

O MECANISMO DE ADJUDICAÇÃO ACIMA DO PREÇO BASE DO ARTIGO 70.º, N.º 6 DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS E O SEU REFLEXO NO MODELO DE AVALIAÇÃO

Ana Rita da Silva Pereira

O MECANISMO DE ADJUDICAÇÃO ACIMA DO PREÇO BASE DO ARTIGO 70.º, N.º 6 DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS E O SEU REFLEXO NO MODELO DE AVALIAÇÃO

Ana Rita da Silva Pereira



CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO E REGULAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
JULHO | 2025

TÍTULO	O mecanismo de adjudicação acima do preço base do artigo 70.º, n.º 6 do Código dos Contratos Públicos e o seu reflexo no modelo de avaliação
AUTOR(ES)	Ana Rita da Silva Pereira
IMAGEM DA CAPA	Coimbra Editora
COMPOSIÇÃO GRÁFICA	Ana Paula Silva
EDIÇÃO	CEDIPRE Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 3004-528 COIMBRA PORTUGAL Tel.: +351 916 205 574 E-mail: cedipre@fd.uc.pt
PARA CITAR ESTE ESTUDO	O mecanismo de adjudicação acima do preço base do artigo 70.º, n.º 6 do Código dos Contratos Públicos e o seu reflexo no modelo de avaliação, CEDIPRE Online — 53, https://cedipre.fd.uc.pt , Coimbra, julho de 2025

O MECANISMO DE ADJUDICAÇÃO ACIMA DO PREÇO BASE DO ARTIGO 70.º, N.º 6 DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS E O SEU REFLEXO NO MODELO DE AVALIAÇÃO

Ana Rita da Silva Pereira

Palavras-Chave: Preço base; Adjudicação; Exclusão das propostas; Modelo de Avaliação; Fator Preço; Fórmula Matemática; Mecanismo Excecional.

Resumo: A presente recensão visa analisar o mecanismo de adjudicação acima do preço base, previsto no artigo 70.º, n.º 6 do Código dos Contratos Públicos, introduzido pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio. Trata-se de um mecanismo excecional e uma novidade no seio do presente código, com implicações práticas no âmbito dos procedimentos concursais, por alterar a dinâmica procedimental com a sua aplicação, bem como por suscitar questões relativamente à elaboração do modelo de avaliação.

(*) Licenciada em Direito pela Universidade do Minho. Advogada.

I. BREVES CONSIDERAÇÕES: DA PERTINÊNCIA E “NOVIDADE” DO TEMA

O mecanismo previsto no artigo 70.º, n.º 6, do Código dos Contratos Públicos (doravante CCP) que prevê a possibilidade de adjudicação a propostas acima do preço base fixado, foi uma novidade introduzida pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.

Este mecanismo introduz uma modificação às regras de exclusão das propostas, representando uma derrogação ao princípio da tipicidade das causas de exclusão, vertidas nos artigos 70.º, n.º 2 e 146.º, n.º 2 do CCP, designadamente, ao disposto na alínea d) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, que determina que são excluídas as propostas cujo preço contratual seja superior ao preço base.

A aplicação deste mecanismo – por diversas ordens de razão – tem-se mostrado frequente no âmbito de procedimentos pré-contratuais com elevado peso económico. Não obstante, trata-se de um tema com (ainda) pouco labor doutrinal e jurisprudencial, de modo que, com a presente recensão, almeja-se dar um contributo para a melhor compreensão, interpretação e aplicação deste mecanismo.

Sem pretensões de aqui esgotar todos os possíveis temas correlacionados com a aplicação do mecanismo de adjudicação acima do preço base – porque são, de facto, vastos –, a abordagem dogmática adotada passará pela enunciação dos requisitos de aplicação do mecanismo, o afloramento – breve – da importância do modelo de avaliação enquanto reflexo do princípio da concorrência, reconhecidamente tido como princípio estrutural e basilar nas matérias da contratação pública, bem como o impacto ou acomodação a verter no modelo de avaliação no caso de adjudicação acima do preço base. Como mote para análise quanto ao modo de acomodação do mecanismo de adjudicação respaldar-nos-emos no acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo Norte, datado de 15 de dezembro de 2023, proferido no âmbito do processo n.º1339/23.2BEPRT.

II. DO ARTIGO 70.º, N.º 6: A ADJUDICAÇÃO ACIMA DO PREÇO BASE

O ponto nevrálgico da presente recensão assenta na análise, interpretativa e aplicativa, do artigo 70.º, n.º 6, do Código dos Contratos Públicos, redação introduzida, como vimos, com a Lei n.º 30/2021, de maio de 2021, pelo que não será de somenos repescar aquele. Assim, determina o artigo 70.º, n.º 6, daquele diploma que:

*“No caso de **concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação** em que **todas as propostas tenham sido excluídas**, o órgão competente para a decisão de contratar pode, **excepcionalmente e por motivos de interesse público devidamente fundamentados**, adjudicar aquela que, de entre as **propostas que apenas tenham sido excluídas com fundamento na alínea d) do n.º 2 e cujo preço não exceda em mais de 20 /prct. o montante do preço base**, seja **ordenada** em primeiro lugar, **de acordo com o critério de adjudicação**, desde que:*

- a) **Essa possibilidade se encontre prevista no programa do procedimento e a modalidade do critério de adjudicação seja a referida na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º;***
- b) **O preço da proposta a adjudicar respeite os limites previstos no n.º 4 do artigo 47.º;***
- c) **A decisão de autorização da despesa já habilite** ou seja revista no sentido de habilitar a adjudicação por esse preço.” (destacado nosso).*

A redação do artigo 70.º, n.º 6 do CCP, que veio estatuir a faculdade, com carácter **excepcional**, de as Entidades Adjudicantes adjudicarem contratos acima do preço base fixado no procedimento, afastando, dessa forma, como adiantámos, a regra da exclusão das propostas em virtude de violação do preço base¹, foi uma novidade para este diploma normativo, numa solução similar² àquela que se encontrava prevista no RJEOP/99³.

Estando o preceito normativo na parte II do CCP, título II, respeitante à fase de formação do contrato, no capítulo VII, relativo à análise das propostas e adjudicação, este mecanismo é aplicável aos vários tipos de contratos que incidem sobre as prestações típicas, isto é, empreitada de obras públicas,

¹ Cfr. artigo 70.º, n.º 2, alínea d), do CCP, que determina “São excluídas as propostas cuja análise revele que o preço contratual seja superior ao preço base (...)”.

² A solução adotada pelo RJEOP/99 obedecia a uma lógica distinta, conforme nos dá nota José Duarte Coimbra:

“Não obstante certas similitudes, [sucede] (...) que, ao contrário do que sucedia à luz daquela antiga previsão do RJEOP/99, o CCP continua a elevar o preço base à condição de limiar máximo de admissibilidade material das propostas. Mesmo com a introdução do mecanismo previsto no novo artigo 70.º/6, a regra continua a ser a de que as propostas que se situem acima do preço base não podem, em princípio, ser adjudicadas (salvo nas circunstâncias previstas no artigo 70.º/6). Ora, a regra vigente ao abrigo daquela antiga legislação era, de certo modo, a inversa: propostas cujo preço se situasse acima do preço base poderiam ser, em princípio, adjudicadas (salvo se o desvio se revelasse consideravelmente superior).” (destacado nosso) – in A revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021, AAFDL Editora, 2021, p. 142.

³ O artigo 107.º, n.º 1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, respeitante ao Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas (RJEOP), consagrava que “o dono de obra não pode adjudicar a empreitada quando todas as propostas, ou a mais conveniente, ofereçam preço total consideravelmente superior ao preço base do concurso.”

concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de serviços e bens⁴. O preceito legal encerra em si dez pressupostos que importa observar – com alguma flexibilidade, em relação a alguns dos pressupostos, conforme veremos adiante – de forma cumulativa, e dos quais daremos nota de seguida sucintamente.

