



ACÓRDÃO N.º 10/2016 – 14.JUL-1ªS/SS

Processo de fiscalização prévia n.º 1302/2016

Relatora: Helena Abreu Lopes

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção:

I. RELATÓRIO

1. O *Município de Sernancelhe* remeteu a este Tribunal, para fiscalização prévia, o contrato de empreitada relativo à Fase 1 da Zona Empresarial de Sernancelhe, celebrado, em 2 de Junho de 2016, entre aquela entidade e a empresa *FLOPONOR- Floresta e Obras Públicas do Norte, S.A.*, pelo montante de € **538.200,00**, acrescido de IVA.

II. FUNDAMENTAÇÃO

FACTOS

2. O contrato foi precedido de concurso público.
3. O preço base foi fixado em € **598.000,00**.
4. Nos termos do n.º 12 do programa do procedimento, o critério de adjudicação estabelecido foi o da *proposta economicamente mais vantajosa*, descrito da seguinte forma:



Tribunal de Contas

“12.1. O critério de adjudicação fixado, nos termos do art. 139.º do Código dos Contratos Públicos, é o da proposta economicamente mais vantajosa, atendendo-se aos seguintes fatores e respetivas ponderações:

a) Preço(P): 40%

b) Valia técnica da proposta(VT): 60%”

5. No mesmo ponto do programa do procedimento, estabeleceu-se o modo de apuramento da pontuação no factor preço, nos seguintes moldes:

“12.2. A classificação das propostas relativamente ao fator Preço (P), resulta da pontuação obtida através da seguinte fórmula:

$$P = [(-4x(Vp^2/Pb^2) + 7,2x(Vp/Pb) + 1,75)x10]x0,8$$

Em que:

Pb-Preço base do concurso

Vp-Valor da proposta concorrente em avaliação”

6. Ao concurso em causa foram admitidas 10 propostas.

7. O preço das mesmas e a sua pontuação no factor *Preço* do modelo de avaliação foram os seguintes (conforme relatório de análise das propostas):

	CONCORRENTES	PREÇO PROPOSTA	PONTUAÇÃO
1	Irmãos Almeida Cabral, Lda	508.300,01 €	39,84
2	Pavimentações-António Rodrigues da Silva & Filhos, Lda	529.845,09 €	39,91
3	Embeiral-Engenharia e Construção, SA	508.300,01 €	39,84
4	João Tomé Saraiva-Sociedade de Construções, Lda	508.300,01 €	39,84
5	Floponor-Florestas e Obras Públicas do Norte, SA ¹	538.200,00 €	39,92
6	Higino Pinheiro & Irmão, SA	538.200,00 €	39,92
7	António Saraiva & Filhos, Lda	538.200,00 €	39,92
8	Francisco Pereira Marinho & Irmãos, SA	538.200,00 €	39,92
9	Gualdim Anciães Amado & Filhos, Lda	508.300,64 €	39,84
11	Samuel Augusto, Lda	561.262,90 €	39,87

8. A proposta da empresa *FLOPONOR–Florestas e Obras Públicas do Norte, SA* ficou ordenada em 1.º lugar para efeitos de adjudicação. Por deliberação da Câmara Municipal de 13 de Maio de 2016, a adjudicação foi feita a esta proposta.

¹ Empresa adjudicatária



9. Pelo Acórdão n.º 27/13-5.Nov-1.ªS/SS, foi recusado o visto a um contrato entre o mesmo Município e a *FLOPONOR–Florestas e Obras Públicas do Norte, SA*, em virtude da ilegalidade da fórmula adotada no concurso para avaliação do fator preço.

10. Interpelada para justificar a possibilidade de pontuar melhor propostas de preço mais elevado, designadamente em face do teor do referido acórdão, a Câmara Municipal alegou, no ofício n.º F3.83.4.1./01791, de 30 de Junho de 2016:

“Na determinação do valor base foi tido em conta o valor máximo admissível para o custo de execução da obra e não o preço de mercado que melhor traduz a relação execução/qualidade/preço. O valor médio de mercado para o custo da execução da obra que melhor traduz a relação execução/qualidade/preço é o que corresponde a 90% do valor base do concurso. As propostas de valor inferior a 90% do valor base dão menor garantia na relação execução/qualidade/preço, sendo que abaixo de 85% do valor base é estabelecido no programa de procedimento como de valor anormalmente baixo. Assim foi adotado para a ponderação deste fator uma fórmula matemática quadrática que apresenta um desenvolvimento curvilíneo que atinge o máximo no valor correspondente a 90% do valor base. Da aplicação desta fórmula resulta que as propostas cujos valores se situem no intervalo entre valor base até 90% deste (parte ascendente da curva) a sua pontuação vai aumentando, e as propostas cujo valor seja inferior a 90% e superior a 85% vai diminuindo (parte descendente da curva), situação que traduz a menor garantia na relação execução/qualidade/preço. (...) No que respeita ao processo n.º 1406/2013-Acórdão n.º 27/13, de 5 Nov-1.ªS/SS, que obteve recusa do visto, informamos o Digníssimo Tribunal que o município de Sernancelhe viu-se obrigado a desencadear um novo procedimento com critérios de avaliação diferentes, onde no fator preço a maior pontuação era atribuída ao menor preço. Tal situação levou a que a proposta melhor classificada fosse a que apresentou um preço cerca de 35% (trinta e cinco por cento) inferior ao preço base. Face ao baixo valor apresentado, não foi cumprido o contrato por parte do adjudicatário, nem mesmo os trabalhos foram iniciados, tendo sido o município obrigado a proceder à resolução unilateral do contrato de empreitada, causando graves prejuízos ao município, porquanto mais se tratava de uma empreitada com financiamentos comunitários aprovados e temporalmente limitados. Por tudo isto, o município “abandonou” os critérios de avaliação que colocassem em causa o interesse público. (...) O município de Sernancelhe está consciente do objetivo do presente procedimento, que se traduz na satisfação da necessidade pública com o menor custo possível. Contudo, também está consciente que esse objetivo



só se concretiza com a estabilidade e cumprimento do contrato, ou seja, o município pretendeu salvaguardar o interesse público. Por último, os critérios de avaliação das propostas estavam devidamente explanados no programa de procedimento, colocando em igualdade de circunstâncias todos os interessados, salvaguardando-se desde logo os princípios da igualdade e da concorrência.”

ENQUADRAMENTO JURÍDICO

Do critério de adjudicação e dos modelos de avaliação das propostas

11. Os procedimentos de contratação pública visam atingir determinados objetivos e salvaguardar determinados princípios. Desse modo, a legalidade dos actos praticados nesses procedimentos está condicionada não apenas à letra das normas aplicáveis mas também à realização desses objetivos e princípios.
12. Por outro lado, os objetivos e princípios em causa destinam-se, por um lado, a garantir os interesses dos potenciais concorrentes, e, por outro, também a realizar objetivos de satisfação do interesse público, na sua também dupla vertente de satisfação das necessidades e do interesse financeiro.
13. Ora, quando, no seu artigo 74.º, o Código dos Contratos Públicos (CCP)² estabelece os dois critérios possíveis de adjudicação num procedimento de contratação pública (o do preço mais baixo ou o da proposta *economicamente* mais vantajosa), ele afirma um dos grandes objetivos desses processos de contratação *para a parte pública*: o de seleccionar uma proposta que garanta uma *vantagem económica para a entidade adjudicante*.
14. De facto, e sem prejuízo do princípio geral de se dever assegurar o direito de todos os operadores económicos ao mercado dos contratos públicos em condições de igualdade, resulta de forma clara do preceito referido que o 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.
15. No caso, o critério de adjudicação escolhido foi o da proposta *economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante*.
16. 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

² Anexo ao **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 223/2009, de 11 de Setembro, e 278/2009, de 2 de Outubro, 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, pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho, e pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro.



Tribunal de Contas

avaliados os vários aspectos de execução do contrato submetidos à concorrência, não pode deixar de o fazer com e respeitando o objetivo de escolher a proposta que lhe seja *economicamente mais vantajosa*.

