



Não transitado em julgado

Acórdão n.º 1/2017-17.JAN-1.S/PL

Recurso n.º RO n.º 12/2016

(reenvio prejudicial)

Processos n.º 051/2016-SRAT

Relator: Conselheiro José Mouraz Lopes

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

I – RELATÓRIO

1. A Secretaria Regional de Saúde dos Açores, veio interpor recurso da Decisão n.º 7/2016 – SRATC, de 26 de setembro, proferida no processo de fiscalização prévia n.º 51/2016, que recusou o visto ao contrato de empreitada de reabilitação e beneficiação do edifício do Centro de Saúde de Velas celebrado entre a Região Autónoma dos Açores, através da Secretaria Regional de Saúde e a Sociedade Afavias – Engenharia e Construções – Açores, S.A., pelo preço de 1 387 000,00 euros, por entender existirem duas ilegalidades, no procedimento concursal, nomeadamente a violação do artigo 40.º, n.ºs 3 e 5, alínea c), do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores e a violação do artigo 465.º do Código dos Contratos Públicos



Tribunal de Contas

2. A recorrente, nas suas alegações, apresentou as conclusões do recurso, sendo que para a questão em apreciação apenas importa atentar nas seguintes:
1. O presente recurso tem por objeto a decisão da Secção Regional do Tribunal de Contas (SRATC) que decidiu recusar o visto ao *contrato de empreitada de reabilitação e beneficiação do edifício do Centro de Saúde das Velas*, celebrado com a sociedade “*Afavia – Engenharia e Construções - Açores, S.A.*”, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, por entender existir **duas ilegalidades**, no procedimento concursal, nomeadamente a violação do artigo 40.º, n.ºs 3 e 5, alínea c), do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores e a violação do artigo 465.º do Código dos Contratos Públicos;
 2. O artigo 40.º do RJCPRAA encontra arrimo nos artigos 58.º e seguintes da citada Diretiva Europeia relativos aos contratos públicos, que aquele diploma regional transpor para o ordenamento jurídico nacional.
 3. Ou seja, não só o artigo 40.º do RJCPRAA está de acordo com o artigo 58.º da diretiva, como o próprio ponto 8.3 do programa do procedimento respeita o disposto no Anexo XII da diretiva referente aos “*meios de prova dos critérios de seleção*” dos operadores económicos
 4. A entidade adjudicante optou por um *critério com base geográfica* (porventura bastante aberto); a SRATC preferia um *critério com base na tipologia da empreitada* (porventura bastante mais restritivo aos operadores económicos).
 5. (...)
 6. A obra em causa é numa **área sensível**, na medida em que implica com construção e reabilitação de uma **unidade de saúde que não pode encerrar**, obrigando a manter-se em funcionamento, o que é primordial, designadamente numa **ilha sem hospital**.
 7. Não é de olvidar que a realização de obras numa realidade geográfica como a da Região possui **particularidades específicas**, e sobretudo nas ilhas mais pequenas, com particulares desafios em termos de **acesso a materiais, aprovisionamentos, subcontratados, recursos humanos, tempos de encomendas e fornecimentos, realidades climáticas**, contingências de solos, entre outros.
 8. Assim, o *interesse público concreto da entidade adjudicante* não está tanto na exigência de experiência anterior no tipo de construção, em termos puramente construtivos, mas antes na capacidade técnica do adjudicatário dar respostas a vicissitudes e como isto cumprir plena e garantidamente com os prazos de execuções de obras na RAA, assegurando-se assim que a perturbação no funcionamento do atual centro de saúde seja a menor e mais curta possível.
 9. O tipo de seleção” em razão de anteriores execuções de contratos **não é uma criação sui generis da entidade adjudicante**: não só é uma *prática comum* em contratação pública, como está expressamente prevista na legislação de contratação pública, quer nacional, quer europeia – vide artigos 164.º e 165.º do CCP e diretivas europeias sobre contratos públicos.
 10. (...)



