

ACÓRDÃO N.º 31/2013 - 26.nov. - 1ª S/SS

(Processo n.º 1492/2013)

DESCRITORES: Contrato de Empreitada / Adjudicação / Critério de Adjudicação / Preço Base / Princípio da Concorrência / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. Num procedimento de contratação pública, a decisão de contratar, como ato fundamental em que o órgão competente aceita ou escolhe a proposta apresentada, é efectuada nos termos do art.º 74.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), através de um dos dois critérios possíveis de adjudicação: o do preço mais baixo ou o da proposta economicamente mais vantajosa.
2. No procedimento desenvolvido pelo adjudicante, o critério de adjudicação escolhido foi o da proposta economicamente mais vantajosa, tendo como critérios densificadores o fator “Preço da Proposta” e o fator “Valia Técnica da Proposta”.
3. A expressão matemática adoptada para avaliar o fator preço, ao atribuir a mesma pontuação máxima a várias propostas que apresentaram preços diferentes muito próximos do preço base, não permitiu diferenciar/graduar as propostas pondo em causa o objectivo legal do critério de adjudicação, tal como definido no art.º 74.º, n.º 1, al. a) do CCP, e funcionamento da concorrência, o que evidencia uma violação do art.º 4.º, n.º 1 do CCP.
4. Por via do critério utilizado foram, ainda, eliminadas propostas que apresentaram preços mais baixos, o que poderá ter contribuído para a alteração do resultado financeiro do contrato.
5. A adjudicação efectuada, violando as normas legais que obrigavam à escolha da proposta mais vantajosa que mais se adequa à necessidade de rigor e utilização correta dos fundos públicos, viola os artigos 42.º, n.º 6 e 47.º, n.º 2 da Lei n.º 91/2001, de 20 de agosto (Lei de Enquadramento Orçamental).
6. As violações mencionadas constituem motivo para recusa do visto, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, als. b) e c) da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

Conselheiro Relator: Mouraz Lopes



Transitou em julgado em 16/12/13

Acórdão N.º 31 /2013, de 26 Novembro – 1.ª Secção/SS

Processo n.º 1492/2013, 1ª Secção.

Acordam os Juízes, em Subsecção:

I. RELATÓRIO

O Município de Vila Nova de Famalicão remeteu para fiscalização prévia um contrato de empreitada, outorgado entre o Município e a sociedade *Andrade e Almeida - Construções, Lda.*, no valor de € 796 638,92, relativo à Ampliação da escola primária Serra 1- Lousado.

Ao Município foram suscitados esclarecimentos sobre o procedimento concursal, tendo o mesmo respondido nos termos referidos infra.

II. OS FACTOS

Consideram-se assentes, com relevância, os seguintes factos, face a toda a documentação existente no processo:

1. O Município de Vila Nova de Famalicão remeteu para fiscalização prévia um contrato de empreitada, outorgado entre o Município e a sociedade Andrade e



Tribunal de Contas

Almeida - Construções, Lda., no valor de € 796.638,92, celebrado em 23 de setembro de 2013, relativo à Ampliação da escola primária Serra 1- Lousado.

2. O contrato em causa foi outorgado na sequência de uma decisão de contratar tomada pelo Município em 29.05.2013, que deliberou, por unanimidade, autorizar a abertura de um procedimento por concurso público, publicado no DR, II Série, n.º 108, de 5.06.2013, tendo o preço base sido fixado em € 885.000,00.
3. A Câmara Municipal adotou o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa (ponto 14.1 do programa do procedimento), sendo os fatores densificadores daquele critério, o Preço, com o coeficiente de ponderação de 60% e a Valia Técnica da proposta, com o coeficiente de ponderação de 40%. A pontuação final de cada concorrente (CF) seria obtida pela fórmula: $CF = (0,6 * P + 0,4 * VT)$
4. Nos termos do ponto 14.2 do referido programa de procedimento no que concerne à avaliação do fator Preço, dispôs-se o seguinte:

“A análise das propostas em face do fator preço será operacionalizada através da aplicação da seguinte fórmula, sendo considerada mais vantajosa a que apresentar a pontuação mais elevada e sempre que a classificação preço “P” seja menor que zero (0), a pontuação será zero (0):

$$P = \left(- \frac{80 \times Pp^7}{19 \times Pb^7} + \frac{125 \times Pp - 674}{8 \times Pb} \right) \times 20$$

P-classificação preço

Pb-preço base

Pp-preço da proposta”

5. Terminado o prazo para apresentação de propostas, o júri elaborou o relatório preliminar, tendo admitido dezoito concorrentes e ordenado as respetivas propostas segundo o critério de adjudicação adotado da proposta economicamente



mais vantajosa para a entidade adjudicante. Foi classificada em primeiro lugar a empresa Andrade e Almeida - Construções, Lda., cujo valor da proposta foi de € 796.638,92 S/IVA , com um prazo de execução de 365 dias.