Decorre, portanto, da leitura do referido preceito, entre o mais, que o mecanismo de adjudicação acima do preço base é legalmente admitido apenas para dois tipos de procedimentos tendentes à formação de contratos públicos, o concurso público, por um lado, e o concurso limitado por prévia qualificação, por outro. Vale por isto dizer, numa lógica de interpretação conforme à letra da lei, e antevendo que o legislador não disse menos do que aquilo que era pretendido, que o mecanismo de adjudicação acima do preço base está vedado aos restantes tipos de procedimentos tendentes à formação de contratos públicos. Cremos que esta limitação procedimental se deve, em bom rigor, ao facto de os concursos públicos e os concursos limitados por prévia qualificação serem, entre os vários tipos de procedimentos concursais, aqueles que, por excelência, se pautam segundo uma lógica de maior concorrência, apresentando-se, ainda, com maior peso económico⁵.

No mais, da leitura do preceito resulta, de forma clara e evidente, que estamos perante um mecanismo de cariz excecional, cujo recurso deve encontrar-se devidamente fundamentado e por motivos circunscritos ao interesse público. A excecionalidade deste mecanismo faz reafirmar a regra – que se mantém inalterada – de que a inobservância do preço base, isto é, a apresentação de proposta de preço superior ao preço base fixado pela Entidade Adjudicante nas peças procedimentais, conduz à exclusão das propostas prevaricadoras.

Na mesma linha, evidencia que a utilização de um mecanismo desta índole – que afasta uma regra geral – deve ser ponderado. A necessidade de justificação⁶, enquanto dimensão jurídica relativa à exposição da motivação que determina a utilização deste mecanismo, faz reforçar o carácter de ex-

⁴ Cfr. artigo 16.º, n.º 2, do CCP.

⁵ Já que, como consabido, outros procedimentos tendentes à formação de contratos públicos, como é o caso do ajuste direto ou da consulta prévia, se encontram limitados por critérios quantitativos, isto é, relacionados com o valor do contrato – cfr. artigos 19.º, 20.º e 21.º, todos do CCP.

⁶ Salvo melhor opinião, várias questões podem levantar-se quanto a este pressuposto, designadamente, quanto à sindicabilidade judicial da justificação que subjaz relativamente à previsão deste mecanismo nas peças procedimentais, uma vez que o Interesse Público há de ser perspectivado pela Entidade Adjudicante, sendo um conceito relativo, variável com o tempo, com a região e com os homens, mas não arbitrário – cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, proferido no âmbito do processo n.º 030183, datado de 18.03.1999, disponível em www.dgsi.pt.

cecionalidade do mecanismo, bem como que o recurso ao mesmo deve ser ponderado na medida em que introduz alguma incerteza quanto a um fator essencial – o preço contratual.

Alvitra-se que, no cerne da atividade administrativa, a fundamentação apresenta-se como um importante sustentáculo da legalidade administrativa, ao permitir, *in casu*, os interessados no procedimento, potenciais concorrentes ou candidatos – e bem assim, os próprios tribunais – conhecer o iter decisório da Entidade Adjudicante, i.e., as razões e os motivos que conduziram aquela Entidade Adjudicante a prever a faculdade de adjudicação acima do preço base⁷, bem como, a fazer uso da mesma.

Estamos em crer que esta exigência de fundamentação, transversal a toda a atividade administrativa, reforça, também, a exigência de fundamentação do preço base fixado pela Entidade Adjudicante, estando ambas relacionadas. Por outras palavras, o preço base, enquanto montante máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituirão o objeto do contrato⁸, é um elemento essencial no âmbito dos procedimentos tendentes à formação de contratos públicos, que, em virtude dessa essencialidade – já que, na larga maioria dos procedimentos, irá coadjuvar os concorrentes e candidatos na determinação do preço contratual com que se propõem a contratar a execução de um determinado contrato –, deve ser fundamentado, tal como decorre do artigo 47.º, n.º 3, do CCP⁹.

⁷ A utilização desta faculdade, daquela que é a nossa experiência, está alicerçada em fundamentos que se prendem com a volatilidade do mercado, as oscilações de preços do mercado e a dificuldade.

⁸ Cfr. artigo 47.º do CCP.

⁹ Não obstante, e salvo melhor opinião, raras serão as vezes em que a fundamentação do preço base nos procedimentos concursais é expressa e contemporânea, estando patente, por hipótese, na decisão de contratar. No mais, qual serão as consequências de um preço base mal fixado? – por se mostrar pertinente, veja-se a orientação técnica n.º 02/CCP/2019, do IMPIC, no qual se asseverou – e bem, no nosso entendimento – que:

“O momento de fixação do preço base é um dos momentos-chave do procedimento de formação de um contrato público. Com efeito, a incorreta definição do preço base poderá ter consequências negativas no procedimento:

- a) Se o preço for muito elevado relativamente ao preço de mercado, poderão os concorrentes ajustar para cima os preços das suas propostas, aumentando assim a despesa Pública;*
- b) Ao invés, se o preço base for artificialmente reduzido face aos preços de mercado, poderá o procedimento ficar deserto ou existirem propostas de diminuta qualidade ou de difícil cumprimento pelo adjudicatário, o que poderá levar, a médio prazo, ao aumento da despesa pública.”*

A incorreta e imprecisa fixação do preço base¹⁰ terá, naturalmente, impactos negativos num qualquer procedimento concursal, sendo a sua fixação sindicável¹¹, uma vez que não é pretensão do legislador a celebração de um contrato público custeado pelo privado, correndo as Entidades Adjudicantes sérios riscos de celebrar um contrato inviável e que se afasta da prossecução do Interesse Público. Importa ressaltar, portanto, a importância da correção na fixação do preço base, porquanto o mecanismo de adjudicação acima do preço base não pode ser perspectivado como uma válvula de escape para a correção do mesmo, nomeadamente, por ser uma faculdade excecional, como temos vindo a adiantar.

Deste modo, estamos em crer que, de acordo com o bloco de legalidade aplicável, e no que circunscreve à obrigatoriedade legal de fundamentação neste âmbito, podemos mencionar três grandes momentos: necessidade de fundamentação do preço base, necessidade de fundamentação da previsão da faculdade de adjudicação acima do preço base, e fundamentação, já com a prática do ato de adjudicação¹², da aplicação do mecanismo de adjudicação acima do preço base.

No entanto, não será de somenos referir que esta “excecionalidade” e motivação enquadrada no âmbito do Interesse Público se insere no contexto do exercício de poderes discricionários da Entidade Adjudicante¹³.

Ainda, com pertinência sobre o tema, veja-se: Nuno Cunha Rodrigues, “A fixação de preço base abaixo do custo de mercado”, Revista de Contratos Públicos, Cedipre, nº 24, Agosto, 2020, págs. 5-43

¹⁰ Sobre a importância do preço base veja-se acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, proferido no âmbito do processo n.º 1095/20.6BELSB, de 04-08-2021.

¹¹ Cfr. acórdão do Tribunal Administrativo Central Sul, no âmbito do processo n.º 260/21.3BELSB, datado de 17-02-2022, disponível em www.dgsi.pt, no qual se sumariou que “*À Entidade Adjudicante cabe o ónus de demonstrar que fundamentou o preço base com critérios objectivos e bem assim que esse preço base não constrangerá o adjudicatário à inobservância de qualquer legislação vigente, nomeadamente a legislação social e de trabalho, permitindo contratar com integral cobertura de custos mínimos e margem de lucro condigna*”, proferido no âmbito de ação pré-contratual com vista a discutir a ilegalidade de disposições procedimentais.

¹² Sobre o ato de adjudicação, em particular, com relevância, veja-se Rui Mesquita Guimarães, “Da adjudicação à celebração do contrato: Reflexões sobre a revisão ao Código dos Contratos Públicos” in Revista de Contratos Públicos, Coimbra, n.17 (jun. 2018), p. 47-80.

