

SUMÁRIO

1. Num contrato público celebrado na sequência de concurso público a adjudicação é sempre realizada por apelo ao critério da proposta economicamente mais vantajosa – cfr. Art.º 74.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos (CCP) – determinada através de uma das duas modalidades multifator ou monofator previstas legalmente.
2. Por seu turno, o Art.º 70.º, n.º 1 do mesmo CCP dispõe que as propostas são analisadas em todos os seus atributos, representados pelos fatores e subfatores que densificam o critério de adjudicação e termos ou condições, sendo as propostas constituídas e formalizadas nos moldes descritos nos Art.ºs 56.º e ss. do mesmo CCP.
3. Como decorrência lógica de tal regime, devem ser excluídas as propostas que não sejam constituídas por todos os documentos exigidos, nomeadamente documentos que em função do objeto do contrato a celebrar e dos aspetos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, contenham os atributos da proposta, de acordo com os quais o concorrente se dispõe a contratar, bem como aquelas que apresentem algum dos atributos que violem os parâmetros base fixados no caderno de encargos ou que apresentem quaisquer termos ou condições que violem aspetos da execução do contrato a celebrar, por aquele não submetidos à concorrência - cfr., conjugadamente, os Art.ºs 57.º, n.º 1, alínea b), 70.º, n.º 2, alíneas a) e b), e 146.º, n.º 2, alínea d), todos do CCP.
4. Assim, tal exclusão deve ter lugar quando as propostas ou a proposta em causa não incluem todos os elementos relativos a determinado fator - a saber, a expressa indicação do número de horas pelo qual se propunham executar o contrato - e quando ele se constitui como um atributo da proposta não sujeito a concorrência.
5. Por outro lado, quando a entidade adjudicante opte pela determinação dessa proposta economicamente mais vantajosa pela modalidade multifator estatui o Art.º 139.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos (CCP) que deve ser elaborado um modelo de avaliação das propostas que explicita claramente os fatores e os eventuais subfatores relativos aos aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos.
6. Assim, a insuficiente e incoerente definição dos critérios de adjudicação conducente à apresentação e conseqüente escolha de propostas com características diferentes não se afigura uma opção sustentada em critérios de rigor, eficiência e de boa gestão que a lei impõe, na medida em que as propostas não são comparáveis entre si, nem resulta demonstrado que a proposta adjudicada tenha sido a mais favorável.

7. O que se constata acontecer num critério de adjudicação em que no subfator horas só se pontua positivamente os concorrentes que apresentem uma proposta cuja execução excede o número de horas mínimas, mas não é indicado no caderno de encargos, designadamente nas suas cláusulas técnicas, que a proposta tinha como atributo não submetido à concorrência aquele número mínimo de horas; e que só estava submetido à concorrência o número de horas que excedesse aquele mínimo.
8. E, ainda, quando no mesmo caderno de encargos (ou no seu complemento programa de procedimento), os potenciais concorrentes não conseguem retirar, com clareza, que tinham de indicar na sua proposta o número mínimo de horas que se propunham prestar (atributo não submetido à concorrência), nem que poderiam indicar um número de horas superior a esse, de forma a verem a sua proposta valorizada na avaliação (elemento submetido à concorrência).
9. Sabendo, do mesmo modo, que os fatores de avaliação não podem conferir à entidade adjudicante uma liberdade incondicional na adjudicação de contratos públicos, isto porque aqueles mesmos fatores de avaliação devam ser suficientemente densificados e ser formulados em termos claros, precisos e unívocos.
10. Esta indefinição lesa claramente os princípios da concorrência, publicidade e transparência que norteiam a contratação pública – Art.º 1.º-A, n.º 1 do CCP -, além da violação da legalidade dos princípios europeus sobre processo concorrencial aberto, em particular, os Art.ºs 107.º, n.º 1, 120.º, e 173.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).
11. A indefinição do critério de adjudicação, associada à omissão ou incoerência das necessárias cláusulas técnicas do caderno de encargos, e a falta de fixação dos limites mínimos neste caderno de encargos impossibilitaram a escolha da melhor proposta (“economicamente mais vantajosa”) e podem ter levado ao desincentivo à apresentação de eventuais melhores propostas, com eventuais repercussões no resultado financeiro do contrato, o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do Art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, constitui, de *per si*, motivo de recusa de visto do respetivo contrato.
12. Do mesmo modo se podendo concluir que o resultado financeiro do procedimento de formação dos contratos seria outro caso não tivesse ocorrido a admissão ilegal da proposta vencedora e caso estivessem definidos de forma clara e objetiva o critério de avaliação e as cláusulas técnicas em falta.

1.ª Secção – SS
Data: 28/03/2023
Processo: 2073/2022

RELATOR: Conselheiro Nuno Miguel P. R. Coelho

MANTIDO PARCIALMENTE PELO ACÓRDÃO N.º 18/2023, DE 27/06/2023, PROFERIDO NO RECURSO N.º 4/2023.

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção:

I. RELATÓRIO

1 Resulta fundamentalmente do processo o seguinte:

- 1.1 O Instituto dos Registos e Notariado, I.P. (doravante IRN) remeteu em 21/12/2022 a este Tribunal de Contas (TdC), para efeitos de fiscalização prévia, o contrato “*Aquisição de serviços para a definição da Arquitetura Empresarial para suporte à implementação dos novos sistemas de informação de registo no âmbito do Plano de Recuperação e Resiliência (PRR) do IRN, I.P.*”, datado de 14/11/2022, celebrado entre o mesmo IRN e a empresa *Axianseu II Digital, S.A.*, no valor de €873.180,00 (oitocentos e setenta e três mil, cento e oitenta euros), acrescido de IVA à taxa legal e com o prazo de 12 meses;
- 1.2 A entidade fiscalizada foi interpelada, uma primeira vez, pelo Departamento de Fiscalização Prévia (DFP), em 05/01/2023, para vir prestar esclarecimentos e juntar documentos em falta, tendo respondido através do requerimento n.º 173/2023, de 06/02/2023.
- 1.3 Depois disso, o processo veio a ser objeto de nova devolução, agora por determinação judicial, em Sessão Diária de Visto de 10/02/2023, para prestação de mais esclarecimentos e exercício de contraditório, ao que a entidade fiscalizada respondeu através do requerimento n.º 306/2023, de 22/02/2023.
- 1.4 Face à resposta apresentada, em Sessão Diária de Visto de 06/03/2023, foi o processo novamente devolvido à entidade fiscalizada para exercer o contraditório quanto a questões de legalidade suscitadas, tendo a entidade fiscalizada apresentado resposta em 20/03/2023, através do requerimento n.º 464/2023, devidamente ponderada no presente Acórdão.

II. FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

II.1 FACTOS PROVADOS

2 Com relevo para a decisão final de fiscalização prévia consideram-se provados os seguintes factos:

2.1 O Instituto dos Registos e Notariado, I.P. (doravante IRN) remeteu em 21/12/2022 a este Tribunal de Contas (TdC), para efeitos de fiscalização prévia, o contrato “*Aquisição de serviços para a definição da Arquitetura Empresarial para suporte à implementação dos novos sistemas de informação de registo no âmbito do Plano de Recuperação e Resiliência (PRR) do IRN, I.P.*”, datado de 14/11/2022, celebrado entre o mesmo IRN e a empresa *Axianseu II Digital*, no valor de 873.180,00€ (oitocentos e setenta e três mil, cento e oitenta euros), acrescido de IVA à taxa legal, e com o prazo de 12 meses;

a. *Do procedimento concursal*

2.2 Por deliberação do Conselho Diretivo do IRN, I.P. de 13/04/2022, foi aprovada a decisão de contratar a aquisição de serviços para a definição da Arquitetura Empresarial de suporte à implementação dos novos sistemas de informação de registo no âmbito do Plano de Recuperação e Resiliência (PRR) do IRN, I.P.

2.3 O procedimento concursal aprovado foi na modalidade de concurso público com publicidade internacional.

2.4 O preço base global fixado para o procedimento foi o seguinte:

a) valor sem IVA: 1.014.300,00€;

b) valor com IVA: 1.247.589,00€.

2.5 O aviso do concurso foi publicado no *Diário da República*, II série, n.º 79, de 22/04/2022 (com prorrogação de prazo publicada no *Diário da República*, II série, n.º 99, de 23/05/2022) e no *Jornal Oficial da União Europeia* n.º S79, de 22/04/2022 (com prorrogação de prazo publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* n.º S100, de 24/05/2022).

2.6 Nos termos do art.º 14.º do Programa do Procedimento, por remissão para o número 21 da Ficha Descritiva, o critério de adjudicação escolhido foi “*multifator, de acordo com a qual o critério de adjudicação é densificado por um conjunto de fatores, e eventuais subfatores, correspondentes a diversos aspetos da execução do contrato a celebrar (artigo 74.º, n.º1, al. a) do CCP), nos termos do critério constante no fim da parte I do Convite/Programa de Procedimento*”.

2.7 Desse mesmo Programa do Procedimento consta a “*Concretização Ponto 21 da Ficha Descritiva - Critério de Adjudicação Densificado*”, nos termos da qual o método de avaliação das propostas foi definido do seguinte modo:

$$\text{Pontuação da proposta} = 0,4 \text{ Fator Preço} + 0,4 \text{ Fator Equipa} + 0,2 \text{ Fator Horas}$$

2.8 No que concerne ao **Fator Preço** foi definido:

$$\text{Fator Preço} = \left(\frac{\text{Preço base do procedimento} - \text{Valor da proposta}}{\text{Preço base do procedimento}} \right) * 100$$

2.9 No que concerne ao **Fator Equipa** foi definido:

➤ **FATOR EQUIPA²**

O fator equipa a apurar terá em consideração a experiência dos elementos da equipa, e calcula-se com base nas seguintes variáveis:

- **ExpGestor** (número mínimo de anos de experiência do gestor de projeto) - para efeitos de cálculo corresponderá a **10**;
- **ExpArquiteto** (somatório do mínimo número de anos de experiência exigido aos arquitetos) - para efeitos de cálculo corresponderá a **10**;
- **ExpEquipa** (somatório do mínimo número de anos de experiência exigido aos restantes elementos da equipa) para efeitos de cálculo corresponderá a **24**;

MODO DE CÁLCULO DOS SUBFACTORES

Todos os subfactores se apuram com base no mesmo cálculo, mudando a variável a aplicar, sendo efetuadas as seguintes operações:

$$\text{SubFator1E} = \left(\frac{\text{Número de anos de experiência do gestor de projeto proposto} - \text{valor ExpGestor}}{\text{Número de anos de experiência do gestor de projeto proposto}} \right) * 100$$

$$\text{SubFator2E} = \left(\frac{\text{Somatório do número de anos de experiência dos arquitetos propostos} - \text{valor ExpArquiteto}}{\text{Somatório do número de anos de experiência dos arquitetos propostos}} \right) * 100$$

$$\text{SubFator3E} = \left(\frac{\text{Somatório do número de anos de experiência dos restantes elementos da equipa propostos} - \text{valor ExpEquipa}}{\text{Somatório do número de anos de experiência dos restantes elementos da equipa}} \right) * 100$$

