



DECISÃO N.º 2/FP/2018

O Tribunal de Contas, em sessão extraordinária de 8 de fevereiro de 2018, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato do *“fornecimento, instalação e queima do fogo-de-artifício, para as festas de passagem do ano de dois mil e dezassete/dois mil e dezoito”*, celebrado em 16 de novembro de 2017, entre a Região Autónoma da Madeira (RAM), através da Secretaria Regional do Turismo e Cultura (SRTC), e a empresa *Macedos Pirotecnia, Lda.*, pelo preço de 800 037,00€ (s/IVA).

I - OS FACTOS

Com interesse para a decisão a proferir, sobressai do processo em apreço a seguinte factu-
alidade:

- a) Para efeitos de submissão a fiscalização prévia foi remetido à Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas (SRMTC), a coberto do ofício n.º 1232, de 17 de novembro passado, da SRTC, por intermédio do Cartório Privativo do Governo Regional, o contrato do *“fornecimento, instalação e queima do fogo-de-artifício, para as festas de passagem do ano de dois mil e dezassete/dois mil e dezoito”*, celebrado no dia 16 do mesmo mês, entre a RAM, através daquela Secretaria Regional, e a empresa *Macedos Pirotecnia, Lda.*, pelo preço de 800 037,00€ (s/IVA).
- b) O contrato *supra* identificado foi outorgado na sequência de um concurso público de âmbito internacional, consagrado na al. b) do n.º 1 do art.º 20 do Código dos Contratos Públicos (CCP)¹, publicitado no Diário da República, II série, Parte L, n.º 134, e no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira, II série, n.º 12, ambos de 13 de julho de 2017, e no Jornal Oficial da União Europeia, 2017/S 135-276728, do dia 18 seguinte.
- c) O aludido procedimento pré-contratual, que tramitou na plataforma eletrónica *AcinGov*, foi autorizado pelo então Secretário Regional da Economia, Turismo e Cultura, por despacho de 10 de julho de 2017, exarado na informação elaborada pelo Diretor de Serviços de Apoio à Gestão, com o registo n.º 9 268, da mesma data, ao abrigo do qual foi igualmente nomeado o júri do concurso e aprovadas as respetivas peças.
- d) O preço base do procedimento foi fixado em 900 000,00€, acrescido do IVA à taxa legal aplicável [*vide* o n.º 1 da Cláusula 4.ª do Caderno de Encargos (CE)].
- e) No artigo 7.º do programa do concurso (PC) ficou definido que a adjudicação teria por base *“(…) o critério da proposta economicamente mais vantajosa, de acordo com a metodologia de avaliação constante do Anexo I ao Programa do Concurso, que dele faz parte integrante”*, e que se reproduz de seguida:

As pontuações de cada fator, respetivas classificações intermédias e a classificação final serão arredondadas à quarta casa decimal mais próxima por excesso ou por defeito.

¹ Aprovado pelo Decreto-Lei (DL) n.º 18/2008, de 29 de janeiro, alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, pelo DL n.º 223/2009, de 11 de setembro, pelo DL n.º 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, pelo DL n.º 131/2010, de 14 de dezembro, pelo DL n.º 69/2011, de 15 de junho, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, pelos DL n.ºs 149/2012, de 12 de julho, 214-G/2015, de 2 de outubro e, mais recentemente, pelo DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que também o republicou, retificado pela Declaração de Retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro, por sua vez retificada pela Declaração de Retificação n.º 42/2017, de 30 de novembro.

A adjudicação será feita à proposta economicamente mais vantajosa, atendendo à ponderação dos seguintes fatores, indicados por ordem decrescente da sua importância:

Fator 1- Número de artigos pirotécnicos/fogo-de-artifício (NAP) – 55%

Fator 2 – Preço (P) – 45%

Atendendo ao critério de adjudicação anteriormente adotado, o modelo de avaliação das propostas será o seguinte:

FATOR			COEFICIENTE DE PONDERAÇÃO			
			1.º	2.º	3.º	4.º
1	N.º DE ARTIGOS PIROTÉCNICOS	NAP	55%			
2	PREÇO	P	45%			

Fator 1- Número de artigos pirotécnicos/fogo-de-artifício (NAP) – 55%

A pontuação do fator número de artigos pirotécnicos (PAP) de cada proposta será obtida com recurso à seguinte fórmula:

$$PAP = [(NAP_i - NAP_p) / NAP_p] + 5$$

Em que:

- PAP é a pontuação do n.º de artigos pirotécnicos da proposta i;
- NAP_p é o número de artigos pirotécnicos previstos no caderno de encargos;
- NAP_i é o número de artigos pirotécnicos proposto;

Assim, a classificação do fator número de artigos pirotécnicos (CAP) será obtida da seguinte fórmula:

$$CAP = PAP \times 0,55$$

As quantidades de fogo-de-artifício a queimar para além do solicitado na cláusula 25.º do Caderno de Encargos e que são objeto de pontuação terão de ter calibre igual ou superior às mínimas exigidas.

Fator 2 – Preço (P) – 45%

A pontuação do fator preço (VP) de cada proposta será obtida com recurso à seguinte fórmula:

$$VP = 5 - [(P_i - 0,5 \times P_b) / (0,5 \times P_b)] \times 5$$

Em que:

- VP é a pontuação da proposta i;
- P_b é o preço base do concurso;
- P_i é o preço contratual da proposta i.

A pontuação máxima de 5 (cinco), corresponde um valor de 50% do preço base, isto é, valor a partir do qual se considera uma proposta de preço anormalmente baixo.

Assim, a classificação do fator Preço (CP) será obtida da seguinte forma:



$$CP=VP \times 0,45$$

Classificação final (CF):

Para o cálculo da classificação final de cada proposta, será aplicada a seguinte fórmula:

$$CF=CAP + CP$$

Critério de Desempate

No caso de duas ou mais propostas, após a aplicação do critério de adjudicação, apresentarem a mesma pontuação, os critérios de desempate são os seguintes indicados, por aplicação sucessiva e subsidiária.

1.º Proposta que apresentar o maior número de artigos pirotécnicos no Funchal: Anfiteatro da Cidade e no Mar.

2.º Proposta que apresentar o preço mais baixo da componente do espetáculo pirotécnico no Funchal: Anfiteatro da Cidade e no Mar.

- f) No âmbito deste concurso público foram apresentadas as propostas identificadas no quadro *infra*, conforme se extrai do relatório preliminar elaborado a 30 de agosto de 2017 pelo júri do procedimento.

CONCORRENTES	VALOR DAS PROPOSTAS (s/IVA)
1. MACEDOS PIROTECNIA, LDA.	800 037,00€
2. GRUPO LUSO PIROTECNIA CONSTITUÍDO POR LUSOEVENTS PRODUÇÕES MULTIMÉDIA/GJR-PIROTECNIA E EXPLOSIVOS, S.A.	748 855,00€
3. PIROTECNIA MINHOTA, LDA.	840 245,00€

- g) Verifica-se que nenhuma das três propostas apresentou um preço contratual anormalmente baixo, ou seja, inferior a 450 000,00€, por aplicação conjugada do n.º 1 da Cláusula 4.ª do CE, que fixou o preço base do procedimento em 900 000,00€ (s/IVA), e do Anexo I do PC, que contém a metodologia de avaliação em desenvolvimento do critério de adjudicação escolhido – o da proposta economicamente mais vantajosa – definido no artigo 7.º do mesmo PC, e que estatuiu que o preço anormalmente baixo corresponderia a “um valor de 50% do preço base”.
- h) No mesmo relatório preliminar o júri, após a análise das propostas ao abrigo do critério de adjudicação selecionado, e nos moldes do já referido Anexo I do PC, propôs a admissão de todos os concorrentes, ordenados para efeitos de adjudicação nos termos plasmados no quadro acima reproduzido, e a adjudicação da proposta da *Macedos Pirotecnia, Lda.*, pelo valor de 800 037,00€ (s/IVA).
- i) No decurso do prazo concedido para efeitos de audiência prévia todos os concorrentes pronunciaram-se sobre as deliberações do júri. Em concreto:
- ⇒ A *Macedos Pirotecnia, Lda.*, questionou a admissão dos demais concorrentes ao procedimento, porquanto:
- Relativamente ao Grupo Luso Pirotecnia constituído por *Lusoevents Produções Multimédia/GJR – Pirotecnia e Explosivos, S.A.* (doravante designado por Grupo Luso Pirotecnia), a proposta:
- ✓ Não indicava o líder do consórcio e a procuração que a instrui estava assinada apenas pelos legais representantes da *GJR – Pirotecnia e Explosivos, S.A.*;

