



ACÓRDÃO Nº 19 /11 – 12.JUL. 2011 – 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 27/2011

(Proc. nº 1833/2010)

DESCRITORES:

Contrato de aquisição de serviços.

Critério de adjudicação.

Factores e subfactores.

Factor relativo à experiência dos concorrentes na prestação de serviços similares.

Lista de preços unitários.

Omissão, na proposta adjudicatária, dos preços unitários de algumas espécies de serviços.

SUMÁRIO:

- I – De acordo com o disposto no artigo 75º, nº1, do CCP, os factores e eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, devem abranger todos, e apenas, os aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, não podendo dizer respeito, directa ou indirectamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes;
- II – Sendo o critério de adjudicação, o da proposta economicamente mais vantajosa, viola o disposto no artigo 75º, nº1, do Código dos Contratos Públicos (CCP), a inclusão, nesse critério, de um factor relativo à “experiência em serviços similares”, pontuável com a ponderação de 10%;
- III – A apresentação, na proposta, de uma lista de preços unitários que não contempla os preços de todos os serviços objecto do contrato, viola o disposto nos artigos 96º, nº1, al. d) e 97º, nº1, do CCP, uma vez que não permite determinar o preço contratual a pagar pela entidade adjudicante pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do referido contrato;



- IV – A ilegalidade referida no ponto III, determina a nulidade do contrato, nos termos do nº1, do mencionado artigo 96º, do CCP;
- V – Tendo sido junta pela recorrente, com as alegações de recurso, uma Adenda ao contrato, onde se refere que os serviços, cujo preço unitário não havia sido indicado, são realizados pela adjudicatária a preço zero ou nulo, fica suprida a ilegalidade resultante da violação do citado artigo 96º, nº1, do CCP;
- VI – É de conceder o visto a um contrato, com recomendações, quando inexistir registo de recomendações relativas às matérias supra indicadas nos pontos II e III e, simultaneamente, haja a convicção de que o estabelecimento de uma recomendação será suficiente para que, no futuro, não voltem a ocorrer as mesmas ilegalidades.

Conselheiro Relator: António M. Santos Soares



ACÓRDÃO Nº 19 /11 – 12.JUL. 2011 - 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 27/2011

(Proc. nº 1833/2011)

Acordam os juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 1ª Secção:

I – RELATÓRIO

1. Recorreu a **Câmara Municipal de Valença** do Acórdão nº 35/2011, de 10 de Maio de 2011, da 1ª Secção do Tribunal de Contas, que recusou o visto ao contrato de aquisição de serviços celebrado entre o Município de Valença e a empresa “SUMA – Serviços Urbanos e Meio Ambiente, SA”.

Tal decisão foi proferida com base no disposto no artigo 44º, nº3, als a) e c), da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, e apoiou-se no facto de, por um lado, o concurso ter integrado, como critério de avaliação das propostas, o factor “experiência em serviços similares prestados” - o que contrariava o disposto no artigo 75º, nº1, do CCP - e, por outro lado, na circunstância de a proposta adjudicatária não conter, na respectiva lista, os preços unitários para parte dos serviços a prestar, o que impedia o estabelecimento rigoroso do valor da remuneração mensal da adjudicatária e acarretava que a proposta adjudicatária devesse ter sido excluída, por força do disposto nos artigos 8º, nº3, al. c) e 17º, als. b) e c) do Programa de Concurso e do estabelecido nos artigos 146º, nº2, al. d), 148º, nº1, e 57º, nº1, al.c), todos do CCP

Além disso, considerou a decisão recorrida que as ilegalidades atrás indicadas, acarretaram a alteração do resultado financeiro do contrato e, por outra parte, a nulidade do contrato, em resultado da violação do disposto no artigo 96º, nº1, al. d) do CCP.



2. A culminar as suas alegações de recurso, a Câmara Municipal de Valença (CMV) formulou as seguintes conclusões:

“I. Apesar de ser formalmente verdade que a recorrente estabeleceu como factor de avaliação a “experiência em serviços similares”, implicando o facto a avaliação de aspectos referentes a situações ou qualidades relativas aos concorrentes, e não apenas aos aspectos do contrato submetidos à concorrência, o facto não teve qualquer relevo na avaliação efectuada.

II. Tal factor subfactor não era (e não foi) de si excludente, ou proibitivo de se apresentar a concurso um concorrente com a expectativa de vir a celebrar o contrato referido no procedimento, sendo que uma hipotética empresa com pouca ou nenhuma experiência em serviços similares não estava proibida ou impedida de concorrer, o que apenas implicaria que obtivesse uma pontuação mais baixa nesse subfactor, o qual, no caso, era o subfactor com menos “peso”. Ou seja, de apenas 10%.

III. Os oito concorrentes que se apresentaram, correspondem, no fundo, a todas as empresas que operam nesta área (de mercado de serviços públicos) nesta zona do litoral Norte do País, sendo que, quando aparece uma empresa nova a concorrer pela primeira vez, costuma esta (por natureza é assim) agrupar-se em consórcio com uma daquelas – o que não aconteceu (cfr. art. 3º/nº2 do PConcurso).

IV. Todos os concorrentes foram pontuados com nota igual e nota máxima, não tendo, assim, este subfactor desempatado coisa alguma, pelo que nenhum dos concorrentes foi prejudicado ou beneficiado pela aplicação do referido subfactor, que nenhum protagonismo prático chegou, pois, na realidade, a jogar.

V. Não procede, com o devido respeito, o argumento de que poderia eventualmente haver outros potenciais interessados em concorrer e apresentar proposta, mas não o teriam feito face às condições fixadas para avaliação da sua experiência em serviços similares, bastando o simples perigo ou risco de que a ilegalidade constatada possa alterar os respectivos resultados financeiros, para a mesma ser juridicamente relevante.

VI. Ainda que em teoria e em abstracto (no campo das possibilidades puramente hipotéticas) pudesse ser, assim, na verdade, na possibilidade normal (possibilidade adequada) das hipóteses a considerar, não parece que se possa concluir ser essa uma hipótese provável, real, natural, plausível ou relevante.