6. Em 1.08.2013, a Câmara Municipal de Vila Nova de Famalicão deliberou aprovar o relatório final do júri do concurso e adjudicar a empreitada à empresa Andrade e Almeida - Construções, Lda., tendo a minuta do contrato sido aprovada em 16.09.2013.
7. Face à expressão matemática transcrita no ponto 4, adotada para avaliação do fator preço, cuja aplicação se afigurava conduzir a pontuações díspares para as propostas de valores mais alto e mais baixo, relativamente às de valor intermédio, e que atribuía zero pontos a propostas de preço mais baixo foi o Município convidado a prestar esclarecimentos sobre o alcance e resultado da aplicação daquela expressão matemática e a enviar o ficheiro *excel* com o cálculo efectuado para todas as propostas concorrentes.
8. Em resposta ao solicitado e referido no ponto anterior, o município veio informar o seguinte: *“remete-se, em anexo, em suporte digital, o ficheiro excel com o cálculo efetuado no fator preço de todas as propostas a concurso.*
Num caso meramente hipotético, em que todas as propostas tenham no fator de pontuação negativa, passam por força do Programa de Concurso para pontuação zero. De acordo com este documento concursal, o quadro da classificação padrão é constituído por pontuações de 0 a 20 valores e portanto não contempla valores negativos. Nesta situação será o segundo fator de avaliação, ou seja, a valia técnica da proposta, determinante na classificação final de cada proposta.”



Tribunal de Contas

9. Aplicando a fórmula fixada no programa de procedimento, acima descrita, para as propostas a concurso, obteve-se os seguintes resultados para o fator preço:

#	Concorrente	Preço da proposta (€)	Fator Preço
1	Construções Capela Braga, Lda.	795.609,87	19,99
2	Amândio Silva & Sousa, Lda.	799.995,77	19,97
3	Alberto Couto Alves, S.A.	884.502,24	7,46
4	Gabinete técnico de Ribeirão, Lda.	796.001,36	19,99
5	Teixeira Pinto & Soares, Lda.	613.077,25	0
6	Habitâmega - Construções S.A.	796.173,26	19,99
7	Pavimogege - Empreiteiros de Construção Civil, Lda.	836.549,97	17,63
8	Alexandre Barbosa Borges, S.A.	796.500,00	19,99
9	António Alves Ribeiro & Filhos, Lda.	796.000,00	19,99
10	Ribeiro da Silva & C. ^a , Lda.	796.981,05	19,99
11	Irmãos Maia, Construção Civil e Obras Públicas, Lda.	594.801,73	0
12	Agostinho Malheiro Coelho - Construções, Lda.	797.984,01	19,98
13	Norcep - Construções e Empreendimentos, Lda.	796.176,33	19,99
14	Andrade & Almeida - Construções, Lda.	796.638,92	19,99
15	Fersil - Construções Civil e Compra de Propriedades, Lda.	806.131,44	19,85
16	Condaltom - Construções do Alto Tâmega, Lda.	798.976,38	19,98
17	Luís Silva & Joaquim Melo, Lda.	796.310,00	19,99
18	Costeira - Engenharia e Construções, Lda.	655.987,11	0,3

*

III. O DIREITO

Está em causa nestes autos a questão da legalidade do critério de adjudicação utilizado e os modelos de avaliação das propostas subjacentes ao modelo de contratação adotado, por via da sua relevância do ponto de vista financeiro.

*

O regime geral da contratação pública sustenta-se hoje numa estrutura principialista identificada na transparência, na igualdade e na concorrência que, como



Tribunal de Contas

princípios vinculantes, moldam o regime da contratação pública, em todas as suas dimensões.