FÓRMULA FINAL PARA APURAMENTO DO FATOR EQUIPA:

Apurados os valores correspondentes aos subfactores 1, 2 e 3, deverá ser realizado o cálculo para apuramento do fator equipa, o qual tem por base a seguinte fórmula:

$$\text{Fator Equipa} = (\text{SubFator1E} + \text{SubFator2E} + \text{SubFator3E}) / 3$$

2.10 No que concerne ao **Fator Horas** foi definido:

➤ **FATOR HORAS³**

O fator horas a apurar terá em consideração as horas de trabalho de cada elemento da equipa e calcula-se com base nas seguintes variáveis:

- **NHGestor:** Número mínimo de horas do gestor de projeto - para efeitos de cálculo corresponderá a **1764**;

- **NHArquiteto:** Número mínimo de horas dos arquitetos - para efeitos de cálculo corresponderá a **3528**;
- **NHEquipa:** Número mínimo de horas da restante equipa - para efeitos de cálculo corresponderá a **14112**;

MODO DE CÁLCULO DOS SUBFACTORES

Todos os subfactores se apuram com base na mesma metodologia de cálculo utilizada para os subfactores para apuramento do fator equipa, mudando a variável a aplicar, sendo efetuadas as seguintes operações:

SubFator1NH = ((Número de horas de gestor de projeto proposto - valor NHGestor)/ Número de horas de gestor de projeto proposto) * 100

SubFator2NH = ((Número de horas de arquitetos proposto - valor NHArquiteto)/ Número de horas de arquitetos proposto) * 100

SubFator3NH = ((Número de horas da restante equipa - valor NHEquipa)/ Número de horas da restante equipa) * 100

FÓRMULA FINAL PARA APURAMENTO DO FATOR HORAS:

Apurados os valores correspondentes aos subfactores 1, 2 e 3, deverá ser realizado o cálculo para apuramento do fator horas, o qual tem por base a seguinte fórmula:

Fator Horas = (SubFator1NH + SubFator2NH + SubFator3NH) / 3

2.11 Em resposta a pedidos de esclarecimento formulados, o IRN I.P. proferiu em 19/05/2022 decisão no âmbito do procedimento de contratação, através da qual esclareceu, além do mais, o seguinte:

Anexo I Esclarecimentos			
N.º	Entidade	Questão	Esclarecimento
1	LinkConsulting	Sendo o presente concurso de "chave na mão", o que acontece se a equipa acabar o trabalho antes das horas indicadas se terem esgotado?	Tal como resulta da leitura conjunta da cláusula 7.ª da Parte II do Caderno de Encargos e do critério de adjudicação, o procedimento, de acordo com a complexidade técnica, não poderá ser devidamente executado sem que estejam cumpridas, no mínimo, as horas indicadas no Fator Horas do critério de adjudicação. Caso a proposta não apresente as horas mínimas exigidas no critério de adjudicação, as mesmas serão motivo de exclusão da proposta apresentada. Em caso algum deverá haver execução do contrato com horas inferiores ao exigido, com discção do IRN I.P. relativamente aos termos da prestação e aproveitamento dos recursos do contrato, neste âmbito.

		consultor tem de cumprir individualmente com esses requisitos?	individualmente para cada um dos consultores.
10	NTT Data	Um dos critérios de avaliação é o número de horas para cada perfil. Podem confirmar em que modelo será executado o projeto: Bolsa de Horas ou chave na mão?	Apesar de nos encontrarmos perante um projeto "chave na mão", o procedimento, de acordo com a complexidade técnica, não poderá ser devidamente executado sem que estejam cumpridas, no mínimo, as horas indicadas no Fator Horas do critério de adjudicação. Caso a proposta a apresentar não apresente as horas mínimas presentes no critério de adjudicação, as mesmas serão motivo de exclusão da proposta apresentada.

- 2.12 Apresentaram propostas quatro concorrentes:
- a) *NTT Data Portugal, S.A.*;
 - b) *Axianseu II Digital Consulting, S.A.* (anteriormente designada *Novabase Digital, S.A.*);
 - c) *Link Consulting - Tecnologias de Informação, S.A.* (apresentou apenas um documento com o seguinte teor: “No seguimento do Concurso Público acima mencionado, e após análise das peças e dos esclarecimentos, vimos pela presente informar que, de momento, não dispomos das condições necessárias para apresentar uma proposta competitiva que cumpra na íntegra os requisitos solicitados”);
 - d) *Ernst & Young, S.A.*.
- 2.13 Da proposta da *Axianseu II Digital Consulting, S.A.* não constava a indicação, expressa ou implícita, ou por remissão para os termos do programa de procedimento, do número de horas proposto para o gestor do projeto, para os arquitectos e para a restante equipa, referindo-se apenas no ponto “2.Âmbito dos Serviços” o seguinte: “para cada projecto identificado será dado o maior nível de detalhe possível e de acordo com os entregáveis previstos, conforme estipulado na parte III do Caderno de encargos”
- 2.14 Após aplicação do critério de adjudicação, foi proposto pelo júri proceder à adjudicação à concorrente *NTT Data Portugal, S.A.*, uma vez que o resultado da aplicação do critério de adjudicação foi de 36,65, superior ao alcançado pelas restantes concorrentes:
- a) 33,20 para a *Axianseu II Digital Consulting, S.A.*; e
 - b) 32,10 para a *Ernst & Young, S.A.*.
- 2.15 Em sede de audiência prévia, pronunciaram-se os restantes concorrentes por discordarem da ordenação das propostas indicada pelo júri no relatório preliminar.
- 2.16 Nessa sequência, o júri ponderou as observações dos concorrentes e modificou o teor e as conclusões do relatório preliminar, propondo a exclusão da *NTT Data Portugal, S.A.*, por não resultarem quaisquer evidências concretas e palpáveis, em termos de projetos realizados, de que os três consultores seniores/funcionais (consultor sénior/funcional 1 (J.F.); consultor sénior/funcional 5 (A.P.) consultor sénior/funcional 6 (G.D.)) tivessem experiência em arquitetura TOGAF ou equivalente.
- 2.17 E por fim, o júri determinou proceder à exclusão da concorrente *NTT Data* e à reordenação das restantes propostas apresentadas.
- 2.18 Por deliberação de 07/09/2022, o Conselho Diretivo do IRN, I.P., aprovou a adjudicação do contrato à *Axianseu II Digital Consulting, S.A.*

b. Do processo neste tribunal

2.19 A entidade fiscalizada foi interpelada pelo Departamento de Fiscalização Prévia (DFP) deste Tribunal, através de ofício de 05/01/2023, nos seguintes termos:

1. *Esclareça como foi fixado o preço base do procedimento, remetendo para o efeito os cálculos levados a cabo de forma a aferir o mesmo, para o período de execução do contrato, com base em critérios objetivos, face ao disposto no artigo 47.º, n.º 3, do CCP, na atual redação.*
2. *Pronuncie-se sobre o estabelecimento do prazo de 12 meses quando da documentação preparatória consta indicado o prazo de 36 meses, justificando essa alteração.*
3. *Fundamente a opção pelo concreto modelo de avaliação das propostas adotado, constante do artigo 14º do Programa do Procedimento, demonstrando que da aplicação do mesmo se obteve a melhor proposta, no cumprimento das normas e princípios que norteiam a contratação pública.*
4. *Esclareça a omissão no programa do procedimento da definição do critério de desempate na avaliação das propostas (cuja indicação aparece no Relatório Preliminar), atento o disposto no art.º 74 n.º 4 e 5 do CCP e informe se o mesmo foi utilizado.*
5. *Remeta o 1º relatório final, devidamente acompanhado de todos os documentos nele referenciados.*
6. *Tendo em consideração o critério de adjudicação definido, remeta mapa síntese demonstrativo onde conste a forma como foram avaliadas as propostas, de acordo com os fatores e subfactores do critério de adjudicação, com as respetivas ponderações que lhe foram atribuídas e a respetiva ordenação.*
7. *Explicita e demonstre como considera verificado o dever da fundamentação que decorre dos artigos 146.º e 148.º do Código dos Contratos Públicos, quanto à avaliação dos fatores que integram os critérios de adjudicação, quando dos relatórios preliminar e final elaborados pelo júri não se encontra devidamente demonstrado a forma como se chegou à respetiva pontuação atribuída e consequente ordenação das propostas dos concorrentes.*
8. *Justifique legalmente as exigências previstas na Cláusula 2.ª da PARTE III – DISPOSIÇÕES TÉCNICAS do Caderno de Encargos, relativamente à experiência profissional comprovada mínima de 10, 5 e 3 anos, demonstrando quer a legalidade, quer a proporcionalidade desse requisito relativamente a cada uma das categorias abrangidas, tendo sempre por referência aos princípios que norteiam a contratação pública.*
9. *Esclareça o motivo pelo qual foi aprovada uma 2ª minuta, remetendo documentação comprovativa.*
10. *Justifique porque não foi solicitado o Plano de prevenção de corrupção e de infrações conexas do adjudicatário ou respetiva justificação para a sua falta.*
11. *Informe quanto à eventual apresentação de petições de impugnações administrativas e/ou judiciais de atos administrativos ou equiparados, entretanto praticados no decurso do procedimento, de peças neste patentesadas ou do contrato celebrado, em caso afirmativo, cópia das peças processuais relevantes.*
12. *Remeta cópia ou justifique legalmente a falta da seguinte documentação:*

a) *Declaração de inexistência de conflitos de interesses subscrita pelo gestor do contrato Alexandre José Santos, em cumprimento do disposto no n.º 7 do artigo 290.º-A e anexo XIII, ambos do CCP;*

b) *Certidão de teor integral da deliberação do Conselho Diretivo que:*

i. *Autorizou o procedimento, e a correspondente despesa e as peças do procedimento;*

ii. *aprovou a adjudicação e a minuta contratual;*

iii. *ratificou atos praticados por outros, no âmbito deste procedimento.*

13. *Remeta a seguinte documentação financeira, devidamente atualizada, datada e assinada pela entidade competente, de acordo com os mapas e modelos disponibilizados para o efeito na Plataforma eContas, conforme previsto no n.º 4 do artigo 6.º da Resolução, emitida já pelo ano económico de 2023:*

a) *Informação de cabimento – Mapa I, com indicação das fontes de financiamento e respetivas percentagens;*

b) *Informação de compromisso – Mapa II, com indicação das fontes de financiamento e respetivas percentagens;*

c) *Comprovativo, extraído do sistema informático de apoio à execução orçamental, do registo do compromisso, com evidência da respetiva numeração e data de registo;*

d) *Informação relativa a Encargos orçamentais diferidos - Mapa III, com indicação do montante a despender nos anos de execução do contrato;*

e) *Informação de controlo de fundos disponíveis – Mapa IV;*

f) *Extrato da conta corrente dos fundos disponíveis extraídos da aplicação informática e contabilística, de onde conste a informação de saldo de fundos disponíveis antes e após a inscrição do respetivo compromisso;*

g) *Mapa de fundos disponíveis referente ao mês da inscrição do compromisso em causa, extraído do sistema informático em utilização nessa entidade;*

h) *Mapa de fundos disponíveis referente ao mês da inscrição do compromisso em causa, extraído do sistema informático da DGAL.*

2.20 A entidade fiscalizada respondeu através do requerimento n.º 173/2023, de 06/02/2023, com o qual juntou a documentação solicitada e se pronunciou nos seguintes termos:

1.