VII. Antes de mais, porque ninguém, nenhuma empresa, nenhum interessado, se apresentou a contestar/impugnar o concurso, nomeadamente com o fundamento da previsão no mesmo de um subfactor de avaliação indevido ou ilegal, nem por altura do anúncio, nem a seguir à adjudicação, nem nunca até hoje.



VIII. *Por outro, porque, caso houvesse outro potencial interessado em concorrer, o poderia ter feito em plena liberdade, questionando e impugnando, inclusivamente, no âmbito do concurso, a classificação que lhe fosse atribuída no referido subfactor.*

IX. *Finalmente um qualquer interessado que porventura se encontrasse nessas condições, não tinha sido, de todo, impedido de apresentar-se ao procedimento e de submeter a sua proposta à avaliação da entidade adjudicante, impugnando, inclusivamente, através dos meios contenciosos ou jurisdicionais ao seu alcance, se nisso visse interesse, nos exactos termos do art. 100º nº2 do CPTA.*

X. *Não pode, por isso, legitimamente dizer-se que a fixação do citado subfactor alterou qualquer resultado financeiro ou sequer que constituiu um real perigo ou risco de o ter feito.*

XI. *Seria, pois, manifestamente desproporcionado em face da verificação de mera irregularidade que nenhuma influência teve na avaliação e que não constituiu qualquer risco real de alteração de qualquer resultado financeiro, que se decidisse pela inutilização de todo o procedimento adjudicatório, com a recusa do “visto” ao contrato, com todas as nefastas consequências que o facto acarreta para a recorrente, atento o objecto do contrato e a sua importância para a população, sendo que, no caso, e no limite, se justificaria o uso da faculdade prevista no art. 44º, nº2 da LOPTC, o que pode ainda vir a ser feito nesta sede.*

XII. *No que se refere à questão da interpretação e aplicação que foi feita acerca dos “preços unitários” a apresentar pelos concorrentes e sua conformidade com a lei, sempre ressalvado o devido respeito, também não parece ter-se decidido com inteiro acerto.*

XIII. *Da proposta da adjudicatária consta expressamente, no seu ponto 2.1 a referência à lista de preços unitários de todas as espécies e serviços e fornecimentos a realizar, pelo que jamais poderia a adjudicatária pretender cobrar, ao abrigo do contrato e dos preços unitários contratuais para outras espécies ou em razão de quaisquer outras espécies de serviços ou fornecimentos realizados ou executados, mas não contemplados no citado ponto, tal como consta do item 7º das presentes alegações, que aqui se dá por reproduzido.*

XIV. *Muito embora, em tal caso, se trate de prestações específicas, com uma certa autonomia conceptual, material e técnica, e que o adjudicatário está obrigado a realizar segundo o contrato, os respectivos trabalhos são feitos com “preço unitário zero”, por conta somente dos quatro preços unitários (positivos: com expressão superior a zero) discriminados e apresentados no ponto 2.1 da proposta, integrando uma obrigação de fazer e de prestar, mas sem um preço específico correspectivo ou, se se preferir, com “preço unitário zero”, tratando-*



se, por conseguinte, aqui, do fenómeno bem conhecido dos custos ou preços “diluídos” (ou com “preço zero”, sem expressão numérica positiva) nos demais preços contratuais estabelecidos.

XV. De resto aquelas “4 espécies” de preços unitários” propostas correspondem àquelas quatro que estão indicadas no ponto 2.a) do Programa de Concurso, na “fórmula de cálculo do Preço do Concorrente”, sendo que o texto do contrato celebrado contém, para as oito principais tarefas a prestar pela adjudicatária, de acordo com o caderno de encargos e a proposta adjudicada, e para todas as demais, apenas aquele que resulta dos quatro preços unitários indicados no ponto 2.2 do Programa de Concurso e no ponto 2.1 da proposta, em respeito absoluto pelo disposto no art. 96º, nº1, al. d) do CCP.

XVI. Muito embora se admita que se verificou uma desarticulação nas peças do concurso patenteadas no que se refere ao estatuído nos artigos 4º, nº2, a) e 8º, nº3, c) do Programa de Concurso, e bem assim nos pontos 3.4) e 3.1.5) do Caderno de Encargos, para que possam ficar dissipadas quaisquer dúvidas quanto ao modo de remuneração da Adjudicatária, foi, já, entretanto, celebrada a “Adenda” ao contrato, na sequência da sugestão deste Tribunal no pedido de informações de 14.04.2011, ponto 5. – documento ora junto – através da qual se determinou e esclareceu que todas as obrigações contratuais da co-contratante SUMA, nomeadamente as indicadas nos parágrafos primeiro a último da Cláusula 3ª do Contrato, serão realizadas e remuneradas através do preço contratual da cláusula 4ª e que este resulta dos quatro preços contratuais unitários estabelecidos na proposta da adjudicatária para as espécies discriminadas no art.4º, nº2, alínea a) e no art. 8º, nº3, alínea c) do Programa de Concurso, sendo que todas as demais espécies de tarefas do contrato, e nomeadamente as de “fornecimento, manutenção, substituição, lavagem, desinfecção de papeleiras” (ponto 2.2.5 do CE) e “recolha e transporte de RSU provenientes de moloques” (ponto 2.2.6. do CE), serão realizadas, pela Adjudicatária, a preço zero ou nulo, sem retribuição específica.

XVII. Da análise da Proposta Técnica da adjudicatária, e para que o contrato também remete e incorpora (cfr.art.96º, nº2 do CCP), a recolha dos RSU de moloques (que são um tipo especial de “contentor” redondo e semi-enterrado, mas que dentro tem apenas RSU/ lixo indiferenciado tal como os demais contentores, apenas exigindo viatura e cuidados especiais para deles retirar os RSU) insere-se na tarefa “RECOLHA DE RESÍDUOS INDIFERENCIADOS” (ponto 6.2 e respectivos Quadros 6.1 e 6.2), sendo que o fornecimento, etc. e lavagem de papeleiras, nas tarefas respeitantes a “CONTENTORES E PAPELEIRAS” (ponto 6.6 e respectivo Quadro 6.6).