¹³ Alvitra-se que a sindicabilidade jurisdicional do exercício de poderes discricionários é circunscrita, em regra, ao domínio da esfera da legalidade administrativa, por respeito ao princípio da separação de poderes consagrado constitucionalmente no artigo 111.º - cfr. a título meramente exemplificativa, o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, proferido no âmbito do processo n.º 572/10.1BELSB, datado de 01.10.2020; acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, proferido no âmbito do pro-

Por seu turno, determina o artigo 70.º, n.º 6, do CCP, que a possibilidade de exercício da faculdade de adjudicação acima do preço base deve estar prevista no programa do procedimento¹⁴. Facilmente se compreende esta exigência: trata-se de dar corpo às exigências de segurança jurídica no cerne dos procedimentos concursais. Deve verificar-se um certo grau de certeza e fiabilidade nos procedimentos, em que os concorrentes ou candidatos saibam razoavelmente, de antemão, com o que contar. De facto, este mecanismo poderá ter impactos a nível da conformação das propostas, uma vez que, como naturalmente convimos, não será indiferente para os candidatos ou concorrentes, a possibilidade de adjudicação acima do preço base: porventura, a falta de menção da faculdade do mecanismo de adjudicação acima do preço base poderá, máxime, levar a que alguns potenciais interessados no procedimento desistam de avançar com a sua proposta por falta de observância do preço base, o que, de per si, reduz o leque da concorrência.

Acresce que a previsão do mecanismo de adjudicação acima do preço base nas peças do procedimento, e, portanto, em momento anterior à elaboração das propostas dos eventuais concorrentes ou candidatos se impõe por questões de transparência e de publicidade. De resto, como consabido, o princípio da transparência e da publicidade são dois vetores jurídicos essenciais na contratação pública, vertidos, desde logo, no artigo 1.º-A do CCP, que são verdadeiras normas jurídicas, diretamente aplicáveis e invocáveis, que refletem os valores que subjazem ao edifício normativo. Em particular, o princípio da transparência reflete a necessidade premente de eliminar atuações arbitrárias das Entidades Adjudicantes, bem como eliminar o risco de favoritismo¹⁵, mediante, designadamente, a instituição de regras que exigem a clareza, precisão e univocidade de todas as disposições procedimentais¹⁶. Interligada com as exigências de transparência, claro está, a publicidade, na

cesso n.º 032889, datado de 03-10-1996; entre outros, disponíveis em www.dgsi.pt. Não obstante, os atos praticados ao abrigo do exercício de poderes discricionários são judicialmente sindicáveis quando se trate de casos de erro palmar ou evidente – cfr. acórdão do TCAN, proferido no âmbito do processo n.º 02279/22.8BEPRT, datado de 19.05.2023, a título exemplificativo.

¹⁴ Ressalve-se que por força do Decreto-Lei n.º 36/2022 de 20 de maio, no seu artigo 5.º, e do Decreto-Lei n.º 67/2022, de 4 de outubro e do Decreto-Lei n.º 49-A/2023, de 30 de junho, nestes diplomas normativos, a obrigatoriedade de previsão da faculdade de adjudicação acima do preço base no programa do procedimento foi afastada, estando as Entidades Adjudicantes autorizadas a lançar mão daquele mecanismo.

¹⁵ Veja-se a este respeito, o acórdão do TJUE de 16/04/2015, SC Enterprise Focused Solutions SRL, C-278/14.

¹⁶ Veja-se a este propósito, o acórdão do TJUE de 29/04/2004, Comissão/CAS Succhi di Frutta, C-496/99.

aceção de que os participantes do procedimento devem ter acesso a todas as decisões procedimentais, numa lógica de divulgação ativa da informação, e também para o público em geral¹⁷. De modo que, cremos que a exigência de previsão do mecanismo de adjudicação acima do preço nas peças do procedimento tem em vista eliminar qualquer suspeição ou possibilidade de arbitrariedade no uso de uma faculdade de carácter excecional.

No mais, a faculdade de adjudicação acima do preço base apenas é legalmente admissível em procedimentos concursais cujo critério de adjudicação seja multifatorial. Vale por isto dizer que, aos procedimentos concursais cujo preço seja o único aspeto submetido à concorrência é-lhe vedada a possibilidade de recorrer a este mecanismo. Segundo aponta José Duarte Coimbra, tal opção fica a dever-se *“restrição esta que parece orientada a evitar ou, pelo menos, a mitigar um pernicioso “efeito íman” no comportamento dos operadores do mercado, isto é, a colagem de todas as propostas ao limiar «adicionado» de +20% do preço base, sobretudo se se pensar nos casos, de longe estatisticamente mais frequentes, em que o único fator densificador do critério de adjudicação seja o preço”*¹⁸.

No mais, cremos que esta restrição se justifica em virtude da instabilidade que representaria, designadamente, na observância das regras legais fixadas para a construção e aplicação do modelo de avaliação, em procedimento concursal cujo único fator do critério de adjudicação seja o do preço. Por outras palavras, a possibilidade de uso da faculdade de adjudicação acima do preço base num procedimento cujo único aspeto submetido à concorrência é o preço poderia ter como efeito desvirtuar por completo o modelo de avaliação previamente fixado.

Acresce a isto que, e já no campo da aplicação concreta do mecanismo, esta estará dependente de se verificar uma situação de exclusão de todas as propostas do concurso. Por outras palavras, para que a Entidade Adjudicante esteja legalmente autorizada a recorrer à faculdade de adjudicação acima do preço base, para além de esta ter de estar prevista no programa do procedimento¹⁹, é necessário que, da fase de análise das propostas, isto é, da verificação da observância das formalidades e do conteúdo da proposta, resulte que o procedimento concursal fique deserto, por terem sido excluídas todas as propostas. O mesmo será dizer que, basta que uma proposta esteja em condições de ser admitida – ainda que, por força da sua condição

¹⁷ Basta, porventura, pensar na obrigatoriedade da publicidade de modificações objetivas do contrato, por hipótese, prevista no artigo 315.º do CCP.

¹⁸ in A revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021, AAFDL Editora, 2021, p. 144-146.

¹⁹ Em regra, como vimos.

de única proposta admitida não lhe seja aplicado o critério de adjudicação – para que a aplicação da faculdade de adjudicação acima do preço base esteja legalmente afastada.

Ainda, a adjudicação acima do preço base apenas poderá incidir sobre proposta cuja única causa de exclusão é o desrespeito pelo preço base fixado nas peças do procedimento. Equivale a isto dizer que nenhuma outra causa de exclusão poderá verificar-se em relação à proposta adjudicada ou àquelas que venham a ser admitidas e consequentemente avaliadas para efeitos de adjudicação acima do preço base fixado até 20%.

Facilmente se compreende que assim seja, já que na génese deste mecanismo não está o “salvamento” sem mais das propostas, com vista a evitar a deserção de um qualquer procedimento. Antes, subjaz à criação deste mecanismo a possibilidade de repescar propostas que, em face da verificação de determinadas e concretas circunstâncias e circunstancialismos, designadamente, de fatores externos e que não se encontram sob o controlo dos concorrentes ou candidatos – como sejam aqueles relacionados com o mercado e conjuntura económica, política e social – não lhes foi possível observar o preço base fixado. A proposta ou propostas admitidas para reavaliação devem ser suficientes e capazes de, em total observância dos aspetos não submetidos à concorrência, prosseguir o Interesse Público definido no concurso.

Ainda, como supra se referiu, a violação do preço base não pode ser superior a mais de 20%. Assim, no uso da faculdade de adjudicação acima do preço base apenas poderão ser readmitidas as propostas que não apresentem qualquer outra causa de exclusão – salvaguardando a violação do preço base, claro está – e que apresentem preço até ao máximo de mais de 20% do preço base. O mesmo será dizer, em bom rigor, que a adjudicação só poderá incidir sobre uma proposta cujo preço se situe até ao patamar de 120% (inclusive) do preço base.

Por seu turno, o artigo 70.º, n.º 6 do CCP, determina, ainda, na sua alínea b), que o preço da proposta a adjudicar (acima do preço base) deve respeitar os limites previstos no n.º 4 do artigo 47.º²⁰. Dito de outro modo, o preço da proposta a adjudicar não pode ultrapassar os limites de valor máximo definidos para cada procedimento, o que variará de acordo com o tipo de contrato em causa. Naturalmente, esta restrição diz respeito somente aos concursos nacionais, sem publicação no JOUE.

²⁰ Este preceito normativo dispõe que “O preço base deve respeitar os limites de valor até aos quais pode ser utilizado o tipo de procedimento em causa e os limites máximos de autorização de despesa do órgão competente para a decisão de contratar, se aplicáveis”.

