

ACÓRDÃO N.º 01/2013 - 08.jan. - 1ª S/SS

(Processo n.º 1481/2012)

DESCRITORES: Contrato de Prestação de Serviços / Concurso Limitado Por Prévia Qualificação / Critério de Adjudicação / Documentos / Direito Comunitário / Capacidade Técnica / Prazo / Prorrogação do Contrato / Nulidade / Norma Financeira / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. De acordo com o disposto no art.º 74.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), a adjudicação é feita segundo um dos seguintes critérios:
 - a) O da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante;
 - b) O do mais baixo preço.
2. No contrato de prestação de serviços *sub judice*, o critério de adjudicação definido (aí se incluindo os critérios de desempate) e o correspondente modelo de avaliação não garantiram, de facto, a escolha da melhor proposta que o mercado poderia oferecer, assim se defraudando o objectivo legal da fixação do critério de adjudicação, que é diferenciar e graduar as propostas pelos seus atributos.
3. A situação descrita traduz uma limitação da concorrência, bem como o desrespeito dos princípios da igualdade e da transparência, em violação dos arts. 132.º, n.º 4 e 1.º, n.º 4 do CCP, ilegalidades suscetíveis de alterar o resultado financeiro do contrato.
4. No que respeita ao critério de desempate que, em concreto, sustentou a decisão final de adjudicação - *proposta entregue em primeiro lugar* - ele só está previsto para os casos de concurso público urgente (cfr. art.º 160.º, n.º 2 do CCP). Nos concursos que visem a celebração de contratos regulados pelas Diretivas Comunitárias, a data e hora da entrada da proposta nunca pode ser critério de avaliação, porque não é atributo da proposta.

5. A faculdade prevista, no programa de procedimento, dos candidatos poderem apresentar a documentação que entenderam para comprovar a sua capacidade técnica, viola o disposto na Diretiva n.º 2004/18/CE, de 31 de março, sendo susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato.
6. A possibilidade de celebração, no triénio subsequente, de futuros contratos de aquisição de novos serviços que consistam na repetição de serviços similares aos que integram o objecto do contrato a celebrar na sequência do presente concurso limitado por prévia qualificação, viola o disposto no art.º 440.º, n.º 1, aplicável *ex vi* do art.º 451.º, ambos do CCP, que estabelece que o prazo de vigência do contrato não pode ser superior a três anos.
7. A eventual prorrogação do contrato, prevista na cláusula 5.ª do contrato, deve ser considerada não escrita, sob pena de nulidade, uma vez que o prazo de vigência do contrato não pode ser superior a três anos, incluindo prorrogações expressas ou tácitas, salvo se tal se revelar necessário ou conveniente em função da natureza das prestações objecto do contrato ou das condições da sua execução.
8. As disposições do art.º 74.º do CCP têm manifesta natureza financeira, pelo que a sua violação constitui fundamento da recusa do visto, nos termos da al. b) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
9. A desconformidade dos atos ou contratos com a lei em vigor que configure ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro, constitui fundamento da recusa do visto, nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da mesma Lei.

Conselheiro Relator: Mouraz Lopes



**Mantido pelo acórdão nº 4/13, de
15/05/13, proferido no recurso nº
01/13**

Acórdão N.º 1 /2013, de 8 de janeiro – 1.ª Secção/SS

Processo n.º 1481/2012

I. RELATÓRIO

A Direção Geral de Saúde, doravante designada por DGS, remeteu em 24 de outubro de 2012, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de prestação de serviços para a “Exploração do Centro de Atendimento do Serviço Nacional de Saúde”, celebrado entre a Direção Geral de Saúde e o consórcio formado pela PT Comunicações, S.A. e a PT Contact – Telemarketing e Serviços de Informações, S.A., em 19-10-2012, pelo montante máximo previsto de € 20.770.259,00, acrescido de IVA.

Para instruir o seu pedido, a DGS juntou a documentação respeitante ao concurso, que aqui se dá por reproduzida.

A DGS foi questionada por este Tribunal sobre várias questões suscitadas na análise do procedimento, às quais respondeu em tempo, conforme se refere infra.

II. OS FACTOS

Consideram-se assentes, com relevância para a decisão, tendo em conta os documentos juntos ao processo, os seguintes factos:

1. A Direção Geral de Saúde (DGS) e o consórcio formado pela PT Comunicações, S.A. e a PT Contact – Telemarketing e Serviços de Informações, S.A. outorgaram o Contrato de prestação de serviços para a “Exploração do Centro de Atendimento do Serviço



Tribunal de Contas

Nacional de Saúde”, em 19-10-2012, pelo montante máximo previsto de € 20.770.259,00, acrescido de IVA (documento anexo que se dá por reproduzido).

2. O contrato em apreço foi precedido de concurso limitado por prévia qualificação cujo aviso de abertura foi publicado no DR, 2ª Série, Parte L, n.º 232, de 5 de dezembro de 2011, e no JOUE, de 30 de dezembro de 2011.
3. O artigo 18º do programa de procedimento, sob a epígrafe “Critérios de adjudicação” estabeleceu que «a adjudicação será efectuada de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa, densificado pelos factores e subfactores elementares indicados no modelo de avaliação previstos no Anexo II», em que seriam avaliados os seguintes fatores:
 - Valor atual líquido (VAL) esperado dos pagamentos a realizar pelo Estado ao abrigo do Contrato durante os 3 anos de execução: ponderação de 70%;
 - Eficácia no atendimento: ponderação de 30%.

4. Relativamente ao fator VAL, estabeleceu-se que o mesmo seria avaliado segundo a seguinte fórmula:

$$PPi = \frac{VAL \text{ Máximo} - P \text{ VAL}}{VAL \text{ Máximo} - 17\ 800\ 000\ 000} \times 100$$

Em que:

- i. PPi: é a pontuação parcial de cada proposta no que concerne ao fator VAL;*
- ii. P VAL: 95% VAL base+5% VAL extremo determinados conforme ferramenta de apuramento do VAL constante do apêndice 1 ao presente anexo;*
- iii. VAL Máximo: correspondente ao montante de € 23.740.000 sob pena de exclusão da proposta.*

Considerando que:



Tribunal de Contas

i. A escala [0-100] é fechada em ambos os limites;

ii. A pontuação de 100 será obtida por uma proposta cujo VAL proposto seja igual a € 17 800 000;

iii. Correlativamente, a pontuação 0 será obtida por uma proposta cujo VAL proposto seja igual ao VAL máximo.

