



[Handwritten signature]

DECISÃO N.º 7/FP/2011

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 10 de Maio de 2011, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato de “Estabilização da Escarpa Sobranceira à Marginal da Calheta”, outorgado, em 16 de Março de 2011, na sequência de concurso público, entre a Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional do Equipamento Social, e a empresa “AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A.”, pelo preço de € 4 745 000,00 (s/IVA).

I - Os FACTOS

Com interesse para a análise do processo vertente, cumpre destacar os factos a seguir elencados:

- a) Através da Resolução n.º 1142/2009, de 10 de Setembro, o Conselho do Governo determinou, ao abrigo do disposto nos artigos 18.º, 19.º, al. b), e 38.º, do Código dos Contratos Públicos (CCP), a abertura de um concurso público internacional, autorizou a realização da respectiva despesa, e aprovou as peças do procedimento concernente.
- b) O aviso de abertura foi publicado no Diário da República, II Série, n.º 211, de 30 de Outubro de 2009, no Jornal Oficial da União Europeia, n.º S 211- 303348, de 31 de Outubro de 2009, e no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira, II.ª Série, n.º 209, e no Jornal da Madeira, ambos do dia 3 de Novembro de 2009.
- c) O ponto 11. do programa do concurso especificava que a selecção dos concorrentes obedecia ao critério da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, de acordo o modelo de avaliação constante do Anexo 2, decomposto por ordem decrescente de importância pelos seguintes factores: *Valia técnica da proposta (VT) 0,60 e Preço (PR) 0,40*.
- d) No que aqui e agora interessa, o factor *Valia técnica da proposta*, seria avaliado pela classificação obtida e respectiva ponderação nos seguintes subfactores:
 - a.1) Plano de trabalhos (PT) - 0.50
 - a.2) Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra (MD) - 0.50

O subfactor PT, referido na alínea a.1), será avaliado segundo o seu grau de elaboração e apresentação, do seguinte modo:

1- Muito bem elaborado, discriminado ao nível de todos os artigos do orçamento e bem escalonado ao longo do prazo de execução.....	20
2 - Bem elaborado, discriminado ao nível de todos os artigos do orçamento e bem escalonado ao longo do prazo de execução	18
3 - Discriminado ao nível dos principais artigos do orçamento e bem escalonado ao longo do prazo de execução	16
4 - Discriminado ao nível de todos os artigos do orçamento e com algumas falhas no escalonamento ao longo do prazo de execução	15
5 - Discriminado ao nível de poucos artigos do orçamento e bem escalonado ao longo do prazo de execução	14
6 - Discriminado ao nível dos principais artigos do orçamento e com algumas falhas no escalonamento ao longo do prazo de execução	13
7 - Discriminado ao nível de poucos artigos do orçamento e com algumas falhas no escalonamento ao longo do prazo de execução	12
8 - Discriminado ao nível de todos os artigos do orçamento e com muitas falhas no escalonamento ao longo do prazo de execução	11
9 - Discriminado ao nível dos capítulos do orçamento e bem escalonado ao longo do prazo de execução	10
10 - Discriminado ao nível dos principais artigos do orçamento e com muitas falhas no escalonamento ao longo do prazo de execução	8
11 - Discriminado ao nível de poucos artigos do orçamento e com muitas falhas no escalonamento ao longo do prazo de execução	7
12 - Discriminado ao nível dos capítulos do orçamento e com falhas no escalonamento ao longo do prazo de execução	5

O subfactor MD, referido na alínea a.2), será avaliado segundo o seu grau de elaboração e apresentação, do seguinte modo:

1 - Muito bem elaborada e bastante esclarecedora do modo de execução da obra, nomeadamente ao nível dos processos construtivos envolvidos nas diferentes tarefas e da sua compatibilidade com o plano de trabalhos e com os mapas de mão-de-obra e de equipamentos apresentados na proposta.	20
---	----



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Handwritten signature and initials.

