



# 2019

Processo: 2796/2019

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

## I. Relatório

O presente processo inicia-se com requerimento do Município de Lisboa (ML), relativo a contrato de empreitada de obra pública relativa ao designado «Press – Programa de Reconversão de Edifícios da Segurança Social – Av. Da República n.º 4» no valor de 3.141.493,80 € celebrado, em 21-8-2019, com a empresa CARI – Construtores, SA.

## II. Fundamentação

### II.1 Questões jurídicas fundamentais e contraditório

No caso dos presentes autos, foi, designadamente, dada oportunidade ao requerente para, querendo pronunciar-se sobre:

- (1) A eventual ilegalidade imputada pela autora na ação com o n.º 1596/19.9 BELSB relativa ao procedimento que esteve na base da adjudicação do contrato fiscalizado (instaurada *por Vamaro Construção Civil SA contra o Município de Lisboa e outros* que correu os seus trâmites no Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa) quanto à avaliação da equipa técnica do concorrente para efeitos de adjudicação em face do disposto no art. 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC;
- (2) Relativamente ao fator de avaliação reportado à equipa técnica: (a) A compatibilidade com o regime estabelecido no art. 75.º, n.º 1 e n.º 2, alínea b), do CCP do fator equipa técnica, atento o disposto na Lei n.º 31/2009, de 3 de julho<sup>1</sup>, e os princípios sobre contratação pública de empreitadas; (b) A admissibilidade, no âmbito desse fator, da discriminação fundamentada na natureza do vínculo contratual e sua precariedade, atento ainda o potencial efeito na concorrência desse tratamento diferenciado sem fundamento na capacidade para o objeto do contrato; (c) Relevância dessas eventuais ilegalidades para efeitos do art. 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC.

A entidade fiscalizada, quanto ao primeiro ponto, limitou-se a comprovar a desistência do pedido do autor no processo indicado sem emitir qualquer pronúncia sobre a questão substantiva enunciada, quanto ao segundo ponto veio com particular relevo alegar:

---

<sup>1</sup> Republicada pela Lei n.º 40/2015, de 1 de junho

«O legislador com a nova norma constante da alínea b) do n.º 2 do artigo 75.º do CCP e no n.º 3 do artigo 75.º CCP, ao estabelecer que os fatores (e eventuais subfactores) que densificam o critério de adjudicação não podem dizer respeito a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes "sem prejuízo do disposto na alínea b) do número anterior", parece defender que as qualificações das equipas podem ser suscetíveis de avaliação o que constitui uma exceção à regra geral que proíbe a avaliação de qualidades dos concorrentes. Assim, no caso em apreço, relativamente a este contrato de empreitada, a natureza e complexidade das obras a realizar justificam a escolha, pela Edilidade e ora entidade adjudicante, da avaliação do vínculo contratual da empresa concorrente como um fator e subfactor que densificam o critério de adjudicação.

Com efeito, o tipo de vínculo de trabalho do pessoal encarregado da execução do contrato tem relevância na organização da obra e no modo como a sua execução se irá desenrolar, oferecendo garantias decorrentes do vínculo de trabalho ser efetivo e não precário, que têm um impacto significativo na mesma, e conseqüentemente afetam o valor económico da proposta.

Acresce o entendimento reiterado da jurisprudência europeia quanto à proclamação da ideia de que todos os elementos que se reputem aptos a influenciar a execução dos trabalhos e, nessa medida, a afetar o valor económico de uma proposta, podem constituir fatores de avaliação, não obstante poderem estar em causa qualidades e características do concorrente.»

## II.2 Factos

Relativamente ao quadro factual relevante para apreciar os dois pontos em análise importa destacar os seguintes factos:

1. O procedimento adotado foi o concurso público e a modalidade estabelecida para o critério legal de adjudicação («proposta economicamente mais vantajosa») foi a avaliação da melhor relação qualidade – preço com a seguinte divisão por três fatores de ponderação:
  - a. Preço da proposta: 50%;
  - b. Planeamento e execução da obra: 30%;
  - c. Equipa técnica: 20%.
2. O programa do concurso estabelecia que a avaliação das propostas dos concorrentes, para efeitos do fator “equipa técnica” compreendia a apreciação das fichas curriculares de diretor de obra, encarregado geral e técnico de segurança relevando um número determinado de obras com especificadas características concluídas até 30-7-2018.
3. Relativamente à avaliação do fator equipa técnica, segundo o programa do concurso aplicado pelo júri são, ainda, tratados de forma claramente mais favorável em termos de pontuação os candidatos que revelassem que os membros da equipa técnica tinham contrato de trabalho sem termo com a empresa por confronto com os que não demonstrem essa tipologia de vínculo — por exemplo se demonstrar experiência profissional de 5 a 10 obras (com determinadas características) com o primeiro dos vínculos determina 9 pontos e a mesma experiência sem demonstrar o referido vínculo implica apenas 5 pontos.
4. No quadro do procedimento, depois de ouvida a CARI – Construtores, SA, veio a ser admitida para aquele efeito (ponto 2 *supra*) obra que em face dos elementos disponibilizados não poderia ter sido concluída dentro da baliza temporal referida, circunstância decisiva para esse concorrente no fim ficar classificado em primeiro lugar.
5. A concorrente Vamaro pronunciou-se em sede de audiência prévia e apresentou impugnação administrativa por entender que o 1º relatório final sofria de ilegalidade ao decidir pela

alteração do sentido do relatório preliminar que o colocava em primeiro lugar e que propunha que a adjudicação lhe fosse atribuída.

6. Os fundamentos da ação n.º 1596/19.9 BELSB proposta pela concorrente Vamaro prenderam-se com a avaliação do critério relativo às fichas curriculares do Diretor da Obra e do Encarregado Geral da Obra e com o facto de a ordenação inicial das propostas ter sido alterada no seguimento de uma reclamação do adjudicatário, no sentido de se contabilizar uma obra que inicialmente não havia sido contabilizada — no caso, uma obra com prazo de execução de 180 dias e com a indicação de ter sido iniciada em março de 2018, quando o prazo definido no programa de procedimento para avaliação daquele critério era conclusão no dia 30-7-2018.
7. A entidade fiscalizada defendeu que deu o mesmo tratamento a todos os concorrentes no âmbito da avaliação deste critério, na medida em que considerou todas as obras indicadas apenas com a menção de terem sido concluídas em 2018, argumentando, ainda, que apesar do período de referência ter como termo final 30 de julho de 2018 nenhum concorrente indicou o mês de conclusão das empreitadas mencionadas.
8. No caso da proposta adjudicatária, o júri tinha conhecimento da data de início da obra, ou seja, havia evidência que a mesma não poderia ter terminado até 30 de julho de 2018.
9. A proposta adjudicatária era de valor mais elevado que a proposta do concorrente Vamaro.

### **II.3 Ilegalidades do procedimento contratual e decisão sobre o visto**

Passando a analisar os dois tópicos objeto de contraditório impõe-se destacar que:

Em matéria de Contratação Pública, o princípio da estabilidade objetiva constitui um pressuposto de todo o procedimento de adjudicação e corolário dos princípios da concorrência, igualdade, não discriminação e transparência. Princípio da estabilidade objetiva que é inerente e estruturante do processo de formação dos contratos públicos, vinculando a entidade adjudicante às peças do procedimento que no caso do concurso público são constituídas pelo programa do procedimento e o caderno de encargos (artigo 40.º do CCP). A atuação da entidade adjudicante, ao aceitar obras concluídas para além da data fixada nas peças do procedimento (30.07.2018), para avaliação do fator “Equipa técnica”, não se conformou com os termos estabelecidos no procedimento concursal ( cf. factos 2 e 4 a 9) violando o aludido princípio, o que configura uma ilegalidade suscetível de alterar o resultado financeiro e por essa via, relevante para efeitos do disposto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), e n.º 4 da LOPTC.

Em sede de contratação pública, a verificação da aptidão dos concorrentes e a adjudicação constituem operações distintas sujeitas a normas próprias e diferenciadas. Quanto à suscetibilidade de exigências sobre equipas técnicas no momento da adjudicação existe um cânone europeu exigente em sede de critérios admissíveis revelado nas normas e jurisprudência europeias, podendo referir-se nesse domínio os acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia *Lianakis*, de 24-1-2008 (C-532/06), e *Ambisig*, de 26-3-2015 (C-601/13). Contexto em que a disposição da alínea b) do n.º 2 do artigo 75.º do CCP, conjugado com o artigo 67.º, n.º 2, al. b), da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, quando admite que nos fatores de avaliação das propostas se possa ter em consideração a organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato, implica que a qualidade do pessoal empregue tenha um *impacto significativo no nível de execução do contrato*.