5. Estabeleceu-se ainda que *«em caso de empate, é adjudicada a proposta que obtiver a melhor pontuação parcial no factor com maior coeficiente de ponderação. Caso o empate subsista, será adjudicada a proposta que obtiver a melhor pontuação no factor com o segundo maior coeficiente de ponderação. Em último caso, será adjudicada a proposta entregue em primeiro lugar».*

6. Após entrada do processo neste Tribunal, por ofício nº DECOP/UAT.2/4496/2012, de 09.11.2012, a DGS foi confrontada com as seguintes questões:

3. Como considera o método e a escala de avaliação das propostas fixados no Anexo II do programa de concurso consentâneos com o princípio da igualdade de tratamento de todos os concorrentes e aptos a diferenciar adequadamente as propostas quando, na prática, da sua aplicação, resulta a mesma pontuação para todas as propostas com VAL igual ou inferior a € 17.800.000,00 (100%);

4. Na sequência do ponto anterior, e tendo igualmente presente a jurisprudência do Tribunal (v.g. Acórdão nº 2/2012, de 24 de janeiro 1ª S/SS), como justifica que a proposta adjudicada seja, efetivamente, a proposta economicamente mais vantajosa, quando, da fixação da escala, na prática, se impediu ou desvalorizou a possibilidade de apresentação de propostas com VAL inferior a € 17.800.000,00 e se impossibilitou a aplicação do regime do “preço anormalmente baixo”.

5. Esclareça fundamentadamente com que critérios foi determinado o VAL de € 17.800.000,00 e os motivos pelos quais a entidade adjudicante o considera como melhor valor, atribuindo-lhe a pontuação de 100%;

6. Como justifica que, com um modelo de avaliação com tão reduzida margem de diferenciação, se tenham fixado critérios de desempate que, em concreto, não se revelaram adequados à real diferenciação das propostas com base nos factores que integram o modelo de avaliação (VAL e eficácia no atendimento).

7. No seguimento daquela notificação, veio a DGS, por ofício nº 16557, de 30.11.2012, alegar o seguinte:



3. Nos termos do considerando (46) da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, "[a] adjudicação de um contrato deve realizar-se com base em critérios objectivos que assegurem o respeito dos princípios (...) e da igualdade de tratamento e que garantam a apreciação das propostas em condições de concorrência efectiva. Por conseguinte, importa admitir unicamente a aplicação de dois critérios de adjudicação: o «preço mais baixo» e a «proposta economicamente mais vantajosa». / Para garantir a observância do princípio da igualdade de tratamento na adjudicação, importa prever a obrigação — consagrada na jurisprudência — de garantir a necessária transparência para permitir que todos os proponentes sejam razoavelmente informados dos critérios e das modalidades que serão aplicados para identificar a proposta economicamente mais vantajosa. Cabe, portanto, às entidades adjudicantes indicar os critérios de adjudicação e a ponderação relativa atribuída a cada critério, a tempo de os proponentes deles tomarem conhecimento para elaborarem as suas propostas. (...) / Para assegurar a igualdade de tratamento, os critérios de adjudicação devem permitir comparar as propostas e avaliá-las de forma objectiva".

Uma das formas de atingir tal desiderato — de objetividade na avaliação das propostas — é a previsão, quando possível, do critério da proposta economicamente vantajosa operacionalizado através de um modelo de avaliação de propostas com recurso a fatores e eventuais subfactores elementares para os quais tenham apenas sido definidas escalas de pontuação operacionalizadas por via de tantas outras expressões matemáticas (isto é, em que os atributos das propostas sejam medidos exclusivamente através de uma grandeza quantitativa).

É precisamente o caso em apreço: todos os fatores de avaliação são de grandeza quantitativa (é dizer, são medidos exclusivamente de forma quantitativa), pelo que a avaliação das propostas é objetiva, na medida em que é revelada pela matemática, ou seja, por uma "expressão matemática" sic.), na expressão do legislador empregue no artigo 139º do CCP.

Neste contexto, sendo tais fatores (objetivos e claros) conhecidos desde o início do procedimento por todos os concorrentes, em condições de completa transparência, e sendo a operacionalização dos mesmos o mais objetiva possível, entendemos que o princípio da igualdade de tratamento foi plenamente assegurado.

Do mesmo modo, também se discorda, com o devido respeito, do juízo de censura contido na parte final do 3º esclarecimento, a propósito assinalada não diferenciação de propostas, pelo simples facto de a entidade adjudicante ter previsto, ao abrigo da margem de conformação das peças de que lhe legalmente dispõe, um valor abaixo do qual as propostas têm a mesma pontuação quanto ao "Fator Valor actual líquido (VAL) esperado dos pagamentos a realizar pelo Estado ao abrigo do Contrato durante os 3 anos de execução".

Note-se que, nos termos do nº 4 do artigo 42º do CCP, os parâmetros base podem ser estabelecidos através de limites mínimos e máximos. A violação de um parâmetro base determina a exclusão da proposta.



Tribunal de Contas

Todavia, o valor de 17.800.000 € não se encontrava previsto no modelo de avaliação do programa de procedimento com a qualidade de parâmetro base (ainda que à luz daquele normativo legal essa solução extrema fosse admissível): a apresentação de um VAL com um valor inferior àquele não acarreta a exclusão dessa proposta, mas tão-só a sua não valorização. Tal opção ficou a dever-se ao facto de se pretender conciliar o interesse em adjudicar ao mais baixo preço possível (dentro da ponderação que cabia a esse fator de avaliação) com a necessidade de afastar o perigo de uma adjudicação feita a um preço demasiado baixo que pudesse expor a entidade pública contratante ao sério risco de uma execução do contrato imperfeita ou mesmo incompleta, com o conseqüente aumento de custos resultantes dessa situação.