XVIII. Reflectindo bem sobre a (des)articulação inicial entre os textos das peças do procedimento relativos aos “preços unitários” a fornecer pelos concorrentes, verifica-se que, afinal, seria muito difícil poder-se resolver a aparente divergência de um modo que obrigasse os concorrentes a indicarem preços



Tribunal de Contas

positivos, específicos e autônomos para papeleiras e para recolha dos RSU provenientes de “moloques” (como parece decorrer dos pontos 3.1.4 e 3.1.5 do CE), para deles serem pagos individualizadamente.

XIX. Com efeito, sendo que o critério “preço” era o principal factor, valendo mais de metade da classificação final (55% da avaliação), e que nele apenas se ponderariam os “preços unitários” unicamente relativos às tarefas a serem medidas 1)- recolha de RSU (toneladas), 2)- limpeza urbana (preço global por mês), 3)- fornecimento dos contentores (por unidade), 4)-lavagem dos contentores (por unidade), não seria concebível que no Programa de Concurso ou no Caderno de Encargos se exigisse que os concorrentes indicassem outros preços unitários para tarefas diferentes pelas quais seria também especificamente remunerado o adjudicatário, embora não submetidos tais preços à concorrência e à avaliação.

XX. Seria, desse modo, avaliar uma parte do preço ou da retribuição do futuro adjudicatário, deixando outra parte de fora, sem avaliação, sem a submeter à concorrência, sem qualquer comparação com as outras propostas nessa parte, cada um dos concorrentes podendo pôr aí o que bem entendesse (pretender receber de remuneração), pois que isso não iria ser avaliado.

XXI. Estar-se-ia a “fechar uma porta (para que nada que deva ser submetido à comparação e à concorrência, fique de fora) e depois abrir-se uma enorme janela”, o que seguramente não seria admissível.

XXII. Assim, a resolução da aparente ambiguidade nas peças patenteadas quanto à formulação de preços unitários pelos concorrentes, se fosse solucionada por essa via, implicaria uma ilegalidade e raiz e profunda, uma entorse manifesta do princípio da concorrência, pois que sempre poderia um concorrente ter o melhor preço, naquelas “parcelas” da remuneração que foram sujeitas a avaliação, e colocar livremente preços extraordinários e exorbitantes para as tarefas cujos “preços unitários” não iam ser submetidos a “avaliação”.

XXIII. Aquela ambiguidade tinha, pois, de ser corrigida, sendo que não foi possível fazê-lo do ponto de vista formal; todavia, resultou também, por coincidência, que as melhores propostas (e com preços unitários do art. 4º/2 do PC, mais baixos) foram as que não expressaram depois nenhuns preços unitários específicos para “papeleiras” e “recolha de RSU’s provindos de moloques (contentores semi-enterrados), pelo que, sempre ressalvado o devido respeito, a questão poderia – e pôde – resolver-se por si naturalmente, sem necessidade de anulação do concurso.

XXIV. Embora o advérbio “designadamente” surja muitas vezes, e cada vez mais hoje (e até e muito nas formulações normativas), associado à ideia de “particularmente” ou “por exemplo” (tal como, “nomeadamente”), e por isso indicando situações não exaustivas, que não esgotam o género ou classe em



Tribunal de Contas

causa, a verdade é que também – e esse é um tema caro aos linguistas – significa por si, originalmente “de modo designado”, ou seja, “concretizado”, “em detalhe”, e por isso como indicação das situações que cabem no género ou fenómeno ou ideia de que se trata, dependendo, pois, do contexto onde se insere a expressão.

XXV. No caso do art. 8º, nº3 do PC, afigura-se também defensável que, após a vírgula, e antes dos dois pontos (e no contexto da lei...), queira significar “a saber”, ou seja: “todos os preços unitários” (pelos quais vai receber a remuneração): os seus preços unitários (podendo alguns ser 0, ou nenhum, preço nulo), não tendo que ser “todos os preços de todas as tarefas”...

XXVI. Salvo o devido respeito, foram violadas ¹ as normas dos arts. 57º, nº1, al. c), 75º, nº1, 96º, nº1, al. d), 146º, nº2, al. d) e 148º, nº1, do CCP e 44º, nº2 e 3, als. a) e c) da LOPTC.

Terminou as suas alegações referindo que deve ser dado provimento ao recurso e, em consequência, revogar-se o acórdão recorrido e substituído por outro que conceda o visto.

3. O Exm.º Magistrado do Ministério Público emitiu douto parecer no sentido de que o Acórdão recorrido fez correcta apreciação da factualidade evidenciada no processo e adequada aplicação do direito ao procedimento pré-contratual e ao próprio contrato.

Mais refere o mesmo Magistrado que, uma vez que a recorrente, já na fase de recurso, elaborou e juntou uma “Adenda” ao contrato, com o que supriu as ilegalidades apontadas na decisão recorrida, deixaram de subsistir os fundamentos para a recusa do Visto.

Entende, assim, que deve conceder-se provimento ao recurso, revogando-se a decisão recorrida e concedendo-se o visto ao contrato.

4. Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir, pois que nada obsta ao conhecimento do objecto do recurso, sendo que este é delimitado pelas conclusões da alegação da recorrente, nos termos do artigo 684º, nº3, do Código de Processo Civil.

¹ Sic.



