



ACÓRDÃO Nº 1/14.JAN.2014/1ª S/SS

Processo nº 1608/2013

I – RELATÓRIO

1. O Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, E.P.E. (doravante designado por Centro Hospitalar) remeteu a este Tribunal, para fiscalização prévia, o contrato de aquisição de serviços para a elaboração do projeto de execução para o novo edifício hospitalar a integrar no seu plano de reabilitação, celebrado com a Luís Narciso – Arquitetos, Lda., no montante máximo de € 712.500,01 acrescido do valor de IVA, à taxa legal aplicável.
2. Visando a melhor instrução do processo de fiscalização prévia, o contrato foi devolvido para que o Centro Hospitalar justificasse as soluções adotadas, designadamente em matéria do modelo de avaliação das propostas.

II – OS FACTOS

3. Para além do referido nos números anteriores, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos e alegações:
 - a) O contrato foi precedido de concurso público internacional, tendo sido publicados anúncios no DR de 21/6/2013 e JOUE de 25/6/2013;
 - b) Nos termos do artigo 13.º, n.º 1, do Programa de Concurso ¹, o critério de adjudicação foi o da proposta economicamente mais vantajosa, tendo em consideração os seguintes fatores e subfatores de ponderação:
 - A - Adequação da solução: 60%
 - A.1 - Arquitetura: 40%
 - A.1.1 - Organização funcional: 15%
 - A.1.2 - Flexibilidade funcional interna e de expansão: 5%
 - A.1.3 - Integração do novo edifício no espaço envolvente: 10%
 - A.1.4 - Conceção arquitetónica: 10%
 - A.2 - Condições de manutenção das instalações técnicas: 10%

¹ Vide fls. 142 a 146 do processo.



Tribunal de Contas

A.3 - Instalações técnicas especiais; gestão técnica centralizada e estudos de segurança integrada: 10%

B – Preço: 40%

- c) No que respeita ao fator “preço”, referia ainda o Programa do Concurso nos seus artigos 13º e 14º:
- As propostas seriam avaliadas no intervalo entre o preço base, ao qual seria atribuída a pontuação de zero e o **preço mínimo admissível**, ao qual seria atribuída a pontuação mais elevada, numa escala de 0 a 20;
 - O preço base fixado foi o de € 950.000,00;
 - O preço anormalmente baixo foi o de igual ou inferior a € 712.500,00;
 - As propostas seriam excluídas se apresentassem preço superior ao preço base e inferior ao preço anormalmente baixo;
- d) Apresentaram proposta seis concorrentes;
- e) As cinco propostas admitidas ao concurso apresentaram os seguintes preços:

LNA – Luis Narciso Arquitetos	712.500,01 €
MVENTURA & PARTNERS	712.500,01 €
VHM (...) BARBOSA & GUIMARÃES ARQ.	712.500,01 €
S500 – Consulting	712.500,01 €
PPSEC – ENGENHARIA	712.501,00 €

Da aplicação do modelo de avaliação às propostas, obtiveram-se os seguintes resultados:

CONCORRENTE	Valor	Preço (40%)	ADEQUAÇÃO SOLUÇÃO (60%)	CLASSIFICAÇÃO FINAL	ORDENAÇÃO
LNA – LUIS NARCISO ARQUITECTOS	712.500,01€	8	9,25	17,25	1
MVENTURA & PARTNERS	712.500,01€	8	8,20	16,20	2
VHM (...) BARBOSA & GUIMARÃES ARQ.	712.500,01€	8	7,57	15,57	3
S500 – Consulting	712.500,01€	8	7,25	15,25	4
PPSEC – ENGENHARIA	712.501,00€	8	6,65	14,65	5

- f) Tendo-se questionado o Centro Hospitalar sobre “[p]or que razão se estabelece no Programa de Concurso que as propostas inferiores ao preço anormalmente baixo aí estabelecido serão excluídas (...), quando se estatui no Artigo 71º do CCP que nenhuma proposta pode ser excluída automaticamente com fundamento no facto de na mesma constar um preço total anormalmente baixo, i.e. as propostas só poderão ser excluídas com base nesse fundamento se não forem apresentados esclarecimentos justificativos relativos aos elementos constitutivos da proposta que considere relevantes para fundamentar a apresentação do preço anormalmente baixo,



ou, apesar de apresentados, os mesmos não sejam considerados procedentes”, aquele Centro Hospitalar respondeu ²:

“Estabelecendo o caderno de encargos o preço base e o preço a partir do qual se considerava a proposta com preço anormalmente baixo, foi prevista a exclusão de proposta com preço inferior àquele, se desde logo com ela o concorrente não apresentasse documento justificativo do preço apresentado sem que para o efeito o júri tivesse que proceder à sua audiência, o que se pretendia evitar dada a urgência perpetrada na tramitação procedimental pelos motivos já aduzidos. Admite-se, no entanto, que a redação do artigo 14.º do Programa de Concurso possa ter conduzido a diversa interpretação, o que se lamenta na medida em que não foi esse o propósito da entidade adjudicante quando procedeu à fixação das regras concursais”.