- ✓ O Anexo II, a que se referia a al. a) do n.º 1 do art.º 57.º do CCP, na anterior redação², ou seja, a declaração do concorrente de aceitação do conteúdo do CE, apresentava assinaturas digitais inválidas e a indicação expressa de que os documentos foram alterados ou corrompidos após a aposição das referidas assinaturas, e
 - ✓ Omitia o tema do espetáculo quando tal era expressamente exigido nas peças concursais (*vide* a cláusula 1.º do n.º 3 do CE).
 - No tocante à proposta da *Pirotecnica Minhota, Lda.*:
 - ✓ Não identificava as quantidades de fogo-de-artifício pela sua localização, mas apenas as quantidades totais a apresentar nos postos do anfiteatro, do mar e do Porto Santo;
 - ✓ O filme que antecipava virtualmente o espetáculo continha uma grave irregularidade, ao contemplar quatro postos de lançamento no mar quando o CE exigia três postos, e
 - ✓ Não assinalava a quantidade dos materiais a utilizar na realização da prestação objeto do concurso em apreço.
- ⇒ O Grupo Luso Pirotecnica, circunscreveu-se, de um modo geral, aos seguintes aspetos da proposta da *Macedos Pirotecnica, Lda.*:
- ✓ A solução técnica denominada “*balonas duplas ou múltiplas*” não correspondia à enunciação elencada nos *Anexos* do DL n.º 246-A/2015, de 21 de outubro³, e
 - ✓ A adoção da solução “*balona dupla*” desrespeitava os pressupostos consignados nas *Instruções sobre a utilização de artigos pirotécnicos da Polícia de Segurança Pública, de 16 de julho*.
- ⇒ Por último, a *Pirotecnica Minhota Lda.*, observou:
- ✓ Existir uma divergência entre as quantidades de tubos e o material pirotécnico apresentados na proposta do Grupo Luso Pirotecnica.
 - E sobre a proposta da *Macedos Pirotecnica, Lda.*:
 - ✓ A inobservância do n.º 1 da Cláusula 22.º do CE, que compelia o adjudicatário a “*(...) transferir para uma seguradora, a sua responsabilidade por danos causados à Secretaria Regional da Economia, Turismo e Cultura ou a terceiros durante e por força do transporte e fornecimento, instalação e queima do fogo de artifício para as Festas da Passagem do Ano e fará prova disso junto (...)*” daquela Secretaria Regional, uma vez que a declaração da companhia de seguros apresentada não fazia referência expressa ao estipulado nesta cláusula, e
 - ✓ A opção pelo disparo conjunto de diversas peças na modalidade de “*balonas duplas ou múltiplas*” [*vide* a programação dos trabalhos (III) – *Meios Humanos Equipamentos*], por referência ao Acordo Europeu relativo ao Transporte de Mercadorias Perigosas por Estrada.

² Pois foi alterada pelo DL n.º 111-B/2017.

³ Diploma que transpõe a Diretiva n.º 2014/103/UE, da Comissão de 21 de novembro de 2014, que adapta os *Anexos* da Diretiva n.º 2008/68/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao transporte terrestre de mercadorias perigosas que altera os *Anexos* i, ii e iii, do DL n.º 41-A/2010, de 29 de abril, alterado pelos DL n.ºs 206-A/2012, de 31 de agosto, e 19-A/2014, de 7 de fevereiro.



- j) Manifestando-se acerca das pronúncias formalizadas, o júri, no relatório final elaborado em 23 de outubro de 2017, optou por não dar provimento às mesmas por considerar que os argumentos trazidos à colação não eram suscetíveis de fundamentar uma modificação do sentido da deliberação tomada em sede de relatório preliminar.
- k) Aquele órgão *ad hoc* submeteu, então, o relatório final à aprovação da Secretária Regional do Turismo e Cultura⁴, tendo esta responsável, em concordância com o teor do mesmo, adjudicado o *“fornecimento, instalação e queima do fogo-de-artifício, para as festas de passagem do ano de dois mil e dezassete/dois mil e dezoito”* à empresa *Macedos Pirotecnia, Lda.*, pelo preço de 800 037,00€ (s/IVA), através do seu despacho de 25 de outubro.
- l) Em sede de verificação preliminar foi formulado um pedido de esclarecimentos, através do nosso ofício com a ref.^a UAT I/438, de 30 de novembro, tendo-se solicitado, entre outros aspetos, que se enquadrasse legalmente a formulação do fator *Preço* que integrava modelo de avaliação das propostas, plasmado no *Anexo I* do PC, em desenvolvimento do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa selecionado pela entidade adjudicante, porquanto incluía um limite ou parâmetro mínimo de preço e o regime do preço anormalmente baixo impede essa possibilidade em virtude de admitir a atribuição da mesma classificação a diferentes preços, quando situados abaixo desse limiar.
- m) A SRTC, em resposta, mediante o ofício n.º 2, de 2 de janeiro passado, remetido pelo Cartório Notarial Privativo do Governo, esclareceu que:

“A inclusão de um parâmetro/limite mínimo de preço no Critério Preço, conforme consta do critério de adjudicação adotado no anexo I do programa de procedimento deve-se a um lapso dos serviços no momento da elaboração das peças do Procedimento.

Por outro lado, face ao preço das propostas apresentadas pelos concorrentes, a aplicação do referido limite nunca teria efeito e consequentemente não haveria lugar à alteração do resultado financeiro do procedimento”.

II - O DIREITO

Da matéria de facto exposta no ponto antecedente emerge uma questão de legalidade com relevância para a tomada da presente Decisão, consubstanciada no facto de o modelo de avaliação das propostas plasmado no *Anexo I* do PC, fixado em desenvolvimento do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa adotado pela entidade adjudicante, não ter observado os preceitos normativos ínsitos nos art.ºs 74.º, n.º 1, al. a), e 1.º, n.º 4, ambos CCP⁵.

Concretizando, a formulação do fator *Preço* que integra o referido modelo incluía um limite ou parâmetro mínimo de preço e o regime do preço anormalmente baixo veda essa possibilidade porquanto tal significaria permitir a atribuição da mesma classificação a diferentes preços que se situassem abaixo desse limiar ou, dito de outro modo, que

⁴ Através do Decreto Regulamentar Regional n.º 13/2017/M, de 7 de novembro, foi aprovada a organização e funcionamento do XII Governo Regional da Madeira, tendo sido criados três novos departamentos regionais, entre os quais a Secretária Regional do Turismo e Cultura que substituiu a Secretária Regional da Economia, Turismo e Cultura, tendo, subsequentemente, sido nomeada nova titular dessa pasta no dia 20 do mesmo mês.

⁵ Este na redação em vigor à data da realização do procedimento em apreço.

propostas de valor inferior ao preço considerado anormalmente baixo não fossem objeto de diferenciação entre si nem de graduação.

Analise-se:

Os atuais procedimentos de contratação pública foram definidos com vista a alcançar determinados objetivos e a salvaguardar concretos princípios, o que condiciona os atos praticados nesses procedimentos não apenas à letra das normas aplicáveis, mas também à realização desses objetivos e princípios.

Objetivos e princípios que se destinam, por um lado, a garantir os interesses dos potenciais concorrentes e, por outro, a realizar objetivos de satisfação do interesse público, na sua também dupla vertente de satisfação das necessidades e do interesse financeiro.

Sucedem que, quando, no seu art.º 74.º, o CCP estabelecia os dois critérios possíveis de adjudicação num procedimento de contratação pública (o do preço mais baixo ou o da proposta economicamente mais vantajosa), ele afirmava um dos grandes objetivos desses processos de contratação para a parte pública: o de selecionar uma proposta que garantisse uma vantagem económica para a entidade adjudicante.

Objetivo que, em abono da verdade, se manteve, ou até saiu reforçado, com a última alteração operada ao CCP, pois a modificação que esta norma sofreu sublinha, precisamente, a necessidade de adjudicar propostas em função do critério da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante⁶.

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 cocontratante e uma proposta que satisfaçam as necessidades públicas em condições económicas e financeiras adequadas para a entidade adjudicante.

No caso, o critério de adjudicação escolhido foi o da proposta economicamente mais vantajosa, o que significa 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 objetivo de escolher a proposta que lhe seja economicamente mais vantajosa. É o que também resulta dos atuais art.ºs 42.º, n.ºs 3 e 4, 74.º, 75.º e 139.º, todos do CCP.