II – MATÉRIA DE FACTO

Tendo em conta o disposto no artigo 100º, nº2, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, o que consta da decisão recorrida, bem como as alegações da recorrente, considera-se assente a seguinte matéria de facto:

A) A Câmara Municipal de Valença remeteu, para fiscalização prévia deste Tribunal, o contrato de aquisição de serviços celebrado em 26 de Novembro de 2010, com a empresa “SUMA – Serviços Urbanos e Meio Ambiente, SA”, pelo valor de 2.004.300,00 €;

B) O contrato mencionado na alínea anterior, de acordo com a sua cláusula 3ª, tem como objecto:

- A concepção e exploração de um sistema integrado de recolha e transporte de resíduos sólidos urbanos;
- Varredura urbana;
- Limpeza das feiras, cemitérios, piscinas, parques e outras zonas de lazer;
- Fornecimento, lavagem e desinfecção de contentores;
- Fornecimento, manutenção, substituição, lavagem, desinfecção de papeleiras;
- Recolha e transporte de resíduos sólidos urbanos provenientes de moloques;
- Serviço de recolhas especiais (montureiras, “monstros” e animais mortos);
- Recolha selectiva porta a porta, na zona intramuros, de vidros, embalagens e papel;

C) O contrato indicado na alínea **A)** foi precedido de concurso público, cujo anúncio de abertura foi publicado no *Diário da República*, 2ª série, de 30 de Junho de 2010 e no *JOUE* de 1 de Julho de 2010;

D) O contrato tem um prazo de execução de cinco anos;

E) A retribuição do adjudicatário é mensal, de acordo com os trabalhos efectivamente prestados, e é feita “no prazo de sessenta dias após a recepção da factura”;



F) Tal retribuição depende dos seguintes critérios, em função das várias áreas de actividade referidas acima na alínea **B)**:²

- i. Na concepção e exploração de um sistema integrado de recolha e transporte de resíduos sólidos urbanos, **com base nas toneladas transportadas no mês;**
- ii. Na varredura urbana, **de acordo com o valor mensal proposto pelo concorrente;**
- iii. Na limpeza das feiras, cemitérios, piscinas, parques e outras zonas de lazer, **com base nas toneladas transportadas no mês;**
- iv. No fornecimento, lavagem e desinfeção de contentores, de acordo com o número de contentores lavados por mês e **com o valor unitário** proposto pelo concorrente;
- v. No fornecimento, manutenção, substituição, lavagem, desinfeção de papeleiras, **de acordo com o número de papeleiras lavadas** com a periodicidade proposta pelo concorrente e o respectivo **preço unitário**³;
- vi. Na recolha e transporte de resíduos sólidos urbanos provenientes de moloques, de acordo com o **número de horas mensais gastas pelo camião de recolha e respectivo custo horário;**
- vii. No serviço de recolhas especiais (montureiras, “monstros” e animais mortos), **com base nas toneladas transportadas no mês;**
- viii. Na recolha selectiva porta a porta, **com base nas toneladas transportadas no mês;**

G) De harmonia com o artigo 4º, nº1, al. b) do Programa de Concurso, o critério de adjudicação adoptado foi o da proposta economicamente mais vantajosa, com ponderação dos seguintes factores:

- Preço: 55%;
- Condições de pagamento: 15%;
- Experiência em serviços similares prestados: 10%;
- Mérito da proposta: 20%.

² Vide nºs 2.2 e 3 do caderno de encargos e cláusula 7ª do contrato.

³ Vide igualmente os esclarecimentos referidos infra, na alínea **M)**.



Tribunal de Contas

- H) O factor preço foi pontuado em função da seguinte escala de ponderação: $PP=100[(P_{concorrente}/P_{máximo})x100]$, em que:
- a) PP – Ponderação do preço;
 - b) Pconcorrente – Preço constante da proposta do concorrente;
 - c) Pmáximo – Preço máximo do contrato.
- I) A fórmula adoptada para avaliar o preço do concorrente foi a seguinte:
Preço do concorrente = 60 meses x [600 toneladas/mês x preço de tonelada) + (preço limpeza pública/mês) + (5 contentores de 800 litros/mês x preço de contentor de 800 litros) + 20 lavagens/mês de contentores de 800 litros x preço de lavagem de contentor de 800 litros);
- J) Ao concurso apresentaram propostas oito concorrentes, tendo sido excluídas duas. Na sequência de audiência prévia uma destas foi readmitida;
- K) A alínea c) do nº 3 do artigo 8º do Programa de Concurso estabeleceu que as propostas, “*sob pena de exclusão*”, deviam indicar “*de forma clara, inequívoca e discriminada*” a “[l]ista de preços unitários de ***todas as espécies de serviços e fornecimentos, designadamente:***⁴ *Preço de recolha de resíduos por tonelada, Preço de limpeza pública por mês, Preço de contentor de 800 litros e Preço de lavagem de contentor 800 litros*”;
- L) A alínea b) do artigo 17º do programa de concurso estabelecia que “*[s]ão excluídas as propostas que (...) [n]ão contenham os elementos exigidos, designadamente nos termos do nº 3 do artigo 8º*”;
- M) Nos esclarecimentos prestados pela CMV em 19 de Julho de 2010, no que respeita ao preço unitário da lavagem de papeleiras refere-se que “*o preço a propor deverá ser unitário, ou seja, quanto cobrará pela lavagem de uma papeleira*” e, quanto ao preço unitário de recolha de resíduos em moloques, diz-se que “*o valor unitário será o custo por hora para a recolha dos moloques*”;⁵

⁴ Negritos nossos.

⁵ Vide nºs 16 e 17 dos esclarecimentos constantes das fls.88 e ss. do processo.



- N) A proposta adjudicatária apresentou uma lista de preços unitários ⁶ para “recolha de tonelada de resíduos”, “mês de limpeza urbana”, “fornecimento de contentor de 800 litros” e “lavagem de contentor de 800 litros”;
- O) Com excepção de uma proposta, ⁷ as demais admitidas ao concurso apresentaram listas de preços unitários com os mesmos itens referidos na alínea anterior e ainda para “lavagem de papelreira” e “custo de hora de recolha de moloques”; ⁸
- P) A CMV foi interpelada pelos Serviços de Apoio a este Tribunal sobre a *“admissibilidade do factor integrante do critério de adjudicação designado por “Experiência em Serviços Similares”, face ao disposto no n.º 1 do artigo 75.º do CCP, tendo em consideração que neste preceito se estabelece que os factores e subfactores que densificam o critério de adjudicação não devem respeitar a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes”*;
- Q) Em resposta á questão referida na alínea anterior, a CMV disse o seguinte:
- “... A gestão de resíduos sólidos urbanos é actualmente uma das grandes questões da política regional, motivada pelas preocupações, cada vez mais assumidas, em preservar a qualidade do ambiente e pelas exigências da União Europeia. Por outro lado, a correcta gestão do serviço de recolha de resíduos sólidos urbanos é fundamental na salvaguarda da saúde pública.*
- Desta importância, resulta o anseio do Município de Valença, aquando da preparação das peças concursais, em minimizar os potenciais riscos e eventuais impactos na saúde pública, ao valorizar a experiência dos concorrentes neste género de serviços, tentando desta forma garantir um bom serviço de recolha e transporte de resíduos sólidos urbanos, e assim, salvaguardar a saúde pública.*
- No entanto, tal como se pode verificar pela análise da tabela com valoração atribuída no âmbito de cada um dos factores e subfactores integrantes do critério de adjudicação (...), todos os concorrentes obtiveram a pontuação máxima (100 pontos) ao nível deste critério de ponderação...”*;