De igual modo, a adjudicação acima do preço base apenas será legalmente admissível se respeitados os limites legais de autorização de despesa do órgão competente para a decisão de contratar, a existirem, o que terá de ser aferido casuisticamente.

Não obstante, para além da observância dos limites legais de autorização de despesa do órgão competente para a decisão de contrato, em termos gerais e abstratos, o exercício da faculdade de adjudicação acima do preço base apenas poderá suceder-se se, em concreto, se verificar a existência de autorização financeira de despesa para proceder à adjudicação de uma proposta pelo montante correspondente ao seu preço. Esta autorização financeira da despesa pode ser originária, isto é, remontar ao início do procedimento, ou superveniente, digamos assim, mediante a sua revisão ulterior.

Em suma, poderemos enunciar os seguintes pressupostos para aplicação do mecanismo de adjudicação acima do preço base:

1. Procedimento de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação (com ou sem publicação no JOUE);
2. Uso da faculdade previsto no programa do procedimento;
3. Caráter de excecionalidade do mecanismo, cuja previsão deve estar devidamente justificada e integrada por motivos de Interesse Público;
4. Aplicável somente às situações em que o critério de adjudicação é multifatorial;
5. Exclusão de todas as propostas – potencial deserção do procedimento;
6. Readmissão da(s) proposta(s) cuja única causa excludente é a violação do preço base;
7. Admissibilidade restrita às propostas cujo preço que apresentem não seja superior ao preço base em mais de 20%;
8. Preço da proposta a adjudicar não pode ser superior ao limite de valor do procedimento;
9. Preço da proposta não pode ser superior aos limites legais gerais de autorização de despesa fixados para o órgão competente para contratar; e,
10. Existência de autorização financeira da despesa.

Feita esta breve exposição e enunciação dos vários pressupostos do mecanismo de adjudicação do preço base, antevê-se, desde logo, que a aplicação daquele suscita inúmeras questões, designadamente, quanto ao modo de operar a sua integração na dinâmica procedimental definida no CCP, a qual se apresenta rígida e pouco – ou quase nada – flexível.

De facto, tanto no que respeita aos procedimentos de concurso público, bem como nos procedimentos de concurso limitado por prévia qualificação, a tramitação encontra-se definida no CCP, sendo a mesma sequencial e ordenadamente organizada – como, de resto, se apresentam os procedimentos administrativos em geral.

Assim, a introdução de um mecanismo como o de adjudicação acima do preço base levanta entropias naquela que é a tramitação tida como normal no âmbito da contratação pública.

De facto, a previsão do mecanismo de adjudicação acima do preço base deve ser, desde logo, ponderada nas decisões iniciais de configuração e conformação do procedimento – designadamente, na escolha do tipo de procedimento, assim como na autorização de despesa, bem como a nível da sua previsão no programa do procedimento *ab initio* – tal como, exige-se a articulação deste mecanismo com o exercício das competências do júri – na fase de análise e avaliação das propostas – e do órgão competente para a decisão de contratar – com a prática do ato de adjudicação.

Na presente, e por impossibilidade expositiva de abordar toda a temática, cingir-nos-emos à articulação do mecanismo de adjudicação acima do preço base com as competências do júri, nomeadamente, na fase de avaliação das propostas, tendo por mote a análise ao acórdão Tribunal Central Administrativo Norte, datado de 15 de dezembro de 2023, proferido no âmbito do processo n.º1339/23.2BEPRT.

III. DO MODELO DE AVALIAÇÃO E A SUA CONCATENAÇÃO COM A FACULDADE DE ADJUDICAÇÃO ACIMA DO PREÇO BASE

Após a abordagem dogmática levada a efeito quanto ao artigo 70.º, n.º 6, do CCP, importa refletir sobre o impacto que aquele mecanismo pode ter no modelo de avaliação, numa leitura sistemática e unitária do diploma normativo que rege estas matérias. Partiremos, então, da consideração de que o critério de adjudicação, que terá de ser multifator – conforme determina o preceito normativo – tem como um dos fatores o preço.

Era o que sucedia no caso patente no acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte²¹. Em causa estava um procedimento de concurso público para a execução de empreitada, no qual, *ab initio*, era prevista nas peças do procedimento, designadamente, no programa do procedimento, a faculdade de adjudicação acima do preço base.

²¹ Proferido no âmbito do processo n.º 1339/23.2BEPRT, datado de 15 de dezembro de 2023.

Em particular, e para o que aqui releva, o critério de adjudicação fixado era multifatorial, composto por dois fatores, o fator preço, com maior ponderação (60%), e o fator qualidade (40%).

Sob este prisma, temos, então, o cumprimento de três dos dez requisitos fixados para o exercício da faculdade de adjudicação acima do preço base – concurso público, com a previsão no programa de procedimento daquele mecanismo e o critério de adjudicação multifatorial.

No mais, a previsão do mecanismo de adjudicação acima do preço base estava justificada, segundo a motivação oferecida pela Entidade Adjudicante naquele procedimento, por razões de interesse público relacionadas com as condições do mercado da construção civil e com razões de qualidade da despesa pública. Em causa estaria, portanto, a conjuntura económica relacionada com o aumento exponencial dos preços no setor da construção civil²², provocado quer pela pandemia COVID-19, bem como o espoletar da Guerra da Ucrânia.

Ainda, estava aquela Entidade Adjudicante devidamente autorizada para efetivar aquela despesa, assim como, observou os limites legais gerais de autorização de despesa fixados para aquele concreto órgão competente para contratar.

Não obstante, a Recorrente, concorrente no procedimento em causa, intentou ação de contencioso pré-contratual na qual impugnou o ato de adjudicação praticado, suscitando, entre o mais, a ilegalidade do modelo de avaliação no que concerne ao fator preço, designadamente, da fórmula matemática²³, tendo visto o seu pedido de anulação do ato de adjudicação indeferido pelo Tribunal de 1.º instância, o que deu origem à interposição de recurso.

²² De ressaltar que o procedimento terá iniciado em 2023. Apraz, também, referir que aquela conjuntura económica foi, desde logo, reconhecida pelo próprio legislador, designadamente, com a criação e aprovação do regime que rege a revisão extraordinária de preços no Decreto-Lei n.º 36/2022, de 20 de maio, com aplicação imediata no ano de 2022, que veio a ser prorrogado até 31 de dezembro de 2023, por força das alterações impostas pelo Decreto-Lei n.º 49-A/2023, de 30 de junho.

²³ Cumpre referir que é hoje entendimento unânime, quer da doutrina, quer da jurisprudência, que assiste a faculdade aos concorrentes de impugnar ato de adjudicação com fundamento na ilegalidade de disposições procedimentais, como será o caso da ilegalidade do modelo de avaliação, não obstante o disposto no artigo 101.º e 103.º do Código do Processo nos Tribunais Administrativos (doravante CPTA), que determina que o prazo de impugnação de disposições procedimentais é de um mês. Entende-se, portanto, que o decurso do prazo de impugnação de um mês a contar do conhecimento das peças do procedimento não determina a convalidação daquelas, as quais irão contaminar o ato de adjudicação. Veja-se, neste sentido, Marco Caldeira, *Estudos sobre o Contencioso Pré-Contratual*, AAFDL Editora, 2017, p. 203 e ss.; acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, processo n.º 0891/10, de 8 de fevereiro de 2011; processo n.º 0835/04, de 4 de agosto de 2004, entre outros.

Para o efeito, veio a Recorrente arguir que a Entidade Adjudicante, ali Recorrida, ancorada na possibilidade de adjudicação acima do preço base, elaborou fórmula matemática para avaliação do preço que se comporta de modo insensível à diferenciação de preço das propostas que se situem entre o intervalo de -20% do preço base até ao preço base, subvertendo, dessa forma, o critério de adjudicação e a ponderação dos fatores fixada.