No presente procedimento, para efeitos de fixação do preço base, foram considerados os valores de referência indicados no site da AMA – Agência para a Modernização da Administração, que podem ser consultados na respetiva página oficial em <https://www.ama.gov.pt/web/agencia-para-a-modernizacaoadministrativa/validacao previa-e-acompanhamento>. Os valores em causa são os seguintes:

→ *Gestor de projeto: € 65/hora;*

→ Arquiteto: € 55/ hora;

→ Consultor funcional: € 50/hora.

Tendo por base uma alocação a 100% de cada um dos recursos exigidos, e considerando o número total de horas previstas de serviço e, bem assim, o número total de recursos, foram os valores de referência multiplicados em conformidade, alcançando-se o preço base do procedimento. Esclarece-se que todos estes parâmetros se encontram enunciados e explicados na manifestação de necessidades que serviu de base à decisão de contratar.

Em conclusão, e conforme preceitua o artigo 47.º n.º 3 do CCP, na fixação do preço base foram tidos em consideração critérios objetivos como as horas a alocar a cada recurso – critério relevante de acordo com a experiência prévia do IRN, I.P. em anteriores procedimentos – e os preços indicados para este tipo de recurso pela AMA – Agência para a Modernização da Administração.

2.

A referência a um prazo de 36 meses consta apenas da decisão de contratar e trata-se de um lapso de escrita.

Com efeito, toda a restante documentação preparatória, incluindo a manifestação de necessidades e o pedido de parecer à AMA – Agência para a Modernização da Administração, contêm o prazo correto, ou seja, 12 meses, o que se traduziu em todas as peças do procedimento, as quais fazem referência ao prazo correto, tendo o critério de adjudicação sido formulado de acordo com o mesmo.

Face ao exposto, e considerando o disposto no artigo 249.º do Código Civil (o qual acolhe um princípio geral de direito que se mostra aplicável a todos os erros de cálculo ou de escrita juridicamente relevantes, como o caso que aqui nos ocupa), estamos perante um simples erro mecânico, lapso evidente de escrita, o qual é revelado através das circunstâncias em que a declaração foi feita, podendo, por isso haver lugar a retificação do mesmo. No caso concreto, o Conselho Diretivo do IRN, I.P. nunca poderia ter determinado, como prazo de execução do contrato, 36 meses, pois toda a documentação de suporte vertia os 12 meses, incluindo o parecer da AMA (sobre este tema leia-se, a título de exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 11.09.2019, processo n.º 0984/18.2BEAVR [MARIA DO CÉU NEVES])(disponível para consulta aqui).

3.

Os princípios conformadores da contratação pública são, com relevância para o caso que aqui nos ocupa, os seguintes: (i) princípio da concorrência; (ii) prossecução do interesse público; (iii) igualdade e não discriminação; (iv) transparência; (v) imparcialidade; (vi) proporcionalidade e (vii) legalidade e discricionariedade.

E foram estes os princípios que nortearam a entidade adjudicante aquando da elaboração do critério de adjudicação, no qual considerou três fatores como essenciais para submeter à concorrência: (i) preço; (ii) equipa e (iii) horas, atribuindo aos dois primeiros uma ponderação de 40% e ao último de 20 %.

Foi tido em consideração que o critério de adjudicação só pode recair sobre os atributos da proposta submetidos à concorrência, o que significa que os termos e condições definidos nas peças do procedimento, não sendo elementos submetidos à concorrência, mas apenas

critérios de admissão ou exclusão de propostas, não podem constituir fatores ou subfactores do critério de adjudicação.

Assim, e no presente caso, sem prejuízo dos requisitos mínimos a que os concorrentes estavam obrigados, não submetidos à concorrência, relevaram para a respetiva diferenciação e classificação a maior experiência técnica e profissional demonstrada pelos recursos integrantes da equipa que se propõe a executar o contrato, as horas a disponibilizar à execução do contrato e, por fim, o preço, valorizando-se o concorrente que propuser o valor mais baixo. Procurou a entidade adjudicante, de acordo com o que tem sido a sua experiência em procedimentos anteriores, alcançar a proposta com os recursos mais diferenciados e capacitados, que pelo menor preço fossem capazes de prestar o máximo de horas de serviço, pugnando pela boa utilização dos dinheiros públicos alicerçada na maximização da eficiência dos recursos.

4.

As peças do procedimento foram sujeitas a retificação, tendo sido submetidas as versões finais na plataforma Acingov em 19.05.2022, e concedido prazo adicional de 20 dias para os interessados se pronunciarem, nos termos do artigo 64.º do CCP.

Nas peças retificadas, que se anexam, consta já o critério de desempate que é indicado no Relatório Preliminar, e que foi estabelecido de acordo com o n.º 4 e n.º 5 do artigo 74.º do CCP, a saber:

“ > CRITÉRIO DE DESEMPATE

Em caso de empate na pontuação das propostas apresentadas, será dada prevalência à proposta que obtiver melhor pontuação nos seguintes subfactores, por ordem decrescente, só se avançando para o fator seguinte se a situação de empate se mantiver: subfactor 1E, subfactor 2E, subfactor 3E, subfactor 1NH, subfactor 2NH, subfactor 3NH. Por último, no caso de se manter o empate entre propostas após aplicação do critério anterior, será realizado um sorteio de desempate, presencial e em hora e data a definir pela entidade adjudicante.”

Assim, entende a entidade adjudicante não ter incumprido qualquer dispositivo legal, mormente o disposto nos n.ºs 4 e 5 do artigo 74.º do CCP.

6.

Remete-se em anexo Matriz de avaliação das propostas, que deu origem ao resultado indicado no relatório preliminar, que foi depois alterado no Relatório Final após audiência prévia, conforme fundamentação constante do mesmo.

7.

Quanto ao cálculo do critério de adjudicação, nenhum dos fatores ou subfactores em causa no presente procedimento, tem por base uma análise subjetiva do júri, resultando todos de simples cálculo aritmético, de acordo com a fórmula disponibilizada nas peças do procedimento.

Assim, os resultados obtidos traduzem o referido cálculo aritmético de atributos absolutamente objetivos: o preço, as horas e os anos de experiência dos recursos a alocar ao projeto. Entende-se, por isso, que, tendo todos os concorrentes acesso à fórmula aplicada, aos atributos considerados e aos critérios utilizados, foi possível compreender

como o júri chegou ao resultado final, tanto que nenhum concorrente se pronunciou ou levantou questões sobre o mesmo.

Ora, visando o dever de fundamentação esclarecer o destinatário da decisão, de forma a permitir a cabal compreensão do percurso percorrido pela Administração, no caso pelo júri, para a prática de determinado ato, considera-se cumprido o dever de fundamentação e alcançado o respetivo propósito.

8.

Tal como tivemos a oportunidade de adiantar, na resposta ao ponto 3, são vários os princípios conformadores da contratação pública, entre os quais a prossecução do interesse público, proporcionalidade e legalidade, tratando-se, aliás, de princípios transversais à atuação de toda a Administração Pública. Ora, é tendo por base os princípios estruturais da contratação pública que a entidade adjudicante rege a sua atuação, incluindo na fixação de termos e condições, como o exemplo referido.

No caso da contratação pública acaba por se verificar um choque inevitável entre estes princípios estruturantes da atuação da Administração Pública e o princípio da concorrência, corolário da contratação pública. Assim, muitas vezes as entidades adjudicantes são chamadas a restringir o universo potencial de concorrentes com vista a assegurar a satisfação dos interesses públicos que firmaram a decisão de contratar, não sendo, contudo, válidas todas e quaisquer restrições ao princípio da concorrência, devendo essa restrição ser idónea, necessária e proporcional à satisfação do interesse público.

Foi precisamente com este norte que a entidade adjudicante fixou os seus termos e condições do procedimento em causa, entre os quais a exigência de experiência mínima para os quatro tipos de recursos solicitados, tentando assim garantir a senioridade adequada à complexidade e dimensão do projeto.

Aliado aos princípios estruturais da contratação pública, a entidade adjudicante teve também em consideração, na elaboração das suas especificações técnicas, a sua própria experiência decorrente de procedimentos anteriores, por forma a mitigar fragilidades ou constrangimentos que tenha identificado.

Face ao exposto, e tendo em conta que na anterior execução de contratos semelhantes a entidade adjudicante identificou que o fator experiência é determinante para o sucesso e eficiência dos mesmos, sendo inclusivamente decisivo para a conclusão do projeto e cumprimento de prazos, entendeu neste procedimento, e tendo em conta a sua complexidade e magnitude, fixar critérios mínimos com vista a proteger o interesse público e garantir que a experiência traz a qualidade e a eficiência que uma prestação de serviços desta envergadura necessita de garantir.

No entanto, salvaguarda-se que a experiência mínima exigida para cada recurso, atendendo ao nível de responsabilidade, às funções inerentes às respetivas categorias e à hierarquia das mesmas dentro da equipa, mostra-se perfeitamente equilibrada e proporcional, tendo em conta as valências pretendidas e elencadas nas disposições técnicas, e de forma nenhuma restritiva ou limitativa da concorrência, a saber:

- 10 anos para o Chefe de Projeto;
- 5 anos para o Arquiteto de negócio;

→ 5 anos para o Arquiteto aplicacional;

→ 3 anos para os Consultores funcionais.

9.

Procede-se ao reenvio da 2.ª minuta e do despacho do Vogal do Conselho Diretivo a retificar o NIPC do Adjudicatário, no âmbito da competência delegada pelo CD do IRN, I.P. (Deliberação do Conselho Diretivo do IRN, I.P n.º 1184/2021, publicada no Diário da República, 2.ª Série, n.º 222 de 16 de novembro de 2021) que se anexa, mantendo-se inalterado o teor da 1.ª minuta (ambos os documentos já tinham sido submetidos, mas individualizados).

10.

O Plano de corrupção e de infrações conexas foi solicitado ao adjudicatário conforme documento retirado da Acingov que ora se junta. O adjudicatário respondeu apresentando os documentos que foram submetidos a esse Venerando Tribunal (carta_etica_e_conduta; Declaracao_de inexistência_de_confito_de interesses_109040_551137; C-digo de conduta_anticorrupt_o), procedendo-se ao envio da procuração e restantes documentos agregados num único documento.

11.