Ora, a adoção vinculada deste critério e objetivo implica que se criem condições para um efetivo funcionamento da concorrência nos fatores escolhidos e que o modelo de avaliação consinta a avaliação das vantagens económicas que resultem do funcionamento dessa concorrência.

Lembre-se que o princípio da economia determina que se satisfaça a necessidade pública ao menor custo possível e que a própria lei impõe, noutros preceitos, que qualquer escolha de realização de despesa obedeça a esse princípio.

Veja-se, a esse título, o n.º 2 do art.º 18.º da Lei n.º 28/92, de 1 de setembro, que aprovou a Lei Enquadramento Orçamental do Orçamento da Região Autónoma da Madeira, que veda a realização de despesas sem que sejam justificadas "(...) quanto à sua economia (...)", que

⁶ Veja-se, então a alteração introduzida pelo DL n.º 111-B/2017 àquela norma, que atualmente determina, no n.º 1, que "[a] adjudicação é feita de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, determinada por uma das seguintes modalidades:

- a) Melhor relação qualidade-preço, na qual o critério de adjudicação é composto por um conjunto de fatores, e eventuais subfatores, relacionados com diversos aspetos da execução do contrato a celebrar;
- b) Avaliação do preço ou custo enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar".



consiste na “[u]tilização do mínimo de recursos que assegurem os adequados padrões de qualidade do serviço público”, em sintonia com o art.º 18.º, n.º 2, al. a), da Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro⁷, que aprovou a Lei de Enquadramento Orçamental do Estado, noção coincidente com a do n.º 3 do art.º 22.º do DL n.º 155/92, de 28 de julho, que estabelece o regime da administração financeira do Estado, e que ordena que “[n]a autorização de despesas ter-se-á em vista a obtenção do máximo rendimento com o mínimo de dispêndio, tendo em conta a utilidade e prioridade da despesa e o acréscimo de produtividade daí decorrente”.

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 de assegurarem, o mais possível, escolhas fundadas em critérios de economicidade.

O critério de adjudicação utilizado no presente caso assentava na avaliação de dois fatores: o *Número de artigos pirotécnicos*, com uma ponderação de 55%, e o *Preço*, com uma ponderação de 45%.

Quanto ao *Preço*, a fórmula matemática escolhida resultava na atribuição da pontuação máxima às propostas de valor igual ou inferior a 50% do preço base e de pontuações sucessivamente menores à medida em que o valor das propostas aumentava até ao preço base fixado. Ou seja, as propostas de valor inferior a 50% do preço base não seriam objeto de diferenciação entre si nem de graduação.

No fundo, o modelo em presença indicava que o preço pretendido correspondia a 50% do preço base e que outros preços menores não seriam valorizados, o que seria passível de prejudicar o correto funcionamento da concorrência face aos objetivos económicos legalmente estabelecidos para a entidade adjudicante.

Nesta conformidade, as empresas foram apenas estimuladas a apresentar o preço exatamente pretendido pela então Secretaria Regional da Economia, Turismo e Cultura, e não inferior a esse, pese embora tal não tivesse sucedido *in casu*, uma vez que as três propostas levadas a concurso quedaram-se em - 6,64%, - 11,11% e - 16,8% do preço base, bastante distantes do preço considerado pela entidade adjudicante como anormalmente baixo, o que impede que se conclua que os concorrentes formaram os seus preços em redor da fórmula publicitada, mas sim em função de critérios de eficiência económica em contexto de mercado.

Não podemos, porém, deixar de sublinhar que 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. E o facto é que a fórmula criada pela entidade adjudicante 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.

A SRTC, em sede de verificação preliminar, argumentou que a inclusão do parâmetro/limite mínimo de preço no fator *Preço* deveu-se a um lapso dos serviços no momento da elaboração das peças do procedimento, e deixou subentendido que percebeu o alcance da questão controvertida quando contrapõe que, “(...) *face ao preço das propostas apresentadas pelos concorrentes, a aplicação do referido limite nunca teria efeito e consequentemente não haveria lugar à alteração do resultado financeiro do procedimento*”.

⁷ Alterada pela Lei n.º 2/2018, de 29 de setembro. O art.º 2.º, n.º 2, desta Lei manda aplicar o disposto no seu título II ao subsetor da administração regional, com as devidas adaptações, onde se inclui a citada disposição do art.º 18.º, n.º 2, al. a).