Por essa razão, calculou-se o valor de 17.800.000 € como o valor abaixo do qual as propostas não seriam diferenciadas, apesar de, em concreto, a própria proposta adjudicada ter proposto um VAL inferior àquele valor.

4. (...) O douto Tribunal invoca ainda o entendimento exposto no seu Acórdão nº 2/2012- 24.JAN-1ª S/SS. Numa das passagens desse aresto é referido (a fl. 10), com pertinência no caso concreto, que "[o] que está em causa não é a fixação do preço base, mas antes a fixação do limiar de 910.000€ abaixo do qual todas as propostas foram igualmente pontuadas, sendo aquele valor muito próximo do preço base". Com efeito, no caso concreto a diferença entre o preço base (950.000 €) e o referido valor de 910.000 € é apenas de 40.000 €. Não é o que sucede, em termos relativos e numéricos, no caso do processo de visto em apreço, caso em que a diferença entre os valores que operacionalizam a fórmula matemática relativa ao "Fator Valor actual líquido (VAL) esperado dos pagamentos a realizar pelo Estado ao abrigo do Contrato durante os 3 anos de execução" é de 5.940.000. €, o que constitui 25,02% do VAL Máximo, ou seja, 1/4 desse valor — ao passo que, no acórdão citado desse douto Tribunal, a diferença, sendo de 40.000 €, corresponde a 4,21% do preço base desse procedimento, pelo que existe uma evidente diferença numérica e proporcional entre os dois procedimentos.

Por outro lado, no caso do douto acórdão mencionado pelo Tribunal, foi estabelecida "uma escala de pontuação em que às propostas com valor igual ao do preço base (950.000 €) atribuiria uma pontuação de 1, e as pontuações imediatamente superiores — 2, 3, 4 e 5 - a preços mais baixos apresentados, em intervalos de 10 mil ou 20 mil euros, prevendo como limite mais baixo o valor de 910 mil euros, ao qual e abaixo do qual atribuiria a pontuação mais elevada: 5" (a fl. 6). Tal solução não permitiria atingir o desiderato de "[a]s escalas de pontuação (...) ser[em] coerentes, deve[re]m ter um desenvolvimento proporcional, deve[re]m permitir a valoração de todas as propostas e contribuir para a sua diferenciação" (a fl. 9).

Ora, não é o que acontece no presente caso: por um lado, a escala de pontuação contém um intervalo significativo (a saber: de 0 a 100), por outro lado, os intervalos mínimos e máximos do VAL são distantes; por outro lado ainda, no caso concreto a avaliação não foi feita por escalões de preço (os quais,



no seu interior, não permitem a diferenciação entre propostas), mas através de uma escala proporcional em que cada diferença (por mínima que seja) quanto ao VAL proposto seria valorada de forma diversa. Por estes motivos é possível afirmar, em nosso entender, a coerência e o desenvolvimento proporcional da escala de pontuação utilizada.

De igual modo, também não nos parece legítima a conclusão descrita na parte final do 4º esclarecimento, segundo a qual ter-se-ia no presente procedimento impossibilitado a aplicação do regime do preço anormalmente baixo.

Antes de mais, a conclusão precedente parte de um pré-conceito que não temos como correto, a saber, a necessária aplicabilidade potencial do regime do preço anormalmente baixo em todos os procedimentos de formação de contratos. Não é o que sucede, porém. Vejamos.

Como referido, nos termos do nº 4 do artigo 42º do CCP, os parâmetros base podem ser estabelecidos através de limites mínimos e máximos. A violação de um parâmetro base determina a exclusão da proposta. Todavia, o valor de 17.800.000 € não se encontrava previsto no modelo de avaliação do programa de procedimento com a qualidade de parâmetro base, ainda que pudesse ter sido previsto com essa natureza. Ou seja: à luz daquele normativo legal o valor de 17.800.000 € poderia ter sido previsto como VAL Mínimo, sendo tal opção perfeitamente legítima, caso em que o regime do preço anormalmente baixo nunca poderia ser aplicado. Note-se que este cenário hipotético (de inaplicabilidade em concreto do regime do preço anormalmente baixo), é implícita mas inequivocamente admitido pelo legislador ao prever a possibilidade de estabelecimento de um parâmetro base mínimo do preço no nº 4 do artigo 42º do CCP.

*Todavia, no caso concreto, não nos parece rigoroso afirmar que o regime do preço anormalmente baixo é inaplicável: tendo sido previsto um VAL máximo (com a natureza de parâmetro base máximo do preço, rectius, de preço base), um valor inferior a 50% do VAL Máximo indicado (23.740.000 € * 50% = 11.870.000 €) teria de ser objeto de justificação por parte dos concorrentes, precisamente ao abrigo do regime do preço anormalmente baixo, nos termos da alínea b) do nº 1 do artigo 71º do CCP.*

5. Para a determinação do VAL mínimo (variação de 25% face ao preço base) foram consideradas as parcelas que compunham a fixação do CPC que, sem pôr em causa a qualidade dos serviços prestados, poderiam apresentar margem para redução negocial por parte das entidades exploradoras, nomeadamente no que se refere à diminuição dos encargos com pessoal, a licenças e a seguros.

Na realidade, a cedência da exploração do Centro de Atendimento a um parceiro privado, poderia permitir, face à alternativa de desenvolvimento interno da atividade pelo Estado, a obtenção de ganhos de eficiência ao nível dos encargos com pessoal, resultantes, essencialmente, da maior flexibilidade associada ao regime de contratação e remuneração dos trabalhadores do setor privado, face ao regime dos trabalhadores que exercem funções públicas. Esta maior flexibilidade laboral assume relevância no caso do Centro de Atendimento, dadas as características da atividade desenvolvida, nomeadamente no



que se refere à existência de picos de atividade diários e anuais.

Por outro lado, o potencial de poupança decorrente da otimização da estrutura de recursos humanos pode ainda traduzir-se em poupanças ao nível de outros encargos operacionais diretamente relacionados com a estrutura de pessoal do Centro de Atendimento, entre os quais se destacam os encargos associados a seguros e a licenças de software, cujo número a contratar se encontra relacionado com o número de postos de trabalho necessários.