Só um processo contratual vinculado a uma dimensão concorrencial efetiva, em todas as suas etapas, de modo a salvaguardar o princípio da igualdade e também da transparência pode concretizar o interesse público subjacente à contratação pública. Porque é este interesse público, nas suas várias dimensões, que consubstancia a finalidade de um procedimento concursal.

Esta dimensão “principalista” está tipificada e desenvolvida, no que respeita ao CCP em variadíssimas normas das quais se salientam o artigo 1º n.º 4 que refere que «à contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência».

Daí que nas várias fases e atos procedimentais referidos no CCP não pode omitir-se a necessidade de salvaguardar sempre a dimensão concorrencial.

A decisão de contratar num procedimento de contratação pública, como ato fundamental em que o órgão competente para aceitar ou escolher a proposta apresentada, é efectuada nos termos do artigo 74.º do CCP, através de um dos dois critérios possíveis de adjudicação: o do preço mais baixo ou o da proposta economicamente mais vantajosa. Trata-se naquele artigo de garantir um dos objetivos centrais dos processos de contratação para a parte pública: selecionar uma proposta que garanta uma vantagem económica para a entidade adjudicante.

É sabido que procedimento de contratação pública visa escolher um co-contratante e uma proposta que satisfaçam as necessidades públicas em condições económicas e financeiras adequadas para a entidade adjudicante.

Os dois tópicos referidos, salvaguarda da concorrência e garantia de uma vantagem económica para a entidade adjudicante, são relevantes para se entender o que está em causa nos autos.

No procedimento desenvolvido pelo adjudicante, o Município de Vila Nova de Famalicão, o critério de adjudicação escolhido foi o da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante. Significa isto que, não obstante a latitude com que a entidade adjudicante pode definir um modelo de avaliação das propostas



descrevendo a forma como serão avaliados os vários aspetos de execução do contrato submetidos à concorrência, não pode deixar de o fazer respeitando o objectivo de escolher a proposta que lhe seja economicamente mais vantajosa. É isto que resulta do disposto nos artigos 42.º, n.ºs 3 e 4, 74.º, 75.º, 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º, todos do CCP.

Como se disse em acórdão recente deste Tribunal (Acórdão n.º 27/13, de 5 de novembro/1.ªSS, relativo ao processo de fiscalização prévia n.º 1406/2013), em que estava em causa situação semelhante, *«a adopção vinculada deste critério [o da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante] e objectivo implica, por um lado, que se criem condições para um efetivo funcionamento da concorrência nos fatores escolhidos e, por outro, que o modelo de avaliação permita a avaliação das vantagens económicas que resultem do funcionamento dessa concorrência»*.

Recorde-se que no processo de adjudicação se pretende escolher através dos atributos da proposta, sendo estes atributos que são efetivamente avaliados.

No Acórdão citado refere-se igualmente que o *“funcionamento da concorrência no factor preço faz-se, normalmente, fixando um valor máximo e deixando que os concorrentes compitam entre si para oferecer o preço mais baixo possível. A avaliação mais compatível como princípio da economia é a que valoriza diferenças de preços para menos, quaisquer que elas sejam (...) tal modelo influencia negativamente o funcionamento da concorrência, desfavorecendo a obtenção de propostas economicamente vantajosas para a entidade adjudicante”*.

No caso em apreço, como se referiu, o critério de adjudicação assentou na proposta economicamente mais vantajosa e tinha como critérios densificadores, na avaliação, dois fatores, a saber: (i) o fator **Preço da Proposta**, com uma ponderação de 60% e (ii) o fator **Valia Técnica da Proposta**, com uma ponderação de 40%.

No que concerne ao fator preço, dispôs-se ainda que *“a análise das propostas em face do fator preço será operacionalizada através da aplicação da seguinte fórmula, sendo considerada mais vantajosa a que apresentar a pontuação mais elevada e sempre que a classificação preço “P” seja menor que zero (0), a pontuação será zero (0):*



$$P = \left(\frac{-80xPp^7 + 125x Pp - 674}{19xPb^7 - 8xPb - 61} \right) \times 20$$

P-classificação preço

Pb-preço base

Pp-preço da proposta”.

A aplicação da expressão matemática adotada para avaliação do fator preço, conduziu a um conjunto de resultados, expostos no ponto nº 9 dos factos, que levaram que a opção de adjudicação fosse efetuada à entidade identificada em 14 do quadro referido.

Trata-se, no entanto, de um conjunto de resultados que devem ser analisados e sublinhados.

