



ACÓRDÃO N.º 2/2014- 16/01/2014 – 1ª SECÇÃO/SS

PROCESSO N.º 1473/2013

I. RELATÓRIO

O **Município de Alenquer** remeteu ao Tribunal de Contas, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de prestação de serviços para confeção, transporte e distribuição de refeições escolares para os estabelecimentos de ensino pré-escolar e do 1.º C.E.B., daquela edilidade, celebrado entre aquela entidade e a empresa “*UNISELF – Sociedade de Restaurantes Públicos e Privados, S.A.*”, e no montante de € 378.904,32 [s/IVA].

II. DOS FACTOS

Para além da materialidade contida em I., consideram-se assentes, com relevância, os factos seguintes:

1.

Em **03.06.2013**, a Câmara Municipal de Alenquer deliberou a implementação do procedimento pré-contratual, na modalidade de concurso público de âmbito internacional, tendo em vista a prestação de serviços reportados à confeção, transporte e distribuição de refeições escolares para os estabelecimentos de ensino pré-escolar e do 1.º ciclo do Ensino Básico do Município de Alenquer, e, bem assim, a aprovação do atinente programa de concurso e caderno de encargos e a correspondente despesa;



Tribunal de Contas

2.

A aquisição dos serviços em causa foi precedida de concurso público internacional, cuja abertura foi objeto de publicação em Diário da República, II Série, de 12.06.2013 e *J.O.U.E.* de 14.06.2013;

3.

Apresentaram-se a concurso as empresas “**GERTAL** – Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A.”, “**UNISELF** – Sociedade de Restaurantes Públicos e Privados, S.A.”, “**EUREST (Portugal)** – Sociedade Europeia de Restaurantes, Lda.”, “**ITAU** – Instituto Técnico da Alimentação Humana, S.A.”, “**NORDIGAL** – Indústria de Transformação Alimentar, S.A.”, “**BRILHA Alimentar, Lda.**” e “**NOBRECER, Food Service, Lda.**”;

As empresas e concorrentes “**EUREST (Portugal)**” e “**BRILHA Alimentar, Lda.**”, foram excluídas do concurso, por não formalização da apresentação da proposta nos termos exigidos no programa de procedimento e apresentação de preço contratual superior ao preço-base fixado no Caderno de Encargos, **respetivamente**;

4.

O preço-base do concurso é de € 473.630,40;

5.

Face ao art.º 12.º, n.ºs 1 e 2, do Programa do Concurso, o critério de adjudicação assenta na proposta economicamente mais vantajosa, mas em conformidade com os fatores e ponderações, a saber:

- Fator “preço”- 60%;
- Fator “**Garantia de Temperatura dos Alimentos**” – 30%;
- Fator “Qualidade” – 10%;



Tribunal de Contas

5.1.

Segundo o art.º 12.º, n.º 2, al. b), do Programa de Procedimento, a pontuação do fator *“Garantia da Temperatura dos Alimentos”* é efetuada em conformidade com a tabela, a saber:

Cumpre	100
Não cumpre	0

5.2.

Ainda de acordo com o art.º 12.º, n.º 2, al. d), do Programa de Procedimento, a pontuação global de cada proposta corresponde ao resultado da soma das pontuações parciais obtidas em cada fator, multiplicadas pelos respetivos coeficientes de ponderação, através da expressão matemática seguinte:

$$PG=(Ppax0,60)+(Pgtx0,30)+(Pqxo,10)$$

6.

O art.º 7.º, al. f), do **Programa do Procedimento**, exige, enquanto documento constitutivo da proposta, uma *“declaração do tipo/modelo de contentores térmicos que a concorrente se compromete a utilizar no transporte de refeições durante a execução do contrato, acompanhada da respetiva ficha técnica”*, enquanto que no ponto 5, da cláusula 30.^a, do **Caderno de Encargos**, é especificado que *“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”*;

7.