No que concerne a esta questão, informa-se que não foram apresentadas quaisquer petições de impugnações administrativas e/ou judiciais com referência a qualquer ato praticado no procedimento em causa.

- 2.21 A matriz de avaliação de propostas remetida em anexo e referida na resposta à questão 6. foi a seguinte:



<u>FATORES E SUBFATORES</u>	<u>AXIANSEU</u>	<u>ERNEST & YOUNG, S.A.</u>	<u>NTT DATA</u>	<u>LINK CONSULTING</u>
FATOR PREÇO (40%)	5,57	3,72	8,73	x
SUBFATOR 1E	23,5 anos	24 anos	20 anos	x
TOTAL SUBFATOR 1E	57,45	58,33	50	x
SUBFATOR 2E	70,22 anos	52,92 anos	31,75 anos	x
TOTAL SUBFATOR 2E	85,76	81,10	68,50	x
SUBFATOR 3E	117,42	90,33 anos	105,92 anos	x
TOTAL SUBFATOR 3E	79,56	73,43	77,34	x
TOTAL FATOR EQUIPA (40%)	27,63	28,38	26,11	x
SUBFATOR1NH	Não indicou	Não indicou	9,07	x
SUBFATOR2NH	Não indicou	Não indicou	9,07	x
SUBFATOR3NH	Não indicou	Não indicou	9,07	x
FATOR HORAS (20%)	0	0	1,81	x
RESULTADO	33,20	32,10	36,65	x

2.22 O processo veio a ser objeto de nova devolução em Sessão Diária de Visto de 10/02/2023, para os seguintes efeitos:

a) *Remeta as propostas apresentadas pelas concorrentes NTT Data Portugal, S.A., AXIANSEU II DIGITAL CONSULTING, S.A. e Ernst & Young, S.A., nelas evidenciando os atributos considerados para efeitos das respetivas avaliações.*

b) *Remeta ainda evidência dos atributos considerados para efeitos de avaliação de propostas, bem como dos cálculos efetuados para efeitos de atribuição de pontuações parciais.*

c) *Sem prejuízo da resposta aos pontos anteriores, esclareça como considera admissíveis propostas aparentemente sem indicação de valores a considerar para efeitos de avaliação, conforme resulta da matriz de análise e avaliação de propostas remetida, quanto aos subfactores do fator de avaliação “horas”, quando se previa até um número mínimo a propor.*

d) *Remeta o Plano de prevenção de corrupção e de infrações conexas apresentado pelo adjudicatário, ou respetiva justificação para a sua falta.*

2.23 A entidade fiscalizada respondeu através do requerimento n.º 306/2023, de 22/02/2023, com o seguinte teor:

a)

Remetem-se, em anexo, as propostas das concorrentes identificadas, onde se evidenciam, em sublinhado, os atributos considerados para efeitos das respetivas avaliações, sendo os mesmos os anos de experiência dos recursos e as horas de afetação dos mesmos à execução do contrato.

b)

Remete-se, em anexo, por facilidade, a matriz com a inclusão das pontuações parciais. Esclarece-se que, aquando desta inclusão, foi detetado um lapso de escrita no “SUBFATOR 2E” e no “TOTAL SUBFATOR 2E2” da concorrente AXIANSEU II DIGITAL CONSULTING, S.A., sendo que onde se lê “70,22 anos” deve ler-se “33,58 anos” e onde lê “85,76”, deve ler-se “70,22”. O referido lapso de escrita não inquina o resultado final obtido no fator equipa e, conseqüentemente, na ordenação final das propostas, tratando-se apenas de uma desconformidade na introdução das pontuações parciais na matriz.

c)

A avaliação de propostas efetua-se segundo um de dois métodos fundamentais: avaliação unifatorial ou multifatorial. No caso do procedimento em apreço, a avaliação de propostas foi feita através da avaliação multifatorial, tendo as propostas sido avaliadas em função de vários fatores, entre os quais o “fator horas”.

Ora, na escolha dos fatores e subfactores a entidade adjudicante goza de discricionariedade, encontrando-se, no entanto, os mesmos limitados pela necessária conexão ao objeto do contrato.

Integra o critério de adjudicação constante da Parte II do programa do concurso o “fator horas” o qual estabelece, em cada um dos respetivos subfactores, o número mínimo de horas a considerar para cada um dos recursos, fixando 1764 horas para o Gestor, 3528 horas para o Arquitecto e 14112 horas para os restantes membros da equipa.

Assim, e considerando a fórmula de cálculo apresentada no critério de adjudicação, quem indicasse na sua proposta o mínimo de horas, ou não indicasse qualquer valor para as horas, seria classificado como cumpridor do número mínimo de horas exigido, o qual, fruto da fórmula de cálculo de cada um dos subfactores, se traduzia na atribuição de zero pontos. Tratando-se o fator horas de um atributo da proposta, e não um termo ou condição, nunca seria critério de exclusão ou inadmissibilidade da mesma.

Acresce ainda que, em sede de esclarecimentos foi questionada a possibilidade de execução do contrato num menor número de horas, tendo sido clarificado que, atendendo à complexidade técnica do procedimento, os números indicados no critério de adjudicação eram os mínimos, não sendo possível a respetiva execução abaixo dessa carga horária. Conformaram-se, assim, os concorrentes com este número mínimo de horas.

Deste modo, entende a entidade adjudicante ter cumprido todos os princípios mapeadores da contratação pública, mais concretamente, o princípio da imparcialidade e concorrência, ao ter avaliado de forma clara e imparcial todas as propostas apresentadas, o que foi também entendimento dos concorrentes, os quais, em sede de audiência prévia nada questionaram ou referiram quanto ao método de cálculo.

d)

Remete-se o plano de prevenção de corrupção e de infrações conexas apresentado pelo adjudicatário.

2.24 A matriz remetida em anexo (referida na resposta à questão b)) foi a seguinte:

MATRIZ DE ANÁLISE E AVALIAÇÃO DE PROPOSTAS

FATORES E SUBFATORES	AXIANSEU	ERNEST & YOUNG, S.A.	NTT DATA	LINK CONSULTING
FATOR PREÇO (40%)	5,57	3,72	8,73	x
SUBFATOR 1E	23,5 anos	24 anos	20 anos	x
TOTAL SUBFATOR 1E	57,45	58,33	50	x
SUBFATOR 2E	Arquiteto de negócio – 23,08 anos Arquiteto aplicacional – 10,50 anos Total arquitetos – 33,58 anos	Arquiteto de negócio – 28,75 anos Arquiteto aplicacional – 24,17 anos Total arquitetos – 52,92 anos	Arquiteto de negócio – 15,67 anos Arquiteto aplicacional – 16,08 anos Total arquitetos – 31,75 anos	x
TOTAL SUBFATOR 2E	70,22	81,10	68,50	x
SUBFATOR 3E	Consultor funcional 1 – 21,83 anos Consultor funcional 2 – 11,83 anos Consultor funcional 3 – 13,83 anos Consultor funcional 4 – 13,83 anos Consultor funcional 5 – 22,92 anos Consultor funcional 6 – 12,58 anos Consultor funcional 7 – 10,17 anos Consultor funcional 8 – 10,42 anos Total equipa - 117,42 anos	Consultor funcional 1 – 14,83 anos Consultor funcional 2 – 14,92 anos Consultor funcional 3 – 21,83 anos Consultor funcional 4 – 8,17 anos Consultor funcional 5 – 4,50 anos Consultor funcional 6 – 10,17 anos Consultor funcional 7 – 9,92 anos Consultor funcional 8 – 6,00 anos Total equipa - 90,33 anos	Consultor funcional 1 – 20,58 anos Consultor funcional 2 – 16,58 anos Consultor funcional 3 – 14,25 anos Consultor funcional 4 – 6,92 anos Consultor funcional 5 – 17,83 anos Consultor funcional 6 – 13,50 anos Consultor funcional 7 – 8,67 anos Consultor funcional 8 – 7,58 anos Total equipa - 105,92 anos	x
TOTAL SUBFATOR 3E	79,56	73,43	77,34	x
TOTAL FATOR EQUIPA (40%)	27,63	28,38	26,11	x
SUBFATOR1NH	Não indicou	Não indicou	Gestor - 1940 Total subfator - 9,07	x
SUBFATOR2NH	Não indicou	Não indicou	Arquiteto de negócio – 1940 Arquiteto aplicacional – 1940 Total subfator - 9,07	x
SUBFATOR3NH	Não indicou	Não indicou	Equipa - 15520 Total subfator - 9,07	x
FATOR HORAS (20%)	0	0	1,81	x
RESULTADO	33,20	32,10	36,65	x

2.25 Em Sessão Diária de Visto de 06/03/2023, foi o processo novamente devolvido à entidade fiscalizada para, querendo, apresentar pronúncia (no exercício do direito ao contraditório

– cfr. Art.º 13.º da Lei de Organização e do Processo do Tribunal de Contas) sobre as questões jurídicas suscitadas e que poderiam vir a fundamentar uma recusa de visto do contrato e vir prestar os esclarecimentos e juntar a documentação que achasse pertinente, caso a instrução documental dos autos não possuísse todos os elementos pertinentes para a formulação do juízo de legalidade do contrato aqui apresentado a visto.

2.26 A entidade fiscalizada apresentou resposta em 20/03/2023, através do requerimento n.º 464/2023, nos seguintes termos:

A. Introdução: enquadramento e elenco das questões

1. São identificadas por esse douto Tribunal, no essencial, 5 questões que poderão vir a fundamentar uma recusa de visto, em concreto as seguintes:

a. Da alegada violação do princípio da estabilidade das peças do procedimento em virtude da alteração, por 3 vezes, do Programa de Concurso;

b. Da alegada ilegalidade do critério de adjudicação e do tratamento igual de todos os concorrentes;

c. Não definição, no Caderno de Encargos, de aspetos nucleares relativos à aplicação do critério de adjudicação e que não se encontram colmatadas pelo Programa de Procedimento;

d. Da alegada insuficiência do teor dos relatórios de avaliação de propostas;

e. Da alegada obrigação de exclusão da proposta vencedora.

2. Contudo, e com o devido respeito, não se pode concordar com os fundamentos referidos;

3. Conforme melhor se referirá infra, os pressupostos objetivos elencados não correspondem á factualidade, e tal inquina também as conclusões adotadas.

