



ACÓRDÃO N.º 29/2014-23.SET-1.ª S/SS

Processo n.º 1289/2014

I – RELATÓRIO

1. A Câmara Municipal da Vidigueira (doravante designada por CMV) remeteu a este Tribunal, para fiscalização prévia, o contrato de empreitada de “Requalificação de Estradas Municipais” celebrado entre o Município de Vidigueira e a Sociedade Oliveiras, SA., no montante de 1.695.481,23 €, acrescido de IVA, à taxa legal aplicável, e com um prazo de execução de 300 dias.
2. Visando a melhor instrução do processo de fiscalização prévia, o contrato foi devolvido para que a CMV juntasse ao processo esclarecimentos sobre o cumprimento da legislação aplicável, particularmente no que respeita ao modelo de avaliação adotado.

II – FUNDAMENTAÇÃO

a. Os factos

3. Para além do referido no n.º 1, são dados como assentes e relevantes para a decisão os factos e alegações constantes dos números seguintes.
4. A celebração do contrato foi precedida de concurso público, com publicação no D.R., 2.ª série, n.º 150, de 06.08.2013, com preço base de 1.994.683,80 €.
5. O objeto do contrato consiste na *“reabilitação e reforço do pavimento existente, sem qualquer intervenção ao nível do perfil transversal-tipo, incluindo a caracterização, correção, substituição e/ou completação dos sistemas de drenagem, dos equipamentos de sinalização e das obras acessórias necessárias”*.
6. Nos termos do artigo 17.º do programa do procedimento, o critério de adjudicação estabelecido foi o da *“proposta economicamente mais vantajosa”*, considerando os seguintes fatores e coeficientes de ponderação:
 - a) Preço global da proposta (Pg) - 30%;
 - b) Valor técnico da proposta (Vt) - 70%.



Tribunal de Contas

7. Para a pontuação do Preço Global das propostas (Pg) foi estabelecido o seguinte modelo:

“Para a pontuação do Preço Global das Propostas, foram definidos os intervalos:

a.1) $(0,85Pb \leq Pp \leq Pb)$, sendo Pb o valor base para efeitos de concurso e Pp o valor da proposta do concorrente em análise.

a.2) $(0,0Pb < Pp < 0,85Pb)$, sendo Pb o valor base para efeitos de concurso e Pp o valor da proposta do concorrente em análise.

Foram estipuladas duas escalas de pontuação:

- PROPOSTAS DENTRO DO INTERVALO a.1): A classificação neste critério, será obtido através da fórmula: $Pg = ((Pb - Pp) / (Pb - Pm)) \times 20$
- PROPOSTAS DENTRO DO INTERVALO a.2): A classificação neste critério, será obtido através da fórmula: $Pg = ((Pb - Pm) / (Pb - Pp) - 10^2) \times 20$

Notas:

Pg = Pontuação a atribuir ao valor da proposta;

Pp = Valor da proposta objeto de análise

Pb = Valor base do concurso

Pm = Valor mínimo a que corresponde o valor de 15% abaixo dessa base.

8. Quanto ao parâmetro “Valia técnica da proposta”, especificou-se no programa que se tratava de garantia de qualidade na execução da obra (a avaliar pela memória descritiva e justificativa – 40%) e cumprimento do prazo contratual a avaliar pelo plano de trabalhos – 60%).
9. Foram recebidas 10 propostas, com os valores a seguir referidos e que sendo objeto de avaliação receberam as pontuações no fator preço (30% Pg), no fator valia técnica (70 % Vt) e totais constantes do quadro seguinte (onde se assinalam a negrito os dados da proposta adjudicatária e da proposta que apresentou o mais baixo preço):

#	Concorrente	Valor da proposta Pp (€)	Pp/Pb	Pg	30% Pg	70% Vt	Total
1	LENA C.	1.695.481,23	0,85	20,00	6,00	12,60	18,60
2	OLIVEIRAS	1.695.481,23	0,85	20,00	6,00	14,00	20,00
3	TECNOVIA	1.695.481,23	0,85	20,00	6,00	11,90	17,90
4	JJR	1.695.481,23	0,85	20,00	6,00	12,60	18,60
5	HABITAMEGA	1.695.481,24	0,85	20,00	6,00	11,90	17,90
6	AGROCINCO	1.695.481,23	0,85	20,00	6,00	8,40	14,40
7	CONSDEP	1.695.481,23	0,85	20,00	6,00	11,90	17,90
8	TOPBET	1.202.541,11	0,60	7,35	2,21	14,00	16,21
9	FRANCISCO C.P.	1.956.191,40	0,98	2,57	0,77	10,50	11,27
10	PRAGOSA	1.695.481,24	0,85	20,00	6,00	12,60	18,60