No domínio dos relatórios Preliminar e Final da avaliação das propostas, o júri, no tocante ao fator *“Garantia da Temperatura dos Alimentos”*, atribuiu a seguinte pontuação:

Concorrentes:	Pontos
NORDIGAL	0
GERTAL	100
UNISELF	100
ITAU	0
NOBRECER	0



7.1.

Ainda nos termos dos Relatórios Preliminar e Final, a pontuação [0 pontos] atribuída ao fator “*Garantia da Temperatura dos Alimentos*” no âmbito das propostas apresentadas pelas concorrentes **NOBRECER**, **ITAU** e **NORDIGAL** fundamenta-se na circunstância de as amostras de contentores [malas térmicas] exibidas não possuírem as características previstas no n.º 5, da cláusula 30.^a, do Caderno de Encargos;

7.2.

Instado o Município de Alenquer a esclarecer as razões que determinaram a não fixação de uma escala de pontuação progressiva para avaliação do fator “*Garantia da Temperatura dos Alimentos*” e, bem assim, os fundamentos que conduziram à atribuição de 0 pontos à proposta apresentada pela concorrente “**NOBRECER, Food Service, Lda.**”, aquele informou como segue:

- “(...) foram definidos fatores que densificam o critério de adjudicação de forma a permitir avaliar o nível de desempenho de cada proposta, tal como definido nas especificações técnicas do caderno de encargos, nomeadamente na sua cláusula 30.^a.”
- “No fator “*garantia da temperatura dos alimentos*” o parâmetro utilizado para atribuição da pontuação “0 – não cumpre” e 100 – cumpre” assentou nas características dos contentores térmicos que o concorrente se comprometia a utilizar no transporte das refeições (...) não tendo sido definida uma escala de avaliação progressiva (...).
- Foi atribuída a pontuação de “0” pontos à proposta do concorrente **NOBRECER, FOOD SERVICE, LDA**, pelo facto do modelo/tipo de contentores que o concorrente se propôs utilizar (...) não cumprir as características das malas térmicas a que se refere o n.º 5 da cláusula 30 do caderno de encargos.



8.

A adjudicação foi efetuada à empresa **UNISELF** pelo valor de € 378.904,32 [valor da proposta], sendo que o valor das propostas apresentadas pelas empresas **NORDIGAL**, **ITAU**, **GERTAL**, e **NOBRECER** se cifravam, respetivamente, em € 452.240,64, € 446.129,28, € 452.851,78 e € **363.625,92**;

Tal adjudicação seguiu o proposto pelo júri do Procedimento em sede de Relatório Final, nomeadamente, no tocante à ordenação das propostas, tendo a mesma sido decidida em 12.08.2013 pelo órgão competente, ou seja, a Câmara Municipal de Alenquer;

O correspondente contrato foi celebrado em 09.09.2013, vigorando no período compreendido entre o início de Setembro de 2013 e Julho de 2014;

III. O DIREITO

A materialidade junta ao processo, no confronto com a legislação aplicável, obriga 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;
- Das ilegalidades e o Visto.

1. Do modelo de avaliação das propostas em geral.

Breve enquadramento normativo.

1.1.

Considerada a normação contida nos art.ºs 74.º, 75.º, 132.º e 139.º, do Código dos Contratos Públicos, e os princípios que emergem do art.º 1.º, n.º 4, de igual diploma



Tribunal de Contas

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 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, do Código dos Contratos Públicos, **resulta que o modelo de avaliação, a integrar no Programa de Procedimento, conterá 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].



Tribunal de Contas

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 e respetiva conformação legal.

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 de procedimento], o critério de adjudicação atribuía a ponderação de 60% ao fator “preço”, 10% ao fator “qualidade” e **30% ao fator “Garantia da Temperatura dos Alimentos”**.

Por outro lado, e conforme se prevê no citado programa de procedimento [vd. art.º 12.º, n.º 2, al. b)], a pontuação estabelecida para o fator “*Garantia da Temperatura dos Alimentos*” evoluiria como segue:

- **100 pontos** para propostas que, nesta parte, **cumpram** e **0 pontos** para propostas que **não cumprem**.

