



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

DECISÃO N.º 17FP/2010

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 18 de Novembro de 2010, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato da empreitada de “*alargamento e pavimentação da E.M. da Cova dos Moleiros ao Lombo da Ilha - Ilha*”, outorgado, em 18 de Fevereiro de 2010, entre a Câmara Municipal de Santana (CMS) e a empresa AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A., pelo preço de € 718 560,40, acrescido de IVA.

I - Os Factos

Com interesse para a decisão a proferir, a análise efectuada ao correlativo processo permite destacar os factos a seguir detalhados:

- a) Para efeitos de adjudicação da referenciada empreitada, a Câmara Municipal de Santana lançou um concurso público sujeito ao regime do Código dos Contratos Públicos (CCP), aberto por anúncio publicado no Diário da República, II Série, n.º 160, de 19 de Agosto de 2009.
- b) O ponto 12 do programa do procedimento especificava que a selecção dos concorrentes obedecia ao critério da proposta economicamente mais vantajosa, de acordo com o modelo de avaliação constante do anexo III àquele programa.
- c) O referido anexo III concretizava, no que aqui e agora interessa, que o factor “*Valia Técnica*” da proposta, decomposto nos subfactores: “*Plano de Trabalhos*”, “*Memória Descritiva e Justificativa do modo de execução*” e “*Adequação dos Planos de Mão-de-obra e Equipamento ao Plano de Trabalhos*”, “*será avaliado através de uma grelha que permite atribuir uma pontuação de 0 a 20 valores a cada concorrente a qual será obtida pela ponderação nos valores indicados de 0.35, 0.35 e 0.30, das pontuações atribuídas a cada um dos subfactores*”.
- d) Verificado que o modelo de avaliação não apresentava a referida grelha nem explicitava as condições de atribuição das ponderações dos referidos subfactores, o Município veio alegar que, “*Embora no programa de procedimento não estivesse definida a expressão matemática relativa à valia técnica, esta encontra-se implícita na sua avaliação, não tendo desta forma sido discriminado nenhum concorrente para efeitos de ordenação final atendendo a que a todos foi atribuído a mesma pontuação no factor em questão não resultando da aplicação do modelo, em nosso entender, qualquer restrição aos princípios gerais da actividade administrativa designadamente o princípio da igualdade, transparência e concorrência*”.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- e) De acordo com a informação fornecida pelo Município, “O *Auto de Consignação* ainda não foi assinado, em virtude da *Autarquia* não ter na sua posse todos os terrenos necessários para a execução da obra”.

II - O Direito

1. Uma das questões que subjaz à matéria de facto remete para a previsão normativa do artigo 132.º, n.º 1, alínea n), do CCP, cujos termos preceituam que o programa do concurso público deve indicar “O *critério de adjudicação, bem como, quando for adoptado o da proposta economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas, explicitando claramente os factores e os eventuais subfactores relativos aos aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, os valores dos respectivos coeficientes de ponderação e, relativamente a cada um dos factores ou subfactores elementares, a respectiva escala de ponderação, bem como a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos que permita a atribuição das pontuações parciais*”.

No caso, a selecção do co-contratante seguiu o critério previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º do CCP, o da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, e o programa do concurso explicitou os factores e os subfactores relativos aos aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência e os valores dos respectivos coeficientes de ponderação.

Todavia, em relação aos subfactores do factor *Valia Técnica* do critério de adjudicação, o modelo de avaliação divulgado no ponto 12 do programa do concurso omite a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos para os aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência pelo caderno de encargos.

Com efeito, pese embora a entidade adjudicante goze de discricionariedade na escolha do critério de adjudicação e dos respectivos factores e eventuais subfactores e suas ponderações, sobressai que, na elaboração do modelo de avaliação das propostas, não foi acolhida a disciplina veiculada pelos n.ºs 2 a 4 do artigo 139.º do CCP.

E, muito particularmente, que, para cada um dos subfactores do factor *Valia Técnica*, não se definiu “(...) *uma escala de pontuação através de uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos para o aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos respeitante a esse factor ou subfactor*”, conforme prescreve o n.º 3 do citado artigo 139.º.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

O legislador procura neste domínio garantir que a elaboração do modelo de avaliação das propostas se faça em moldes conformes com os princípios da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa fé, reconhecidamente dominantes nos procedimentos pré-contratuais, os quais transparecem quer do artigo 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, quer do artigo 1.º, n.º 4, do CCP (ver a nota preambular do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro).

Nesta linha, a escolha do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa impõe que o modelo de avaliação do concurso público seja elaborado em sintonia com as disposições acima invocadas do CCP, sendo, pois, este o critério jurídico a ter em conta na situação que nos ocupa, à luz do qual a questão de direito deve ser solucionada.

Assume, por isso, importância o facto de, para a atribuição das pontuações parciais nos subfactores em causa, o modelo não promover uma avaliação objectiva e imparcial das propostas, na medida em que não se forneceu, previamente, qualquer densificação ou determinação objectiva das condições de atribuição das respectivas ponderações percentuais.

