontuação:

- 0 [zero] pontos para as propostas com valor igual ao preço-base [€ 883.500,00];
- 10 pontos para as propostas com valor igual ou inferior ao limite do valor tido como anormalmente baixo;
- **As restantes classificações são atribuídas de forma proporcional;**

5.

No domínio dos relatórios Preliminar e Final da avaliação das propostas, o júri, no tocante ao fator “*preço*”, atribuiu:

- À empresa “Soltráfego, S.A.”, 0,28 pontos, face a uma proposta no montante de € 871.173,13;
- À empresa “Consórcio Pueblo Marques, Lda.” e “Atena T. S.A.”, 0,22 pontos, e face a uma proposta no valor de € 873.692,95;
- À empresa “Fernando L. Gaspar – Sinalização e Equipamentos Rodoviários, S.A.”, 0,14 pontos, e perante uma proposta no montante de € 877.260,54;
- Ao agrupamento Dynasys, NovelAtron, Resopre, S.A., 0,02 pontos, sendo que o valor da proposta se cifra em € 882 751,25;



Tribunal de Contas

5.1.

No respeitante ao fator *”preço”*, a proposta da empresa “Fernando L. Gaspar, Sinalização e Equipamentos Rodoviários, S.A.”, ora adjudicatária, foi classificada em 3.º lugar, ao passo que a empresa “Soltráfego”, o consórcio “Pueblo Marques” e “Atena T.” e o Agrupamento Dynasys, NovelAtron e Resopre foram posicionados em 1.º, 2.º e 4.º lugares, respetivamente.

6.

No concernente ao fator **“Qualidade Técnica”**, o Programa do Concurso [vd. fls.11, do presente processo] estabelece os parâmetros e pontuações seguintes:

- **10 pontos** para propostas que exibam qualidade técnica tida por plenamente adequada e explicada, significando tal conceito que se alcança uma demonstração completa e detalhada da forma como o concorrente visa cumprir os requisitos e atingir os objetivos previstos no Caderno de Encargos, nomeadamente, como se aplicam funcionam e comunicam entre si;
- **0 [zero] pontos** para propostas que exibam qualidade técnica tida por *“nada adequado”*, significando este conceito que o concorrente não demonstra, de modo completo e com detalhe, como pretende cumprir os requisitos e objetivos constantes do Caderno de Encargos, e, nomeadamente, como se aplicam, funcionam e comunicam entre si;

6.1.

Conforme atestam os Relatórios Preliminar e Final, o júri, no respeitante ao fator *“Qualidade Técnica”*, **atribuiu 10 pontos à empresa “Fernando L. Gaspar – Sinalização, Equipamento Rodoviário, S.A.**, e concedeu 0 [zero] pontos às restantes empresas concorrentes [Soltráfego, S.A., Consórcio Pueblo Marques, Lda., e Atena T., S.A., e, por último, o Agrupamento Dynasys, NovelAtron e Resopre, S.A.];



7.

Em 29.11.2012, o júri solicitou esclarecimentos a todos os concorrentes admitidos, mas questionando-os sobre matéria não coincidente [a concorrente “**Fernando L. Gaspar**” foi abordada acerca do sistema de comunicação global, sinalização direcional e informação dinâmica/parques de estacionamento, contagens de tráfego, parómetros, C.C.T.V., Website e Alojamento Website; **por sua vez, o concorrente “Agrupamento Dynasys, NovelAtron e Resopre”**, foi questionado a propósito de parques de estacionamento, parómetros, máquinas de pagamento automático, C.C.T.V., e certificados; **por outro lado, o Consórcio “Pueblo Marques, Lda. e Atena T. S.A.”**, foi instado a propósito da sinalização direcional, controlo de acessos aos parques de estacionamento, contagem de veículos na rede rodoviária, monitorização de parómetros, C.C.T.V., Website, Certificação SIBS, Despacho e Cartões, **não tendo os esclarecimentos sido considerados porque prestados para além do prazo concedido para o efeito; por último, a concorrente “Soltráfego, S.A.”**, foi questionada relativamente a matéria relacionada com a sinalização direcional e informação dinâmica, parques de estacionamento, parómetro, C.C.T.V., Website e certificados].