6. O nº 4 do Anexo II ao Programa de Procedimento previa três critérios de desempate subsidiários:

(a) seria adjudicada a proposta que obtivesse a melhor pontuação parcial no fator com maior coeficiente de ponderação; caso o empate subsistisse,

(b) seria adjudicada a proposta que obtivesse a melhor pontuação no fator com o segundo maior coeficiente de ponderação; e, caso o empate ainda assim subsistisse;

(c) seria adjudicada a proposta entregue em primeiro lugar.

O douto Tribunal de Contas solicita que se esclareça como se justifica que "com um modelo de avaliação com tão reduzida margem de diferenciação, se tenham fixado critérios de desempate que, em concreto, não se revelaram adequados à real diferenciação das propostas com base nos fatores que integram o modelo de avaliação (VAL e eficácia no atendimento)".

Como se tentou explicar na resposta (em especial no seu 4º §, que aqui se considera reproduzido) ao 4º esclarecimento solicitado, não cremos que seja correto o pressuposto de que parte o presente esclarecimento, a saber, o de que o modelo de avaliação tem uma reduzida margem de diferenciação.

Por sua vez, quanto ao juízo sobre os critérios de desempate, note-se que se tratam de três critérios de desempate diferentes (em contraste com a não obrigação de os prever sequer), o que só por si seria suficiente para cumprir a sua função: a de desempatar propostas que estivessem em situação de empate face aos critérios de avaliação (os quais, esses sim, tinham a função legal de avaliar os atributos das propostas, e que natural e legalmente se referem ao objeto do contrato a celebrar).

Mais: quanto aos dois primeiros critérios de desempate, os mesmos são absolutamente racionais e objetivamente justificáveis, na medida em que atendem precisamente aos fatores de avaliação pela ordem de importância com que os mesmos se apresentam no modelo de avaliação (estando desse modo garantida, por definição, a conexão com o objeto do contrato, ideia-chave que preside à construção dos próprios fatores de avaliação). Por fim, o último fator de desempate, apresenta-se sobretudo como um critério pragmático, ao qual o próprio legislador já recorreu na única vez que se avançou nessa matéria no nº 2 do artigo 160º do CCP, a propósito do concurso público urgente (ainda que essa disposição não deva, face ao seu fundamento específico, ser objeto de interpretação extensiva para outros procedimentos, cumpre reconhecê-lo). Naturalmente que era impossível de prever que nenhum dos dois critérios preferenciais (e lógicos) não seriam aplicados, e que se teria de aplicar o último fator de



desempate, o qual, todavia, como se disse, constitui um critério pragmático e objetivo.

- 8.** Do relatório preliminar de análise de propostas, resultou que das 4 propostas admitidas, 3 obtiveram a mesma pontuação nos dois fatores de avaliação das propostas e conseqüentemente na pontuação final, pelo que acabou por ser utilizado o último critério de desempate estabelecido no programa de procedimento, ou seja, a proposta entregue em primeiro lugar.
- 9.** O concorrente ONI/ILS apresentou reclamação sobre o relatório preliminar do concurso requerendo a exclusão da proposta do Agrupamento PT, tendo em conta o critério de escolha utilizado, reclamação que foi indeferida.
- 10.** Foi solicitado o fluxograma do procedimento desenvolvido na plataforma eletrónica, com destaque para as datas e horas de envio dos convites e da receção das propostas, tendo em conta o programa de procedimento e o critério utilizado, o que a DGS cumpriu.
- 11.** Segundo o registo da plataforma VortalGov, os convites para apresentação de propostas foram introduzidos na plataforma electrónica no dia 9 de Março de 2012, às 12h.29m.
- 12.** Segundo o registo da mesma plataforma os candidatos fornecedores acederam ao convite nas seguintes datas:
 - a.** PT Comunicações SA, 9.3.2012, às 12:31:55
 - b.** Reditus Consulting, SA, 9.03.2012, às 12:53:55
 - c.** AUTSOURCE, Preatação de Serviços, Org. e Admini, Lda, 9.03.2012, 14:43:39
 - d.** Plurimarketing, Telemark e Mark Directo, SA, 26.03.2012, 18:04:48
 - e.** Onitelecom_Infocomunicações, SA, 9.03.2012, 12:49:59
 - f.** ES Contact Center, Gestão de cal Centers, SA 9.03.2012, 18:22:44
 - g.** LCS- Linha de Cuidados de saúde, SA 13.04.2012, 17:07:54
 - h.** Rhmais, Recursos Humanos, SA 9.03.2012, 14:15:29



13. Segundo a mesma Plataforma, as propostas deram entrada nas seguintes datas:

- a.** PT Comunicações SA, 9.3.2012, às 12:47:47
- b.** Onitelecom_Infocomunicações, SA, 10.03.2012, 00:05:14
- c.** Plurimarketing, Telemark e Mark Directo, SA, 15.04.2012, 21:28:46
- d.** ES Contact Center, Gestão de cal Centers, SA 16.04.2012, 18:47:41
- e.** Reditus Consulting, SA , 16.04.2012, às 19:00:00

14. No artigo 9º do programa de procedimento foram estabelecidos os documentos da candidatura que deveriam ser apresentados pelos candidatos para comprovação da sua capacidade técnica e financeira.

15. No ponto 2 desse mesmo artigo estabeleceu-se que *«para além dos documentos exigidos no número anterior, os candidatos podem ainda apresentar a documentação que entenderem conveniente no sentido de comprovar as suas capacidades técnica e financeira para o bom desempenho das obrigações objeto do contrato».*

16. No artigo 25º do programa do procedimento estabeleceu-se o seguinte: *Nos termos e para os efeitos do disposto na subalínea iv) da alínea a) do nº 1 do artigo 27º do CCP, desde já se indica a possibilidade de celebração, no triénio subsequente, de futuros contratos de aquisição de novos serviços que consistam na repetição de serviços similares aos que integram o objeto do contrato a celebrar na sequência do presente concurso limitado por prévia qualificação.*

17. Quando questionada sobre aquela previsão a DGS referiu que:

«O douto Tribunal de Contas solicita esclarecimento quanto a “qual o projeto base comum com que funda a possibilidade de recorrer ao procedimento previsto no artº 25º do programa de procedimento”, fazendo portanto alusão ao projeto base comum referido na subalínea i) da alínea a) do nº 1 do artigo 27º do CCP.