No caso de contratos de empreitadas de obras públicas tem de se atender, ainda, que se reporta a atividade exaustivamente regulamentada pela Lei n.º 31/2009 e pela Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, que estabelecem requisitos particularmente exigentes, nomeadamente, para admissão a concurso de empreitada de obras públicas (fruto de valoração legislativa sobre interesse público nesse domínio que não foi deixada ao critério das entidades adjudicantes). Plano em que primeiro dos diplomas regula a qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis, nomeadamente, na direção de obras públicas, entre outras atividades, estabelecendo a experiência mínima exigível, de acordo com o tipo de obra em causa e, por seu turno, a Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, estabelece o regime jurídico aplicável ao exercício da atividade de construção e, no que ao vínculo laboral diz respeito, o n.º 2 do artigo 10.º, refere que *o número mínimo e qualificações dos técnicos que conferem capacidade técnica às empresas de construção, os quais devem estar ligados às mesmas por vínculo laboral ou de prestação de serviços, são fixados nos anexos I e II da lei.*

No caso concreto, a avaliação da experiência da equipa técnica afeta à obra e a verificação do vínculo laboral dos respetivos elementos, no âmbito de um procedimento concursal para execução de obra pública configurou uma restrição da concorrência sem suporte no princípio da proporcionalidade nem da necessidade, pois não foi demonstrado que os elementos que integram o fator de avaliação em causa derivassem de particularidades dos casos concretos. Por outro lado, não foi demonstrado que as discriminações operadas quanto a esse critério se reportassem a elementos determinantes para a qualidade de execução do específico contrato em causa (que, aliás, se apresenta com um objeto profundamente distinto dos que conformam os contratos referidos nos exemplos padrão indicados na alínea *b*) do n.º 2 do artigo 75.º do CCP.

Acresce que se afigura evidente que a natureza do vínculo contratual existente no momento do procedimento concursal não constitui um elemento relevante para aferir de qualidade e competência técnica dos recursos humanos. E em termos sistemático-teleológicos no ordenamento jurídico nacional, como referimos acima, a Lei n.º 41/2015 optou por não operar qualquer discriminação em função da natureza da relação contratual entre os técnicos e a empresas de construção (admitindo *vínculo laboral ou de prestação de serviços*).

A análise empreendida implica a *ilegalidade* do procedimento concursal que culminou na adjudicação e a violação do princípio da concorrência, em colisão, nomeadamente, com o artigo 1.º-A, n.º 1, do CCP, que o consagra genericamente.

Relativamente à *interpretação conforme* por referência ao artigo 58.º da Diretiva 2014/24/EU (mas que se pode transpor *mutatis mutandis* para o artigo 67.º, n.º 2, al. *b*), da Diretiva) deve reiterar-se algumas das considerações do acórdão n.º 13/2018-10.JUL-1.S/PL<sup>2</sup>: «corolários principais derivados do *princípio do primado*: (1) inaplicabilidade de qualquer regra ou ato de direito interno incompatível com regra ou ato de Direito da União Europeia, anterior ou posterior (efeito ab-rogatório do primado); (2) proibição de os Estados-membros aprovarem regras ou atos contrários ao Direito da União Europeia (efeito bloqueador do primado)» (§ 20 do aludido aresto). Acórdão em que também se sublinhou que a «circunstância de o valor do procedimento concursal ficar abaixo do limiar estabelecido no artigo 4.º, n.º 1, alínea *a*) [no presente caso alínea *c*] da Diretiva [...] não constitui um limite à ponderação do direito da União Europeia pelos tribunais de Estados-membros, os quais são tribunais funcionalmente europeus no exercício da respetiva função jurisdicional no quadro do designado *princípio da autonomia processual*» (§ 22 do acórdão).

---

<sup>2</sup> O qual pode ser consultado em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos.shtm>.

Sendo fundamental sublinhar que a Diretiva 2014/24/UE se enquadra num sistema axiológico europeu conformado pelos princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como dos princípios deles resultantes, incluindo os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência, prosseguindo a finalidade primacial de garantir a abertura dos contratos públicos à concorrência.