10. A CMV foi questionada quanto ao método de análise do fator preço, uma vez que foram adotadas fórmulas matemáticas diferentes na avaliação do fator preço para dois intervalos de valores de propostas e pela valorização de propostas de preço mais elevado em detrimento de propostas de preço inferior, veio a mesma alegar, basicamente, o seguinte:

“ (...) As duas fórmulas utilizadas permitem colocar todas as propostas em situação de igualdade, desde que aplicadas dentro dos intervalos definidos e a que cada proposta pertence.

(...) na avaliação das propostas o preço não é o critério determinativo da qualidade da proposta de qualquer dos candidatos, pois, o valor técnico da proposta é o fator com peso (70%) determinante na qualificação das propostas (...).

Entendemos que o preço de execução da empreitada não deve ser inferior a 15% abaixo da base. Tendo por base o conhecimento que o dono da obra tem, relativamente aos preços praticados no mercado, executar a empreitada abaixo do valor referido, significaria pactuar com preços em dumping e correr o risco de não terminar os trabalhos da empreitada por precariedade económico-financeira do adjudicatário (...).”

b. O enquadramento jurídico

11. No presente processo uma só, mas decisiva questão deve ser apreciada: a da conformidade legal do modelo de avaliação adotado.
12. Como se viu, o critério de adjudicação sendo o da proposta economicamente mais vantajosa, incluiu como fatores de avaliação o preço e a valia técnica, com coeficientes de ponderação de 30% e 70%, respetivamente.
13. Como se viu também, no modelo de avaliação do preço foi estabelecido um patamar – correspondente a 85% do preço-base - acima e abaixo do qual as propostas seriam classificadas de forma diferente. Tal modelo privilegiava as propostas com preço mais baixo no intervalo entre 85% e 100% do preço base: o preço de 1.695.481,23 €.
14. Desse modelo resultou que das dez propostas que surgiram em concurso, seis apresentaram este valor e duas mais um cêntimo.
15. As propostas que apresentassem valor acima desse patamar de preço “ideal” seriam naturalmente penalizadas. O que aconteceu com uma proposta: a acima indicada no quadro com o nº 9.
16. Mas também as propostas que apresentassem valor abaixo desse patamar de preço “ideal” foram penalizadas, por via da aplicação de uma segunda fórmula de avaliação. O que aconteceu com uma proposta: a acima indicada no quadro com o nº 8.



17. Efetivamente da análise do quadro acima inserido, relativo à valorização das propostas, segundo o critério de adjudicação definido, resulta:

- a) Foi aplicada a primeira fórmula a todas as propostas analisadas, exceto à do concorrente n.º 8, uma vez que todas apresentaram valores superiores ou iguais a 85 % do preço base (1.695.481,23 €);
- b) As fórmulas fixadas no programa de procedimento potenciaram a apresentação de propostas visando a obtenção de pontuação máxima no preço, o que efetivamente aconteceu em 8 das 10 propostas analisadas, que apresentaram preços coincidentes ou muito próximos de 85% do preço base (1.695.481,23 €), com uma variação máxima entre elas de um cêntimo;
- c) As propostas cujo preço se situa num intervalo entre 85% e 100% do preço base do concurso foram favorecidas pela fórmula adotada, uma vez que a proposta de preço mais baixo (60% Pb), caso fosse avaliada pela mesma fórmula teria um $Pg = 52,95$;
- d) Todas as propostas apresentadas a concurso de preço igual ou semelhante ao do adjudicatário apenas foram diferenciadas pelo fator “valor técnico da proposta” (Vt), atendendo a que tiveram a mesma pontuação no fator “preço global”;
- e) As fórmulas matemáticas em causa afastaram a proposta de preço mais vantajoso (menos 492.940,12 € que a proposta escolhida), apesar de ter obtido a melhor avaliação atribuída no fator “valor técnico da proposta”, $Vt = 20,00$, com uma ponderação de 70%, conforme se verifica no quadro acima inserido;
- f) As fórmulas adotadas permitem condicionar de forma decisiva os preços das propostas, atribuindo a pontuação máxima (20,00) às propostas de preço igual a 85% do preço base (1.695.481,23 €), considerado o limite mínimo da escala de preços mais valorizada, nada nos garantindo que o preço base fixado no procedimento do concurso esteja totalmente correto e/ou adequado para a execução da empreitada, já que o preço base é uma estimativa que visa evitar que o contrato seja celebrado por um preço superior ao que foi julgado ser o máximo normal e razoavelmente aceitável;
- g) A fórmula em causa gradua, penalizando, as propostas de preço superiores a 85 % do preço base (caso do concorrente n.º 9).