3. O Ministério Público emitiu parecer onde conclui pela improcedência do recurso.

II – FUNDAMENTAÇÃO

4. A matéria de facto em causa dada como assente, que consta da decisão recorrida e é essencial para se conhecer a questão, é a seguinte:

1.1. Por despacho do Secretário Regional da Saúde, de 08-02-2016, foi autorizada «a contratação, mediante a abertura de um concurso público, para adjudicação da empreitada de reabilitação e beneficiação do edifício do Centro de Saúde das Velas, com preço base de € 1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos mil euros), ao qual acrescerá IVA, à taxa legal, e prazo máximo de execução, de 18 (dezoito) meses», bem como aprovadas as peças do procedimento (programa do concurso e caderno de encargos).

1.2. No programa do concurso prevê-se:

8. Admissão de Concorrentes

8.3. Só podem ser adjudicatários, nos termos do n.º 3 do artigo 40.º do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, entidades que demonstrem em sede de habilitação que:

a) Tenham realizado três (3) empreitadas na Região Autónoma dos Açores de valor unitário superior a € 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil de euros).

25. Documentos de Habilitação

25.1 O Adjudicatário deve apresentar os seguintes documentos de habilitação (...):

(...)

e. Referências comprovadas de contratos executados pelo adjudicatário para preenchimento dos requisitos constantes do ponto 8.3 emitidas pelos respetivos Donos de Obra no(s) procedimento(s) respetivo(s).



Tribunal de Contas

1.3. O concurso público foi publicitado no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, II série, n.º 50, de 11-03-2016.

1.4. Por Resolução do Conselho do Governo n.º 44/2016, de 30-03-2016, foi ratificado o despacho do Secretário Regional da Saúde, de 08-03-2016, que autorizou a abertura do concurso e aprovou as peças do procedimento.

1.5. Apresentaram-se a concurso dois concorrentes.

Concorrente	Preço (€)
1. Afavias, S.A.	1.387.000,0 0
2. Somague Ediçor, S.A.	1.398.000,0 0

1.6. Por Resolução do Conselho do Governo n.º 116/2016, de 07-06-2016, foi adjudicada a empreitada [à empresa Afavias, S.A.]

1.7. (...)

1.8. (...)

Enquadramento jurídico

4. Independentemente do conhecimento de todas as questões suscitadas nas conclusões apresentadas pelo recorrente, numa abordagem sintética, mas absolutamente compreensível da questão em apreciação no presente processo, a decisão *sub judice* recusou o visto prévio ao contrato em causa na medida em que o procedimento concursal adotado determinou que só poderiam ser adjudicatárias as entidades que demonstrassem, em sede de habilitação, ter realizado três empreitadas na Região Autónoma dos Açores de valor unitário superior a € 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil de euros). Essa exigência, segundo a decisão, não respeita o disposto no artigo 40º n.º 3 e 5 alínea c) do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores (RJCPRAA) que estabelece que o programa de procedimentos «*pode exigir*



Tribunal de Contas

outros elementos de habilitação relativos à capacidade económica e financeira e à capacidade técnica e profissional do adjudicatário para executar o contrato» (n.º 3 do artigo 40.º, sendo que «para efeitos da aferição da capacidade técnica e profissional as entidades adjudicantes regionais podem exigir (...) referências comprovadas, relativas a contratos executados pelo adjudicatário no passado, que demonstrem um nível suficiente de experiência adequada à boa execução do contrato» (n.º 5). Ainda segundo a decisão «o fator geográfico (local da realização das obras) não constitui critério apto a demonstrar essa capacidade técnica e profissional do adjudicatário para executar o contrato». Refira-se ainda em termos de síntese, que segundo a decisão a ilegalidade ocorrida é suscetível de restringir a concorrência e nessa medida altera o resultado financeiro do concurso, por via da violação dos princípios da igualdade e concorrência.

5. A recorrente, em termos sintéticos, aceitando que o programa de procedimento estabeleceu um *critério com base geográfica*, [«ter realizado três empreitadas na Região Autónoma dos Açores de valor unitário superior a € 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil de euros)»] refere no entanto que o mesmo está de acordo como o artigo 40.º do RJCPRAA e este encontra arrimo nos artigos 58.º e seguintes da Diretiva Europeia relativos aos contratos públicos, que aquele diploma regional transpôs para o ordenamento jurídico nacional. Mais reafirma que aquele critério utilizado respeita o disposto no Anexo XII da diretiva referente aos “*meios de prova dos critérios de seleção*” dos operadores económicos. Argumentos que repete nas conclusões referidas supra no § 2 deste Acórdão.