E disse ainda o Centro Hospitalar ³:

“Reportando-nos à informação oportunamente prestada ao douto Tribunal, quer a fixação do preço base, quer a de preço anormalmente baixo, tiveram por referência as instruções para o cálculo de honorários referentes aos projetos de obras públicas.

Pretendeu-se aliar as disponibilidades financeiras da Instituição com as regras de mercado na área em causa e com as referências existentes para cálculo de honorários em uso na profissão, de modo a que fosse possível obter uma proposta válida para efeitos de adjudicação.

Ainda assim, a entidade debateu-se com exposições da Ordem dos Arquitectos, que entre outros argumentos, pugnaram pela fixação de um preço base superior ao fixado no procedimento e consideraram que o preço fixado como anormalmente baixo não acautelava os interesses da profissão, apelando aos profissionais a não apresentação de proposta ao concurso lançado por este Centro Hospitalar, conforme foi possível constatar publicamente através da página eletrônica da Ordem dos Arquitectos.

De facto, conforme já foi anteriormente estabelecido, os documentos de concurso previam a exclusão de propostas inferiores ao limiar mínimo estabelecido, sem que houvesse referência à possibilidade de apresentação de justificação. No entanto, caso se verificasse essa necessidade, poderiam sempre os concorrentes apresentar a nota justificativa de preço juntamente com a proposta sustentando-se nas previsões legais que ao caso coubessem.

Atentas as instruções para a fixação de honorários e a posição manifestada

² Vide ofício n.º 11122 de 20 de novembro de 2013, a fls. 870 e ss. do processo.

³ Vide ofício n.º 43 de 2 de janeiro de 2014, a fls. 950 e ss. do processo.



pela própria Ordem Profissional que não faziam antever a possibilidade de propostas abaixo do referido limiar, bem como o receio subjacente à fixação de um preço anormalmente baixo, o modelo de avaliação de propostas não contemplou a eventualidade de valoração de propostas abaixo do limite mínimo admissível.

No entanto, dado que não foram apresentadas propostas nessas condições, o eventual lapso procedimental não determinou qualquer alteração no efeito financeiro do contrato, pelo que o mesmo é passível de ser relevado pelo Tribunal, o que desde já se requer.”

III – O DIREITO

4. No presente processo uma questão se deve suscitar dada a sua relevância em matéria de contratação pública: a fixação de um preço mínimo admissível, abaixo do qual as propostas seriam excluídas, é conforme ao regime jurídico a que o procedimento de formação do contrato obedecia?
5. Relevem-se os seguintes dados da matéria de facto:
 - a) O critério de adjudicação foi o da proposta economicamente mais vantajosa, tendo sido adotados os fatores de avaliação “adequação da solução” com uma ponderação de 60% e “preço” com uma ponderação de 40%;
 - b) No que respeita ao preço, as propostas seriam avaliadas no intervalo entre o preço base e o **preço mínimo admissível**;
 - c) O preço base fixado foi o de € 950.000,00;
 - d) O preço anormalmente baixo foi o de igual ou inferior a € 712.500,00;
 - e) As propostas de valor inferior ao preço anormalmente baixo seriam excluídas. Isto é, o **preço mínimo admissível** correspondia ao limiar do preço anormalmente baixo: € 712.500,00. Abaixo deste valor, as propostas seriam excluídas;
 - f) As cinco propostas admitidas e avaliadas apresentaram valores um cêntimo (quatro propostas com 712.500,01 €) ou um euro (uma proposta com 712.501,00 €) acima daquele limiar de exclusão, o que determinou a aplicação a todas elas da mesma pontuação neste fator, 8 pontos;
 - g) Na avaliação do fator “adequação da solução”, as propostas avaliadas obtiveram as seguintes pontuações: 9,25, 8,20, 7,57, 7,25, 6,65.
6. Destes factos resulta linearmente, em primeiro lugar, que os interessados e concorrentes se viram condicionados a apresentar propostas próximas – imediatamente acima - daquele limiar de exclusão. Naturalmente, prosseguindo dois objetivos: obter a mais elevada classificação no fator preço e não ser excluídos.