4. Assim, e relativamente a cada um dos pontos supra, e sem prejuízo da pronúncia mais concretizada infra:

a. Não se deu a alteração, por três vezes, do Programa de Concurso, e conforme melhor se comprova infra, apenas se procedeu a uma retificação do Programa do Procedimento, e sempre dentro dos termos definidos na lei;

b. O critério de adjudicação definia todos os aspetos relevantes para a valoração das propostas, e permitia um cálculo objetivo, puramente aritmético e transparente dos termos apresentados pelos concorrentes, refletido aliás na ausência de contestação pelos concorrentes;

c. Não obstante o número de horas mínimo não se encontrar no caderno de encargos expressamente referido, o que é facto é que o Programa de Concurso, que deveria ser expressamente aceite também pelos concorrentes – e que foi –, contém expressa e inequivocamente essa referência;

d. Os relatórios do júri apresentaram os pressupostos dos cálculos efetuados sendo que, como se referiu, os resultados da avaliação eram totalmente cognoscíveis e não foram, no que aqui releva, contestados;

e. A proposta vencedora aceitou os termos do Caderno de Encargos e do Programa de Concurso no anexo II da sua proposta, e assim os elementos mínimos aí definidos, e a apresentação expressa do número de horas não era obrigatória em face do compromisso assumido nos termos das declarações aceites, sendo que aliás a exclusão desta proposta é que seria violadora dos termos estabelecidos no procedimento;

- 5. Nota-se, aliás, a ausência de qualquer impugnação, quer de natureza administrativa quer de natureza judicial, relativamente ao procedimento sub judice, tendo-se conformado os concorrentes inteira e completamente com a apreciação feita pelo júri do procedimento e, bem assim, com a adjudicação feita pelo Conselho Diretivo do IRN.*
- 6. Conforme ficará demonstrado não houve violação dos princípios da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não discriminação, previstos no artigo 1.º-A do CCP.*

B. Da alegada violação do princípio da estabilidade das peças do procedimento

- 7. É mencionado desde logo que “(...) o Programa de Procedimento foi alterado por três vezes, nestes pontos (...)” (cfr. página 2, in fine).*
- 8. Contudo, da consulta do fluxo do procedimento, resulta que o Programa de Procedimento foi alterado uma única vez, no dia 19.05.2022, às 23:59h, ao abrigo da faculdade legal conferida às entidades adjudicantes nos artigos 50.º, n.º 7 e 64.º, ambos do Código dos Contratos Públicos (“CCP”).*
- 9. Acontece que, aquando da submissão do Programa de Procedimento retificado na plataforma não foi junto, por lapso, o Anexo III, pelo que o mesmo teve de ser, novamente, submetido à posteriori, em 24.05.2022, às 11:03h, como constava da versão inicial junta ao processo e sem qualquer alteração.*
- 10. E foi daqui que resultou a ideia, que não corresponde à realidade, de que houve três alterações do programa.*
- 11. Com efeito, basta uma breve comparação entre as peças do procedimento juntas em cada momento para compreender isso mesmo, que por lapso não foi junto o referido Anexo III, não tendo havido qualquer alteração entre o “momento um” e o “momento três”.*
- 12. Assim, e salvo melhor opinião, não se poderá referenciar que o Programa de Procedimento foi alterado por três vezes, pelo que inexistente a consequência retirada deste pressuposto que a condução deste procedimento colide com a regra essencial da estabilidade do modelo de avaliação.*
- 13. Assim, o Programa de Procedimento foi alterado uma única vez, e submetido na plataforma eletrónica com as devidas retificações, como é legalmente admissível.*

C. Da legalidade do critério de adjudicação e do tratamento igual de todos os concorrentes

- 14. Aponta esse douto Tribunal “incoerência e a indefinição do modelo de avaliação adotado não possibilitou a diferenciação de propostas de acordo com uma graduação proporcional e conforme os princípios da igualdade e da concorrência”.*
- 15. Esta afirmação é feita, em particular, quanto à contabilização do número de horas.*
- 16. Contudo, não se pode concordar com esta afirmação.*
- 17. O critério de adjudicação, em particular em matéria do fator horas, estava estabelecido nos seguintes termos:*

Fator Horas

Número mínimo de horas do gestor de projecto = 1764

Número mínimo de horas dos arquitetos = 3528

Número mínimo de horas da restante equipa = 14112

*SubFator₁ = ((Número de horas de gestor de projecto proposto - Número mínimo de horas do gestor de projecto) / Número de horas de gestor de projecto proposto) * 100*

SubFator₁ = ((Número de horas de arquitetos proposto - Número mínimo de horas dos arquitetos) /

*Número de horas de arquitetos proposto) * 100*

SubFator₁ = ((Número de horas da restante equipa - Número mínimo de horas da restante equipa) /

*Número de horas da restante equipa) * 100*

Fator Horas = (SubFator₁ + SubFator₂ + SubFator₃) / 3

18. *Por sua vez, consta ainda “Pontuação da proposta = 0,4 Fator Preço + 0,4 Fator Equipa + 0,2 Fator Horas”*

19. *Ou seja, o racional inerente a este fator corresponde a estabelecer um valor base de horas que se julga essencial para cumprimento do objeto e das prestações do contrato;*

20. *Por sua vez, a majoração do número de horas permite uma valorização do potencial de recursos afetos ao contrato, pelo que se majora esse fator, assim obtendo mais valor pelo preço base definido.*

21. *Afinal, o IRN valora pagar menos por um maior número de horas, o que determina a eficiência e boa gestão do procedimento impostas por lei.*

22. *Entendemos que este racional, vertido no critério de adjudicação, prossegue de pleno o interesse público.*

23. *Acresce que a valorização deste fator depende de mero cálculo aritmético, e assim é particularmente claro;*

24. *Todos os concorrentes tiveram acesso à mesma informação, a qual foi colocada de forma pública e transparente na plataforma eletrónica.*

25. *Do mesmo modo, todos os concorrentes que não apresentaram qualquer número de horas obtiveram zero pontos, não tendo existido qualquer tratamento discriminatório.*

26. *Não podendo, deste modo, qualquer dos concorrentes invocar desconhecimento sobre o conteúdo mínimo destas peças e, bem assim, sobre a forma de cálculo do critério de adjudicação.*

27. *O que, aliás, e como já se referiu supra, é sintomático do facto de nenhuma das pronúncias em sede de audiência prévia ter abordado este ponto e pelo facto de terem inexistido quaisquer impugnações judiciais no âmbito do referido concurso público.*

D. Da alegada não definição, no Caderno de Encargos, de aspetos nucleares relativos à aplicação do critério de adjudicação

28. *Este douto Tribunal começa a sua análise decompondo o critério de adjudicação, dizendo que “(...) a referência a horas não consta do Caderno de Encargos, o qual não quantifica horas mínimas. Não consta[ndo] igualmente da documentação a apresentar com a proposta a referência expressa à indicação das horas”.*

29. *Da transcrita afirmação concluiu, este douto Tribunal, que “(...) foi definido um critério de adjudicação que no fator horas só pontua positivamente os concorrentes que apresentassem uma proposta cuja execução excedesse o número de horas mínimas, mas não foi indicado no Caderno de Encargos, designadamente nas suas cláusulas técnicas,*

que a proposta tinha como atributo não submetido à concorrência aquele número mínimo de horas e que só estava submetido à concorrência o número de horas que excedesse aquele mínimo”.

30. Parece-nos que, também quanto a este ponto, enferma a análise efetuada, e consequente conclusão, de um erro sobre os pressupostos.

31. Paralelamente, resulta do critério de adjudicação, constante da parte II do Programa de Procedimento, textualmente o seguinte, na página 9: “Fator Horas; Número mínimo de horas do gestor de projecto = 1764; Número mínimo de horas dos arquitetos = 3528; Número mínimo de horas da restante equipa = 14112”

32. “Número mínimo de horas do gestor de projecto” e dos demais elementos é um termo que consta expressamente das peças do procedimento;

33. Ora nos termos do artigo 40.º, n.º 1, alínea c) do CCP, nos concursos públicos, são peças dos procedimentos de formação de contratos: o anúncio, o Programa do Procedimento e o Caderno de Encargos.

34. Resulta assim do normativo legal que o procedimento é constituído por um conjunto de peças, que devem estar harmonizadas, não sendo legalmente admissível a prossecução do procedimento sem qualquer uma delas;

35. As referidas peças são patenteadas no procedimento e colocadas obrigatoriamente nas plataformas eletrónicas, por forma a que o seu conteúdo integral seja do conhecimento quer dos interessados, quer dos próprios concorrentes.

36. Quaisquer concorrentes devem cumprir os termos destas peças, como um todo, devendo apresentar propostas que sejam compatíveis com qualquer um destes elementos;

37. E é da leitura conjugada das duas peças do procedimento que resulta quer a vinculação dos concorrentes a um conjunto de parâmetros base, bem como a forma de avaliação de propostas.

38. Ora os concorrentes demonstraram, no âmbito da apresentação das suas propostas, o seu conhecimento total e esclarecido sobre o conteúdo do Caderno de Encargos e do Programa do Procedimento, e obrigaram-se especificamente ao seu cumprimento.

39. E tanto assim é que, com a assinatura do Anexo II ao Programa de Procedimento (modelo de declaração de preço total), os concorrentes vincularam-se a “(...) realizar o objeto do presente procedimento de acordo com o **Convite/Programa de Concurso, o Caderno de Encargos e demais condições constantes do procedimento pré-contratual**”. (negrito nosso)

40. Ora o “número mínimo de horas” era um dos termos que constava do programa de procedimento.

41. Assim, faz parte da proposta dos concorrentes, por remissão, a vinculação ao número mínimo de horas estabelecido no Programa de Concurso.

42. Acresce que resulta das cláusulas técnicas, mais concretamente dos pontos 16 a 19 da parte III do Caderno de Encargos, desde logo o número/perfil de recursos a afetar ao contrato, que devem ter uma alocação de 100 %.

43. A alocação de 100 % dos recursos, concretamente prevista nas cláusulas técnicas, é forçosamente articulada com o número mínimo de horas previsto no Programa do Procedimento.

44. Face ao exposto, os concorrentes declararam de forma consciente, expressa e adequada, a sua concordância com o conteúdo do Caderno de Encargos (a qual é reforçada também pela assinatura do Anexo I), e do Programa do Procedimento) o que implica uma vinculação aos termos mínimos de horas e de afetação de recursos.

45. Como se demonstrou supra, da conjugação do Caderno de Encargos, do Programa de Concurso, e das propostas apresentadas resulta necessariamente, e conforme os termos apresentados pelos concorrentes, uma vinculação a um número mínimo de horas, ou um número de horas superior ao mínimo estabelecido (caso esteja previsto na proposta).
46. Assim, não se dá a violação apontada neste ponto.

E. Da alegada insuficiência do teor dos relatórios de avaliação de propostas

47. Ainda quanto à conformidade legal do critério de adjudicação foi referido por esse douto Tribunal que “dos relatórios de avaliação das propostas não consta de modo claro o iter seguido pelo respetivo júri, nomeadamente quanto à decomposição das pontuações atribuídas aos diferentes fatores das propostas apresentadas consta dos relatórios, mas apenas a pontuação obtida em cada proposta”,
48. Ora na construção do critério de adjudicação o IRN I.P. tem o cuidado de assegurar uma objetivação elevada do critério de adjudicação, procurando garantir a redução, até ao limite do possível, conceitos vagos e indeterminados que tragam incerteza quanto ao resultado da avaliação feita pelos júris.
49. Por isso mesmo, as pontuações obtidas em cada um dos fatores do critério de adjudicação resultam de simples cálculo aritmético, o qual é detalhadamente explanado e explicado no Programa de Procedimento, referindo-se a ordem através da qual devem ser realizados os cálculos sendo que, no caso dos subfactores respeitantes à equipa apresentada nas propostas, foram indicados os anos de experiência considerados para cada recurso, com base nos quais foi aplicada a fórmula previamente definida;
50. Nenhuma dúvida há, portanto, quanto aos termos de aplicação do critério, nem suscitou dúvidas a forma como o júri alcançou as pontuações finais.
51. Tanto assim é que não houve qualquer pronúncia quanto a esta matéria em sede de audiência prévia, o que se traduz na facilidade de apuramento dos cálculos efetuados pelo júri através de simples cálculo aritmético.
52. Conclui-se, por isso, quanto a este ponto, não existir qualquer desconformidade legal suscetível de fundamentar a recusa do visto.