⁶ Vide pág. 14 da proposta.

⁷ A da RRI que apresentou uma lista de preços unitário idêntica à da adjudicatária. Vide fl. 219 do processo.

⁸ A proposta da RUMOFLEX apresentou ainda preços unitários para fornecimento de papelreiras, recolha de monstros e recolha de montureiras. Vide fl. 220 do processo.



- R) A CMV foi igualmente interpelada pelos Serviços de Apoio deste Tribunal, sobre se *“todos os concorrentes apresentaram os preços unitários previstos no ponto 3 do Caderno de Encargos e, em caso afirmativo, quem apresentou, demonstrando tal facto”*;
- S) A tal questão a CMV respondeu *“que todos os concorrentes apresentaram lista de preços unitários referentes aos elementos obrigatórios⁹ para cálculo do subfactor “Preços do Concorrente”¹⁰ e que a apresentação dos preços unitários referidos nos sub-pontos 3.1.4, 3.1.5 e 3.1.6¹¹ não possui carácter obrigatório, por não serem aplicáveis na fórmula de cálculo do subfactor acima mencionado, mas que a execução desses trabalhos deveria ser prevista nos respectivos planos de trabalho”*;
- T) Adoptando-se na alínea c) do número 3 do artigo 8.º do Programa de Concurso o vocábulo *“designadamente”*,¹² foi questionada a CMV sobre *“como justificava a alegação do Júri do procedimento de que “(...) os documentos e ou elementos exigidos de suporte à proposta, estão enumerados no artigo 8.º do Programa de Concurso (...) Por conseguinte, o Júri não pode excluir nenhum concorrente por falta de outros documentos que não aqueles mencionados no artigo 8.º do Programa de Concurso”*;¹³
- U) A tal questão, respondeu a CMV que a *“alínea c) do n.º 3 do art.º 8.º do Programa de Concurso (PC), refere-se unicamente aos preços unitários aplicáveis à fórmula de cálculo do sub-factor “Preço do concorrente”, incluído no factor “Preço” dos critérios de adjudicação definidos do art.º 4.º do PC.*
Deste modo, a apresentação destes preços unitários é obrigatória para a avaliação do factor “Preço”.
Conforme já referido (...), todos os restantes preços unitários apresentados, não possuem carácter de obrigatoriedade.
A não apresentação dos preços unitários referidos no ponto 3 do Caderno de Encargos (CE), para além dos previstos na alínea c) do n.º 3 do art.º 8.º do PC, não pode ser considerada uma falta essencial (dado não serem aplicáveis na fórmula de cálculo do sub-factor “Preço do Concorrente”), não sendo por isso motivo de exclusão nos termos da alínea c) do art.º 17.º do PC”;

⁹ Negrito nosso.

¹⁰ Vide acima a alínea f) (nota da nossa responsabilidade).

¹¹ Correspondentes aos preços unitários referidos acima em iv., v. e vi. da alínea c) (nota da nossa responsabilidade).

¹² Vide acima a alínea h).

¹³ Vide fls. 3, parte final, do Relatório Preliminar de 01/10/2010.



“O sub-ponto 2.2.3.4) (inserido no ponto 2.2.3) – Limpeza das feiras, cemitérios, piscinas, parques e outras zonas de lazer) do CE refere que “a recolha e transporte de lixos ou resíduos provenientes destas infra-estruturas será efectuada de acordo com o estipulado nos sub-pontos do ponto 2.2.1) do CE”.

O sub-ponto 2.2.1.2.1) do CE define que os concorrentes deverão apresentar um estudo pormenorizado, anexo à proposta, no qual sejam esquematizados de forma clara (...) horários, meios humanos e materiais a afectar à prestação de serviço.

Sendo o sub-factor “Plano de Trabalhos” constituído pelos diversos serviços referidos nos pontos 2.2.1) a 2.2.8) (tal como define o ponto 2.1), parte final, do CE), somos de opinião que, para o serviço referido no ponto 2.2.3), tal como para os restantes serviços, é necessário apresentar um plano de trabalhos”;

V) Em decisão tomada por este Tribunal, em sessão diária de visto, de 25 de Março de 2011, entendeu-se ouvir de novo a CMV sobre a mesma matéria referida nas anteriores alíneas **R)** e seguintes, pelo que foi notificada nos seguintes termos:

“As importâncias a receber pelo adjudicatário são as que resultarem da aplicação dos preços unitários estabelecidos no contrato por cada espécie de trabalho a realizar às quantidades desses trabalhos realmente executados (cfr. ponto 3. do Caderno de Encargos).

A alínea c) do número 3 do artigo 8.º do Programa de Concurso é peremptória quanto à obrigatoriedade de os concorrentes apresentarem a lista de preços unitários de todas as espécies de serviços e fornecimentos e não só os aí discriminados a título exemplificativo, o que se compreende face ao regime de pagamento acima mencionado.