17. É o 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 Código dos Contratos Públicos.
18. Ora a adopção vinculada deste critério e objetivo implica, por um lado, que se criem condições para um efectivo *funcionamento da concorrência* nos factores escolhidos e, por outro, que o modelo de avaliação permita a avaliação das *vantagens económicas* que resultem do funcionamento dessa concorrência.
19. Lembre-se que o princípio da *economia* determina que se satisfaça a necessidade pública ao menor custo possível e que a própria lei impõe, também noutros preceitos, que qualquer escolha de realização de despesa obedeça a esse princípio³. Diz-se no artigo 18.º da actual Lei de Enquadramento Orçamental: “1-A *assunção de compromissos e a realização de despesa pelos serviços e pelas entidades pertencentes aos subsectores que constituem o sector das administrações públicas estão sujeitas ao princípio da economia, eficiência e eficácia*. 2 — *A economia (...) consiste(m) na: a) Utilização do mínimo de recursos que assegurem os adequados padrões de qualidade do serviço público (...)*”
20. Deste modo, os termos em que são definidos os modelos de avaliação das propostas estão, além do mais, balizados pela necessidade de estimularem (em vez de inibirem) o funcionamento da concorrência e, por outro lado, de assegurarem o mais possível escolhas fundadas em critérios de economicidade.
21. O critério de adjudicação utilizado no presente caso assentava na avaliação de dois factores:
 - O fator *Preço* da Proposta, *com uma ponderação de 40%*;
 - O fator *Valia Técnica* da Proposta, *com uma ponderação de 60%*.
22. Quanto ao fator *Preço*, a fórmula matemática escolhida resultava na atribuição da pontuação máxima às propostas de valor igual a 90% do preço base, de pontuações sucessivamente menores à medida que o valor das propostas aumentava até ao preço base fixado e inversamente de pontuações sucessivamente menores à medida que o valor das propostas diminuía a partir do valor equivalente aos 90% do preço base.
23. O modelo em presença indicava que o preço pretendido correspondia a 90% do preço base e que outros preços seriam progressivamente desvalorizados à medida que se afastavam desse valor.
24. Este modelo prejudicou o correcto *funcionamento da concorrência*, face aos objectivos económicos legalmente estabelecidos para a entidade adjudicante.

³ Vide, designadamente, os artigos 42.º, n.º 6, da anterior Lei de Enquadramento Orçamental e 18.º e 52.º, n.º 3, alínea c), da actual.



Tribunal de Contas

25. Qualquer empresa, com capacidade ou sem capacidade técnica, caso conseguisse perceber a intrincada fórmula publicitada, era estimulada a apresentar o preço exatamente pretendido pelo município.
26. Observando os preços propostos, constatamos que 4 das empresas concorrentes, incluindo a adjudicatária, apresentaram um preço igual a 90% do preço base e que a maioria das restantes propôs um preço que era 1 centímo acima do limiar do preço definido como anormalmente baixo. Ou seja, a esmagadora maioria dos concorrentes não apresentou preços formados em função de critérios de eficiência económica em contexto de mercado mas sim preços escolhidos em resultado da fórmula publicitada.
27. O funcionamento da concorrência no fator 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 com o princípio da economia é a que valoriza diferenças de preços para menos, quaisquer que elas sejam.
28. Apesar de os preços propostos não terem sido todos iguais, a verdade é que foram claramente influenciados pela fórmula e que a mesma não permitia avaliar as *vantagens económicas* que eventualmente resultassem de um efetivo funcionamento da concorrência. Essa fórmula desrespeitou, portanto, o objetivo legal do modelo de avaliação.
29. O município alegou que o preço correspondente a 90% do preço base era aquele que melhor correspondia ao equilíbrio ideal execução/qualidade/preço. Se era esse o caso, não faz sentido que o fator preço tivesse sido colocado à concorrência com um peso de 40%, já que, na realidade, o que se pretendia era um preço certo e uma adjudicação orientada por outros critérios.
30. Invoca também a autarquia que preços mais baixos acarretam riscos de má execução ou mesmo de não execução do contrato e são, portanto, contrários ao interesse público.
31. Importa referir que esses riscos, a existirem, não são função de o preço corresponder, ou não, ao preço pretendido pela entidade adjudicante. Se as empresas perceberem as fórmulas matemáticas indicadas, poderão propor o preço desejado e, ainda assim, não ter capacidade de execução do contrato. Por outro lado, não se vê como é que flutuações mínimas de preço numa estreita faixa entre 90% e 85% do preço base indicam menor capacidade de execução. Por exemplo, como é que se pode considerar que uma empresa que propõe um preço de 89% do preço base é menos capaz de executar um contrato do que uma que propõe um preço de 90% do preço base.
32. Por outro lado, os fatores de apreciação das propostas devem concentrar-se naquilo que visam avaliar: o fator preço visa avaliar a economia da solução e não a capacidade de execução de um contrato.