8.

Instado o município de Ourém a esclarecer o modelo de avaliação adotado na vertente “*Qualidade Técnica*” e, nomeadamente, a ausência de subfactores e coeficientes de ponderação, aquela entidade justifica-se com o argumento de que se revelava essencial “*saber antecipadamente a forma como os concorrentes iriam desenhar o Sistema a propor, bem como, a articulação entre os equipamentos já existentes e novos iria ser feita*”;

E, mais adiante, aquela entidade refere, ainda, que “*não poderia a entidade adjudicante definir, ela própria, como se aplicam, funcionam e comunicam os equipamentos entre si, porquanto, ao efetuar essa definição, a entidade adjudicante via-se na contingência de ter que definir sistemas cuja comercialização é exclusiva de algumas entidades e que uma coisa seria a entidade adjudicante exigir*”



determinado equipamento cuja representação é exclusiva, outra seria as empresas a proporem o equipamento que se propunha instalar”;

Por último, **o município de Ourém** argumenta, ainda, que *“a aplicação, funcionamento e comunicação dos sistemas entre si só poderia ter duas classificações possíveis – ou os concorrentes demonstravam que os equipamentos comunicavam entre si ou não comunicavam; não existindo meio-termo para classificar este facto. Desta forma, não foram definidos quaisquer subfactores, por os mesmos não se revelarem necessários”.*

9.

Em 17.12.2012, o júri do procedimento, em sede de Relatório Final, deliberou a ordenação dos concorrentes e, mantendo as razões invocadas em Relatório Preliminar, propõe, ainda, a adjudicação do fornecimento ao concorrente “Fernando L. Gaspar – Sinalização e Equipamentos Rodoviários, S.A.”, proposta esta que foi aceite mediante deliberação camarária de 18.12.2012;

O correspondente contrato foi celebrado em 28.12.2012, sendo de 30 dias o respetivo prazo de execução;

A consignação teve lugar em 31.12.2012.

10.

O Agrupamento “Dynasys, NovelAtron e Resopre”, face à decisão de adjudicação tomada, requereu, numa primeira fase e junto do Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria, o decretamento de uma providência cautelar de suspensão de eficácia da referida decisão, e, posteriormente, intentou junto daquele mesmo Tribunal ação administrativa especial em sede de contencioso pré-contratual, visando, no essencial, a anulação da deliberação de adjudicação tomada pela Câmara Municipal de Ourém em 18.12.2012, e, bem assim, a anulação de todo o procedimento pré-contratual relativo ao concurso público em apreço.



Tribunal de Contas

Aquela ação judicial ainda corre termos.

10.1.

Oportunamente, a concorrente “Soltráfego, S.A.” apresentou reclamação junto do Presidente da Câmara de Ourém no sentido da suspensão da decisão de adjudicação [fazendo-o ao abrigo dos art.ºs 267.º e 166.º, do C.C.P. e C.P.A., respetivamente], não tendo sido atendida a pretensão aí deduzida [o Relatório Final manteve a apreciação efetuada em Relatório Preliminar, e, também, a proposta de adjudicação efetuada neste último].

11.

No âmbito do processo n.º 1694/2011, o Município de Ourém foi objeto de recomendação referente ao modelo de avaliação de propostas, a qual, na parte relevante, se transcreve:

“O modelo de avaliação nas suas várias componentes – fatores, subfactores, coeficientes de ponderação, fórmulas matemáticas – deve ser coerente com o critério de adjudicação adotado.

O modelo de avaliação deve permitir a diferenciação de propostas. O modelo de avaliação não pode contrariar o regime legalmente fixado em matéria de propostas com preço anormalmente baixo. Admitida que seja uma proposta nesses termos deve ser objeto de avaliação igual à que incide sobre as demais.”

III. O DIREITO

A materialidade junta ao processo, no confronto com a legislação aplicável, obriga, «*in casu*», a que ergamos, para apreciação e centralmente, as seguintes questões:

- Do modelo de avaliação das propostas e o Código dos Contratos Públicos;



- Do modelo de avaliação das propostas adotado e respetiva conformação legal;
- Da apreciação das propostas e [in]observância dos princípios da contratação pública;
Critério de adjudicação;

- Das ilegalidades e o Visto.