Da análise perpetrada pela Recorrente, concluiu aquela que, a fórmula matemática²⁴, que em concreto avalia as propostas no que concerne ao fator preço, apresenta uma curvatura que faz corresponder diferentes pontuações consoante os valores da proposta. No entanto, no intervalo de valores da proposta que é expectável que os concorrentes situem as suas propostas, isto é, entre -20% do preço base até ao preço base, as diferenças de pontuação entre as propostas não são significativas, pois que a fórmula matemática, nesse preciso intervalo, apresenta uma inclinação praticamente nula. Por outras palavras, a curvatura da fórmula matemática no intervalo de preços entre -20% do preço base e o preço base é praticamente uma reta com um declive insignificante, quase horizontal.

Em termos concretos, e segundo expôs a Recorrente, a apresentação de uma proposta com um preço inferior em um milhão de euros, representava uma diferença de pontuação numa escala de 0 a 20 de apenas 3 décimas (0,3).

Por seu turno, advogou a Recorrente que, quando analisado o comportamento da fórmula matemática em causa para os preços das propostas situados entre o preço base até +20% do preço base – atenta a possibilidade, como se disse, de adjudicação acima do preço base estar prevista no programa do procedimento – constatava-se que a curva da fórmula se apresentava mais acentuada, fazendo variar a pontuação das propostas proporcionalmente ao preço concretamente apresentado. *In casu*, e a título meramente indicativo, tinha-se que para uma proposta apresentada com preço de +20% do preço base a pontuação era de 10 pontos, ao passo que uma proposta apresentada com preço de +10% do preço base a pontuação era de 15,777 pontos, numa escala de 0 a 20 pontos.

Em síntese, na ótica da Recorrente, a fórmula matemática criada para aquele concurso comportava-se de maneira distinta consoante os preços se situassem abaixo do preço base ou acima do preço base, sendo que, para os preços apresentados abaixo do preço base, o comportamento da fórmula se mostrava insensível a variações significativas de preços, não observan-

²⁴ Tal como determina o artigo 139.º, n.º 3, do CCP, que estipula que “*para cada fator ou subfator elementar deve ser definida uma escala de pontuação através de uma expressão matemática*”, quando esteja em causa a avaliação de fator quantitativo, como é o caso do preço.

do, portanto, a proporcionalidade e a correlação entre a diferença de preços e a diferença de pontuação obtida, como sucedia para os preços situados acima do preço base.

Sustentou, portanto, a Recorrente, que a insensibilidade da fórmula matemática às diferenças de preço apresentadas pelos concorrentes, no intervalo de preços situado entre -20% do preço base e o preço base, que culminou em pontuações das propostas embora diferentes, muito próximas, era violadora do princípio da concorrência, vertido no artigo 1.º-A do CCP, porquanto desincentivava os operadores económicos a apresentarem propostas de preços diferentes e mais baixos. De igual modo, asseverou que aquela fórmula matemática era, também, violadora do princípio da boa administração, insito no artigo 5.º, n.º 1, do CPA, segundo o qual a Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência e economicidade, devendo, face ao critério de adjudicação, preferir as propostas com uma efetiva melhor relação custo/benefício.

Ainda, arguiu que a insensibilidade da fórmula matemática às diferenças de preço apresentadas culminou na subversão dos graus de ponderação de cada fator do critério de avaliação. Isto é, se, em abstrato, a Entidade Adjudicante tinha atribuído uma ponderação maior ao fator preço – de 60%, como vimos – com a fórmula matemática em causa, o fator que diferenciava, em bom rigor, as propostas, era o da qualidade e não o do preço.

Por seu turno, e com relevância para a presente, discreto que o mecanismo previsto no artigo 70.º, n.º 6 do CCP é de natureza excecional, devendo o seu uso ser devidamente fundamentado, e pressupõe como requisito essencial que todas as propostas sejam excluídas, o que, de *per si*, inibe a ponderação do uso daquela faculdade na construção da fórmula, já que no caso de não serem excluídas todas as propostas, o mecanismo de adjudicação acima do preço base está imperativamente afastado.

Dito de outra forma, considerou a Recorrente, atento o bloco de legalidade aplicável, ser totalmente desprovido de sentido acomodar a possibilidade (excecional) na fórmula, uma vez que a mesma teria impacto na pontuação a atribuir às propostas que sejam apresentadas – como, de resto, se espera – abaixo do preço base. Isto por que, na sua aceção, devem ser distintos o momento da construção da fórmula – aquando da elaboração das peças do procedimento, claro está – e o da avaliação das propostas, no sentido de aplicação da fórmula fixada no procedimento às concretas propostas apresentadas pelos diversos operadores económicos.

Ademais, procurou descortinar que, da leitura do preceito normativo vertido no artigo 70.º, n.º 6, do CCP, nem tampouco da interpretação teleológica ou sistemática que se imprime daquele, em momento algum se pode concluir que a faculdade de adjudicação acima do preço base deve de estar

acomodada no critério de adjudicação ou nos modelos de avaliação fixados, mas somente que o uso dessa prerrogativa tem de estar previsto no programa de concurso.

Dito de outro modo, relativamente ao aresto “*de acordo com o critério de adjudicação*”, previsto in fine no n.º 6 do artigo 70.º do CCP, entende que o legislador não pretendeu ver acomodado este mecanismo no próprio critério de adjudicação ou no modelo de avaliação propriamente dito, in casu, na fórmula matemática que avalia o fator preço, mas somente, indicou o modo como as Entidade Adjudicantes podem proceder à adjudicação de uma proposta acima do preço base.

Isto posto, considerou que a expressão “*de acordo com o critério de adjudicação*” pressupõe que a Entidade Adjudicante avalie a proposta do concorrente desconsiderando que a mesma despreze o preço base fixado no concurso, isto é, que a avalie talqualmente o faria se o preço fosse abaixo da base.

Ora, por seu turno, veio a Entidade Adjudicante, na qualidade de Recorrida, advogar que a fórmula de avaliação do fator preço atribuiu pontuações diferentes consoante o preço proposto pelos concorrentes, não valorizando os preços por intervalos, assim como permitiu que os concorrentes competissem entre si, de modo a oferecer o preço mais baixo possível e obter mais pontuação do que aqueles concorrentes que apresentassem preços mais elevados, sem que a fórmula em causa influenciasse, de algum modo, a concorrência. Por outras palavras, procurou dilucidar que a fórmula matemática adotada não colocou no mesmo limiar propostas com preços diferentes, valorizando, antes, com maior pontuação as propostas de preços mais baixos.

Defendeu a Recorrida, portanto, que o modelo de avaliação por si adotado foi consentâneo com o critério de adjudicação definido e respeitou, de forma absoluta, os princípios da boa administração, da igualdade e da concorrência, bem como da proporcionalidade.

Concretizou, ainda, que estabeleceu aquela fórmula para desincentivar a apresentação de propostas de preço que se situassem acima de 20% do preço base ou abaixo de 20% do preço base – quanto a estas últimas, que poderiam representar o comprometimento da viabilidade da execução da empreitada -, em observância do princípio da boa administração, já que, à data, o setor da construção civil enfrentava uma grande incerteza ao nível dos preços dos materiais e de mão-de-obra. Evidência disto, segundo a Entidade Adjudicante, foi a apresentação de quatro propostas acima do preço base e no intervalo até 20% acima daquele, bem como, o facto de a Entidade Adjudicante, em momento anterior, ter lançado um procedimento para adjudicação de contrato com o mesmo objeto do concurso ora em causa e o mesmo ter ficado deserto em virtude de todas as propostas terem sido excluídas com fundamento na violação do preço base.

Assim, face a estas circunstâncias, designadamente, a incerteza do mercado, arguiu a Entidade Adjudicante que teve dificuldade em fixar um preço anormalmente baixo, assim como, a obrigou a ter de ponderar, no modelo de avaliação, i.e., na fórmula matemática, a possibilidade de apenas serem apresentadas propostas acima do preço base.

Propugnou, portanto, que a fórmula foi assim elaborada por razões de Interesse Público, relacionadas com a conjuntura económica – a mesma motivação que fez prever a possibilidade de adjudicação acima do preço base – e a necessidade de desincentivar propostas de preço muito baixo ou muito alto.