- 2 - Bem elaborada e esclarecedora do modo de execução da obra, apesar de apresentar algumas (poucas) falhas ao nível da descrição dos processos construtivos mais importantes e/ou de compatibilidade com o plano de trabalhos ou com os mapas de equipamentos e de mão-de-obra apresentados na proposta.18
- 3 - Bem elaborada e esclarecedora do modo de execução da obra, apesar de apresentar algumas falhas ao nível da descrição dos processos construtivos mais importantes e/ou de compatibilidade com o plano de trabalhos ou com os mapas de equipamentos e de mão-de-obra apresentados na proposta16
- 4 – Razoavelmente elaborada e esclarecedora do modo de execução da obra, apesar de apresentar algumas (poucas) falhas ao nível da descrição dos processos construtivos mais importantes e/ou de compatibilidade com o plano de trabalhos ou os mapas de equipamentos e de mão-de-obra apresentados na proposta14
- 5 - Razoavelmente elaborada e esclarecedora do modo de execução da obra, apesar de apresentar algumas falhas ao nível da descrição dos processos construtivos mais importantes e/ou de compatibilidade com o plano de trabalhos ou os mapas de equipamentos e de mão-de-obra apresentados na proposta12
- 6 – Pouco elaborada e esclarecedora do modo de execução da obra, apresentando algumas falhas ao nível da descrição dos processos construtivos mais importantes e/ou de compatibilidade com o plano de trabalhos ou os mapas de equipamentos e de mão-de-obra apresentados na proposta10
- 7 - Pouco elaborada e esclarecedora do modo de execução da obra, apresentando muitas falhas ao nível da descrição dos processos construtivos mais importantes e/ou de compatibilidade com o plano de trabalhos ou os mapas de equipamentos e de mão-de-obra apresentados na proposta5
- 8 – Mal elaborada e não esclarecedora do modo de execução da obra1
- e) Ao concurso, dos dez concorrentes que apresentaram proposta, foram admitidos os seis que se identificam no quadro seguinte, conforme resulta do relatório preliminar elaborado em 20 de Dezembro de 2010:

N.º	CONCORRENTES ADMITIDOS	VALOR DA PROPOSTA (EM EUROS E SEM IVA)
3	Teixeira Duarte – Engenharia e Construções, S.A.	5 495 222,25
6	Afaviás – Engenharia e Construções, S.A.	4 745 000,00
7	Construtora do Tâmega Madeira, S.A.	5 027 298,24
8	Somague – Engenharia Madeira, S.A./Etermar – Empresa de Obras Terrestres e Marítimas, S.A.	4 999 500,00
9	Tecnovia Madeira – Sociedade de Empreitadas, S.A.	6 298 000,00
10	Construtora Abrantina, S.A.	4 818 790,12

f) Por força do modelo de avaliação adoptado, o júri do concurso atribuiu as seguintes pontuações ao factor Valia técnica da proposta:

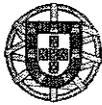
N.º	CONCORRENTES	PPT (0,50)	PMD (0,50)	PVT
3	Teixeira Duarte – Engenharia e Construções, S.A.	18,00	20,00	19,00
6	Afaviás – Engenharia e Construções, S.A.	20,00	16,00	18,00
7	Construtora do Tâmega Madeira, S.A.	15,00	16,00	15,50
8	Somague – Engenharia Madeira, S.A./Etermar – Empresa de Obras Terrestres e Marítimas, S.A.	14,00	10,00	12,00
9	Tecnovia Madeira – Sociedade de Empreitadas, S.A.	13,00	14,00	13,50
10	Construtora Abrantina, S.A.	15,00	18,00	16,50

g) A aplicação dos factores e subfactores do critério de adjudicação permitiu obter a seguinte ordenação das propostas:

N.º	CONCORRENTES	PVT (0,60)	PPR (0,40)	PG	CLASSIFICAÇÃO FINAL
3	Teixeira Duarte – Engenharia e Construções, S.A.	19,00	15,72	17,69	2.º
6	Afaviás – Engenharia e Construções, S.A.	18,00	18,21	18,08	1.º
7	Construtora do Tâmega Madeira, S.A.	15,50	17,19	16,18	4.º
8	Somague – Engenharia Madeira, S.A./Etermar – Empresa de Obras Terrestres e Marítimas, S.A.	12,00	17,28	14,11	5.º
9	Tecnovia Madeira – Sociedade de Empreitadas, S.A.	13,50	13,72	13,59	6.º
10	Construtora Abrantina, S.A.	16,50	17,93	17,07	3.º

h) Face ao que o júri propôs que a presente empreitada fosse adjudicada à empresa posicionada em primeiro lugar, ou seja, à “AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A.”, pelo preço contratual de € 4 745 000,00 (s/IVA), e pelo prazo de execução de 720 dias, por ser a proposta economicamente mais vantajosa.

i) Na reunião do Conselho do Governo Regional, realizada no dia 27 de Janeiro do corrente ano, foi assim adjudicada, por força da Resolução n.º 78/2011, a obra de “Estabilização da Escarpa Sobranceira à Marginal da Calheta” nos termos propostos pelo júri.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Handwritten signature and initials

- j) A SRES, quando questionada em sede da verificação preliminar do presente processo sobre "(...) se o modelo de avaliação das propostas, divulgado pela entidade adjudicante no Anexo 2 ao programa do concurso, observava a disciplina normativa dimanada dos artigos 132, n.º 1, al. n), e 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, do Código dos Contratos Públicos, em concreto no que alude à densificação dos subfactores Plano de trabalhos e Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra, que compõem o factor Valia técnica da proposta", veio aduzir que o referenciado modelo "(...) foi definido com a convicção de que observava (...)” o teor das citadas normas.
- k) Reforça o seu entendimento ao acrescentar que "(...) A cada um dos subfactores referidos correspondeu uma escala de pontuação, que assentava num conjunto de atributos susceptíveis de serem propostos que permitiam a atribuição de pontuações parciais. De facto, para os subfactores PT e MD, que compõem o factor VT, não foi possível estabelecer expressões matemáticas adequadas, uma vez que os elementos a analisar eram de certa forma complexos, extensos, mais ou menos minuciosos, com um misto de objectividade/subjectividade. As pontuações, neste caso, foram atribuídas em função da coerência, consistência, clareza e nível de detalhe, atributos estes que, ainda que indirectamente, consideram-se evidenciados no descritivo das escalas de pontuação utilizadas (...)”.
- l) Por fim admite que existe "(...) a necessidade de rever e melhorar o modelo de avaliação das propostas quando o critério for o da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, acatando as eventuais recomendações que o Tribunal entendesse fazer sobre esta matéria (...)”.

II - O DIREITO

A factualidade exposta suscita uma questão central que cumpre analisar à luz do regime jurídico aprovado pelo CCP, e que resulta do modelo de avaliação das propostas consagrado no ponto 11. do programa do concurso (Anexo 2), tratado de modo inadequado por não observar integralmente os termos do artigo 132.º, n.º 1, al. n), do citado Código, que preceituam que o programa do concurso 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.

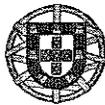
Todavia, o ponto 11. do programa do concurso não percebe correctamente a questão do modelo de avaliação das propostas, porquanto omite a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos para os aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência pelo caderno de encargos respeitantes aos subfactores do factor *Valia Técnica* do critério de adjudicação.

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 mesmo 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.

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 a elaboração do modelo de avaliação do concurso público obedeça aos termos das disposições acima invocadas do CCP, sendo, pois, este o critério jurídico decisivo



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

FF
Muff
10

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 aludir simplesmente a uma escala estruturada com recurso a expressões, no que concerne aos subfactores *Plano de trabalhos e Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra*, tais como *Muito bem elaborado* ou *bem elaborado, discriminado ao nível dos principais artigos* ou *de pouco artigos, bem escalonado*, ou *algumas falhas no escalonamento* ou *muitas falhas*.

A ideia que pode formular-se, a este respeito, é a de que os paradigmas de referência são vagos e genéricos, não abonam a favor de uma avaliação objectiva e imparcial, na medida em que a entidade adjudicante não forneceu, previamente, qualquer densificação ou determinação objectiva das condições de atribuição das menções quantitativas/qualitativas da escala de pontuação.