Em conclusão, o modelo de avaliação fixado foi inadequado à escolha da proposta economicamente mais vantajosa, por o fator *Preço* ter sido definido de forma que desincentivava o funcionamento da concorrência na apresentação de melhores preços abaixo do limiar do preço anormalmente baixo ignorando, nessa parte, a economia de custos como objetivo a atingir.

O modelo em causa violou, pois, o estabelecido no art.º 74.º, n.º 1, al. a), do CCP, por não ser conforme com o interesse público e a obrigação legal de escolher propostas com base no princípio da economia. Mais, ao não estimular a apresentação de preços inferiores a 50% do preço base nem possibilitando, a esse nível, valorizar melhores preços, foi também violado o princípio da concorrência estabelecido no anterior n.º 4 do art.º 1.º do mesmo Código⁸, atual art.º 1.º-A, n.º 1⁹, na parte em que esse princípio protege o interesse na obtenção da melhor proposta.

Concomitantemente, o regime do preço anormalmente baixo, regulamentado nos termos do art.º 71.º do CCP na redação então em vigor, determinava que nenhuma proposta de preço pudesse ser rejeitada “(...) *sem antes ter sido solicitado ao respetivo concorrente, por escrito, que em prazo adequado*” prestasse “*esclarecimentos justificativos relativos aos elementos constitutivos da proposta que considere relevantes para esse efeito*” (vide o n.º 3)¹⁰.

Só após a análise às notas justificativas do preço proposto, nos termos da revogada al. c) do n.º 1 do art.º 57.º do CCP¹¹, e sendo aceites, as propostas seriam admitidas e ordenadas sem qualquer penalização.

Salvo esta exceção, o regime jurídico do CCP continua a impedir a adoção de critérios de avaliação que discriminem, positivamente ou negativamente, as propostas apresentadas cujo preço total seja anormalmente baixo. Como tal, a entidade adjudicante não pode adotar um modelo de avaliação que tenha uma ponderação do fator preço distinto, quer seja favorável, quer seja desfavorável, para as propostas com preço total anormalmente baixo¹².

Na situação de que se cuida, as propostas cujo preço se situasse abaixo desse limiar dos 50% do preço base seriam admitidas, mas não diferenciadas, o que torna o modelo de avaliação adotado condicionador de uma efetiva concorrência. Razão pela qual se conclui que o critério de adjudicação definido e o correspondente modelo de avaliação não salvaguardaram a escolha da melhor proposta, podendo ter defraudado a finalidade legal da fixação do critério de adjudicação que, enfatiza-se, deve ter em consideração os atributos da proposta.

De facto, se o modelo de avaliação das propostas tivesse previsto a valorização de preços mais baixos, como deveria, poderiam ter surgido propostas mais competitivas em termos de preço e, desse modo, o universo das propostas e a sua ordenação poderia ter sido outra completamente diferente, nomeadamente, em termos de maior vantagem económica para a entidade pública.

Conquanto o quanto ficou dito, por que nenhuma das três propostas apresentadas tinha um preço anormalmente baixo, a fórmula utilizada pelo júri permitiu distingui-las e graduá-las nesse fator, não conduzindo a qualquer distorção do resultado final.

Noutra vertente, a circunstância de nenhuma dessas três propostas ter-se sequer aproximado daquele limite de preço leva concluir que a utilização da dita fórmula dificilmente conduzi-

⁸ Revogado pelo já referido DL n.º 111-B/2017.

⁹ Introduzido pelo mesmo DL n.º 111-B/2017.

¹⁰ Atualmente reza em moldes idênticos, por via do mesmo DL n.º 111-B/2017. A saber: “O órgão competente para a decisão de contratar deve fundamentar a decisão de exclusão de uma proposta com essa justificação, solicitando previamente ao respetivo concorrente que preste esclarecimentos, por escrito e em prazo adequado, relativos aos elementos constitutivos relevantes da proposta”.

¹¹ Pelo DL n.º 111-B/2017.

¹² Neste sentido, vide o Ac. Do STA, 2 Subsecção do CA, de 21-06-2011, proc. n.º 0250/11.



ria a que outras empresas construíssem preços em volta da mesma, mas sim em função de outros critérios vigentes no mercado.