1. Do modelo de avaliação das propostas em geral.

Breve enquadramento normativo.

1.1.

Considerada a norma contida nos art.ºs 74.º, 75.º, 132.º e 139.º, do Código dos Contratos Públicos, e os demais princípios que emergem do art.º 1.º, n.º 4, de igual diploma legal, é imperioso afirmar que o modelo de avaliação das propostas constitui a pedra angular e essencial do procedimento tendente à formação dos contratos [exceciona-se o procedimento referente ao ajuste direto – vd. art.º 115.º, do C.C.P.] em que o critério de adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa.

Por outro lado, e repousando, ainda, na textura das citadas normas, o modelo de avaliação, a prever no âmbito do Programa do Procedimento, deverá propiciar uma avaliação fundamentada, seja no que concerne a matéria em que a apreciação é juridicamente vinculada, seja em domínios onde a atividade discricionária da Administração é operável.

Acresce que o modelo de avaliação das propostas, para além de dever assegurar a observância dos princípios da contratação pública e da atividade administrativa em geral [transparência, igualdade e concorrência], perfilar-se-á, obrigatoriamente, como intangível [em nome do princípio da estabilidade objetiva, uma vez definido o



Tribunal de Contas

modelo de avaliação, esse manter-se-á inalterável no decurso da pendência do procedimento que tende à formação do contrato].

Do exposto, e ainda sustentados nas regras que integram os citados art.ºs 75.º, 132.º, n.º 1, al. n), e 139.º, dos do Código dos Contratos Públicos, **resulta que o modelo de avaliação, a integrar no Programa de Procedimento, conterà a** elencagem e densificação de fatores e eventuais subfactores de avaliação considerados indispensáveis à boa estruturação do critério de adjudicação, sendo que estes deverão reportar-se a aspetos do contrato a celebrar e serem submetidos à concorrência mediante o caderno de encargos.

O modelo de avaliação deverá ser ainda integrado por certa e rigorosa valoração dos coeficientes de ponderação dos fatores e subfactores indicados e por escalas de pontuação dos fatores e/ou subfactores [tais escalas deverão assumir uma expressão matemática ou materializar-se num conjunto ordenado de atributos diversos passíveis de integrar a execução do contrato].

Do afirmado resulta, afinal, **que a melhor e legal definição do critério de adjudicação a prever no Programa do Concurso**, para além de pressupor coerência entre os elementos que substanciam o modelo de avaliação, **exigirá que os fatores** se diferenciem entre si e sejam complementares [deverão, também, incidir sobre atributos a apresentar em sede de propostas] e **que os subfactores** expressem um desenvolvimento lógico dos fatores, **obrigará a que os coeficientes de ponderação** atribuídos a fatores e subfactores se articulem, de modo progressivo, e **que as escalas de pontuação** assumam um desenvolvimento proporcional por forma a permitir a valoração de todas as propostas e a respetiva diferenciação, e, em suma, **pressuporá que os fatores, subfactores e escalas de pontuação** não contrariam a essência do critério de adjudicação eleito, o qual, «*in casu*», se traduz em “*proposta economicamente mais vantajosa*”.

2. Do modelo de avaliação de propostas adotado.



2.1

Conforme se escreveu em II., do presente acórdão, e também resulta da documentação disponível ao longo do processo em apreço [vd., ainda, o programa do concurso], o critério da adjudicação adotado atribuía a ponderação de 75% ao fator “*preço*” e 25% ao fator “*Qualidade Técnica*”.

É, também, consensual que a pontuação estabelecida no âmbito do fator “*preço*” evoluiria, como segue:

- **0 [zero pontos]** para propostas de valor igual ao preço-base, **10 pontos** para preços de valor igual ou inferior ao limite de valor definido como anormalmente baixo, sendo que as restantes classificações seriam atribuídas de modo proporcional.

A leitura do Programa de Concurso [vd. o ponto 19 e 19.1., no que tange ao critério de adjudicação], bem como a consulta dos Relatórios Preliminar e Final suscitam interrogativas e reparos a propósito da explicitação das regras previstas no Programa de Concurso para avaliação/valoração das propostas na vertente “*fator preço*” e, ainda, do percurso conducente à pontuação encontrada, a que não deixaremos de aludir, **ainda que sucintamente**.