Ora, o projeto base comum afere-se, e só pode ser aferido, a posteriori, através do confronto entre o contrato que então (no futuro) se pretenda celebrar recorrendo ao ajuste direto com base na alínea



a) do artigo 27º do CCP e o contrato primitivo, ou seja, in casu, o que ora se encontra em análise».

18. Na cláusula 5ª do contrato, relativa ao regime de risco, estabelece-se que *a Operadora assume expressa, integral e exclusivamente a responsabilidade pelos riscos inerentes à exploração durante o prazo de duração ou eventual prorrogação do contrato, exceto quando o contrário resulte do Caderno de Encargos.*

19. A cláusula 4ª do contrato estabelece que *O contrato terá a duração de 3 (três) anos, contados a partir da data da notificação do visto do Tribunal de Contas.*

20. Confrontada com a necessidade de esclarecer o efetivo alcance de tal cláusula 5ª veio a DGS alegar que *«a referência a eventual prorrogação na Cláusula 5ª do Contrato não tem um alcance superior ao da vigência (máxima) de 3 anos prevista para o Contrato. A interpretação conjugada das duas disposições contratuais induz o entendimento de que deve ser considerada não escrita a referência à prorrogação contida na Cláusula 5ª relativa à distribuição do risco contratual, quando confrontada com o teor inequívoco da Cláusula 4ª que expressamente tem por objeto a regulação do prazo de vigência do Contrato e que intencionalmente não prevê qualquer prorrogação»*

*

III. FUNDAMENTAÇÃO

As questões em apreciação, face à matéria de facto em causa e às competências deste Tribunal nos termos do artigo 44º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, são as seguintes:

- legalidade do método e fatores da avaliação e escolha das propostas;
- legalidade dos documentos solicitados para comprovação da capacidade técnica dos concorrentes:
- legalidade do artigo 25º do programa de procedimento;
- legalidade da cláusula 5ª do contrato.

*



i. Do método e fatores de avaliação e escolha das propostas

A escolha de entre uma das propostas apresentadas configura o acto de adjudicação, segundo o artigo 73º do Código dos Contratos Públicos (CCP).

Sobre os critérios que adjudicação deve seguir, dispõe o artigo 74.º do (CCP) o seguinte:

“1 – A adjudicação é feita segundo um dos seguintes critérios:

- a) O da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante;*
- b) O do mais baixo preço.*

2 – Só pode ser adoptado o critério de adjudicação do mais baixo preço quando o caderno de encargos defina todos os restantes aspectos da execução do contrato a celebrar, submetendo apenas à concorrência o preço a pagar pela entidade adjudicante pela execução de todas as prestações que constituem o objecto daquele”.

A DGS decidiu que, no presente concurso, nos termos da alínea a) do nº 1 do artigo 74º e do artigo 75º do CCP, seguiria na adjudicação o critério da proposta economicamente mais vantajosa.

Assim, nos termos daquela disposição legal e também da alínea n) do nº 1 do artigo 132º e 139º do mesmo código, estabeleceu um modelo em que o preço (VAL) constituiu um dos fatores de avaliação, com a ponderação de 70%.

Naquele modelo, e como forma de densificação do mesmo, resolveu estabelecer que as propostas com VAL igual a 17.800.000,00€ seriam pontuadas com 100 (a pontuação máxima).



Tribunal de Contas

Resulta assim, do critério adotado e do modelo de avaliação definido, que as propostas com VAL inferior a 17.800.000,00€, aplicando rigorosamente esse modelo não seriam objeto de diferenciação entre si.

Dado que duas das quatro propostas apresentadas tinham um VAL de, precisamente, 17.800.000,00€ e a terceira [do adjudicatário] um VAL de 17.390.000,00€, todas obtiveram a pontuação máxima nesse mesmo fator.

Acresce ainda que, tendo todas as propostas obtido a mesma pontuação no fator “Eficácia no atendimento”, os dois primeiros critérios de desempate revelaram-se inaplicáveis [como se verificou, o critério efectivamente utilizado foi o último, ou seja, a proposta entregue em primeiro lugar].

Para a análise do presente caso importa referir que no âmbito da contratação pública os princípios jurídicos são, a par das normas legais, elementos essenciais que «servem de base autónoma de deveres, direitos ou faculdades dos sujeitos dos procedimentos adjudicatórios» - cf. Rodrigo Esteves de Oliveira in «Princípios Gerais da Contratação Publica», *Estudos da Contratação Pública I*, Coimbra Editora, 2008, p.54.

Princípios como o da concorrência, da imparcialidade ou da transparência (entre outros) são hoje estes fundamentais que suportam toda a contratação pública e que não podem ser postergados.

Daí que, no âmbito do respeito e garantia pelo princípio da transparência, «os interessados devem poder retirar do “modelo de avaliação das propostas” as informações necessárias e uteis à concepção e apresentação da sua melhor proposta, ou seja, devem retirar dele os dados necessários para conhecer o que é que as entidades adjudicantes irão tomar em consideração para apurar a proposta mais competitiva e em que medida e com que peso» (cf. Rodrigo Esteves de Oliveira, ob. cit. pag. 101).



No que respeita ao princípio da concorrência, valor nuclear dos procedimentos adjudicatórios, sublinha-se que o mesmo «pressupõe, portanto, considerar os candidatos ou concorrentes como opositores em condições de igualdade, permitindo-se-lhe que compitam entre si e que sejam medidos (as suas candidaturas ou as suas propostas) **sempre e apenas pelo seu mérito**» (sublinhado nosso) (*ibidem*, pag. 67).

Ora da análise do modelo proposto (e naturalmente do que vieram a ser os seus resultados) torna-se claro que estes princípios não foram respeitados. Vejamos.

Tendo em conta o critério escolhido, estabelecer uma mesma pontuação para propostas de valor diferente significa desvalorizar o fator VAL (que era suposto ter um peso de 70%), colocando em situação de empate eventuais propostas que tivessem apresentado um VAL de valor inferior.

Para além disso, o facto do modelo escolhido atribuir a pontuação máxima às propostas que apresentassem um VAL igual ou inferior a 17.800.000,00€ terá desincentivado os proponentes a apresentar propostas de valor inferior.