7. Destes factos resulta linearmente ainda uma outra conclusão: tendo sido eleito como critério de adjudicação o da proposta economicamente mais vantajosa, foi tal critério efetivamente atraído na medida em que o fator “preço” deixou de ter qualquer relevância em termos de avaliação e de adjudicação, passando a serem só relevantes os aspetos qualitativos das propostas. E tal resultado obteve-se não porque o jogo da concorrência o produziu, mas porque as regras do procedimento a isso conduziram.
8. Violou-se pois, na prática, o critério de adjudicação escolhido pela entidade pública contratante e que a lei consagra na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º e depois desenvolve na alínea n) do n.º 1 do artigo 132.º do CCP ⁴.
9. Mas daqueles factos resultam ainda outras ponderações:
 - a) Note-se que o limiar do preço anormalmente baixo - € 712.500,00 – corresponde a um valor elevado em relação ao preço base: € 950.000,00. Corresponde a 75% deste valor. Relembre-se que o CCP estabelece no n.º 1 do seu artigo 71.º que, no silêncio dos documentos do procedimento, para este tipo de contrato, aquele limiar deve corresponder a 50% do preço base. Pode a entidade adjudicante fixar valor diferente, como fez no presente caso? Certamente que sim. Mas este valor elevado agrava a ponderação que se faz a seguir e que já se intui do mero elenco dos factos;
 - b) Acontece que no procedimento se estabeleceu a regra de que o limiar do preço anormalmente baixo - € 712.500,00 – correspondia também a fator de exclusão das propostas, no caso de estas apresentarem valor mais baixo.
10. Diz o Centro Hospitalar que *“foi prevista a exclusão de proposta com preço inferior àquele, se desde logo com ela o concorrente não apresentasse documento justificativo do preço apresentado”*. Contudo esta alegação agora produzida, não coincide com o que se estabeleceu no caderno de encargos e portanto efetivamente *“a redação do artigo 14.º do Programa de Concurso [pode] ter conduzido a diversa interpretação”*. Dado que *“os documentos de concurso previam a exclusão de propostas inferiores ao limiar mínimo estabelecido, sem que houvesse referência à possibilidade de apresentação de justificação”* não é possível de aceitar – face às consequências previstas - que os concorrentes apresentassem preços inferiores ao do preço mínimo admissível, e que nesse sentido *“poderiam sempre os concorrentes apresentar a nota justificativa de preço juntamente com a proposta sustentando-se nas previsões legais que ao caso coubessem”*. Mas, mesmo que assim fosse, que

⁴ Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2008, de 11 de setembro, 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho.



vantagem teriam os concorrentes em apresentar um preço mais baixo, se o modelo de avaliação definido não lhes permitia obter uma melhor pontuação? Nenhuma!

As alegações expendidas com base nas posições da Ordem dos Arquitetos também não relevam para as ponderações que agora devem ser feitas. Aquelas posições podem ter variadas motivações e prosseguir objetivos perfeitamente válidos na ordenação das questões relativas àquela profissão, mas não devem condicionar as entidades públicas na observância dos princípios e regras da contratação pública.

11. Ora a regra de que o limiar do preço anormalmente baixo correspondia também a critério de exclusão das propostas viola o regime do preço anormalmente baixo estabelecido pela lei. Se é verdade que a lei admite que nos procedimentos se estabeleça o limiar de preço anormalmente baixo, dela resulta que tal limiar quantitativo não pode ser considerado definitivo na avaliação das propostas e menos ainda ser causa de exclusão: aquele limiar indica que se está perante preço anormalmente baixo. E a proposta só pode ser rejeitada consoante o caso, se não for apresentada ou aceite a justificação respetiva, nos termos conjugados dos artigos 57.º, n.º 1, alínea d), e 146.º, n.º 2, alínea d), do CCP ou após decurso do procedimento específico previsto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 71º também do CCP, estabelecendo estes últimos que:

“3 - Nenhuma proposta pode ser excluída com fundamento no facto de dela constar um preço total anormalmente baixo sem antes ter sido solicitado ao respetivo concorrente, por escrito, que, em prazo adequado, preste esclarecimentos justificativos relativos aos elementos constitutivos da proposta que considere relevantes para esse efeito.