Desde logo, e atendo-nos ao Programa do Concurso [vd. 19.1.], alude-se aí à possibilidade de, no âmbito do fator “*preço*”, a classificação resultar do recurso à proporcionalidade, caso as propostas não apresentassem valores passíveis de valoração com zero ou dez pontos.

Porém, e para a explicitação e melhor compreensão do invocado critério assente na proporcionalidade, a entidade adjudicante [município de Ourém] não adianta qualquer fórmula ou expressão matemática que permita, com rigor, a atribuição de pontuações parciais.



Tribunal de Contas

Em devido tempo, este Tribunal instou o município de Ourém a esclarecer tal insuficiência, tendo este reafirmado que todas as propostas com valores situados entre zero e dez pontos foram classificadas de forma proporcional e adiantado o recurso à fórmula:

“Classificação atribuída = 10

((proposta em análise – valor anormalmente baixo)/((Preço-base – valor anormalmente baixo)/10)).

Para além de tal fórmula não ter sido enunciada em sede própria e tempo legal [Programa de concurso vs definição do critério de adjudicação], o esclarecimento prestado impossibilita a compreensão do percurso que conduziu à almejada classificação assente na proporcionalidade e, obviamente, suscita naturais reservas quanto à bondade da pontuação estabelecida no concernente à avaliação do fator “preço”.

Decorrentemente, e nesta parte, o critério de adjudicação fixado em Programa de Concurso, porque destituído de clareza e insuficiente, viola, de um lado, o art.º 132.º, n.º 1, al. n), do Código dos Contratos Públicos, e, do outro, os princípios da concorrência e da transparência previstos no art.º 1.º, n.º 4, do mesmo diploma legal.

2.2.

Conforme assinalámos em II.6., do presente acórdão, no domínio do fator “Qualidade Técnica” [reconduzível ao critério de adjudicação], o Programa do Procedimento estabelece os parâmetros e pontuações seguintes:

- **10 pontos** para propostas que exibam “qualidade técnica plenamente adequada e explicada”, significando, pois, que se “demonstra, completamente e com detalhe, como se propõe cumprir os requisitos e atingir os objetivos previstos no Caderno de Encargos, **nomeadamente**, como se aplicam, funcionam e comunicam entre si “;



Tribunal de Contas

- 0 [zero] pontos para propostas que exibam qualidade técnica não adequada, o que significa a não demonstração pelo concorrente, de modo detalhado e completo, *“como se propõe cumprir os requisitos e atingir os objetivos previstos no Caderno de Encargos, nomeadamente, como se aplicam, funcionam e comunicam entre si”*;

Por outro lado, e importará lembrar, de acordo com o Programa do Concurso, o critério de adjudicação assenta na proposta economicamente mais vantajosa.

Decorrentemente, **impor-se-ia o cumprimento rigoroso** do disposto no art.º 75.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos [estipula que os fatores e eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa devem abranger todos, e apenas, os aspetos de execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo Caderno de Encargos], o **acatamento** da disciplina contida no art.º 132.º, n.º 1, al. n), ainda do *C.C.P.* [o programa do procedimento deverá prever um modelo de avaliação de propostas que explicita claramente os fatores e os eventuais subfactores relativos a aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência, e, bem assim, os valores dos respetivos coeficientes de ponderação, a escala de pontuação relativamente aos fatores e subfactores, e, **por último, a expressão matemática ou conjunto ordenado de diferentes atributos passíveis de propostas e que permita a atribuição de pontuações parciais**] e, ainda, a **observância do disposto no art.º 139.º, do mesmo diploma legal**, que, com relevância para o acórdão em apreço, manda que o modelo de avaliação de propostas obrigue, **por um lado**, à pontuação, global de cada proposta, expressa numericamente, e correspondendo à soma das pontuações parciais decorrentes de cada fator ou subfactor, a multiplicar pelos valores dos atinentes coeficientes de ponderação, e, **por outro lado**, à não utilização de quaisquer *“dados que dependam, diretamente ou indiretamente, dos atributos das propostas a apresentar, com exceção dos da proposta a avaliar”*.