Ao actuar deste modo, a entidade adjudicante poderá efectivamente seleccionar quem mais lhe interessar e fundamentar a sua escolha nos subfactores do critério de adjudicação, porque eles são indefinidos e permitem que ela escolha quem quiser e depois faça uma fundamentação à medida da sua intenção.

Tem-se, em síntese, por relevante que a CMS tinha a obrigação de explicitar no modelo de avaliação o conjunto ordenado de diferentes atributos respeitante aos subfactores em causa, conforme determinam os artigos 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2 a 3, do CCP, cuja violação se transmite ao contrato em análise, por força do preceituado no artigo 283.º, n.º 2, do CCP.

2. Uma outra questão suscitada nos autos prende-se com o facto de o auto de consignação da empreitada ainda não ter sido assinado, passados 9 meses sobre a data da celebração do contrato (18 de Fevereiro de 2010), porquanto o Município não tem na *“sua posse todos os terrenos necessários para a execução da obra”*.

Aqui importa sublinhar que o auto de consignação é o documento que representa a entrega, por parte do dono da obra, ao empreiteiro, dos locais aonde os trabalhos devem ser realizados, assumindo particular importância na vida do contrato porque marca o início da contagem do prazo acordado para a execução da empreitada (cfr. os artigos 355.º a 360.º e 362.º do CCP).



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Na falta de estipulação contratual, emerge do n.º 1 do artigo 359.º do CCP que o dono da obra deve proceder à consignação dos trabalhos em prazo não superior a 30 dias após a data da celebração do contrato. Pois se tal não suceder, sem culpa do empreiteiro, este terá direito a ser indemnizado nos termos gerais dos prejuízos sofridos em resultado desse facto, sem embargo de poder exercer o direito de resolução do contrato, previsto na alínea a) do artigo 406.º do mesmo Código, na hipótese de a consignação não ocorrer no prazo de 6 meses, contados da data da celebração do contrato.

Na situação vertente, com o retardamento da consignação da empreitada, nada no processo autoriza que se conclua que o Município incorreu, por culpa própria, na obrigação de indemnizar o adjudicatário nos termos legalmente admitidos ou, muito menos, por manifesta evidência, que o co-contratante rescindiu o contrato.

No entanto, assume relevância a hipótese de a demora superior a 6 meses poder vir a ter repercussões no custo final da empreitada, tornando-a mais cara, em virtude de, sob ponto de vista da conjuntura económica, não ser indiferente a obra ficar concluída com um atraso significativo em relação ao previsto, em resultado, designadamente, da actualização dos indicadores da mão-de-obra, materiais e equipamentos que interferem na fórmula de cálculo da revisão de preços.

3. À luz dos fundamentos de recusa de visto, enunciados nas alíneas a), b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, as ilegalidades decorrentes da violação das normas ínsitas aos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2 a 3, e 359.º, n.º 1, todos do CCP, constituem motivo de recusa de visto no quadro da citada alínea c), por potenciarem, em abstracto, a alteração do resultado financeiro do contrato.

Não obstante, pondera-se que relativamente às assinaladas ilegalidades, a CMS não foi objecto de qualquer recomendação anterior no âmbito do CCP, cuja entrada em vigor poderá ter suscitado, numa fase inicial, algumas dificuldades na sua aplicação.

Adverte-se, no entanto, que não há lugar à diversidade de soluções ou a diferentes interpretações, não sendo de subscrever, muito particularmente, o entendimento de que *“a escolha dos factores e subfactores que constituem o modelo de avaliação teve por referência o conjunto ordenado dos diferentes atributos colocados à concorrência pelo Caderno de Encargos com vista a promover uma acrescida qualidade técnica na fase de execução do contrato”*, pois não se descortina a mínima substanciação do alegado.

Em face do que, e tendo ainda em atenção a circunstância de não se poder dar por adquirida a alteração do resultado financeiro do contrato agora sujeito a fiscalização prévia, o Tribunal de Contas considera adequado à presente situação recorrer à faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

III – Decisão

Face ao exposto, decide-se, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores:

- 1) **Conceder o visto** ao contrato em apreço.
- 2) **Recomendar** à Câmara Municipal de Santana que futuramente:
 - a) Cumpra o preceituado nos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º, n.ºs 2 e 3, ambos do Código dos Contratos Públicos, no tocante á elaboração do modelo de avaliação das propostas, quando for adoptado o critério da proposta economicamente mais vantajosa.
 - b) Proceda à consignação da empreitada no prazo máximo de 30 dias contados da data da assinatura do contrato, tal como determina o artigo 359.º do citado Código.

São devidos emolumentos, no montante de € 718,56.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 18 de Novembro de 2010.

O JUIZ CONSELHEIRO,

(Alberto Fernandes Brás)

A ASSESSORA,

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,

(Alberto Miguel Faria Pestana)

**Fui presente,
O Procurador-Geral Adjunto,**

(Orlando de Andrade Ventura da Silva)

Processo n.º 13/2010 – Câmara Municipal de Santana.