F. Da alegada obrigação de exclusão da proposta vencedora

53. Conclui este douto tribunal que “todas as propostas apesentas no âmbito do procedimento se encontravam em desconformidade com as peças do procedimento e (...) as propostas dos dois restantes concorrentes, incluindo a empresa adjudicatária, estavam impedidas de serem admitidas tout court, face à falta de indicação de um atributo da proposta, a saber, a expressa indicação do número de horas (...)”.
54. Não se pode, igualmente, concordar.
55. Como já tivemos oportunidade de mencionar anteriormente, era documento obrigatório da proposta o Anexo II, o qual refere que os concorrentes se obrigaram a “(...) realizar o objeto do (...) procedimento de acordo com o Convite/Programa de Concurso, o Caderno de Encargos e demais condições constantes do procedimento pré-contratual”.
56. Ou seja, com a junção do Anexo II e, bem assim, com a assinatura do mesmo, os concorrentes vincularam-se ao conteúdo constante quer do Caderno de Encargos, quer do Programa de Procedimento;
57. Assim, os concorrentes efetivamente apresentaram um número de horas correspondente ao mínimo constante do Programa de Procedimento e melhor referenciado supra;

58. Tal não significa que aspetos base fixados nas peças dos procedimentos não possam ser melhorados e dispor de maior pontuação.
59. Daí que os concorrentes que apresentassem um valor superior ao valor mínimo de horas teriam pontuação mais elevada;
60. Caso não apresentassem um valor mais elevado de horas, naturalmente não poderiam ser valorados por tal.
61. O que levou, conseqüentemente, à atribuição de zero pontos aos concorrentes admitidos que, tendo tido oportunidade de apresentar um valor superior ao mínimo indicado, optaram por não o fazer, conformando-se com o mínimo considerado para cálculo do critério de adjudicação.
62. É, assim, entendimento do IRN que, contrariamente ao referido por este douto Tribunal, não se encontra em falta qualquer atributo nas propostas admitidas e, conseqüentemente, na proposta vencedora.
63. E a verdade é que a proposta adjudicada constitui, efetivamente, a proposta mais vantajosa, porquanto das três propostas apresentadas era a que apresentava melhor preço cumprindo, simultaneamente, os termos e condições definidos e comprometendo-se com o número mínimo de horas exigido pela entidade adjudicante.
64. Ou seja, correspondeu esta proposta a todas as necessidades e exigências da entidade adjudicante, sendo apta a cumprir os objetivos subjacentes à abertura do presente procedimento.
65. A proposta excluída, não obstante, indicar número de horas e apresentar um preço mais baixo, não cumpria requisitos técnicos essenciais à execução do contrato, ou seja, termos e condições não submetidos à concorrência e indispensáveis à execução do contrato, tendo-se concluído pela inadmissibilidade da sua aceitação.
66. Só não foi possível uma diferenciação mais significativa das propostas apresentadas porque as propostas admitidas a concurso apresentaram perfis nas suas equipas em tudo semelhantes, como aliás resulta cristalino da matriz já junta aos presentes autos, de onde resulta uma diferença pouco relevante de anos a considerar nos vários subfatores.
67. Mas isso é alheio ao critério de adjudicação.
68. O recurso a uma escala de pontuação, embora pudesse distanciar as pontuações finais entre si, não iria alterar a respetiva graduação, nem o resultado final, nem a proposta mais vantajosa, porque a verdade é que esta em tudo correspondeu ao que eram as pretensões e opções da entidade adjudicante quando formulou o critério de adjudicação: adjudicar a proposta que apresentasse um preço mais económico conjugado com a equipa mais robusta e experiente, garantindo a prestação das horas mínimas ali estabelecidas.
69. Não existiu, por isso, qualquer incoerência ou indefinição no modelo de avaliação adotado, nem o mesmo apresenta qualquer desconformidade com os princípios da igualdade e da concorrência.
70. A verdade é que o critério aplicado, como já se demonstrou, permitiu o apuramento da proposta economicamente mais vantajosa cumprindo os critérios de rigor, eficiência e de boa gestão que a lei impõe.
71. Aliás não se pode deixar de sinalizar que uma opção diferente – a de exclusão da proposta mais em classificada – é que seria altamente questionável, e juridicamente sindicável, com um risco sério de prejuízo para o erário público, com indemnização decorrente do interesse contratual prejudicado.
72. Com efeito, a exclusão da proposta, a ser feita pelo fundamento apontado pelo douto Tribunal, corresponderia a apontar a omissão de um aspeto que se considerava essencial;

- 73. Contudo, vimos já que efetivamente existiu um compromisso do adjudicatário expresso e remissivo com o número mínimo de horas plasmado no Programa de Concurso;*
- 74. O concorrente, através do anexo II, comprometeu-se tanto com o número mínimo de horas, como se comprometeu com todos os demais parâmetros estabelecidos para este procedimento previstos no Caderno de Encargos e no Programa do Concurso;*
- 75. O que seria violador da estabilidade, transparência e boa-fé da administração seria, não obstante essa vinculação, excluir-se uma proposta que aceita estes termos;*
- 76. Para além disso, não há qualquer previsão no programa de concurso que obrigue à apresentação do número de horas expressamente;*
- 77. Ou seja, nomeadamente da ficha descritiva do programa do procedimento não havia obrigação de indicação do valor de horas;*
- 78. Estar-se-ia a alterar os termos do concurso caso se considerasse este elemento obrigatório;*
- 79. Assim, esta opção de exclusão implicaria, num juízo agora realizado, sérios riscos de litigância e de futura condenação do IRN I.P.;*
- 80. Nestes termos, e nos demais de direito aplicáveis, deve o visto ser concedido ao presente contrato, por se encontrarem cumpridos todos os requisitos e critérios por lei exigidos, e salvaguardada a prossecução do interesse público.*

II.2 FACTOS NÃO PROVADOS

- 3 Não deixaram de ser provados quaisquer factos alegados.

II.3 MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

- 4 No que respeita à matéria de facto considerada provada baseou-se o respetivo juízo probatório na prova documental apresentada pelo requerente e nas deduções e inferências diretas retiradas pelo tribunal sobre os factos que se podem extrair daqueles elementos, incluindo da factualidade expressamente reconhecida pelo mesmo requerente.
- 5 Mais se refere que as entidades fiscalizadas estão sujeitas ao ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, atento o disposto no Art.º 81.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), as instruções constantes da Resolução n.º 1/2020 da 1.ª Secção do Tribunal de Contas¹, aprovada ao abrigo do Art.º 77.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC e os respetivos encargos instrutórios decorrentes do conteúdo das devoluções determinadas pelo DFP e pelo TdC, com suporte no disposto pelo Art.º 81.º, n.º 1, da mesma LOPTC.
- 6 Isto sem detrimento dos deveres da entidade fiscalizada, dos poderes de cognição e deveres de gestão processual do tribunal, dos princípios da cooperação, boa-fé processual e dos demais critérios que se devem observar, face ao estipulado nos Art.ºs 5.º a 8.º, 414.º e 417.º, todos do

¹ Publicada no *Diário da República*, 2.ª série, de 4-5-2020, revista pelas Resoluções n.º 2/2020 e n.º 4/2020 e integralmente republicada no *DR*, 2.ª série, de 14-7-2020 e, na sua atual versão, no *DR*, 2.ª série, de 5-1-2021.

Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* Art.º 80.º da LOPTC, que, no seu conjunto e face à natureza do presente processo jurisdicional (fiscalização prévia), não contemplam a produção de diligências oficiosas de prova, não compreendendo também auditorias ou investigação do tribunal diretamente sobre documentos, ficheiros ou arquivos na posse daquela entidade.

- 7 Não se reconhecem factos não provados nas alegações e justificações apresentadas nestes autos.

III FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

III.1 Estrutura da apreciação jurídica

- 8 A fiscalização prévia da 1.ª Secção do TdC constitui uma competência própria deste tribunal cuja intervenção nessa sede é provocada (dependente de impulso exógeno) e tipificada, por referência a uma previsão normativo-legal que compreende um âmbito subjetivo (entidades) e outro âmbito objetivo (atos e contratos), ambos delimitadores, na sua integração, do que está sujeito a fiscalização prévia — enquadramento estabelecido, nomeadamente, pelas disposições conjugadas dos Art.ºs 5.º, n.º 1, alínea c), e 46.º a 48.º da LOPTC.
- 9 O contrato objeto deste processo deve ser qualificado como de aquisição de serviços, integrando o âmbito objetivo e subjetivo da fiscalização prévia, em face do disposto nas disposições conjugadas dos Art.ºs 2.º, n.º 1, alínea d), 5.º, n.º 1, alínea c), e 46.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC.
- 10 Foi precedido de concurso público, no qual se adotou o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, na modalidade multifator.
- 11 Nos demais termos contratuais, veio a entidade fiscalizada a adjudicar o contrato ao ora cocontratante, colocando-se aqui – além de outras que não levariam, por si só, a uma eventual recusa de visto – as questões da não exclusão das duas propostas admitidas (incluindo aquela que veio a ser objeto de adjudicação) e da ilegalidade do critério de adjudicação.
- 12 Nesse conspecto, há que ponderar, assim, das seguintes questões jurídicas:
- 12.1 da indevida admissão das duas propostas consideradas pela entidade adjudicante; e
- 12.2 da ilegalidade do critério de adjudicação assumido neste procedimento concursal.
- 13 Atenta a data de início do procedimento de formação do contrato aqui em apreço, é aplicável ao presente procedimento e processo o Código dos Contratos Públicos (CCP) na versão anterior à introduzida pelo Decreto-Lei n.º 78/2022, de 07/11, tendo em conta o disposto no Art.º 9.º deste diploma. Assim, todas as referências ao CCP são feitas tendo consideração tal versão do CCP.

III.2 Da indevida admissão de propostas

- 14 O contrato aqui em apreço, como se destaca da matéria de facto considerada provada, foi celebrado no seguimento de um procedimento de concurso público com publicidade internacional.