Tribunal de Contas

Ora, confrontando o teor das normas invocadas com a densificação do fator “Qualidade Técnica” prevista em Programa de Procedimento e acima transcrito, logo se conclui pelo incumprimento da disciplina ali contida.

Na verdade, a caracterização/definição do fator “Qualidade Técnica” vertida em Programa de Concurso revela, desde logo, a ausência de subfactores que, em concreto, permitam concluir que a proposta se revela plenamente adequada e explicada, ou, ao invés, nada adequada.

E, ademais, o fator “Qualidade Técnica”, tal como é desenvolvido no Programa do Concurso, **não identifica** os elementos que devam integrar as propostas e com vista a assegurar a demonstração, completa e detalhada, da aptidão do concorrente para cumprir os requisitos e atingir os objetivos previstos no Caderno de Encargos.

Ao atribuir às propostas dez ou zero pontos, consoante o concorrente demonstre ou não, de modo completo e detalhado, como prevê dar cumprimento aos requisitos e objetivos delineados no Caderno de Encargos, o **Programa de Concurso**, no domínio do fator “Qualidade Técnica”, viola, assim, e de modo claro, as normas contidas nos art.ºs 75.º, n.º 1, 132.º, n.º 1, al. n), e 139.º, todos do Código dos Contratos Públicos.

2.2.1.

Acresce que, ao estabelecer a significação das expressões “plenamente adequado e explicado” e “nada adequado” com recurso à expressão “nomeadamente” [no âmbito da ponderação do fator “Qualidade da proposta”], o Programa de Concurso admite que a avaliação de tal fator seja efetuada com apelo a outros elementos que não os indicados.

E tal particularidade não se ajusta à disciplina contida no art.º 132.º, n.º 1, al. n), do Código dos Contratos Públicos.



Tribunal de Contas

Para além disso, tal previsão induz incerteza e insegurança na definição e avaliação do fator em causa, possibilitando ponderações suscetíveis de provocar favorecimento indevido de concorrentes.

Nesta parte, e a propósito da premência da pré-definição de critérios marcadamente objetivos e da indicação clara dos aspetos que informarão a avaliação das propostas, já se pronunciou este Tribunal de Contas [vd. Ac. n.º 64/2009, *in* Proc.º 1805/2008]. Tudo, ainda, em nome da salvaguarda da transparência, apenas atingível quando os concorrentes dispõem dos elementos necessários para a apresentação das melhores propostas e, assim, contribuem para a prossecução dos objetivos da entidade adjudicante, que, de resto, se confundem com o interesse público.

A expressão “*nomeadamente*”, ao retirar certeza e objetividade ao critério de adjudicação fixado, viola, assim, a norma contida no art.º 132.º, n.º 1, al. n), do Código dos Contratos Públicos, que, como é sabido, obriga a uma explicitação clara dos fatores e eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação.

2.3.

A escala de pontuação fixada em Programa de Concurso [vd. 19.1.], e no âmbito do fator “*Qualidade Técnica*”, suscita, também particular análise.

Neste sentido, e como é sabido [vd. III.2.2., deste acórdão], a entidade adjudicante, neste domínio, prevê apenas duas pontuações, sendo que a correspondente a **zero pontos** se atribui a proposta tidas, nesta parte, por nada adequadas, e a relativa a **10 pontos** concede-se a propostas julgadas plenamente adequadas e justificadas.

Porém, e conforme afirmámos acima [vd. III.1., deste acórdão], as escalas de pontuação devem exibir coerência e configurar um desenvolvimento proporcional e progressivo, permitindo, assim, a gradação da proximidade das propostas relativamente ao pretendido pela entidade adjudicante, e, enfim, a diferenciação rigorosa das mesmas [propostas].



De resto, tem sido esta a orientação deste Tribunal, o que resulta da jurisprudência aí firmada [vd., exemplificativamente, o Acórdão n.º 1/2012, 1.ª S/PL, in Recurso Ordinário n.º 16/2011, e onde, em conformidade com o disposto no art.º 132.º, n.º 1, al. n), do C.C.P., se escreve que *“os coeficientes de ponderação atribuídos a fatores e subfactores, em cada nível de desenvolvimento do modelo, devem articular-se e complementar-se, progressivamente, entre si”*, e, ainda, *“que as escalas de pontuação devem ser coerentes, com desenvolvimento proporcional, permitir a valoração de todas as propostas e contribuir para a sua diferenciação”*].