6. A questão essencial é assim delimitada à decisão sobre se o critério utilizado pela entidade recorrente no concurso, como critério de admissão, - [«ter realizado três empreitadas na Região Autónoma dos Açores de valor unitário superior a € 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil de euros)»] – é ou não compatível com a legislação aprovada pela Região Autónoma dos Açores através do Decreto legislativo Regional n.º



Tribunal de Contas

27/2015/A referente ao Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores que transpôs a Diretiva 2014/24/EU do Parlamento, de 26 de fevereiro de 2014, relativa os contratos públicos para o ordenamento jurídico regional dos Açores.

7. Como parece claro importa, para dilucidar a questão, atentar numa dimensão normativa ampla que, no caso, compreende o quadro jurídico europeu, nacional e regional, tendo em conta as competências constitucionais em causa na matéria.
8. Está em causa, apenas, a questão concreta da interpretação efetuada por uma entidade pública sobre uma norma da referida legislação [o artigo 40º n.º 3 e 5 alínea c)] com reflexos imediato e diretos na possível restrição concorrencial que pode ou não ter num determinado concurso público, em função da norma habilitante (o artigo 58º n.º 4 da Diretiva citada) e nos demais princípios que vinculam a contratação pública, máxime o princípio da igualdade e concorrência.
9. O Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, que aprovou RJCPRAA entrou em vigor em 01-01-2016 e aplica-se aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a data da sua entrada em vigor (n.º 1 do artigo 100.º).
10. De acordo com o RJCPRAA, na formação dos contratos «são expressamente aplicáveis as regras estatuídas pelo Código dos Contratos Públicos, considerando as especificidades constantes das secções seguintes» (artigo 25.º).
11. O artigo 40.º do RJCPRAA, invocado no programa de concurso, tem a seguinte redação, no que ao caso interessa:

Artigo 40.º

Documentos de habilitação

1 - Nos procedimentos de formação de contratos públicos são expressamente aplicáveis os artigos 81.º a 87.º do Código dos Contratos Públicos, considerando as especificidades dos números seguintes.



Tribunal de Contas

(...)

3 - Para além do referido no número anterior, o convite ou o programa de procedimento podem, ainda, exigir a demonstração de outros elementos de habilitação relativos à capacidade económica e financeira e à capacidade técnica e profissional do adjudicatário para executar o contrato, nos termos do definido nos números seguintes.

(...)

5 - Para efeitos da aferição da capacidade técnica e profissional as entidades adjudicantes regionais podem exigir:

(...)

c) Referências comprovadas, relativas a contratos executados pelo adjudicatário no passado, que demonstrem um nível suficiente de experiência adequada à boa execução do contrato.

- 12.** Por sua vez a norma habilitante do referido artigo 40º, é o artigo 58 n.º 4 da Diretiva, que estabelece o seguinte:

«No que respeita à capacidade técnica e profissional, as autoridades adjudicantes podem impor requisitos de molde a assegurar que os operadores económicos disponham dos recursos humanos e técnicos e da experiência necessários para assegurar um nível de qualidade adequado na execução do contrato.

As autoridades adjudicantes podem exigir, em especial, que os operadores económicos tenham um nível suficiente de experiência, comprovado por referências adequadas de contratos executados no passado.»

- 13.** Não parece existir qualquer dúvida sobre a possibilidade da exigência de requisitos de habilitação referentes à capacidade técnica e profissional do adjudicatário, evidenciados pela experiência demonstrada no passado, nomeadamente que demonstrem a concretização efetiva de contratos que tenham sido outorgados e executados.
- 14.** É exatamente por via dessa experiência passada (envolvendo toda a execução da obra) que pode ser aferida ou não tal capacidade técnica e profissional para executar o contrato em causa.
- 15.** O que já não parece adequado e compatível com o quadro subjacente a todo o procedimento da contratação pública é a imposição de um critério de habilitação de concorrentes que estabeleça uma obrigação de uma entidade possuir experiência nessa matéria apenas num determinado país ou região.