Acresce que o primeiro critério de desempate estabelecido foi a melhor pontuação parcial no fator com maior coeficiente de ponderação [e não o melhor VAL], pelo que não existia qualquer estímulo para apresentação de um VAL de valor inferior àquele que, de acordo com o modelo de avaliação, era objeto de pontuação máxima.

Recorde-se que quando o critério seja o da proposta economicamente mais vantajosa, este critério tem que ser decomposto em factores e subfactores, mas estes apenas podem referir-se aos “aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência” (segundo o artigo 75.º/1 CCP).



Tribunal de Contas

Importa sublinhar que o que é avaliado no critério de adjudicação são os “atributos da proposta” e só estes. Os critérios pré-fixados devem, por isso, ser de tal forma elaborados (ainda que de uma forma matemática) que permitam analisar e graduar esses atributos.

Por outro lado, o regime do preço anormalmente baixo determina que nenhuma proposta de preço possa ser rejeitada sem que sejam solicitados e apreciados esclarecimentos quanto ao preço apresentado. Analisadas as notas justificativas do preço proposto e sendo aceites, as propostas em causa têm que ser aceites e graduadas sem qualquer discriminação ou penalização.

Como acima se referiu, a DGS informou (ponto 5 da resposta), por um lado que o VAL mínimo estabelecido é a variação de 25% face ao preço base, afirmando, por outro lado, que o regime do preço anormalmente baixo seria aplicado, quando tivesse um valor inferior a 50%.

Ou seja, propostas cujo preço que se situasse entre a percentagem de 25% e 50%, seriam admitidas mas não diferenciadas, o que torna o modelo de avaliação adotado, condicionador de uma efetiva concorrência. Mas também, aquelas que se situassem abaixo de 50%, teriam o mesmo tratamento, ou seja, não seriam igualmente diferenciadas.

Por último, verificou-se que, por força do próprio modelo definido, os empates foram favorecidos e por força do próprio critério de desempate (baseado na pontuação atribuída nos fatores) não foram resolvidos de forma substantiva, tendo sido resolvidos pelo critério da ordem de entrega, um critério puramente formal e que não leva em conta o conteúdo das propostas.

Dessa forma, constata-se que o critério de adjudicação definido (aí se incluindo os próprios critérios de desempate) e o correspondente modelo de avaliação não garantiram, de facto, a escolha da melhor proposta que o mercado poderia oferecer, assim se defraudando o



Tribunal de Contas

objetivo legal da fixação do critério de adjudicação que, enfatiza-se, deve levar em consideração os atributos da proposta.

Não se questionando a objetividade do critério de adjudicação e do modelo de avaliação definidos, tal facto, só por si, não lhe confere um cunho de legalidade. Só o será se o mesmo cumprir a função que a lei lhe atribui: diferenciar e graduar propostas, permitindo escolher, efetivamente, a melhor proposta pelos seus atributos. Tudo isto em função da primordial razão que subjaz a toda a contratação pública, ou seja, o interesse público.

A melhor proposta que o mercado pode vir a oferecer, na perspetiva do interesse da entidade adjudicante, *maxime*, do interesse público e em obediência aos critérios de eficácia, eficiência e economia, só poderá ser escolhida se o próprio critério de adjudicação e o correspondente modelo de avaliação não inviabilizar ou desincentivar os interessados de as apresentar.

Realizar um concurso, procedimento concorrencial por excelência, e condicionar uma efetiva concorrência e a obtenção da melhor proposta, através da fixação de critérios que não permitam cumprir os critérios de eficácia eficiência e economia que o mercado pode oferecer, deturpa uma sã concorrência e a efetiva prossecução do interesse público.

Recorde-se que «o dever de a ponderação atribuída aos fatores de adjudicação ser capaz de refletir as reais diferenças entre as propostas, não eliminando a concorrência» é, [segundo Rodrigo Esteves de Oliveira in «Princípios Gerais da Contratação Publica», *cit.* p-67], uma das manifestações inequívocas do princípio da concorrência.

Como resulta do exposto, por um lado era legítimo que se suscitasse a dúvida, aos concorrentes qualificados, sobre a possibilidade de apresentar propostas de valor inferior a 17.800.000,00 € - caso fosse configurado como um limite mínimo do parâmetro base – e, como refere a DGS, a sua violação, ou seja, a apresentação de preço inferior ao referido,



Tribunal de Contas

consubstanciaria motivo de exclusão da própria proposta, nos termos do disposto nos artigo 146º, nº 1, alínea o) e 70º n.º 2 alínea b), ambos do CCP.

O disposto no artigo 42º, nº 4, do Código dos Contratos Públicos permite a fixação de limites máximos “ou” mínimos para os parâmetros base a que ficam vinculadas as propostas “consoante os casos” e “sem prejuízo dos limites resultantes das vinculações legais ou regulamentares aplicáveis”.

No que respeita ao parâmetro preço, está legalmente prevista a fixação de um limite máximo, através da definição do preço base, e estão estabelecidas vinculações legais para lidar com preços anormalmente baixos [cfr. artigos 70º, nº 1, alínea e) e 71º do CCP].

Por outro lado, esse mesmo valor poderia ser entendido como o correspondente ao “preço anormalmente baixo” e também este, quando as justificações apresentadas nos termos do artigo 57º, nº 1, alínea d) do CCP, não sejam aceites, fundamentam a exclusão da proposta, nos termos do disposto no artigo 70º, nº 1, alínea e) do CCP. E, mesmo que fosse apresentado, tal não representava qualquer vantagem para o respetivo proponente, porquanto tal não era valorizado, nem em sede de aplicação do critério de adjudicação nem de qualquer critério de desempate.

Concluindo, sobre esta dimensão, criou-se com o modelo de avaliação do fator VAL e com o critério de desempate estabelecido, uma limitação inadmissível da concorrência bem como se desrespeitaram os princípios da igualdade e da transparência, em violação do artigo 132º, nº 4 e artigo 1º, nº 4, ambos do CCP. Ilegalidades que poderão ter alterado o resultado financeiro do contrato submetido à apreciação do Tribunal.