18. Bem se pode concluir que o modelo de avaliação adotado – sobretudo baseado em duas fórmulas para avaliação dos preços, penalizando as propostas abaixo do limiar dos 85% – condicionou de forma clara os interessados e concorrentes, condicionou o mercado, condicionou a concorrência. Não é evidentemente normal que num concurso, com o preço base referido, oito das dez propostas que surgiram apresentem



o mesmo valor, quase ao cêntimo. Assim, os concorrentes deixaram de formar o seu preço em razão da competitividade das suas organizações empresariais, mas sim em função da obtenção da nota máxima a atribuir pelo dono da obra. Saliente-se que, ainda que lhes fosse possível apresentar um preço mais baixo, não só as regras do concurso não consagravam qualquer incentivo nesse sentido, como ainda penalizava as propostas que o fizessem.

19. Sublinhe-se ainda um outro aspeto essencial para se concluir com segurança no sentido de que o modelo de avaliação adotado subverteu não só a concorrência como a própria apreciação objetiva das propostas: a proposta com mais baixo preço obteve a mais elevada avaliação em termos de valia técnica. Tão elevada quanto a proposta adjudicatária. Repita-se: ambas as propostas têm a mesma avaliação em termos de valia técnica, sendo que esta se destinava a aquilatar a qualidade na execução da obra e o cumprimento do prazo contratual a avaliar pelo plano de trabalhos. E tendo ambas tal classificação neste fator – com ponderação de 70% - vem-se a atribuir a empreitada a concorrente cuja proposta tem um valor superior em 492.940,12 €.
20. Atentas as finalidades do fator valia técnica, e tendo presente o coeficiente de ponderação que lhe foi atribuído, a classificação atribuída no fator da valia técnica, a atribuída no fator preço e a pontuação final de um proposta com um preço mais vantajoso – e portanto mais protetora dos interesses financeiros públicos - poem em crise o modelo de avaliação adotado e deitam pela base os argumentos expendidos em defesa da consagração de um preço mínimo e da existência de uma segunda fórmula para avaliar as propostas com valores abaixo de tal preço.
21. Note-se que nos argumentos produzidos se invocou a necessidade de não se “*pactuar com preços em dumping e [não] correr o risco de não terminar os trabalhos da empreitada por precariedade económico-financeira do adjudicatário*”. A propósito lembre-se que resulta dos documentos do procedimento e do regime aplicável que o preço anormalmente baixo correspondia neste procedimento a 60 % do preço base. Como se sabe, as propostas com preço abaixo do preço anormalmente baixo podem ser recusadas, se as justificações apresentadas forem rejeitadas pela entidade adjudicante. Assim, para atender às razões referidas, poderia a CMV ter estabelecido o acima referido limiar de 85 % como preço anormalmente baixo – o que o regime legal admite - em alternativa à fixação daquele patamar com a adoção das duas fórmulas, com os impactos negativos que se viram, em termos de condicionamento da concorrência. E acrescenta-se que para atender às mesmas razões justificativas poderia igualmente a CMV ter estabelecido mecanismos de pré-qualificação, também admitidos por lei.
22. A questão em causa – a da conformidade legal do modelo de avaliação adotado - tem sido objeto de jurisprudência uniforme tratada por este Tribunal (cf. Os Acórdãos n.º 27/13, de 5 de novembro/1.ª SS, Acórdão n.º 30/2013, de 26 de novembro/1.ª SS,



Acórdão n.º 31/2013, de 26 de novembro/1.ª SS, Acórdão n.º 5/2014, de 3 de fevereiro).