Assim sendo,

a) Demonstre que a adjudicatária apresentou a lista de preços unitários de todas as espécies de serviços e fornecimentos contratualizados;

b) Caso não tenha apresentado, esclareça como será efectuado o cálculo da remuneração a pagar à adjudicatária relativamente aos trabalhos realizados cujo preço unitário não constava da lista de preços unitários apresentada pela mesma na sua proposta”;

W) Sobre tal matéria veio então a CMV referir ¹⁴ de novo que “... a apresentação dos preços unitários é obrigatória para a avaliação do factor “Preço”. Todos os restantes preços unitários não possuem carácter de

¹⁴ Vide ofício nº 2351/2011, de 11 de Abril, a fls 225 e ss. do processo.



obrigatoriedade. No entanto, a execução desses trabalhos deverá ser prevista nos respectivos planos de trabalho. (...) A não apresentação dos preços unitários referidos no ponto 3 do Caderno de Encargos (CE), para além dos previstos na alínea c) do n.º 3 do art.º 8.º do PC, não pode ser considerada uma falta essencial (dado não serem aplicáveis na fórmula de cálculo do sub-factor “Preço do Concorrente”), não sendo por isso motivo de exclusão nos termos da alínea c) do art.º 17.º do PC...”.

- X)** No ofício a que se alude na alínea anterior, a CMV, veio ainda referir que a remuneração dos serviços relativos ao fornecimento e lavagem de papeleiras se fará com apelo aos preços unitários fixados para o fornecimento e lavagem de contentores até ao valor máximo de 52.500 € no que respeita ao fornecimento daqueles equipamentos, e de 7.800 € no que respeita à sua lavagem e desinfecção.
- Y)** Nesta resposta, a CMV não faz qualquer referência expressa a custos unitários da recolha e transporte de resíduos provenientes de moloques e refere que “... os pagamentos a efectuar ao adjudicatário, conforme dispõe o sub-ponto 3.1) do Caderno de Encargos, será mensal e de acordo com os trabalhos efectivamente prestados. Todos os pagamentos são efectuados considerando o conceito de preço contratual, definido no artigo 97º do Código dos Contratos Públicos, isto é a retribuição não poderá exceder o preço apresentado na proposta adjudicada ...”.
- Z)** A CMV juntou ao processo (de novo) cópia do sub-capítulo 4.7 da proposta adjudicatária em que o fornecimento e lavagem de papeleiras está associado ao fornecimento e lavagem de contentores de 800 litros, nada nele constando no que respeita à recolha e transporte de resíduos provenientes de moloques;
- AA)** Perante a resposta dada, e antes transcrita, em sessão diária de visto, de 14 de Abril de 2011, entendeu este Tribunal solicitar novos esclarecimentos quanto aos preços que irão ser praticados nos serviços relativos ao fornecimento e lavagem de papeleiras e de recolha de resíduos em moloques, confrontando a CMV com o facto de os documentos do procedimento preverem para essa matéria uma solução e resultarem outras soluções da proposta adjudicatária, e reflexamente no contrato, na interpretação que deles faz a Câmara Municipal.



- BB)** Da resposta da CMV ¹⁵ retira-se que não se sabe qual o preço que vai ser cobrado pelos referidos serviços, entendendo a Câmara que a remuneração que para eles se irá praticar terá que se conter dentro dos limites já referidos na alínea anterior. Mas desta resposta resulta finalmente que a proposta adjudicatária¹⁶ efectivamente associa a recolha de resíduos em moloques à recolha de resíduos indiferenciados, nada se dizendo assim quanto a preços específicos a praticar quanto a este serviço;
- CC)** Dado que os serviços relacionados com as papeleiras e moloques não estão autonomizados, em termos da sua remuneração, na proposta e no contrato, como se previa no caderno de encargos, o Tribunal, na decisão referida na alínea **AA)**, questionou ainda a CMV sobre como se previa, então, fazer o controlo da execução do contrato nesse domínio.
- DD)** Sobre a questão indicada na alínea anterior, respondeu a CMV:
“... [o] controlo de execução contratual será exercido através da apresentação, por parte do adjudicatário, das facturas mensais com a discriminação das tarefas efectuadas, fazendo o município a contabilização das diversas tarefas prestadas e inseridas nas funções previstas para a fórmula de cálculo, até ao limite máximo do preço contratual aplicável às tarefas contidas na "lista de preços unitários obrigatórios...”;
- EE)** Dada a resposta apresentada, foi questionada, ainda, a CMV, sobre *“donde resulta que o preço global fixado no contrato não pode ser excedido”*, ao que a mesma entidade respondeu dizendo: *“... [n]ão havendo a obrigatoriedade da discriminação dos preços unitários da totalidade das tarefas previstas no plano de trabalhos, o controlo de execução contratual será exercido através da apresentação, por parte do adjudicatário, das facturas mensais com a discriminação das tarefas efectuadas, fazendo o município a contabilização das diversas tarefas prestadas e inseridas nas funções previstas para a fórmula de cálculo, até ao limite máximo do preço contratual aplicável às tarefas contidas na "lista de preços unitários obrigatórios”;*
- FF)** Na sequência de todas as questões por si suscitadas, o Tribunal considerou que deveria *“a CMV ponderar a celebração de uma adenda contratual visando a definição inequívoca do regime de remuneração dos serviços que não estavam incluídos no modelo de avaliação das propostas”*, tendo, a essa sugestão, respondido a CMV que *“[o]s esclarecimentos agora prestados, bem como os anteriormente expostos, foram formulados na expectativa que se desvanecessem*

¹⁵ Vide ofício nº 2711/2011, de 5 de Maio, a fls 236 e ss. do processo

¹⁶ Vide Quadro 6.2 da proposta, na fl. 242 do processo.