Do exposto, cedo se conclui pela ausência de uma escala de pontuação progressiva que conduza à atribuição da classificação final e que, «*in casu*», permita a melhor compreensão da classificação atribuída às empresas



Tribunal de Contas

concorrentes no âmbito do fator “*Garantia da Temperatura dos Alimentos*”. Dito de outro modo, a valoração atribuída ao fator em causa não sobrevém a uma escala de pontuação que assuma um desenvolvimento proporcional por forma a permitir a valoração de todas as propostas e a respetiva diferenciação [nesta parte!] e que, afinal, se ajustasse à essência do critério de adjudicação, que, no caso em apreço, se traduz em “*proposta economicamente mais vantajosa*”.

A insuficiência descrita impossibilita o bom conhecimento do percurso conducente à classificação encontrada para o fator “*Garantia da Temperatura dos Alimentos*” e que, como já se acentuou, deveria assentar numa escala de pontuação que exhibisse um desenvolvimento proporcional e não numa polarização em patamares extremos, que, obviamente, obstam à desejável gradação da proximidade das propostas.

Decorrentemente, e nesta parte, o critério de adjudicação fixado no Programa de Concurso, porque insuficiente e destituído de clareza, 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, da transparência, da igualdade, da justiça e do primado do interesse público, que devem informar os procedimentos adjudicatórios.

2.2.

Retomando a factualidade fixada em II., do presente acórdão, lembramos que o art.º 7.º al. f), do Programa de Procedimento, exige aos concorrentes que apresentem uma “*declaração do tipo/modelo de contentores técnicos que o concorrente se compromete a utilizar no transporte de refeições durante a execução do contrato...*”, obrigando, também, [vd. art.º 12.º, n.º 2, al. b), do Programa de Procedimento] à apresentação de um contentor (amostra) nos serviços da divisão de contratação até ao último dia para apresentação das propostas.

E, explicitando tal exigência, a cláusula 30.^a, n.º 5, do Caderno de Encargos, esclarece que o transporte dos alimentos “*deve ser efetuado em malas térmicas de*



Tribunal de Contas

estrutura resistente e com um espesso isolamento de espuma para garantir a temperatura, tanto durante o transporte como até ao momento de consumo”.

Eis, pois, matéria subsumível ao critério de adjudicação definido para este concurso público e que, mais particularmente, enforma o “fator” “*Garantia da Temperatura dos Alimentos*”, componente do modelo de avaliação das propostas.

2.2.1.

A leitura do art.º 7.º, al. f), do Programa de Procedimento, e da cláusula 30.ª, n.º 5, do Caderno de Encargos, naturalmente à luz das regras contidas nos art.ºs 132.º, n.º 1, al. n) e 75.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos, suscita, desde logo, sérias reservas quanto à adequação, suficiência e clareza das expressões “*estrutura resistente*” e “*espesso isolamento*” das malas térmicas, atenta a sua vacuidade e imprecisão.

Na verdade, e conquanto saibamos que tais requisitos visam, afinal, assegurar a exigida temperatura dos alimentos até ao momento do consumo, a definição do fator “*Garantia da Temperatura dos Alimentos*”, ainda assim, não exhibe clareza bastante que permita considera-la conforme às exigências requeridas pela lei em sede procedimental.

Com efeito, na melhor explicitação dos conceitos “*espessura resistente*” e “*espesso isolamento*”, impunha-se à entidade adjudicante a respetiva especificação por forma a, **entre o mais**, serem conhecidos os graus/medida de espessura e isolamento exigíveis e, bem assim, o tempo de manutenção da temperatura pretendido. Elementos que, a par doutros, permitiriam a caracterização clara do modelo de mala térmica pretendido e, conseqüentemente, a respetiva individualização num universo tão vasto e diverso em que tal equipamento se inclui.