De igual modo, acrescentou que, por razões de qualidade da despesa pública, procurou aquela Entidade Adjudicante incentivar a apresentação de propostas com boa qualidade técnica. Mais, que atento o preço base fixado no concurso, bem como a proximidade de preço das propostas concretamente apresentadas, com uma diferença de percentagem pequena em relação ao preço base, o fator valia técnica diferenciou as propostas, mas sem que tal desvirtuasse o critério de adjudicação fixado. Na ótica da Recorrida, a adoção de um critério de adjudicação com peso relativo de ponderação de 40% da valia técnica face aos 60% do preço permite que se diferencie as propostas de acordo com a sua qualidade quando sejam apresentadas diferenças de preço pouco significativas, sendo que a percentagem do fator preço era sempre de 60%, independentemente do preço da proposta.

Espraiou, ainda, que o método de avaliação do fator preço não violou o princípio da proporcionalidade, uma vez que a fórmula em causa se revelou adequada à apresentação de propostas de preço diferente, promovendo a concorrência para os preços situados entre -20% do preço base até ao preço base numa escala daqueles entre 18,846 e 20 pontos. No seu ponto de vista, aquela fórmula mostrou-se, também, adequada para incentivar a apresentação de preço mais baixo, mediante a atribuição de maior pontuação, e em simultâneo, desincentivando a apresentação de proposta de preço muito baixo ou muito alto, tudo observando uma lógica de promoção do interesse público na obtenção de proposta com qualidade e com preço compatível com a execução da empreitada.

No mais, na aceção da Recorrida, a fórmula talqualmente foi construída revelou-se necessária face às incertezas que afetavam o setor da construção civil.

Já a propósito da acomodação do mecanismo de adjudicação acima do preço base no próprio modelo de avaliação, i.e., na fórmula matemática, referiu a Recorrida que inexistia qualquer vício assacável àquela, porquanto nem o artigo 70.º, n.º 6 do CCP, nem tampouco qualquer outra norma legal afasta essa possibilidade. No mais, considerou que essa acomodação, que se refletiu na escala de avaliação, não violou a teleologia que subjaz ao mecanismo de adjudicação acima do preço base, não obstante a excecionalidade do mesmo, pois que aquele mecanismo é aplicado de acordo com o critério de adjudicação definido.

Neste sentido, explanou a Recorrida que o artigo 70.º, n.º 6 do CCP não estabelece que, para o caso de propostas superiores ao preço base, deverão ser utilizados outros critérios de adjudicação, nem tampouco estabelece que não deve ser utilizada a fórmula de preço do critério de adjudicação, antes pelo contrário. Por outras palavras, a Recorrida sufragou o entendimento de que, obrigando o CCP a que haja um só critério de adjudicação para cada procedimento, consequentemente, torna-se obrigatório que a fórmula de preço acomode preços até 20% do preço base, assim como inferiores a este. A leitura antonímica imporia a previsão de dois critérios de adjudicação, isto é, um para preços acima do preço base e outro para preços inferiores ao preço base, ou, em alternativa, que se ficcionasse que o preço base passou a ser o que corresponda a 20% acima do preço base inicial.

Sintetizando, defendeu que facto de o critério de adjudicação do procedimento contemplar uma escala de pontuação para propostas situadas acima do preço base até mais 20% daquele preenchia a previsão da parte final do n.º 6 do artigo 70.º do CCP e a ratio daquela norma legal.

Feito este enquadramento, impõe-se, portanto, partir para análise da posição do Tribunal Central Administrativo Norte (doravante TCAN). Assim, e antecipando, desde já, o desfecho do recurso apresentado, o TCAN decidiu negar provimento ao recurso interposto pelo concorrente, mantendo, assim, a decisão de 1.º instância, e consequentemente, o ato de adjudicação praticado.

Para o efeito, e no que concerne, em particular, à avaliação do fator preço e a o artigo 70.º, n.º 6 do CCP, considerou o TCAN que as propostas apresentadas, de acordo com a fórmula matemática utilizada, foram objeto de pontuações diferenciadas consoante o preço proposto, atribuindo-se maior pontuação quanto menor o preço e vice-versa, aderindo, portanto, à argumentativa aduzida pela Recorrida.

No mais, reconhecendo que no intervalo de preço compreendido entre o preço base e -20% desse preço base, a fórmula atribuía uma pontuação entre os 18,846 e os 20 pontos, aquilatou que daí não advinha qualquer violação dos princípios supra enunciados, pois que as propostas de preço naquele intervalo obtinham pontuação diferente e sempre uma pontuação superior àquelas que se situam no intervalo de preços 20% acima do preço base. Sopesou, ainda, que se afigura legítima e lícita a opção de atribuir 18,846 pontos a uma proposta no limiar do preço base, para evitar que os concorrentes, dadas as circunstâncias do mercado, fossem atraídos por propostas de preço acima do preço base.

Não obstante aquiescer que é inegável que as propostas cujo preço mais se aproxima de menos 20 % do preço base acabaram por obter uma pontuação que não é muito distanciada daquelas que se aproximem mais do preço base estabelecido, contrapôs o TCAN que a referida fórmula atribuiu a cada preço uma determinada pontuação, atribuindo mais pontos às propostas de preço

inferior ao preço base, e dentro do intervalo compreendido entre o preço base e -20% do preço base, atribuindo mais pontos às propostas de preço mais baixo. Neste sentido, aquilatou que a proposta de preço mais baixo garantiu sempre e em qualquer circunstância mais pontos que as de mais com preço superior, permitindo, dessa forma, a diferenciação das propostas de preço diferente, atribuindo mais pontos às de menor preço.

De igual modo, aderiu à tese sufragada pela Recorrida de que, no cômputo geral da avaliação de uma proposta, a pontuação obtida no fator preço teria sempre um peso de 60% na avaliação final, e a pontuação atribuída no fator valia técnica teria sempre um peso de 40%, enveredando pela conclusão de que, *in casu*, o preço teria sempre mais peso na avaliação final do que a valia técnica de cada proposta, porquanto aquela relação não varia. Referiu, ainda, o TCAN, que sendo os preços muito próximos, como se verificou, que, naturalmente, a avaliação do fator valia técnica era passível de diferenciar as propostas, sem que tal desvirtuasse o critério de adjudicação ou ofender os princípios da boa administração, concorrência e igualdade.

Entendeu o TCAN, na linha do defendido pela Recorrida, que aquele modelo de avaliação instituído para o fator preço base tinha subjacente razões de interesse público e de garantia de qualidade da despesa pública, o que justificava, por si, o incentivo de propostas de preço que se situassem no intervalo entre o preço base e o limiar de 20% abaixo desse preço base, tudo em respeito e observância do princípio da boa administração.

Por fim, chamado a escrutinar a legalidade da acomodação do mecanismo previsto no artigo 70.º, n.º 6, do CCP, i.e., de adjudicação acima do preço base, na própria fórmula avaliativa, questão inovadora atenta a recente alteração legislativa, veio o TCAN pronunciar-se no sentido de que, e passámos a citar, **“a inclusão do quantitativo respeitante ao preço até 20% acima do PB na fórmula matemática do critério de adjudicação do fator Preço, é *perfeitamente compatível com a disciplina legal prevista no mesmo, tanto quanto se é certo ser relativo ao objeto do contrato e corresponder a necessidades da entidade adjudicante, ainda que a sua aplicação efetiva fique dependente da verificação, no momento apropriado (na sequência da análise das propostas), dos pressupostos previstos no n.º 6 do artigo 70.º do CCP.*”** (destacado nosso).

Entendeu, portanto, o TCAN que, em face da possibilidade de adjudicação acima do preço base prevista no artigo 70.º, n.º 6, do CCP, e atenta a concreta redação daquele preceito legal, nada *“impede que se inclua esse quantitativo na fórmula matemática do critério de adjudicação do fator Preço – ou seja, que se avaliem os preços acima do PB até ao referido limite de 20%”*, ao que acresceu que *“essa construção é perfeitamente compatível com o normativo dos artigos 75.º e 139.º do CCP, uma vez que diz respeito ao objeto do contrato e corresponde a necessidades da entidade adjudicante”*.

Aquilatou, ainda, que em face da indefinição daquele artigo 70.º, n.º 6, do CCP quanto ao modo de operar a avaliação no caso de uso da faculdade de adjudicação acima do preço base, é de considerar que o legislador conferiu liberdade às Entidades Adjudicantes de escolha do modelo de avaliação e critério de adjudicação que melhor satisfizessem os interesses por si prosseguidos.