Assim, a utilização daquele critério permitiu pontuações díspares para as propostas de valores mais alto e mais baixo, relativamente às de valor intermédio e atribuiu mesmo zero pontos, ou perto desse valor, a propostas de preço mais baixo (*Teixeira Pinto & Soares, Lda, Irmãos Maia, Construção Civil e Obras Públicas, Lda., Costeira - Engenharia e Construções, Lda*). Nestes últimos, nomeadamente as de preço mais baixo, o critério utilizado não permitiu a sua diferenciação, apesar de apresentarem preços distintos.

Igualmente não permitiu diferenciar/graduar as propostas para a classificação das mesmas relativamente ao fator preço, uma vez que foi atribuída a mesma pontuação máxima (19,99) a 9 propostas que apresentaram preços diferentes “colados” a 90% do preço base (€ 796.500,00), com uma variação máxima de € 1.371,18.

Quanto às propostas de preço igual ou semelhante ao do adjudicatário (concorrente n.º 14), apenas foram diferenciadas pela avaliação da valia técnica, atendendo a que nove propostas, das 18 analisadas, obtiveram a mesma classificação, de 19,99.

Também os quatro concorrentes (n.ºs 2, 12, 16 e 13) que obtiveram pontuações muito próximas do máximo (19,98, 19,97 e 19,85), apresentaram propostas de preço ligeiramente superior a 90% do preço base.

Finalmente a fórmula permitiu manipular os preços das propostas, atribuindo a pontuação máxima às propostas de preço próximas de 90% do preço base (796.500,00 €),



Tribunal de Contas

penalizando, as propostas de preço superiores a 90 % do preço base (caso do concorrente n.º 3).

Desta análise é fácil concluir que o modelo adoptado foi inadequado ao fim para que estava desenhado, concretamente para permitir que a proposta escolhida fosse a economicamente mais vantajosa, ponderados todos os fatores que estariam na sua génese.

Desconsiderando diferenças de preços na avaliação das propostas, o modelo adotado é incompatível com o objetivo legal do critério de adjudicação, tal como definido no artigo 74º, nº1, alínea a) do CCP, qual seja o de escolher a proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante.

Igualmente o modelo adotado, pelas razões supra referidas ao permitir e incentivar que a maioria das propostas estivessem muito próximas ao valor de 90% do preço base (€ 796.500,00), desincentivou a apresentação de propostas diferenciadas e, nesse sentido o funcionamento da concorrência.

Sublinhe-se que conforme foi referido no Acórdão citado, *"(...)o funcionamento da concorrência no fator preço faz-se, fixando um valor máximo e deixando que os concorrentes compitam entre si para oferecer o preço mais baixo possível. A avaliação mais compatível com o princípio da economia é a que valoriza diferenças de preços para menos, quaisquer que elas sejam"*.

Assim é claro que o modelo aplicado não permitiu o funcionamento da concorrência na apresentação de melhores preços, o que evidencia uma clara violação do artigo 4º n.º 1 do CCP.

Importa sublinhar, ainda, que por via do critério utilizado foram eliminadas propostas que apresentaram preços mais baixos, sendo por isso de concluir que com este modelo possa ter ocorrido alteração do resultado financeiro.

Por outro lado, a adjudicação efetuada, violando as normas legais que obrigavam à escolha da proposta mais vantajosa que mais se adequa à necessidade de rigor e utilização correta dos fundos públicos, viola igualmente os artigos 42º n.º 6 e 47º n.º 2 da Lei de Enquadramento Orçamental (Lei n.º 91/2001, de 20 de agosto, com as sucessivas alterações).



Nesse sentido é motivo para, nos termos do artigo 44º n.º 3 alínea b) da LOPTC, ver recusado o visto.

O procedimento levado a termo, nos termos referidos, é cerceador do princípio da concorrência e desconforme com as normas legais, constituindo uma ilegalidade que pode alterar o respetivo resultado financeiro, nos termos do artigo 44º n.º 3 alínea c) da LOPTC.

Ocorre igualmente por este motivo, fundamento para a recusa do visto.

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 em recusar o visto ao contrato em apreço.

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, 26 de novembro de 2013

Os Juízes Conselheiros

(Mouraz Lopes-Relator)

(Helena Abreu Lopes)

(Alberto Brás)

Fui presente
O Procurador-Geral adjunto

(José Vicente)