Tribunal de Contas

quaisquer dúvidas sobre a correcção do procedimento contratual, e se possível, sempre ao abrigo dos princípios que regem a contratação pública. No entanto, caso o Dig.mo Tribunal não considere suficientes os esclarecimentos, deverá esta Câmara Municipal, (...) comprometer-se a celebrar uma adenda contratual nos termos definidos na presente questão colocada a este município”;

GG) A CMV juntou ao processo, com as suas alegações de recurso, uma adenda contratual – com uma Cláusula Única – do seguinte teor:

“Fica perfeitamente entendido entre as partes que as prestações contratuais da co-contratante “SUMA” indicadas na Cláusula 3ª do contrato e no ponto 2.2.) do Caderno de Encargos, serão remuneradas através do preço contratual da Cláusula 4ª do contrato e que este resulta dos quatro preços contratuais unitários estabelecidos na proposta da adjudicatária para as espécies discriminadas no art. 4º, nº2, alínea a) e no art. 8º, nº3, alínea c) do Programa de Concurso, sendo que todas as demais espécies de tarefas do contrato, e, nomeadamente, a de “fornecimento, manutenção, substituição, lavagem, desinfeção de papeleiras” (ponto 2.2.5 do CE) – relacionada com o fornecimento e lavagem de contentores – e a de “recolha e transporte de RSU provenientes de moloques” (ponto 2.2.6 do CE) – relacionada com a recolha e transporte de RSU – serão realizadas a, pela Adjudicatária, a preço zero ou nulo, sem retribuição específica, estando os seus custos diluídos naqueles preços.”.

III - O DIREITO

1. Como se viu acima, vem o presente recurso interposto do Acórdão nº 35/2011, de 10 de Maio de 2011, da 1ª Secção deste Tribunal, em subsecção, que recusou o visto ao contrato de aquisição de serviços celebrado entre o Município de Valença e a empresa “SUMA – Serviços Urbanos e Meio Ambiente, SA”.

A decisão recorrida teve por fundamento o facto de, por um lado, o concurso ter integrado, como critério de avaliação das propostas, o factor “Experiência em serviços similares prestados” - o que contrariava o disposto no artigo 75º, nº1, do CCP – e, por outro lado, o facto de a proposta adjudicatária não conter, na respectiva lista, os preços unitários para parte dos serviços a prestar, o que impedia o estabelecimento rigoroso do valor da remuneração mensal da adjudicatária e acarretava que a proposta adjudicatária devesse ter sido excluída, por força do disposto nos artigos 8º, nº3, al. c) e 17º, als. b) e c) do Programa de Concurso (PC) e do estipulado nos artigos 146º, nº2, al. d), 148º, nº1 e 57º, nº1, al. c), todos do CCP e a nulidade do contrato, nos termos do artigo 96º, nº1, al. d) do mesmo Código.

Analisemos, então, o acerto – ou não – da decisão ora posta em crise, tendo em conta a matéria de facto dada por assente e o que vem alegado pela recorrente:

2. A primeira das questões que se suscitam neste recurso tem a ver com o facto de o critério de adjudicação ter integrado o factor “Experiência em serviços similares”, o qual



Tribunal de Contas

era pontuado com 10%, de harmonia com o fixado no artigo 4º, nº1, al. b) do Programa de Concurso (vide a matéria de facto dada por assente na alínea G) do probatório).

A este respeito importa reter o que dispõe o nº1, do artigo 75º, do CCP:

Artigo 75º

Factores e subfactores

1 - Os factores e eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa devem abranger todos, e apenas, os aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, não podendo dizer respeito, directa ou indirectamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes.

.....

A norma acabada de transcrever não tem correspondência com qualquer dispositivo constante do regime jurídico aprovado pelo DL nº 59/99 de 2 de Março, sendo que resulta da transposição da Directiva nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.¹⁷

Ora, face ao que estabelece o nº1, do referido artigo 75º, do CCP, os factores – e eventuais subfactores - que densificam o critério de adjudicação da proposta, devem dizer respeito, apenas, aos aspectos da execução dos contratos a celebrar, submetidos à concorrência pelo Caderno de Encargos.

Assim, contendo o critério de adjudicação, no caso vertente, um factor – a experiência em serviços similares - que tem a ver com capacidades ou qualificações relativas aos concorrentes, isso pode proporcionar uma distorção/perturbação na escolha da proposta adjudicatária que pode colocar em causa o modo de selecção da proposta economicamente mais proveitosa.

É que não está em causa a escolha entre concorrentes, mas, apenas, a escolha entre propostas.

¹⁷ Esta Directiva foi publicada no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)* nº L 134, de 30-04-2004 e alterada pela Directiva nº 2005/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro e pelos Regulamentos (CE) nº 2083/2005, da Comissão, de 19 de Dezembro de 2005 e 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007 e rectificada pela Directiva nº 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro.



Deste modo, e como decidiu o acórdão recorrido, violado foi o disposto no artigo 75º, nº1, do CCP.

Trata-se de uma ilegalidade que pode alterar o resultado financeiro do contrato e que, por isso, está incluída no leque das causas de recusa do visto, previstas no artigo 44º, nº3, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, *maxime* na al. c) deste número.

3. Vejamos, de seguida, a outra ilegalidade assacada ao procedimento que antecedeu o presente contrato, qual seja a de a proposta adjudicatária não conter, na respectiva lista, os preços unitários para parte dos serviços a prestar.

Recorde-se que o nº3, do artigo 8º do Programa de Concurso (PC) estabelece que as propostas, sob pena de exclusão, deviam indicar “de forma clara, inequívoca e discriminada” a “lista de preços unitários de todas as espécies de serviços e fornecimentos”, tendo sido acrescentado a isto, a expressão “*designadamente: o preço de recolha de resíduos por tonelada; o preço de limpeza pública por mês; o preço de contentor de 800 litros e o preço de lavagem de contentor*”.

Por outro lado, a alínea b), do artigo 17º do mesmo PC estabelecia que “são excluídas as propostas que ... não contenham os elementos exigidos, designadamente nos termos do nº3, do artigo 8º”.

Como resulta da matéria de facto dada por assente na alínea **E)** do probatório, a remuneração da empresa adjudicatária é feita mensalmente, e em função das espécies de serviços e fornecimentos realizados (vide ainda a matéria factual indicada na alínea **B)** do probatório).

Como se mostra da alínea **N)** do probatório, a lista de preços unitários apresentada na proposta da adjudicatária, contém os preços unitários relativos a cada *tonelada dos resíduos recolhidos e transportados, à limpeza pública por mês, ao fornecimento de contentor de 800 litros* e, ainda, o relativo à *lavagem de contentor de 800 litros*.