Vista a escala de pontuação adotada no presente procedimento e na vertente *“Qualidade Técnica”*, logo se intui que a mesma, porque polarizada em patamares extremos [zero ou dez], não evolui de modo proporcional e progressivo, obstando, assim, à desejável diferenciação das propostas.

Depara-se-nos, pois, a violação das regras constantes dos art.ºs 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º, ambos do Código do Contratos Públicos, e, ainda, o incumprimento do princípio da transparência previsto no art.º 1.º, n.º 4, do mesmo diploma legal.

3. Ainda da avaliação/apreciação das propostas.

3.1.

Conforme admitimos em II.7. [da factualidade dada como provada], o júri, em 29.11.2012, solicitou esclarecimentos aos concorrentes admitidos a concurso e com propostas sob apreciação [“Fernando L. Gaspar, S.A.”, **agrupamento** “Dynasys, NovelAtron e Resopre”, **consórcio** “Pueblo Marques, Lda. e Atena T., S.A.” e empresa “Soltráfego, S.A.”] sobre matéria **não inteiramente coincidente** e não incluída no Caderno de Encargos [vd., de novo, II.7., cujo conteúdo se dá aqui por inteiramente reproduzido].

Na verdade, e a título de exemplo, os esclarecimentos relacionados com *“sistema de comunicação global”* apenas foram solicitados à concorrente “Fernando L.



Tribunal de Contas

Gaspar – Sinalização e Equipamentos Rodoviários, S.A.”, sendo ainda certo que este concorrente, ao invés dos restantes, não foi confrontado com matéria referente à certificação *SIBS* dos terminais de pagamento, das caixas manuais e das máquinas de pagamento automático.

Por outro lado, e ainda ilustrando, a consulta dos relatórios Preliminar e Final revelam que o elemento “*sistema de comunicação global*” só integra a fundamentação da apreciação/avaliação da proposta da concorrente “Fernando L. Gaspar, S.A.” e, por sua vez, o elemento “*sinalização direcional e informação dinâmica*” apenas é considerado na fundamentação da apreciação/avaliação das propostas apresentadas pelas empresas “Fernando L. Gaspar, S.A.” e “Soltráfego, S.A.”.

Tendo em conta que a proposta da decisão de adjudicação vertida no Relatório Preliminar [cujo conteúdo se mostra inteiramente reproduzido/confirmado no Relatório Final, e, nomeadamente, a fundamentação da ordenação das propostas – vd. fls. 187 a 198 e 237 a 241 do processo em apreço] assenta, essencial e predominantemente, nos esclarecimentos prestados pelos mencionados concorrentes e sob instância do júri do concurso operada em 29.11.2012, é adequado afirmar que a decisão de adjudicação se apoia, afinal, na avaliação de novos e reais subfactores [elementos integradores dos esclarecimentos prestados], densificadores do fator “*Qualidade Técnica*”, e que, sublinhe-se, para além de não constarem do programa de concurso, foram “*revelados*” já em fase posterior à apresentação das propostas.

Mais:

Considerando, ainda, a factualidade dada como provada e a consulta dos mencionados Relatórios Preliminar e Final, designadamente no âmbito da fundamentação da apreciação das propostas, **mostra-se claro que o júri procedeu à avaliação destas últimas com apelo a elementos diferentes.**



A situação ora descrita, para além de substanciar um real aditamento ao modelo de avaliação inscrito no programa do concurso, evidencia, ainda, manifesta e indevida diferenciação de apreciação das propostas apresentadas pelos concorrentes.

Conclui-se, pois, pela violação do princípio da estabilidade das peças procedimentais [estabilidade objetiva], ou, dito de outro modo, do princípio da intangibilidade do modelo de avaliação e, ainda, pela violação dos princípios da concorrência, da transparência e da igualdade de tratamento por banda da Administração.

3.1.1.