III. APRECIÇÃO

A ilegalidade apurada e analisada no ponto anterior, decorrente da violação das normas ínsitas nos art.ºs 74.º, n.º 1, al. a), do CCP, 18.º, n.º 2, da Lei n.º 28/92, 18.º, n.º 2, al. a), da Lei n.º 151/2015, e 22.º, n.º 3, do DL n.º 155/92, e do princípio da concorrência, um dos mais prementes do regime da contratação pública, consagrado no art.º 1.º, n.º 4, do CCP, atual art.º 1.º-A, n.º 1, e no art.º 201.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo (CPA), afeta a validade do ato final de adjudicação com a anulabilidade, por vício de violação de lei, a coberto do art.º 163.º, n.º 1, do mesmo CPA, invalidade essa que se repercute no contrato celebrado, *ex vi* do n.º 2 do art.º 283.º do CCP, na redação anterior.

Dispõe a al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)¹³ que 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, sendo que a situação dos autos se subsume a essa previsão, por se mostrar, pelo menos em abstrato, suscetível de ter provocado a alteração do resultado financeiro do contrato, a configurar-se a hipótese de terem sido afastados do procedimento outros potenciais interessados em contratar que pudessem ter apresentado propostas com condições mais vantajosas para a então Secretaria Regional da Economia, Turismo e Cultura, i. e., com melhor proteção dos interesses financeiros públicos, o que, porém, se demonstrou ser pouco provável.

Noutra perspetiva, embora se reconheça que a desadequação do modelo de avaliação adotado terá projetado a apreciação das propostas para domínios discricionários que não encontra acolhimento legal, ao delimitar, de forma indevida, o universo dos potenciais destinatários do procedimento, não poderá, ainda assim, deixar de ser tido em conta que a entidade adjudicante nunca foi objeto de qualquer recomendação incidente sobre a legalidade aqui apreciada.

Termos em que se afiguram estar reunidos os pressupostos legais que possibilitam ao Tribunal, em decisão fundamentada, recorrer à faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º da LOPTC, de conceder o visto e recomendar que, futuramente, seja evitada a prática da ilegalidade assinalada¹⁴.

IV – DECISÃO

Pelo exposto, este Tribunal decide, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos excelentíssimos Assessores, **conceder o visto** ao contrato *sub judice*, recomendando à SRTC que, nos procedimentos pré-contratuais de natureza concorrencial tendentes à aquisição de bens/serviços que desencadear futuramente ao abrigo do CCP, e nos termos aí previstos, não sejam incluídos, nas peças do procedimento, limites ou parâmetros mínimos de preço, uma vez que o regime do preço anormalmente baixo afasta essa possibilidade e os modelos de avaliação das propostas devem ser elaborados de tal modo que permitam a avaliação e efetiva graduação de todas as propostas de preço, mesmo aquelas que apresentem preços anormalmente baixos, na medida em que, uma vez aceites as justificações desses preços, essas propostas devem

¹³ Aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, alterada e republicada pela Lei n.º 20/2015, de 9 de março, que também a republicou, e pela Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro.

¹⁴ Sobre a questão aqui apreciada *vide* a Decisão da SRMTC n.º 1/FP/2017, de 1 de junho.

ser graduadas nas mesmas condições das demais, não se admitindo a mesma classificação para preços diferentes.

Pese embora as circunstâncias narradas no ponto II. desta Decisão indiciem o cometimento da infração financeira tipificada na al. l) do n.º 1 do art.º 65.º da LOPTC, que possibilita ao Tribunal sancionar com multa os responsáveis pela violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública, decide-se ainda relevá-la por estarem reunidos os pressupostos para esse efeito elencados nas als. a) a c) do n.º 9 deste artigo.

São devidos emolumentos no montante de 800,04€.

Notifique-se a Secretária Regional do Turismo e Cultura, e divulgue-se no sítio do Tribunal de Contas na *Internet* e na *Intranet*.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 8 de fevereiro de 2018.

A JUÍZA CONSELHEIRA

(Laura Tavares da Silva)

A ASSESSORA,

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,

(Alberto Miguel Faria Pestana)

**Fui presente,
O Procurador-Geral Adjunto,**

(Nuno A. Gonçalves)



Tribunal de Contas
Secção Regional da Madeira

Transitada em julgado

Proc.º n.º 267/2017 – Secretaria Regional do Turismo e Cultura