Ainda sobre esta questão, mas numa outra dimensão, importa atentar no critério que, em concreto, sustentou a decisão final de adjudicação e que constitui o que estava estabelecido previamente como terceiro critério de desempate: «*a proposta entregue em primeiro lugar*».



Tribunal de Contas

O critério de adjudicação «à proposta que tiver sido apresentada mais cedo» está legalmente previsto no artigo 160º n.º 2 do CCP, para os casos de concurso público urgente.

Como se sabe esta espécie de concurso público só é admissível para determinados tipos de contratos (locação ou aquisição de móveis e aquisição de serviços) e que obedecem a determinados requisitos, a saber: i) haja urgência na aquisição e esta tenha como objeto bens de uso corrente; ii) ser o valor do contrato inferior a € 200 000; iii) ser o valor do contrato, quando for o Estado a entidade adjudicante, inferior a €130 000, salvo nos casos das alíneas a) e b) do artigo 20º/2 em que esse limiar é igualmente de €200 000; iv) ser o critério de adjudicação do contrato o de mais baixo preço, nos termos da alínea b) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 74º do CCP e do Regulamento EU n.º 1251/2011.

Exige-se, além disso e naturalmente, que esteja demonstrado o requisito «urgência».

Só a cumulação destes requisitos permite a realização de um procedimento especial que, por via dessa especialidade, tem um regime próprio (cf. artigos 156º a 161º do CCP). Regime específico onde pontua a possibilidade de ser efetuada a adjudicação, (cujo critério é o do mais baixo preço) com base no facto objectivo da proposta que tiver sido «apresentada mais cedo».

Importa referir que «nos concursos que visem a celebração de contratos regulados pelas Directivas Comunitárias – empreitadas e aquisição de bens e serviços e concessões de obras públicas – e, ainda, concessões de serviços públicos, os critérios de adjudicação têm que dizer respeito a aspectos ou elementos (“atributos”) da proposta», (cf. Margarida Olazabal, in «O concurso público no CCP», in *Estudos da Contratação Pública I*, cit. Pg. 205).

No caso em apreço o critério de adjudicação efetiva e concretamente seguido, como se viu, não concretizou este princípio fundamental.



Tribunal de Contas

Recorde-se também o que já foi dito supra sobre o que deve nortear o processo adjudicatório: os atributos da proposta. Ora, a data/hora entrada da proposta é uma questão de admissibilidade da proposta, referindo-se ao cumprimento de requisitos para entrar no concurso. Excecionado o caso dos processos urgentes (em que está em causa a igualdade do critério do mais baixo preço), a data hora da entrada da proposta nunca pode ser critério de avaliação, porque não é atributo da proposta.

Finalmente e ainda sobre este tópico, não deixa de se estranhar que o critério decisivo de escolha da proposta de um concurso com a relevância e o valor que envolve o concurso em apreciação, nomeadamente as implicações para o interesse público da matéria em causa, tenha sido sustentado numa única «razão» que nada tem que ver nem com o conteúdo das propostas e, muito menos com o regime da proposta economicamente mais vantajosa.

Um critério como o que foi utilizado, sustentado na proposta entregue em primeiro lugar, a ser admitido, exigiria que todos os concorrentes tivessem exatamente nas mesmas condições reais, ou seja que conhecessem todos os pormenores concurso no mesmo momento, rececionassem os convites no mesmo tempo e que, verificadas essas condições, fossem então apresentadas as propostas.

Só assim se cumpriria o que alguns autores definem como o respeito pelas «regras do jogo» ou seja que se proporcione aos concorrentes (face aos outros) as mesmas condições de preparação, apresentação e defesa das propostas e que os diversos opositores esgrimam as suas armas de maneira lúdica, pugnando honestamente pela valia das suas propostas «sem manhas, fraudes ou subterfúgios que as avantejem (ou desfavoreçam aquelas) indevida ou ilicitamente» (cf. neste sentido Mário Esteves de Oliveira, Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concurso e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, p.,189).

Ora, segundo o registo da plataforma, a colocação dos convites ocorreu na plataforma electrónica no dia 9 de Março de 2012, às 12h.29m. Os candidatos fornecedores acederam



ao concurso em momentos diferenciados (PT Comunicações SA, 9.3.2012, às 12:31:55; Reditus Consulting, SA, 9.03.2012, às 12:53:55; AUTSOURCE, Preatação de Serviços, Org. e Admini, Lda, 9.03.2012, 14:43:39; Plurimarketing, Telemark e Mark Directo, SA, 26.03.2012, 18:04:48; Onitelecom_Infocomunicações, SA, 9.03.2012, 12:49:59; ES Contact Center, Gestão de cal Centers, SA 9.03.2012, 18:22:44; LCS- Linha de Cuidados de saúde, SA 13.04.2012, 17:07:54; Rhmais, Recursos Humanos, SA 9.03.2012, 14:15:29). O consórcio a quem acabou pode ser adjudicado entregou a sua proposta no mesmo dia cerca de quinze minutos após o momento de receção, sendo certo que todos os outros entregaram as suas propostas dentro do prazo, mas claramente em momentos distantes da data da receção e muito diferenciados. Um dos concorrentes, reclamou, aliás perante o júri sobre o início da contagem do prazo (não lhe tendo sido dada razão).

Ou seja a projeção para o exterior de «um sentimento de confiança sobre a bondade da decisão administrativa», na expressão de Mário Esteves de Oliveira (ob. cit. pg. 222) não foi, de todo, inequívoca neste procedimento. E nesse sentido é também o princípio da transparência, a que se alude no artigo 1º n.º 4 do CCP que está em causa.

ii - dos documentos solicitados para comprovação da capacidade técnica dos concorrentes:

No artigo 9º do programa de procedimento foram estabelecidos quais os documentos da candidatura que deveriam ser apresentados pelos candidatos para comprovação da sua capacidade técnica e financeira, estabelecendo-se no ponto 2 do mesmo artigo que *para além dos documentos exigidos no número anterior, os candidatos podem ainda apresentar a documentação que entenderem conveniente no sentido de comprovar as suas capacidades técnica e financeira para o bom desempenho das obrigações objeto do contrato.*

De acordo com o preço contratual em causa, o concurso, que teve publicitação de âmbito comunitário (no JOUE), está inequivocamente abrangido pelo regime da Diretiva nº 2004/18/CE, de 31 de março.