4 - Na análise dos esclarecimentos prestados pelo concorrente (...), pode ⁵ tomar-se em consideração justificações inerentes, designadamente:

a) À economia do processo de construção, de fabrico ou de prestação do serviço;

b) Às soluções técnicas adotadas ou às condições excecionalmente favoráveis de que o concorrente comprovadamente disponha para a execução da prestação objeto do contrato a celebrar;

c) À originalidade da obra, dos bens ou dos serviços propostos;

d) Às específicas condições de trabalho de que beneficia o concorrente;

⁵ No sentido de que a enunciação referida não deve ser entendida como exaustiva e excludente de outras razões justificativas vai o Acórdão Impresa Lombardini do Tribunal de Justiça da União Europeia (Sexta Secção) de 27.11.2001. Extraído a partir da Directiva de 1993, mantém inteira atualidade face à Directiva de 2004 e nesta matéria, como noutras, tem integral pertinência face à disciplina constante no direito nacional e sufraga a interpretação que dele se faz.



Tribunal de Contas

e) *À possibilidade de obtenção de um auxílio de Estado pelo concorrente, desde que legalmente concedido.*”

12. O ter-se estabelecido no procedimento um limiar de preço anormalmente baixo – elevado aliás face ao preço base fixado - e o ter-se considerado tal limiar como critério para exclusão de propostas que apresentassem valor inferior, violou pois o regime do preço anormalmente baixo legalmente fixado.

13. Mas tal disciplina contribuiu ainda para a inobservância do princípio da concorrência. Este princípio, basilar dos mercados públicos, deve ser visto numa dupla perspetiva. Por um lado, enquadra uma situação de igualdade entre os agentes económicos disputando entre si a celebração dos contratos públicos. Mas por outro, deve permitir que, através de uma sã e leal concorrência, as entidades públicas obtenham as melhores propostas para a satisfação das necessidades públicas.

O que aconteceu no presente caso foi que a entidade pública condicionou a concorrência de tal forma que todos apresentaram propostas com quase idêntico preço.

14. Os factos, contudo, devem ser ainda valorados num outro aspeto. Note-se que no fator que afinal foi determinante para a adjudicação – o fator “adequação da solução” – as pontuações atribuídas pelo menos às quatro melhores classificadas, distam somente de 2 valores (de 7,25 a 9,25: correspondendo a 60% das pontuações atribuídas numa escala de 0 a 20). Isto é: caso não se tivessem estabelecido as regras já bastamente referidas em matéria de “preço” que condicionaram os concorrentes e que subverteram o princípio da concorrência, é provável que outros preços poderiam ter sido apresentados e o resultado final poderia ter sido diferente.

15. Em conclusão: foi de facto violado o critério de adjudicação inicialmente adotado – previsto na alínea a) do nº 1 do artigo 74º do CCP – , foi violado o regime dos preços anormalmente baixos – consagrado no artigo 57.º, n.º 1, alínea d), e artigo 146.º, n.º 2, alínea d), bem como nos nºs 3 e 4 do artigo 71º também do CCP – , foi inobservado o princípio da concorrência - previsto no nº 4 do artigo 1º igualmente do CCP – e, caso tais violações não tivessem ocorrido seria fortemente provável a obtenção de um resultado financeiro diferente,

16. Enquadram-se, pois, tais violações no disposto na alínea c) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC ⁶, quando aí se refere *“ilegalidade que ... possa alterar o respetivo resultado*

⁶ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei nº 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/2001, de 4 de janeiro, 55-B/2004, de 30 de dezembro, 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro e 2/2012, de 6 de janeiro.



financeiro”. Refira-se, a propósito, que, para efeitos desta norma, quando aí se prevê “[i]legalidade que (...) possa alterar o respetivo resultado financeiro”, significa que basta o simples perigo ou risco de que das ilegalidades constatadas possa ter resultado a alteração do resultado financeiro do procedimento.

17. Há pois fundamentos para recusa de visto.

IV – DECISÃO

18. Pelos fundamentos indicados, por força do disposto na alínea c) do nº 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.

19. São devidos emolumentos nos termos do nº 3 do artigo 5º, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas⁷.

Lisboa, 14 de janeiro de 2014

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(José Mouraz Lopes)

(Alberto Fernandes Brás)

⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei nº 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei nº 3-B/00, de 4 de abril.



Tribunal de Contas

Fui presente
O Procurador-Geral Adjunto

(José Gomes de Almeida)