- 15 Nos termos do disposto no Art.º 74.º, n.º 1 do CCP, a adjudicação é sempre feita de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa, sendo este determinado através de uma de duas modalidades:
- a) Multifator, de acordo com a qual o critério de adjudicação é densificado por um conjunto de fatores, e eventuais subfatores, correspondentes a diversos aspetos da execução do contrato a celebrar;
 - b) Monofator, de acordo com a qual o critério de adjudicação é densificado por um fator correspondente a um único aspeto da execução do contrato a celebrar, designadamente o preço.
- 16 No contrato trazido à apreciação do tribunal, a entidade adjudicante optou pela modalidade multifator.
- 17 Em tal modalidade, estatui o Art.º 139.º, n.º 1, do mesmo CCP que deve ser elaborado um modelo de avaliação das propostas que explicita claramente os fatores e os eventuais subfatores relativos aos aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos.
- 18 Por seu turno, o Art.º 70.º, n.º 1 do CCP dispõe que as propostas são analisadas em todos os seus atributos, representados pelos fatores e subfatores que densificam o critério de adjudicação e termos ou condições.
- 19 Como decorrência lógica de tal imposição, devem ser excluídas as propostas que não sejam constituídas por todos os documentos exigidos, nomeadamente documentos que em função do objeto do contrato a celebrar e dos aspetos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, contenham os atributos da proposta, de acordo com os quais o concorrente se dispõe a contratar, bem como aquelas que apresentem algum dos atributos que violem os parâmetros base fixados no caderno de encargos ou que apresentem quaisquer termos ou condições que violem aspetos da execução do contrato a celebrar, por aquele não submetidos à concorrência - cfr., conjugadamente, os Art.ºs 57.º, n.º 1, alínea b), 70.º, n.º 2, alíneas a) e b), e 146.º, n.º 2, alínea d), todos do CCP.
- 20 A entidade adjudicante definiu um conjunto de fatores cuja ponderação conjunta levaria à determinação da proposta economicamente mais vantajosa, sendo eles os seguintes:

$$\text{Pontuação da proposta} = 0,4 \text{ Fator Preço} + 0,4 \text{ Fator Equipa} + 0,2 \text{ Fator Horas}$$

- 21 Na análise das propostas apresentadas, o júri do concurso – após no relatório preliminar a ter admitido e inclusive graduado em primeiro lugar – veio a excluir a proposta apresentada pela concorrente *NTT Data Portugal, S.A.*, “nos termos do disposto no artigo 146.º, n.º 2, alínea o) do CCP, por não resultarem quaisquer evidências concretas e palpáveis, em termos de projetos realizados, de que os três consultores seniores/funcionais (consultor sénior/funcional 1 (J.F.); consultor

- sénior/funcional 5 (A.P.) consultor sénior/funcional 6 (G.D.) tenham experiência em arquitetura TOGAF ou equivalente” (primeiro relatório final – 04/08/2022).*
- 22 Sucede, porém, que analisando as peças do concurso, também as propostas das demais concorrentes deveriam ter sido excluídas, por outro fundamento, pois não continham todos os elementos exigidos e não sujeitos à concorrência, nomeadamente aqueles relativos ao número de horas.
- 23 Com efeito, nenhuma das propostas em causa – a da aqui cocontratante *Axianseu II Digital, S.A.* e a da concorrente *Ernst & Young, S.A.* – incluía a referência a todos os elementos relativos aos $\text{SubFator}_1 + \text{SubFator}_2 + \text{SubFator}_3$ do Fator Horas.
- 24 O número mínimo de horas era indiscutivelmente um atributo da proposta não sujeito a concorrência.
- 25 A própria entidade adjudicante o deixou dito de forma bem clara na resposta aos pedidos de esclarecimento no decurso do concurso (ponto 2.11 da matéria de facto provada, sublinhado nosso):
- 25.1 Em resposta à *Link Consulting*: *“Caso a proposta não apresente as horas mínimas exigidas no critério de adjudicação, as mesmas serão motivo de exclusão da proposta apresentada”;*
- 25.2 Em resposta à *NTT Data*: *“Caso a proposta a apresentar não apresente as horas mínimas presentes no critério de adjudicação, as mesmas serão motivo de exclusão da proposta apresentada”.*
- 26 Daqui se depreende, sem qualquer margem para dúvidas, que a indicação do número mínimo de horas era considerada pela entidade adjudicante um atributo da proposta não sujeito à concorrência, que deveria obrigatoriamente constar das propostas, sob pena da sua exclusão.
- 27 Alega a entidade adjudicante na resposta à última notificação para contraditório efetuada nestes autos que *“era documento obrigatório da proposta o Anexo II, o qual refere que os concorrentes se obrigaram a “(...) realizar o objeto do (...) procedimento de acordo com o Convite/Programa de Concurso, o Caderno de Encargos e demais condições constantes do procedimento pré-contratual. Ou seja, com a junção do Anexo II e, bem assim, com a assinatura do mesmo, os concorrentes vincularam-se ao conteúdo constante quer do Caderno de Encargos, quer do Programa de Procedimento. Assim, os concorrentes efetivamente apresentaram um número de horas correspondente ao mínimo constante do Programa de Procedimento”.*
- 28 Salvo sempre o devido respeito, esta posição agora assumida pela entidade adjudicante contraria frontalmente a informação que ela própria prestou na resposta aos esclarecimentos solicitados – caso bastasse a entrega do Anexo II e a remissão genérica que nele é feita para o Programa de Concurso, não faria qualquer sentido ter a entidade adjudicante expressamente advertido aquelas interessadas de que caso as propostas não apresentassem o número mínimo de horas referidas no critério de adjudicação, seriam excluídas.

- 29 Assim, tal como sucedia com a proposta da concorrente *NTT Data Portugal, S.A.*, embora por outros motivos, também as demais propostas se encontravam em desconformidade com as peças do procedimento e, portanto, estavam impedidas de serem admitidas *tout court*, face à falta de indicação de um atributo da proposta, a saber, a expressa indicação do número de horas pelo qual se propunham executar o contrato.
- 30 Nessa medida, a proposta que mereceu adjudicação, da aqui co-contratante Axians EU II Digital, não continha atributos que constavam do aludido programa de procedimento, devendo ter sido excluída.
- 31 Lembramos, que a proposta da Axians EU II Digital não indicava o número de horas que propunha serem realizados pelo gestor do projecto, pelos arquitectos e pela restante equipa.
- 32 Igualmente, a mesma proposta da Axians não fazia nenhuma remissão expressa ou implícita para o fixado quanto a esse aspecto no programa de procedimentos ou indicava que iria cumprir o aí determinado. Na arquitectura empresarial desta proposta da Axians a única remissão - genérica - é para os termos técnicos do caderno de encargos e nesse caderno não se faz nenhuma referência à obrigação de cumprimento de um número de horas. Essa referência só é feita no próprio critério de adjudicação, constante unicamente do programa de procedimento. Ou seja, não há nenhuma indicação na proposta da Axians quanto ao número de horas que se propõe realizar.
- 33 Nessa medida, a sua admissão e a subsequente adjudicação constituem uma violação do disposto, conjugadamente, nos Art.ºs 70.º, n.º 2, alínea a), e 146.º, n.º 2, alínea o), ambos do CCP.

III.3 Da ilegalidade do critério de adjudicação

- 34 Ainda que assim se não entendesse e se pudesse considerar ser legal a admissão das duas propostas que vieram a ser consideradas pelo júri do concurso, sempre o procedimento seria ilegal pela incoerente definição no caderno de encargos ou mesmo no programa de procedimento de aspetos nucleares relativos à aplicação do critério de adjudicação.
- 35 O Caderno de Encargos constitui-se como um documento conformador do conteúdo das propostas a apresentar pelos concorrentes e do contrato a celebrar, sendo qualificado pelo Art.º 103.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos como um documento conformador do procedimento.
- 36 Nele se devem definir as condições ou aspetos de execução do contrato que as propostas têm de respeitar, sob pena de exclusão – cfr. Art.º 70.º, n.º 2, alínea b), do CCP.
- 37 É no Caderno de Encargos que devem estar claramente definidos os elementos sujeitos a concorrência que serão ponderados e aferidos através do modelo de avaliação de propostas,

assim permitindo graduar e classificar estas, com vista à determinação daquela que se revele economicamente mais vantajosa.

- 38 Conforme o TdC referiu no Acórdão n.º 38/2014 – 1.ª Secção/SS, de 04/11/2014, “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, 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” – vejam-se também neste mesmo sentido os Acórdãos do TdC n.ºs 06/2016, 1ª S/PL, de 08/03; 30/2013- 1ª S/SS, de 26/11; 13/2013 – 1.ª S/PL, de 05/11; 64/2009 – 1.ªS/S, de 31/03; 25/2021 – 1.ªS/PL, de 25/11.
- 39 Ora, lido o Caderno de Encargos - e mesmo o Programa do procedimento concursal - que esteve na origem do contrato aqui em apreciação, constata-se que neles inexistem qualquer referência clara à quantificação e valorização das horas, não sendo ali quantificado um critério coerente de avaliação ou valorização do número de horas mínimas.
- 40 No entanto, no modelo de avaliação estabelecido pela entidade adjudicante, esta valorava positivamente (como o fez inicialmente, com a concorrente que veio depois a ser excluída – a *NTT Data Portugal, S.A.* – a única que fez referência na sua proposta ao número de horas) as propostas que apresentassem um número de horas superior ao mínimo constante do Programa do Concurso.
- 41 Ou seja, foi definido um critério de adjudicação que no fator horas só pontua positivamente os concorrentes que apresentassem uma proposta cuja execução excedesse o número de horas mínimas, mas não foi indicado no caderno de encargos, designadamente nas suas cláusulas técnicas, que:
- a) a proposta tinha como atributo não submetido à concorrência aquele número mínimo de horas; e
 - b) só estava submetido à concorrência o número de horas que excedesse aquele mínimo.
- 42 Perante o Caderno de Encargos (ou o seu complemento Programa de Procedimento), os potenciais concorrentes não conseguiam saber com clareza nem que tinham de indicar na sua proposta o número mínimo de horas que se propunham prestar (atributo não submetido à