Vai, ainda, mais longe ao considerar que *“uma vez que o CCP impõe que haja apenas um critério de adjudicação para cada procedimento, **torna-se obrigatório que a fórmula prevista para determinar a pontuação a atribuir ao preço acomode preços até 20% do preço base, assim como inferiores a este.**”* (destacado nosso).

Em suma, não olvidando que, de acordo com o concreto modelo de avaliação do fator preço, a pontuação prevista para os preços abaixo do preço base apresentava pouca variação e, portanto, que as pontuações a atribuir ao fator preço eram, efetivamente, muito próximas, sendo, dessa forma, por via da ponderação do fator valia técnica se *“estabeleceria de modo mais relevante na determinação do adjudicatário”*, nas palavras do TCAN, ajuizou aquele Tribunal que nenhuma ilegalidade seria de assacar ao modelo de avaliação do fator preço.

III.1. – DA ANÁLISE (CRÍTICA) DO ACÓRDÃO DO TCAN

Feita esta breve resenha dos meandros que subjazem à prolação daquele acórdão, importa refletir sobre os contributos que aquele trouxe para o cerne da presente recensão: análise do mecanismo de adjudicação acima do preço base.

Assim, a articulação do mecanismo da adjudicação acima do preço base com a preponderância do modelo de avaliação nos procedimentos concursais, convoca a interpretação e aplicação dos preceitos normativos vertidos nos artigos 70.º, n.º 2, al. d), e n.º 6, 74.º, 75.º, 139.º, todos da CCP, e a sua concatenação com os princípios basilares da contratação pública, tais como o da concorrência, o da igualdade, o da transparência e o da proporcionalidade, ínsitos no artigo 1.º-A, do CCP.

Dito isto, o ponto nevrálgico incide sobre a construção e aplicação do modelo avaliativo, que densifica o critério de adjudicação, no que respeita, em particular, à expressão ou fórmula matemática relativa ao fator preço. Trata-se, portanto, em primeira linha, de perceber como deve ser construído o modelo de avaliação, designadamente, como deve ser definida a amplitude da performance avaliável, isto é, o intervalo de preços que são suscetíveis de avaliação. Já num segundo momento, está em causa perceber como deve ser aplicado aquele modelo de avaliação, em particular, nas situações em que a Entidade Adjudicante faça uso do mecanismo de adjudicação acima do preço base.

Antes de mais, reforce-se que o momento de avaliação das propostas assume extrema relevância no seio dos procedimentos concursais, revelando-se como a pedra de toque daquele que é um dos princípios basilares no âmbito da contratação pública: o princípio da concorrência.

De facto, o modelo de avaliação densifica e desenvolve o critério de adjudicação, devendo diferenciar os fatores que decompõem aquele critério de adjudicação, por forma a que aqueles se complementem. É, de resto, o que resulta da leitura conjunta dos artigos 74.º e 75.º do CCP.

Por conseguinte, a existirem subfactores, também estes deverão apresentar um desenvolvimento coerente e lógico dos fatores²⁵. Por outras palavras, o modelo de avaliação fixado pelas Entidades Adjudicantes deve respeitar e ir ao encontro da ponderação de cada fator ou subfator atribuída no critério de adjudicação. Mais, deve refletir o peso de ponderação de cada fator, sob pena de violação dos princípios da concorrência e da igualdade²⁶.

Vale por isto dizer que os coeficientes de ponderação dos fatores e subfactores devem articular-se segundo uma lógica progressiva. Por outras palavras, os modelos de avaliação deverão permitir a diferenciação de todas as propostas mediante a sua valoração proporcional. Assim, os modelos de avaliação definidos devem, por imperativo principialista, estimular a concorrência, numa lógica de economicidade, para permitir que as entidades adjudicantes obtenham a adjudicação de proposta que lhes traga vantagem económica – quer o critério de adjudicação seja o da proposta economicamente mais vantajosa monofatorial ou multifatorial²⁷.

Em bom rigor, estando as Entidades Adjudicantes vinculadas à satisfação das necessidades públicas ao menor custo possível, de acordo com a leitura

²⁵ Veja-se a este propósito o acórdão do Tribunal de Contas - nº 1 /24.JAN.2012 – 1ª S/PL - Recurso Ordinário nº 16/2011, bem como o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, proferido no âmbito do processo nº 1409/19.1BESNT, em 18-03-2021.

²⁶ Veja-se, neste sentido, o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, proferido no âmbito do processo nº 0167/18.1BELSB, datado de 18.09.2019, segundo o qual “viola o princípio da concorrência e da igualdade concorrencial o critério que praticamente anula o impacto concorrencial do “fator preço”, na referida ponderação mínima de 60%”, acrescentando que “a expressão matemática que visa dar execução à escala de pontuação definida para o fator preço não pode contradizer o modelo de avaliação em que se integra”; na mesma linha, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, asseveram que a “(...) fórmula ou expressão matemática pode ser qualquer uma, desde que seja racional e não contradiga o caderno de encargos e o modelo de avaliação em que se integra (...)”- in Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública, Almedina 2011, págs. 971/972.

²⁷ Veja-se neste sentido os acórdãos do Tribunal de Contas nº 18/2014, de 24.06.2014; nº 17/2021, de 19.06.2021.

conjunta 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, estão aquelas vinculadas a promover a concorrência, devendo o modelo de avaliação estar balizado por este parâmetro. Nesta linha, a desconsideração de diferenças de preço no modelo de avaliação apresenta-se como incompatível com o objetivo legal do critério de adjudicação²⁸. Mas, mais, sublinhe-se, o modelo de avaliação que observa o princípio da economia é aquele que não só diferencia, mas primordialmente valoriza diferenças de preços para menos, estando obstadas a avaliação que prefira preços mais elevados²⁹.

Atrevemo-nos a dizer que o modelo de avaliação que não efetue uma graduação proporcional das propostas subverte o critério de adjudicação, tal qualmente plasmado no artigo 74.º, n.º 1, do CCP, que se prende com selecionar a proposta mais vantajosa³⁰.

Ora, no que respeita, em particular, ao modelo de avaliação do fator preço, que se expressará, em regra, por fórmula matemática, cabe às Entidades Adjudicantes a fixação de um valor máximo, isto é, o designado preço base, que define a amplitude de performance avaliável. Assim, os concorrentes irão competir até àquele valor, com vista a apresentarem o preço mais baixo e o contrato ser-lhes adjudicado. Dito de outro modo, a partir daquele valor máximo, isto é, do preço base, inexistente concorrência.

Assim, o preço base deve ser estipulado de modo realista, atendendo à conjuntura do mercado em que o procedimento é lançado, para que se fomente a competitividade entre os operadores económicos que concorrem e se encontre a proposta que melhor satisfaça o Interesse Público.

Entendemos, na linha do sobredito, que não basta – não é suficiente para que se cumpra estritamente a lei e o acervo principialista – que a fórmula pontue com diferente pontuação as propostas que apresentem preços diferentes. Antes, a pontuação a atribuir tem de ser feita de acordo com o princípio da concorrência que dita que a variação de pontuação tem de ocorrer de modo proporcional, valorizando as propostas que apresentem preços mais baixos em detrimento daquelas que apresentem preços mais altos.

Em suma, do que se adiantou, esquematicamente temos, no que concerne ao modelo de avaliação do fator preço, a construir pela Entidade Adjudicante, aquele deve:

²⁸ Veja-se a este propósito o acórdão do Tribunal de Contas n.º 27/13, de 05.11.2019.

²⁹ Veja-se a este propósito o acórdão n.º 27/2013- 05.nov-1.ªS/SS.

³⁰ Veja-se a este propósito o acórdão do Tribunal de Contas n.º 21/2019, de 02.07.2019, 1.ª Secção – SS.