33. Os referidos riscos devem, pois, ser controlados de outra forma: na fase de admissão das propostas, quando se deve apreciar a justificação dos preços apresentados, e em fatores ligados à capacidade de execução.
34. Se a capacidade de execução dos contratos é, em virtude da situação atual do mercado, um fator crítico e um risco significativo que as entidades adjudicantes têm dificuldade em avaliar através dos modelos de avaliação das propostas, então o que é mais indicado é que utilizem tipos de procedimento capazes de fazer uma avaliação prévia da capacidade dos concorrentes para a execução contratual.
35. A lei prevê-o através dos concursos por prévia qualificação. Uma vez feita uma avaliação positiva da qualificação dos concorrentes, poderá desenvolver-se uma fase de concorrência honesta e sem receios, sem necessidade de enviesamentos matemáticos nem adjudicações preferenciais a concorrentes em quem se tem confiança.
36. Em conclusão, o modelo de avaliação fixado foi inadequado à escolha da proposta economicamente mais vantajosa, por o factor *Preço* ser definido de forma que desincentivava o funcionamento da concorrência na apresentação de melhores preços, desvalorizava os melhores preços eventualmente apresentados e, em suma, ignorava a economia de custos como objectivo a atingir.
37. O modelo em causa violou, pois, o estabelecido no artigo 74.º do CCP, por não ser conforme com o interesse público e a obrigação legal de escolher propostas com base no princípio da economia.
38. Por outro lado, não estimulando a apresentação de preços inferiores a 90% do preço base nem permitindo, a esse nível, valorizar melhores preços, foi também violado o princípio da concorrência estabelecido no artigo 1.º, n.º 4, do mesmo Código, na parte em que esse princípio protege o interesse financeiro na obtenção da melhor proposta.

Da ilegalidade verificada

39. Em face do que se analisou no ponto antecedente, o procedimento realizado, a adjudicação e o contrato em apreciação são ilegais por se fundamentarem na aplicação de uma regra procedimental violadora do disposto nos artigos 74.º, n.º 1, e 1.º, n.º 4, do CCP.
40. Aquelas normas legais protegem o interesse financeiro de escolha das propostas que melhor e mais económica e eficientemente se ajustam às necessidades públicas, dessa forma acautelando a adequada utilização da despesa pública envolvida e sendo instrumento da realização do disposto nos artigos 42.º, n.º 6, e 47.º, n.º 2, da Lei de Enquadramento Orçamental.



41. Ocorre, deste modo, o fundamento de recusa do visto previsto na alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)⁴.
42. A ilegalidade verificada implica ainda a susceptibilidade de alteração do resultado financeiro do procedimento. Isto é, se não tivesse ocorrido a violação de lei referida, é possível que tivesse sido obtido um resultado diferente, com melhor protecção dos interesses financeiros públicos.
43. De facto, se o modelo de avaliação das propostas tivesse previsto a valorização de preços mais baixos, como deveria, é provável que tivessem surgido propostas mais competitivas em termos de preço e, desse modo, quer o universo das propostas quer a sua ordenação poderia ter sido outra completamente diferente, nomeadamente, em termos de maior vantagem económica para a entidade pública e para os seus financiadores.
44. Enquadra-se, pois, tal violação também no disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, quando aí se prevê, como fundamento para a recusa de visto, “*ilegalidade que ... possa alterar o respetivo resultado financeiro.*”. Sublinhe-se que, para efeitos desta norma, quando aí se diz “[i]legalidade que (...) possa alterar o respetivo resultado financeiro” pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro.

III. DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e nos termos do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 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.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas⁵.

Lisboa, 14 de Julho de 2016

⁴ Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 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, 2/2012, de 6 de Janeiro, e 20/2015, de 9 de Março, e as Retificações n.ºs 1/99, de 16 de Janeiro, 5/2005, de 14 de Fevereiro, e 72/2006, de 6 de Outubro.

⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de Agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de Abril.



Tribunal de Contas

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(Alberto Fernandes Brás)

(João Figueiredo)

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)