- concorrência), nem que poderiam indicar um número de horas superior a esse, de forma a verem a sua proposta valorizada na avaliação (elemento submetido à concorrência).
- 43 Esta indefinição lesa claramente os princípios da concorrência, publicidade e transparência que norteiam a contratação pública – Art.º 1.º-A, n.º 1 do CCP.
- 44 Com efeito, a insuficiente e incoerente definição dos critérios de adjudicação conducente à apresentação e conseqüente escolha de propostas com características diferentes não se afigura uma opção sustentada em critérios de rigor, eficiência e de boa gestão que a lei impõe, na medida em que as propostas não são comparáveis entre si, nem resulta demonstrado que a proposta adjudicada tenha sido a mais favorável (veja-se o decidido no Acórdão do TdC n.º 19/2021 - 1.ª S/SS, de 06/07).
- 45 Além disso, no caso de adoção da modalidade multifator para determinar a proposta economicamente mais vantajosa, *“deve ser elaborado um modelo de avaliação das propostas que explicita claramente os fatores e os eventuais subfactores relativos aos aspetos de execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos”* (cfr. Art.ºs 74.º, n.º 2, e 139.º, n.º 1, ambos do CCP), sendo que o modelo de avaliação deve constar do programa de procedimento (cfr. Art.ºs 132.º, n.º 1, alínea n), e 164.º, n.º 1, alínea q), também ambos do CCP). Apenas poderão ser avaliados os atributos das propostas com base nos fatores ou subfactores elementares que densificam o critério de adjudicação.
- 46 O Art.º 139.º, n.ºs 1 e 3, do CCP, interpretado à luz dos princípios da proporcionalidade e da necessidade, impõe que as entidades adjudicantes se abstenham de utilizar escalas nos subfactores de pontuação e graduação das propostas que obstem à pontuação de acordo com as diferenças objetivamente apresentadas entre as mesmas.
- 47 Assim, não seria suficiente dizer-se que determinado subfactor tinha o valor percentual x, impondo-se explicitar como é que, em concreto, se pontuava cada proposta em relação a esse item; e para esse efeito tornar-se-ia necessário o delineamento de uma escala de pontuação, com base na qual se atribuiria uma pontuação para o fator ou subfactor em avaliação - pontuação parcial (n.ºs 3 e 5, do Art.º 139.º do CCP). A atribuição dessa específica pontuação parcial exigiria ainda que o modelo de avaliação indicasse quanto é que se deveria atribuir à proposta em causa.
- 48 A jurisprudência deste TdC sobre modelos de avaliação das propostas diz-nos que a construção do modelo e da escala, em função dos fatores e subfactores decompostos *“deve ser feita de forma coerente, de modo a respeitar os objetivos de cada um deles”* (Ac. 18/2014 do TdC, 1.ª S/PL, de 21/10), que *“tem de haver coerência entre todos os elementos do modelo de avaliação e todos devem contribuir para a efetiva observação do critério de adjudicação”* (Ac. 2/2012 do TdC, 1.ª S/SS, de 24/01), que *“um modelo de avaliação das propostas que fixa um limiar de preço abaixo do qual a classificação das propostas é idêntica e, assim, desconsidera diferenças de preços, não é compatível com o objetivo legal do critério de adjudicação”* (Ac. 4/2013, 1.ª S/PL, de 15/05), que *“as escalas de*

pontuação devem ser coerentes, devem ter um desenvolvimento proporcional, devem permitir a valoração de todas as propostas e contribuir para a sua diferenciação e os fatores, subfactores e as escalas de pontuação não podem trair as opções feitas pela entidade adjudicante quando estabelece o critério de adjudicação” (Ac. 6/2016 do TdC, 1.ª S/PL, de 08/03), e que as mesmas escalas de pontuação devem ser “construídas utilizando uma grelha o mais ampla possível de modo a mitigar ou alavancar as diferenças entre as propostas” (Ac. 44/2020, 1.ª S/SS, de 02/11).

- 49 Se é certo que a entidade adjudicante goza de uma discricionariedade de definição dos fatores e subfactores de avaliação, esse poder encontra-se “balizado e condicionado juridicamente, desde logo por força de um imperativo de transparência. Precisamente a este respeito, o n.º 4 do seu artigo 67.º da Diretiva 2014/24, na linha da jurisprudência do TJ, estipula que “os critérios de adjudicação não podem ter como efeito conferir à autoridade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada” – assim, Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, 5.ª Edição, 2012, Coimbra: Almedina, pp. 881.
- 50 Assim, é nessa linha que o Tribunal da Justiça da União Europeia (TJUE) tem afirmado com recorrência que os fatores de avaliação não podem conferir à entidade adjudicante uma “liberdade incondicional” na adjudicação de contratos públicos. Daí que se entenda a exigência que os fatores de avaliação devam ser suficientemente densificados e sejam formulados em termos “claros, precisos e unívocos” (nesta senda, o Ac. do TJUE de 20/9/1988, Beentjes, C-31/87).
- 51 Do que se pode concluir, do mesmo modo, neste ponto, pela violação da legalidade dos princípios europeus sobre processo concorrencial aberto, em particular, os Art.ºs 107.º, n.º 1, 120.º, e 173.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), na linha da apreciação que o Ac. deste TdC 21/2019, de 2/7/2019, 1.ª S/SS, faz sobre os modelos de avaliação de propostas.
- 52 Quadro europeu em que o princípio da concorrência é um dos vetores centrais do programa constitucional da União Europeia refletido, nomeadamente, na jurisprudência do TJUE.
- 53 Contexto que conforma o direito nacional quanto a modalidades do critério legal de adjudicação por entidades públicas potencialmente desconformes o princípio da concorrência, por força do primado do Direito da União Europeia.
- 54 Ora, na decorrência da mencionada incongruência da elaboração deste modelo de avaliação no procedimento concursal, sabe-se que dos próprios relatórios de avaliação das propostas elaborados no concurso aqui em apreço não resulta de modo claro o *iter* seguido pelo respetivo júri, nomeadamente quanto à decomposição das pontuações atribuídas aos diferentes fatores das propostas apresentadas pelos concorrentes (veja-se que nem o preço das propostas apresentadas consta dos relatórios, mas apenas a pontuação obtida em cada proposta).

- 55 Apenas confrontando com o documento posteriormente remetido pela entidade fiscalizada e que não constava da instrução do processo (matriz de análise e avaliação das propostas), se conseguem verificar os cálculos que determinaram a avaliação das propostas, mas constata-se que estão em falta as razões subjacentes à pontuação atribuídas aos fatores das propostas e, conseqüentemente, à graduação e ordenação das mesmas.
- 56 Os Art.ºs 146.º e 148.º, ambos do CCP impõem à entidade adjudicante (ao júri do concurso por esta nomeado), por outro lado, um especial dever de fundamentação dos relatórios preliminar e final. No caso *sub judice*, tal dever não foi respeitado.
- 57 Pelo que se terá de concluir que também aqui se demonstra uma violação destas regras legais que estipulam a indispensável coerência e clareza na elaboração e concretização dos modelos de avaliação, também no domínio da fundamentação da graduação das propostas e da escolha da proposta vencedora e que foi escolhida como adjudicatária.

III.4 Efeitos das ilegalidades do contrato no processo de fiscalização prévia: recusa de visto

- 58 Sendo o processo de fiscalização prévia, na sua própria finalidade, vinculado à decisão final sobre concessão ou recusa de visto, a identificação de ilegalidades (num sentido alargado) tem de ser complementada pelo respetivo enquadramento em face das tipologias estabelecidas no Art.º 44.º, n.º 3, da LOPTC.
- 59 A indefinição do critério de adjudicação, associada à omissão ou incoerência das necessárias cláusulas técnicas do caderno de encargos, e a falta de fixação dos limites mínimos neste caderno de encargos impossibilitaram a escolha da melhor proposta (“economicamente mais vantajosa”) e podem ter levado ao desincentivo à apresentação de eventuais melhores propostas, com eventuais repercussões no resultado financeiro do contrato, o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do Art.º 44.º da LOPTC, constitui, de *per si*, motivo de recusa de visto do respetivo contrato.
- 60 Como se expressou no Acórdão n.º 29/2019, deste Tribunal de Contas:

“(…) para valorar a aptidão da ilegalidade se repercutir no resultado financeiro deve se ponderado o relevo da mesma na fase procedimental em que ocorre e da específica etapa na decisão final, a adjudicação do contrato, não se exigindo a demonstração de um nexo causal entre o vício e um imediato impacto financeiro.

Matriz compreensiva que conforma a jurisprudência maioritária do TdC quer quanto à prática de um ato administrativo com custos financeiros, sendo relevado, para efeitos de interpretação e aplicação da alínea c) do citado Art.º 44.º, n.º 3, da LOPTC, a norma ou complexo normativo violado e a sua dimensão axiológica fundamental, em particular quanto a medidas com resultado financeiro (em que a própria decisão com impacto financeiro podia, em abstrato, não ser praticada) e nos casos em que a etapa, apesar de não ser relevante para a existência do momento final que concretiza o impacto financeiro (o qual verificar-se-ia, independentemente dos contornos daquela), se afigura suscetível de poder ser considerada

mediatamente relacionada com o concreto resultado financeiro, por exemplo, o valor da adjudicação — daí se falar de uma aptidão ou de um perigo abstrato-concreto de impacto financeiro.

Em síntese, para o aplicador a questão que se coloca é a seguinte: se não ocorresse o vício a decisão final podia ser diferente na respetiva componente económico-financeira (dimensão que não se refere apenas à aprovação do contrato, mas à celebração do contrato por aquele valor)?” - fim de citação, deste Ac. 29/2019, 1.ª S/SS, de 25/3; neste mesmo sentido os Acs. n.º 13/2018, 1.ªS/PL, de 10/7; 17/2020, 1.ª S/SS, de 25/3, 16/2021, 1.ª S/SS, de 29/6.

51. Segundo jurisprudência pacífica deste TdC, verifica-se o impacto financeiro potencial previsto no Art.º 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC quando no âmbito de procedimento regulado pelo CCP se violam regras fundamentais sobre o imperativo de um procedimento concorrencial.
52. A ponderação judicial prevista no n.º 4 do Art.º 44.º da LOPTC (sobre se a concreta violação da alínea c) do n.º 3 do Art.º 44.º da LOPTC deve determinar a recusa do visto ao contrato) tem uma dimensão holística no sentido em que envolve um juízo sobre dimensões gerais e concretas relevantes (para a situação concreta) e pelos princípios da adequação e proporcionalidade, em particular, graus de lesão do interesse público e da ilegalidade.
53. É que, tal como no caso mencionado nesse aresto, também no caso *sub judice* se pode afirmar que o resultado financeiro do procedimento de formação dos contratos seria outro caso não tivesse ocorrido a admissão ilegal da proposta vencedora e caso estivessem definidos de forma clara e objetiva o critério de avaliação e as cláusulas técnicas em falta.
54. Assim, tendo consideração o valor envolvido e as demais circunstâncias deste caso, acima ponderadas, as ilegalidades apontadas devem dar lugar a uma decisão de recusa de visto.
55. Em conclusão, as ilegalidades mencionadas constituem fundamento para a recusa do visto nos termos da al. c) do n.º 3 do Art.º 44.º da LOPTC.

IV. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- Recusar o visto ao contrato de aquisição de serviços objeto de fiscalização prévia nos presentes autos.

Fixam-se emolumentos legais, ao abrigo do 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 31/5.

*

Registe e notifique.

Lisboa, 28 de março de 2023.

Os Juízes Conselheiros,

Nuno Miguel P. R. Coelho – Relator

Participou na sessão e assinou digitalmente o acórdão

Sofia Mesquita David - Adjunta

Participou na sessão e votou favoravelmente o acórdão

Alzira Antunes Cardoso - Adjunto

Participou na sessão por videoconferência e votou favoravelmente
o acórdão