- a. Observar o critério de adjudicação fixado, constituindo um desdobramento do mesmo;
- b. Refletir o grau de ponderação atribuído pela Entidade Adjudicante àquele fator;
- c. Estimular a concorrência mediante:
 - i. Atribuição de pontuação diferente consoante o preço da proposta;
 - ii. A pontuação ser atribuída de um modo proporcional;
 - iii. Valorizar as propostas de preço mais baixo em detrimento das propostas de preço mais alto.
- d. Fazer depender a pontuação a atribuir dos concretos atributos das propostas a apresentar, com exceção dos da proposta a avaliar (139.º, n.º 4, do CCP)³¹;

A questão que se coloca ora é, portanto, a de saber, atentas as regras que a elaboração do modelo de avaliação deve observar na generalidade, como se compatibiliza a previsão do mecanismo de adjudicação acima do preço base com aquelas exigências legais. Por outras palavras, pretende-se perceber se é legal a acomodação do mecanismo de adjudicação acima do preço base no próprio modelo avaliativo, atendendo a dois pontos que supra se anteviu: por um lado, tendo em consideração a amplitude de performance avaliável, isto é, o valor máximo a partir do qual inexistente concorrência; por outro lado, a excecionalidade do mecanismo propriamente dito.

De acordo com o entendimento sufragado pelo TCAN no acórdão sobre-dito, não resulta da lei qualquer restrição à acomodação do mecanismo de adjudicação acima do preço base no modelo de avaliação do fator preço. Antes, considerou aquele Tribunal que é perfeitamente compatível com o bloco de legalidade aplicável que as Entidades Adjudicantes incluam, desde logo, esse quantitativo (acima do preço base) na fórmula matemática e, que, portanto, as propostas que se situem acima do preço base possam ser avaliadas pela mesmíssima fórmula matemática que avalia as propostas abaixo do preço base. Ressalvou, no entanto, que a aplicação efetiva do mecanismo depende da verificação dos pressupostos fixados na lei.

A este respeito, aprez-nos dizer, desde logo que, não obstante estar previsto nas peças do procedimento a faculdade de lançar mão do mecanismo

³¹ Esta exigência vem no sentido de observar a regra de que a avaliação deve ser feita tendo por referência o modelo de avaliação e a concreta proposta, e não propostas entre si.

do artigo 70.º, n.º 6, do CCP, cremos que nunca poderia tal faculdade introduzir entropia na fórmula matemática avaliativa.

No nosso entendimento, o bloco de legalidade aplicável permite a acomodação, *ab initio*, do mecanismo de adjudicação acima do preço base no modelo de avaliação do fator preço, como, de resto entendeu o TCAN. No entanto, salvguarde-se que da leitura do preceito normativo vertido no artigo 70.º, n.º 6, do CCP, nem tampouco da interpretação teleológica ou sistemática que se imprime daquele, em momento algum se pode concluir que esta faculdade tem, obrigatoriamente, de estar acomodada no critério de adjudicação ou nos modelos de avaliação fixados, mas somente que o uso dessa prerrogativa tem de estar previsto no programa de concurso. Uma vez mais, alvitra-se que este mecanismo assume feição excecional, pelo que, no caso de o mesmo ser acomodado *ab initio*, devem as Entidades Adjudicantes assegurar-se da excecionalidade do mesmo.

Destarte, e salvo melhor opinião, a acomodação do mecanismo de adjudicação acima do preço base – permitindo à Entidade Adjudicante que avalie propostas acima do preço base – não se confunde com a situação patente no acórdão do TCAN. Isto por que, uma questão é a possibilidade de avaliação daquelas propostas, outra, bem diferente, parece-nos, é a definição de um comportamento da fórmula para os preços abaixo do preço base e um outro comportamento da mesma fórmula para os preços acima do preço base.

Na nossa opinião, é totalmente desprovido de sentido acomodar a possibilidade (excecional) de adjudicação acima do preço base na fórmula, quando aquela tenha impacto na pontuação a atribuir às propostas que sejam apresentadas – como, de resto, se espera – abaixo do preço base.

Recorde-se que, no acórdão em análise, facilmente se vislumbrava – o que, de resto, tampouco foi negado pela Recorrida ou pelo TCAN – que a fórmula se comportava de forma distinta consoante estivessemos perante propostas de preço abaixo do preço base e propostas de preço acima daquele. Mais, não só o comportamento da fórmula era distinto – o que nos leva a concluir que, em bom rigor, estaríamos perante duas fórmulas matemáticas numa só – como, acima do preço base a fórmula permitia graduar as propostas de forma proporcional, fazendo variar a pontuação segundo uma lógica progressiva, o que não sucedia para os preços abaixo do preço base.

No mais, mencione-se que o n.º 6 do artigo 70.º, do CCP, tão-só dispõe que pode o órgão com competência para contratar adjudicar à proposta acima do preço base “*de acordo com o critério de adjudicação*”. Cremos que o que quer significar o legislador tem de ver não com a hipótese de acomodar este mecanismo no próprio critério de adjudicação ou no modelo de avaliação propriamente dito, *in casu*, na fórmula matemática que avalia o fator preço, mas sim, com o modo como a entidade demandada pode adjudicar a uma

proposta acima do preço base, que há de ser mediante a aplicação do critério de adjudicação previamente definido.

Dito isto, no que concerne à aplicação do mecanismo de adjudicação acima do preço teremos o seguinte em sede de Relatório Final, e, portanto após o exercício do direito de audiência prévia dos concorrentes:

1. Identificação das propostas excluídas por violação do preço base;
2. Avaliação daquelas propostas e sua ordenação, de acordo com o critério de adjudicação;
3. Averiguação do respeito pelos limites previstos no artigo 47.º, n.º 4, do CCP;
4. Proposta de adjudicação ao órgão com competência para contratar.

Isto posto, entendemos que a expressão “*de acordo com o critério de adjudicação*” pressupõe que o Júri avalie a proposta do concorrente desconsiderando que a mesma desrespeita o preço base fixado no concurso, isto é, que a avalie talqualmente o faria se o preço fosse abaixo da base.

Por tudo o quanto foi dito, somos do entendimento de que o mecanismo previsto no artigo 70.º, n.º 6, do CCP, influencia, somente, no que respeita à escolha do procedimento e na autorização da despesa, e posteriormente, no momento de análise e avaliação das propostas, mais concretamente, na desconsideração da violação do preço base, não podendo justificar a construção de uma fórmula que se comporte de forma distinta para preços abaixo do preço base e acima do preço base nos moldes como sucedia naqueles autos, isto é, de modo não proporcional para as propostas abaixo do preço base.

IV. CONCLUSÃO

Do que supra se adiantou, facilmente se vislumbra que várias são as questões que a faculdade de adjudicação acima do preço base levanta, designadamente, no que concerne à elaboração do modelo de avaliação do fator preço e a sua concreta aplicação.

Reitera-se que este mecanismo assume caráter de excecionalidade, não devendo, portanto, ser usado como válvula de escape para uma incorreta ou irrealista definição do preço base.

De igual modo, no nosso entendimento, a previsão deste mecanismo não poderá justificar a adoção de modelos de avaliação que subvertam o critério de adjudicação ou que não incentivem a concorrência entre os vários operadores económicos.

A prossecução do Interesse Público pelas Entidades Adjudicantes, constitucionalmente imposta, determina que a elaboração dos modelos de avaliação e o uso de faculdades como a de adjudicação acima do preço base

tenha em vista, invariavelmente, a obtenção da melhor proposta, i.e., da proposta economicamente mais vantajosa, em total respeito e observância do bloco de legalidade aplicável.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, João Amaral e Almeida; SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Temas de Contratação Pública I*, Coimbra Editora, 2011.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Lisboa, 2011.
- ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia; SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021*, AAFDL Editora, Lisboa, 2021.
- GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, 5.^a edição, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2021.
- GUIMARÃES, Rui Mesquita, *“Da adjudicação à celebração do contrato: Reflexões sobre a revisão ao Código dos Contratos Públicos”* in *Revista de Contratos Públicos*, Cedipre, Coimbra, n.º 17, junho, 2018.
- OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de; OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Lisboa, 2016.
- RAIMUNDO, Miguel Assim, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, AAFDL Editora, Lisboa, 2022.
- RODRIGUES. Nuno Cunha, *“A fixação de preço base abaixo do custo de mercado”*, in *Revista de Contratos Públicos*, Cedipre, n.º 24, agosto, 2020.