Todavia, tal lista não contém o preço de lavagem de papeleiras, nem o custo horário do camião de recolha de resíduos em moloques.

Ora, para a determinação da remuneração mensal da adjudicatária, são necessários, também, os preços destes serviços, objecto do presente contrato, os quais devem integrar



Tribunal de Contas

o respectivo preço contratual, nos termos do artigo 97º, nº1, do CCP, preço este que faz parte do contrato, sob pena de *nulidade* do mesmo, de acordo com o artigo 96º, nº1, al. d) do mesmo código:

Artigo 97º

Preço contratual

1 – Para efeitos do presente Código, entende-se por preço contratual, o preço a pagar, pela entidade adjudicante, em resultado da proposta adjudicada, pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato.

.....

Artigo 96º

Conteúdo do contrato

1 – Faz parte integrante do contrato, quando este for reduzido a escrito, um clausulado que deve conter, sob pena de nulidade daquele, os seguintes elementos:

.....

d) O preço contratual ou o preço a receber pela entidade adjudicante ou, na impossibilidade do seu cálculo, os elementos necessários à sua determinação.

.....

Era, pois, fundamental, a indicação do preço de todos os serviços abrangidos pelo objecto do contrato.

Aliás, quer do ponto 3 do Caderno de encargos, quer do artigo 8º, nº3, al. c) do PC, resultava já a indispensabilidade da apresentação de todos os preços unitários.

Por outro lado, do disposto no artigo 17º do PC resultava que seriam excluídas as propostas que não cumprissem o exigido no artigo 8º da mesma peça procedimental, *desde que a falta seja essencial*.



Ora, como vimos, era *essencial* a indicação, por forma clara, discriminada e inequívoca, de todos os preços unitários, para que fosse possível definir o preço a pagar pela entidade adjudicante, pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato, tal como definido na alínea **B)** do probatório.

3. 1. Diz a recorrente que, da proposta da adjudicatária, consta expressamente, no seu ponto 2.1., a referência à lista de preços unitários de todas as espécies de serviços e fornecimentos a realizar, pelo que jamais poderia a adjudicatária pretender cobrar, ao abrigo do contrato e dos preços unitários contratuais para outras espécies ou em razão de quaisquer outras espécies de serviços ou fornecimentos realizados ou executados, mas não contemplados no citado ponto.

E acrescenta a recorrente que, muito embora se trate de prestações específicas, com uma certa autonomia conceptual, material e técnica, e que o adjudicatário está obrigado a realizar segundo o contrato, os respectivos trabalhos são feitos com “*preço unitário zero*”, por conta somente dos quatro preços unitários discriminados e apresentados no ponto 2.1. da proposta, integrando uma obrigação de fazer e de prestar, mas sem um preço específico correspondente ou com preço unitário zero, tratando-se, por conseguinte, do “fenómeno bem conhecido dos custos ou preços diluídos ... nos demais preços contratuais estabelecidos.

A argumentação da recorrente não abalaria, porém, a relevância negativa – e suas consequências legais - da omissão, na proposta adjudicatária, da apresentação de todos os preços unitários, no caso de não ter sido efectuada uma adenda ao contrato, onde o custo dos serviços para os quais não havia sido indicado preço, estivesse contemplado.

Ora, efectivamente, com as alegações de recurso, a recorrente juntou uma Adenda ao contrato remetido para fiscalização prévia onde, como se mostra da alínea **GG)** do probatório, se refere expressamente que as tarefas de “*fornecimento, manutenção, substituição, lavagem e desinfectação de papeleiras*”, bem como a “*recolha e transporte de RSU provenientes de moloques*” serão realizadas, pela adjudicatária, a preço zero ou nulo, sem retribuição específica, estando os seus custos diluídos nos demais preços contratuais.

4. Atento o disposto no artigo 100º, nº2, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto (LOPTC), pode este Tribunal conhecer de questões relevantes, para a concessão ou recusa do visto, suscitadas nas alegações do recorrente.



Tribunal de Contas

A Adenda ao contrato submetido a fiscalização prévia, subscrita pelas respectivas partes contratantes e junta com as alegações de recurso, é uma questão relevante para a concessão do visto.

Efectivamente, com a elaboração e junção de tal Adenda, suprida foi a ilegalidade que, nesta parte, era apontada pelo Acórdão recorrido e que resultava do disposto, conjugadamente, nos artigos 96º, nº1, al. d) e 97º, nº1, ambos do CCP.

5. Com o que vem de ser dito, pode afirmar-se que, como bem refere o Digmº Magistrado do Ministério Público, deixaram de subsistir os fundamentos que, neste âmbito, haviam determinado a recusa do visto ao contrato.

Tanto quanto emerge dos registos deste Tribunal, não há indicação de, à entidade adjudicante, já ter sido efectuada alguma recomendação sobre as matérias relativamente às quais se verificou a ocorrência das ilegalidades elencadas pela decisão recorrida.

Por outra banda, é expectável que, com o estabelecimento de uma recomendação, a Câmara Municipal de Valença venha a cumprir rigorosamente, em procedimentos futuros, as disposições ora violadas.

Estão, assim, reunidos os pressupostos que permitem o uso da faculdade prevista no nº4, do artigo 44º, da Lei nº 987/97 de 26 de Agosto.

IV – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Plenário, em conceder provimento ao recurso e, em consequência, em conceder o visto ao contrato.

Mais acordam em recomendar, à Câmara Municipal de Valença, o rigoroso cumprimento, em procedimentos futuros, do disposto nos artigos 75º, nº1, 96º, nº1, al. d) e 97º, nº1,



Tribunal de Contas

todos do CCP, bem como a difusão desta recomendação pelos competentes serviços da Autarquia.

São devidos emolumentos (artigo 5º, nº1, al. b) e 17º, nº3 do Regime Jurídico anexo ao DL nº 66/96 de 31 de Maio).

Lisboa, 12 de Julho de 2011.

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares, relator)

(António A. Santos Carvalho)

(Manuel R. Mota Botelho)



Tribunal de Contas

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)