Na melhor explicitação do princípio da estabilidade das peças procedimentais, também consagrado no art.º 41.º do *C.C.P.* [aqui se dispõe que “o programa do procedimento é o regulamento que define os termos a que obedece a fase de formação do contrato até à sua celebração”] e por forma a evidenciarmos a sua inegável importância no domínio da contratação pública, **não deixaremos de lembrar o seguinte:**

- O programa de procedimento [«*in casu*», o programa do concurso] constitui a sede onde a entidade adjudicante verte os termos a que se subordina a fase de formação do contrato até à sua outorga, sendo que o caderno de encargos incorpora as cláusulas técnicas e jurídicas, gerais e especiais, incluíveis no contrato a celebrar;
- Tais documentos [P.C. e C.E.], essenciais no domínio do concurso público, conterão o que importa dar a conhecer aos concorrentes, por forma a habilitá-los a fornecer à entidade adjudicante todos os elementos necessários e indispensáveis à formulação por esta de uma decisão caracterizada pelo equilíbrio e imparcialidade.



A entidade adjudicante formula, ela própria, as regras do concurso a que se autovincula e os particulares se submetem quando apresentam as respetivas propostas [neste sentido, Margarida O. Cabral, *in O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, 1997].

As regras de avaliação das propostas constituem, assim, a pedra angular de qualquer programa de concurso. E, daí, a especial atenção que a doutrina e a jurisprudência lhes vêm concedendo, reafirmando, com especial ênfase, que o princípio da estabilidade objetiva obriga a que as regras e elementos incluídos nas peças do procedimento se mantenham inalteradas [sustenta-se a interdição de eliminação, aditamento, modificação ou inconsideração de elementos constantes do programa e caderno de encargos] até à celebração do contrato [neste sentido, e entre outros, vd. Rodrigo Esteves de Oliveira, *in Estudos da Contratação Pública e Sérvulo Coreia, in Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987], o que inclui, também, a proibição de introduzir subcritérios ou subfactores na apreciação das propostas, se revelados após a apresentação das mesmas [propostas].

3.2.

Aqui chegados, e como corolário do afirmado em III.3.1. e 3.1.1., deste acórdão, é adequado afirmar que, no domínio da avaliação do fator “*Qualidade Técnica*”, a consideração [na fase de avaliação das propostas] dos esclarecimentos prestados pelos concorrentes já em momento bem posterior à apresentação das propostas poderá ter determinado o sentido da adjudicação.

E sendo certo que a proposta apresentada pela adjudicatária – empresa “Fernando L. Gaspar – Sinalização e Equipamentos Rodoviários, S.A.” – nem sequer oferecia o melhor preço [neste fator foi pontuada em 3.º lugar], é ajustado concluir que a violação dos mencionados princípios da igualdade, da concorrência e da transparência e, ainda, do disposto nos art.ºs 41.º, 75.º, 132.º, n.º 1, alínea n) e 139.º do Código dos Contratos Públicos, gerou uma ordenação de propostas que encerra aptidão para alterar o resultado financeiro do contrato.



3.3.

Suscita, também, censura a forma de fundamentação encontrada para concluir pela adequação ou não das propostas às exigências inscritas no Programa do Concurso e Caderno de Encargos.

Com efeito, pela sua concisão, menor explicitação e, até, vacuidade, os destinatários [«*in casu*», os concorrentes] enfrentam naturais dificuldades [e até a impossibilidade!] em apreender o percurso ou raciocínio seguido no sentido da escolha e/ou não acolhimento das propostas.

Ora, a exigência do dever de boa fundamentação, não só constitui um imperativo legal [vd. art.os 124.º e 135.º, do C.P.A.], como informa, vastamente, a jurisprudência firmada no domínio dos Tribunais Administrativos. Daí que a inobservância de tal dever [de fundamentação] induza a violação das normas citadas.

IV. DAS ILEGALIDADES.

O VISTO.

Das recomendações.

1. Das ilegalidades.

Como deixámos dito em III., deste acórdão, cujo teor se dá aqui por inteiramente reproduzido, a tramitação e evolução procedimentais ocorridas revelam o incumprimento do disposto nos art.os 75.º, n.º 1, 132.º, n.º 1, al. n), 139.º e 41.º [reportado ao princípio da intangibilidade do modelo de avaliação], todos do Código dos Contratos Públicos.