Por aqui a entidade adjudicante poderá efectivamente escolher quem mais lhe interessar e fundamentar a sua escolha nos subfactores do critério de adjudicação, porque eles são indefinidos e, portanto, permitem que ela escolha quem quiser.

Quer dizer, faltou definir, clara e previamente, o conjunto ordenado de diferentes atributos que permitisse a atribuição das pontuações parciais nos subfactores, em sintonia com o disposto na norma do n.º 5 do artigo 139.º do CCP, cujos termos estipulam que as pontuações parciais de cada proposta são atribuídas pelo júri através da aplicação da “expressão matemática” ou, quando esta não existir, através de um juízo de comparação dos respectivos atributos com o conjunto ordenado referido no n.º 3 do mesmo artigo 139.º.

Omissão que impediu que ficasse claro qual o trajecto seguido pelo júri para fazer corresponder à proposta do concorrente “*AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A.*”, nos citados subfactores *Plano de trabalhos e Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra*, a pontuação de 20 e 16 valores, com remissão apenas para as expressões “*Plano de trabalhos bem elaborado, discriminado ao nível de todos os artigos do orçamento e bem escalonado ao longo do prazo de execução*” ou “*Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra bem elaborada e esclarecedora do modo de execução da obra, apesar de apresentar algumas falhas a nível da descrição dos processos construtivos mais importantes e/ou de compatibilidade com o plano de trabalhos ou com os mapas de equipamentos e mão-de-obra apresentados na proposta*”, assim como no que toca ao raciocínio

desencadeado para efeitos de atribuição da pontuação aos demais concorrentes nos mesmos subfactores, porquanto se colocam exactamente as mesmas incertezas.

Tem-se assim por relevante que a entidade adjudicante tinha a obrigação de explicitar no modelo de avaliação as condições de atribuição das pontuações da escala gradativa, e delas dar conhecimento aos concorrentes no programa do concurso, 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 determina a anulabilidade do acto final de adjudicação, nos termos do artigo 135.º do Código do Procedimento Administrativo, a qual se transmite ao contrato em análise, por força do preceituado no artigo 283.º, n.º 2, do CCP.

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, a ilegalidade decorrente da violação das normas ínsitas aos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2 a 3, do CCP, pode constituir motivo de recusa de visto no quadro da previsão da citada alínea c), por se mostrar, pelo menos em abstracto, susceptível de provocar a alteração do resultado financeiro do contrato.

Todavia, a SRES veio reconhecer a necessidade de rever e melhorar o modelo de avaliação das propostas quando o critério for o da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, acatando as eventuais recomendações que o Tribunal entendesse fazer sobre esta matéria.

E a única recomendação que a este Serviço foi formulada neste âmbito foi-o através da Decisão n.º 7/FP/2010, de 23 de Fevereiro, notificada, porém, após a data do lançamento do concurso público que procedeu a celebração do contrato em apreço, que se registou através da Resolução do Conselho do Governo n.º 1142/2009, de 18 de Julho.

Afigura-se, pois, adequado ter em consideração a circunstância de não se poder dar por adquirida a alteração do resultado financeiro do contrato agora sujeito a fiscalização prévia e a possibilidade de este Tribunal de recorrer à faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, para conceder o visto e recomendar à SRES que futuramente evite a ilegalidade de que aqui se dá conta.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

III – DECISÃO

Face ao exposto, com os pareceres favoráveis da Digníssima Magistrada do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores, decide-se conceder o visto ao contrato em apreço, com a recomendação à Secretaria Regional do Equipamento Social que, de futuro, evite a ilegalidade que aqui se apontou.

São devidos emolumentos, no montante de € 4.745,00.

Tribunal de Contas, Secção Regional da Madeira, 10 de Maio de 2011.

O JUIZ CONSELHEIRO

(João Aveiro Pereira)

A ASSESSORA,

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,

(Alberto Miguel Faria Pestana)

Fui presente, por vídeo-conferência

A Procuradora-Geral Adjunta,

(*Maria Joana Marques Vidal*)