Tribunal de Contas

16. Os requisitos de habilitação reportam-se ao direito de acesso ao procedimento e constituem-se como condicionantes à participação no processo, por quem não possua as habilitações exigidas.
17. A Diretiva 2014/24/UE afirma que «A adjudicação de um contrato deverá realizar-se com base em critérios objetivos que assegurem o respeito dos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento, com vista a assegurar uma comparação objetiva do valor relativo das propostas, a fim de determinar, em condições de concorrência efetiva, a proposta economicamente mais vantajosa» [considerando 90 da Diretiva 2014/24/EU.] o que consagrou expressamente no articulado ao dispor que «os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência» [artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/EU].
18. No quadro normativo nacional, aplicável a todo o território nacional, incluindo as Regiões Autónomas, o Código de Contratos Públicos, no seu artigo 1º n.º 4 estabelece que à «contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência» e no seu artigo 132º n.º 4 que «o programa do concurso pode ainda conter quaisquer regras específicas sobre o procedimento de concurso público consideradas convenientes pela entidade adjudicante, desde que não tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência».
19. Aqui chegados importa constatar que tanto o artigo 40º n.º 3 e 5 alínea c), do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A de 29 de dezembro de 2015, como o artigo 58º n.º 4 da Diretiva n.º 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, não permitem esclarecer se «as referências comprovadas, relativas a contratos executados pelo adjudicatário no passado, que demonstrem um nível suficiente de experiência adequado à boa execução do



Tribunal de Contas

contrato» podem incluir, num determinado procedimento, a imposição de um critério de habilitação geográfico de realização das obras no passado, nomeadamente se as mesmas ocorreram apenas na mesma região autónoma.

20. Qualquer juiz ou Tribunal, no âmbito das suas competências, deve interpretar o direito nacional em conformidade com o direito comunitário.
21. A Diretiva 2014/24/UE, cuja transposição foi efetuada para o ordenamento jurídico regional da Região Autónoma dos Açores, pelo artigo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A de 29 de dezembro de 2015, no que respeita ao seu artigo 58º n.º 4, permite a dúvida sobre se a referida norma, contempla uma interpretação que, face aos princípios que devem subjazer à maior concorrência, num concurso público, nomeadamente de empreitada, podem ser adjudicatárias, por via da imposição de um critério em que apenas as entidades que demonstrem, em sede de habilitação, ter realizado, anteriormente, três empreitadas naquela Região Autónoma, de valor unitário superior a € 750.000,00.
22. A relevância da questão, nomeadamente em termos futuros, e a ausência de jurisprudência sobre a matéria, aconselha este Tribunal, nos termos do artigo 267º do Tratado de Lisboa a suscitar a pergunta ao Tribunal de Justiça da União Europeia com vista a conseguir o princípio da uniformidade da interpretação do direito comunitário.
23. Este Tribunal de Contas, nesta secção, é, nos termos do artigo 214º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e dos artigos 1º, 5º, n.º 1 alínea c) e 96º da Lei n.º 98/97 de 26 de agosto (LOPTC), o órgão jurisdicional nacional, em última instância, com competência para se pronunciar sobre a questão em apreço.



Tribunal de Contas

24. A instância deverá ficar suspensa até à decisão do reenvio (artigos 269º alínea d) do CPC, *ex vi* do artigo 80º da LOPTC).

III – DECISÃO

Pelo exposto, acordam os Juízes da 1.ª Secção, em Plenário, suscitar perante o Tribunal de Justiça da União Europeia a seguinte questão prejudicial:

- a) **O artigo 58/4 n.º 4 da Diretiva n.º 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, deve ser interpretado no sentido de se opôr a uma legislação nacional, tal como a descrita [o artigo 40º n.º 3 e 5 alínea c) do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro de 2015], que, no domínio de um concurso público, permita a imposição como elemento de habilitação, de um critério geográfico que consista na realização anterior de três empreitadas na mesma Região Autónoma?**

Mais decidem suspender a instância até ser proferida decisão pelo Tribunal de Justiça da União Europeia bem como notificar o recorrente e o Ministério Público para, em dez dias, fazerem sugestões que entenderem por pertinentes ao pedido de reenvio.

Lisboa, 17 de janeiro de 2017

Os Juízes Conselheiros,

(José Mouraz Lopes, relator)



Tribunal de Contas

(Helena Abreu Lopes)

(Alberto Fernandes Brás)

Fui presente
a Procuradora-Geral Adjunta

(Manuela Luís)