Nesse sentido o programa de procedimento não pode permitir a apresentação de documentos à escolha dos concorrentes, sob pena de violação do princípio do primado do direito comunitário.

Importa referir que se trata de uma matéria determinante na qualificação dos candidatos que é suscetível de ter alterado o resultado financeiro do contrato.

iii. Sobre o artigo 25º do programa de procedimento

O artigo 25º do programa de procedimento estabelece o seguinte: *Nos termos e para os efeitos do disposto na subalínea iv) da alínea a) do nº 1 do artigo 27º do CCP, desde já se indica a possibilidade de celebração, no triénio subsequente, de futuros contratos de aquisição de novos serviços que consistam na repetição de serviços similares aos que integram o objeto do contrato a celebrar na sequência do presente concurso limitado por prévia qualificação.*

Dispõe o artigo 27º do CCP, na parte que aqui releva, o seguinte:

1 – Sem prejuízo do disposto no artigo 24º, no caso de contratos de aquisição de serviços, pode adotar-se o ajuste direto, quando:

a) Se trate de novos serviços que consistam na repetição de serviços similares objeto de contrato anteriormente celebrado pela mesma entidade adjudicante, desde que:

- i. Esses serviços estejam em conformidade com um projeto base comum.*
- ii. Aquele contrato tenha sido celebrado, há menos de três anos, na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação.*

Contrariamente à interpretação feita pela DGS, o projeto base a que faz alusão o artigo 27º do CCP, terá de ser comum ao serviço que se adquire no presente momento e ao que,



Tribunal de Contas

eventualmente, se pretende vir a adquirir, com a possibilidade de recurso a ajuste direto, ou seja, é um mesmo projeto.

Caso assim não fosse, não estaríamos perante um novo contrato, com um novo procedimento pré-contratual (ajuste direto), mas sim perante uma renovação do contrato agora celebrado.

Ora, com tal solução obter-se-ia um resultado que a própria lei proíbe. Efetivamente, o artigo 440º, nº 1, aplicável *ex vi* do artigo 451º, ambos do CCP, estabelece que *o prazo de vigência do contrato não pode ser superior a três anos, incluindo quaisquer prorrogações expressas ou tácitas do prazo de execução das prestações que constituem o seu objeto, salvo se tal se revelar necessário ou conveniente em função da natureza das prestações objeto do contrato ou das condições da sua execução.*

Temos assim que, a previsão do artigo 25º do programa de procedimento é, por via dessa proibição não fundamentada e, por isso, ilegal.

Mas igualmente esse artigo condiciona o respeito pelo princípio da concorrência em serviços a contratar no futuro, na medida em que atribuindo ao adjudicatário um direito que ele não pode ter, impede o funcionamento das regras de mercado concorrencial para a efectivação de um serviço que tem que estar sujeito a essas regras.

iv. Da cláusula 5ª do contrato.

No contrato em apreciação, encontram-se duas cláusulas (a 4ª e a 5ª) que estabelecem o seguinte: *cláusula 4ª - O contrato terá a duração de 3 (três) anos, contados a partir da data da notificação do visto do Tribunal de Contas; cláusula 5ª - A Operadora assume expressa, integral e exclusivamente a responsabilidade pelos riscos inerentes à exploração durante o prazo de duração ou eventual prorrogação do contrato, exceto quando o contrário resulte do Caderno de Encargos.*



Tribunal de Contas

Nos termos do artigo 440º n.º 1 do CCP «o prazo de vigência do contrato não pode ser superior a três anos, incluindo quaisquer prorrogações expressas ou tácitas do prazo de execução das prestações que constituem o seu objecto, salvo se tal se revelar necessário ou conveniente em função da natureza das prestações objecto do contrato ou das condições da sua execução».

Prorrogações do prazo contratual, para além de três anos, carecem sempre de fundamentação, nomeadamente, face à necessidade ou conveniência em função da natureza das prestações objeto do contrato ou das condições da sua execução (vd. artigo 440º, n.º 1 do CCP, citado).

Numa análise objectiva, a cláusula 5ª referida será nula, na parte em que estabelece uma possibilidade de prorrogação do contrato, por contrária à lei.

Importa sublinhar, no entanto, que o contratante (DGS) veio, após pedido de esclarecimento deste Tribunal, referir que essa cláusula 5ª deve ser interpretada conjuntamente com a cláusula 4ª e nesse sentido *deve a mesma ser considerada não escrita*. Segundo o contratante o prazo e a vigência do contrato (de três anos) não prevê qualquer prorrogação.

Assim sendo e aceitando-se a declaração de vontade do contratante, estará ultrapassada a questão da legalidade da cláusula 5ª, que se considera não escrita na parte em que estabelece «*ou eventual prorrogação do contrato*».

Deve no entanto, numa futura redação do contrato, a mesma ser expressamente retirada.

Em conclusão.

As disposições do artigo 74º do CCP têm manifestamente natureza financeira, pois respeitam aos critérios de adjudicação, quer em termos da proposta economicamente



mais vantajosa para a entidade adjudicante, quer em função do mais baixo preço.

Dispõe a alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto que constitui fundamento de recusa de visto a violação direta de normas financeiras, o que no caso se verifica.

Por sua vez, também constitui fundamento da recusa do visto a desconformidade dos atos ou contratos com a lei em vigor que configure ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44º da mesma Lei.

Ora, a situação dos autos, no que concerne às questões enunciadas nos pontos i, ii e iii, subsume-se a essa previsão.

IV. DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, e nos termos das alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 44º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, acordam os Juízes da 1.ª Secção, em Subsecção:

- a) Em recusar o visto ao contrato em apreço.
- b) São devidos emolumentos nos termos do disposto no artigo 5º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio.

Lisboa, 8 de janeiro de 2013

Os Juízes Conselheiros

(Mouraz Lopes-Relator)



Tribunal de Contas

(João Figueiredo)

(Alberto Fernandes Brás)

Fui presente
(Procurador-Geral Adjunto)

(José Vicente)