23. Disse-se no Acórdão n.º 27/2013-5.NOV-1.ªS/SS, em que estava em causa situação semelhante:

«A adoção vinculada deste critério (o da proposta mais vantajosa para a entidade adjudicante) e objetivo implica, por um lado, que se criem condições para um efetivo funcionamento da concorrência nos fatores escolhidos e, por outro, que o modelo de avaliação permita a avaliação das vantagens económicas que resultem do funcionamento dessa concorrência».

“ (...) o funcionamento da concorrência no fator preço faz-se, normalmente, fixando um valor máximo e deixando que os concorrentes compitam entre para oferecer o preço mais baixo possível. A avaliação mais compatível como princípio da economia é a que valoriza diferenças de preços para menos, quaisquer que elas sejam (...) tal modelo influencia negativamente o funcionamento da concorrência, desfavorecendo a obtenção de propostas economicamente vantajosas para a entidade adjudicante”.

24. O modelo de avaliação consagrado contrariou pois substancialmente o critério de adjudicação adotado.

25. Como já se referiu, a solução adotada contribuiu ainda para a inobservância do princípio da concorrência. Este princípio, basilar dos mercados públicos, deve ser visto numa dupla perspetiva. Por um lado, enquadra uma situação de igualdade entre os agentes económicos disputando entre si a celebração dos contratos públicos. Mas por outro, deve permitir que, através de uma sã e leal concorrência, as entidades públicas obtenham as melhores propostas para a satisfação das necessidades públicas. O que aconteceu no presente caso foi que a entidade pública condicionou a concorrência de tal forma que, com exceção de um, todos apresentaram propostas com quase idêntico preço. E desvirtuou-a ao penalizar o que apresentou um preço inferior.

26. Face ao exposto, o procedimento realizado, a adjudicação e o contrato em apreciação são ilegais por se fundamentarem na aplicação de uma regra procedimental violadora do disposto nos artigos 74.º, n.º 1, e 1.º, n.º 4, do CCP.

27. Aquelas normas legais protegem o interesse financeiro de escolha das propostas que melhor e mais económica e eficientemente se ajustam às necessidades públicas, dessa forma acautelando a adequada utilização da despesa pública envolvida. Ocorre, deste modo, o fundamento de recusa do visto previsto na alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC: Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas posteriormente, sendo as últimas as constantes da Lei n.º 2/2012, de 6 de janeiro).



28. A ilegalidade verificada implica ainda a suscetibilidade – ou até a efetiva - alteração do resultado financeiro do procedimento. Isto é, se não tivesse ocorrido a violação de lei referida, é fortemente suscetível que se tivesse sido obtido um resultado diferente, com melhor proteção dos interesses financeiros públicos. De facto, se o modelo de avaliação das propostas tivesse previsto a valorização dos preços mais baixos, como deveria, é provável que tivessem surgido propostas mais competitivas em termos de preço – para além do concorrente nº 8 - e, desse modo, quer o universo das propostas quer a sua ordenação poderia ter sido outra completamente diferente, nomeadamente, em termos de maior vantagem económica para a entidade pública. E tudo isto poderia ter ocorrido mesmo atendendo às “prevenções” que a CMV quis introduzir. E acrescente-se que mesmo que propostas de valor inferior não fossem apresentadas, a adoção de um modelo de avaliação que privilegiasse, como devia, os preços mais baixos, teria conduzido a resultado diferente e mais vantajoso para a entidade adjudicante.
29. Enquadra-se, pois, tal violação também no disposto na alínea c) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC, quando aí se prevê, como fundamento para a recusa de visto, *“ilegalidade que ... possa alterar o respetivo resultado financeiro.”* Sublinhe-se que, para efeitos desta norma, quando aí se diz *“[i]legalidade que (...) possa alterar o respetivo resultado financeiro”* pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respetivo resultado financeiro. O que aliás, como se constata, efetivamente aconteceu.
30. Há pois fundamentos para recusa de visto.

IV – DECISÃO

31. Pelos fundamentos indicados, por força do disposto nas alíneas b) e c) do nº 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.
32. São devidos emolumentos nos termos do nº 3 do artigo 5º, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei nº 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei nº 3-B/2000, de 4 de abril).

Lisboa, 23 de setembro de 2014

Os Juízes Conselheiros,



Tribunal de Contas

(João Figueiredo - Relator)

(Alberto Fernandes Brás)

(Helena Abreu Lopes)

Fui presente
A Procuradora-Geral Adjunta

(Nélia Maria Magalhães de Moura)