Cumprindo tal dever, a entidade adjudicante, para além de estruturar um modelo de avaliação de propostas e fatores [no caso: o fator “*Garantia da Temperatura dos Alimentos*”] de caracterização e identificação inequívocas, asseguraria, ainda, aos



Tribunal de Contas

concorrentes completa assertividade na apresentação da mala térmica exigida e evitaria qualquer subjetividade no plano da avaliação e valoração das propostas.

Porém, a insuficiente caracterização da mala térmica exigida retira explicitação clara ao fator *“Garantia da Temperatura dos Alimentos”* [parte essencial da execução do contrato], contaminando, assim e negativamente, o modelo de avaliação das propostas fixado e, mais latamente, o critério de adjudicação adotado.

Mostram-se, assim, violadas as regras contidas nos art.ºs 132.º, n.º 1, al. n), e 75.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos, que, finalisticamente, visam afastar mecanismos que propiciem a subversão dos princípios da concorrência, da transparência, da imparcialidade e da igualdade.

2.3.

Mas, e prosseguindo, a não explicitação clara dos requisitos reportados ao fator *“Garantia da Temperatura dos Alimentos”* [também densificados do critério de adjudicação que, como é sabido, é o da proposta economicamente mais vantajosa], mostra aptidão para influenciar a escolha da proposta a adjudicar e, inerentemente, é suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato.

Na verdade [**e exemplificando!**], tendo por base a fórmula geral fixada $PG=(Ppax0,60)+(Pgtx0,30)+(Pqxo,10)$ -, a demonstração comparativa das propostas apresentadas pelas empresas *“UNISELF”* [a adjudicatária] e *“NOBRECER”* resulta no quadro seguinte:

Fatores	UNISELF [cumpre]		NOBRECER n/cumpre	
	Pontos	Classif.	Pontos	Classif.
Preço – 60%	20	12	23,3	13,98
Garantia da temperatura dos alimentos - 30%	100	30	0	0
Qualidade -10%	100	10	100	10
Pontuação global		52		23,98

Contudo, caso a empresa *“NOBRECER”* cumprisse os requisitos exigidos no fator *“Garantia da Temperatura dos Alimentos”* beneficiaria da correspondente



Tribunal de Contas

pontuação de 100 pontos e, conseqüentemente, seria pontuada, globalmente, com 53, 98 pontos.

Face a esta pontuação global, e porque o valor [€ 363.625,92] da proposta apresentada pela empresa “NOBRECER” é inferior ao valor [€ 378.904,32] da proposta da “UNISELF”, aquela concorrente [“NOBRECER”] assumiria, naturalmente, a condição de vencedora e adjudicatária.

Sob tal contexto, importa sublinhar que o modo de pontuação adotado no Programa de Procedimento no respeitante ao fator “Garantia da Temperatura dos Alimentos” e a ausência de uma explicitação clara deste mesmo fator, para além de serem suscetíveis de condicionar a ordenação final das propostas, constituem, afinal, ilegalidades com aptidão para alterar o resultado financeiro do contrato.

IV. DAS ILEGALIDADES.

O VISTO.

1.

Como deixámos dito em III., deste acórdão, **a ausência de uma explicitação clara do fator “Garantia da Temperatura dos Alimentos” e a circunstância da correspondente escala de pontuação não se mostrar progressiva e tendencialmente diferenciadora das propostas apresentadas** conduzem ao incumprimento do disposto nos art.ºs 75.º, n.º 1 e 132.º, n.º 1, al. n), do Código dos Contratos Públicos.

Paralelamente, a tramitação procedimental seguida [vd. art.º 12.º, do Programa de Procedimento, e cláusula 30.ª, n.º 5, do Caderno de Encargos], 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 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



Tribunal de Contas

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.

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 [vd. art.º 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31.05.].

Registe e notifique

Lisboa, 16 de Janeiro de 2014

Os Juízes Conselheiros,

(Alberto Fernandes Brás – Relator)

(João Alexandre Gonçalves de Figueiredo)



Tribunal de Contas

(José António Mouraz Lopes)

Fui presente,

(Procurador-Geral Adjunto)

(José Vicente)