Paralelamente, a tramitação procedimental seguida e já caracterizada, afronta, sem dúvida, **os princípios da concorrência** [dirigido à necessidade de satisfazer o interesse público pela forma mais vantajosa], **da transparência** [entre o mais, impõe a publicitação clara, adequada e atempada das condições de qualificação



Tribunal de Contas

dos candidatos e dos critérios e fatores de adjudicação, por forma a permitir aos interessados uma correta formação da sua vontade de concorrer e a adoção de uma estratégia informada e consciente - vd., nesta parte, o art.º 1.º, n.º 4, do *C.C.P.*, e o art.º 2.º, da Diretiva n.º 2004/18/CE] e, **por último, o princípio da igualdade de tratamento dos concorrentes** [impede a discriminação ilegítima entre os interessados no acesso ao procedimento pré-contratual e subsequente ponderação das respetivas propostas - vd. art.º 2.º, da Diretiva n.º 2004/18/CE e art.º 1.º, n.º 4, do *C.C.P.*]

A violação das normas e princípios acima indicados, porque influenciam a ordenação das propostas, e, naturalmente, o encontro da proposta a adjudicar [que, entre o mais, encerra o valor a contratualizar], **é suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato.**

2. Do Visto.

Segundo o art.º 44.º, n.º 3, da Lei n.º 98/97, de 26.08., constitui fundamento da recusa do visto a desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor que implique:

- Nulidade;
- Encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras;
- **Ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro.**

As ilegalidades evidenciadas e a inobservância dos princípios enunciados não constituem nulidade, por não subsunção à previsão do art.º 133.º, do *C.P.A.*, que elenca os atos administrativos sancionados com tal forma de invalidade.

Também não se perfilam encargos sem cabimentação em verba orçamental própria, nem, por outro lado, se constata a violação de alguma norma financeira.



Tribunal de Contas

Porém, e como acima afirmámos, **as ilegalidades evidenciadas e a inobservância dos princípios enunciados são suscetíveis de conduzir à alteração do resultado financeiro do contrato em apreço.**

Salienta-se, também, que a densificação da expressão *“ilegalidade que possa alterar o respetivo resultado financeiro”* se basta com o simples risco de que da ilegalidade cometida possa advir a alteração do correspondente resultado financeiro. Entendimento que, de resto, se apoia em jurisprudência amplamente firmada neste Tribunal de Contas.

Ocorre, pois, fundamento para a recusa do Visto.

3. Das recomendações.

Tal como referimos em II.11., a entidade adjudicante em apreço foi, recentemente, objeto de recomendação no âmbito do processo de fiscalização prévia n.º 1694/2011, e sobre matéria essencialmente idêntica à versada no presente acórdão.

Com efeito, naquela recomendação alertava-se o município de Ourém para a obrigação de, em procedimentos futuros, dar escrupuloso cumprimento ao disposto no art.º 132.º, n.º 1, al. n) do *C.C.P.*, densificando o critério de adjudicação ou o modelo de avaliação com fatores, subfactores e escalas de pontuação que permitam uma rigorosa diferenciação das propostas.

É sabido que, nos termos do art.º 65.º, n.º 1, al. j), da *L.O.P.T.C.*, o não acatamento reiterado das recomendações do Tribunal de Contas, porque gerador de responsabilidade financeira sancionatória, é punido com multa que tem como limite mínimo o montante correspondente a 15 *UC* e como limite máximo o correspondente a 150 *UC*.

Por ora, não se mostra ainda preenchido o requisito *“não acatamento reiterado”*.



Tribunal de Contas

E, daí, a não instauração de procedimento tendente à responsabilização financeira do autor ou autores dos factos em presença.

V. DECISÃO.

Pelos fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, em Subsecção, em recusar o Visto ao presente contrato.

Emolumentos legais [art.º 5.º, n.º 3, do Regime dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31.05.].

Lisboa, 16 de Abril de 2013

Os Juízes Conselheiros,

(Alberto Fernandes Brás – Relator)

(João Alexandre Gonçalves Figueiredo)

(José António Mouraz Lopes)



Tribunal de Contas

Fui presente,

(Procurador-Geral Adjunto)

(José Vicente)