Retornando ao acórdão n.º 13/2018-10.JUL-1.S/PL deve atender-se, por fim, a que «a restrição da concorrência por prévia comprovação da capacidade técnica aí prevista encontra-se “sujeita a uma aplicação exigente do critério de proporcionalidade” (Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU competition rules*, Hart, Oxford, 2.º ed., 2015, p. 317) — cânone central no acórdão do TJUE de 14-1-2016 “*Ostas celtnieks*” SIA (proc. C-234/14) no qual, depois de se relembrar a “jurisprudência constante do Tribunal de Justiça” sobre “o direito de qualquer operador económico recorrer, para um contrato determinado, às capacidades de outras entidades, ‘independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas’, desde que prove à entidade adjudicante que o proponente disporá dos meios necessários para a execução desse contrato”, o acórdão concluiu: “o proponente tem a liberdade de escolher, por um lado, a natureza jurídica dos vínculos que pretende estabelecer com outras entidades a cujas capacidades recorre para a execução de um determinado contrato e, por outro, o modo de prova da existência desses vínculos” (§ 28 do acórdão *Ostas*)» — § 28.1 do Acórdão n.º 13/2018-10.JUL-1.S/PL.

A questão jurídica objeto da presente Decisão tem uma dimensão axiológica indissociável das implicações hermenêuticas dos princípios europeus sobre processo concorrencial aberto, em particular, os artigos 107.º, n.º 1, 120.º, e 173.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Desde os primeiros textos fundadores, a União Europeia reclama «uma ação concertada tendo em vista garantir a estabilidade na expansão económica, o equilíbrio nas trocas comerciais e a lealdade na concorrência», paradigma conformador da competência exclusiva da União no «estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno» (artigo 3.º, n.º 1, alínea *b*), do TFUE).

Quadro europeu em que o princípio da concorrência é um dos vetores centrais do programa constitucional da União refletido, nomeadamente, na jurisprudência do TJUE. Contexto que conforma o direito nacional quanto a critérios legais de adjudicação por entidades públicas potencialmente desconformes ao princípio da concorrência, por força do primado do Direito da União Europeia.

A violação do princípio da concorrência deve ser qualificada como ilegalidade prevista na alínea *c*) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), pois, na medida em que *pode alterar o resultado financeiro* do procedimento preenche o segundo requisito dessa norma para efeitos de recusa de visto.

Juízo sobre *alteração potencial do resultado financeiro* que tem de ser precedido de um enquadramento conceptual da conexão entre o desvalor consubstanciado na violação da lei com o resultado financeiro envolvido no processo, o qual não tem de ser de um concreto dano, relativo a um nexos causal entre o específico vício e um resultado, mas reportado a uma compreensão abstrato-concreta do vício na etapa procedimental em que ocorre e da importância desta na celebração do contrato.

Isto é, para valorar a aptidão da ilegalidade se repercutir no resultado financeiro deve ser ponderado o relevo da mesma na fase procedimental em que ocorre e da específica etapa na decisão final, a adjudicação do contrato, não se exigindo a demonstração de umnexo causal entre o vício e um imediato impacto financeiro. Matriz compreensiva que conforma a jurisprudência maioritária do TdC quer quanto à prática de um ato administrativo com custos financeiros, sendo relevado, para efeitos de interpretação e aplicação da alínea *c*) do artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC, a norma ou complexo normativo violado e a sua dimensão axiológica fundamental, em particular quanto a medidas com resultado financeiro (em que a própria decisão com impacto financeiro podia, em abstrato, não ser praticada<sup>3</sup>) e nos casos em que a etapa, apesar de não ser relevante para a existência do momento final que concretiza o impacto financeiro (o qual verificar-se-ia, independentemente dos contornos daquela), se afigura suscetível de poder ser considerada mediatamente relacionada com o concreto resultado financeiro, por exemplo, o valor da adjudicação — daí se falar de uma *aptidão* ou um perigo *abstrato-concreto* de impacto financeiro.

Em síntese, para o aplicador a questão que se coloca é a seguinte: se não ocorresse o vício a decisão final podia ser diferente na respetiva componente económico-financeira (dimensão que não se refere apenas à aprovação do contrato, mas à celebração do contrato por aquele valor)?

Segundo jurisprudência pacífica do TdC, verifica-se o impacto financeiro potencial previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC quando no âmbito de procedimento regulado pelo CCP se violam regras fundamentais sobre o imperativo de um procedimento concorrencial.

A ponderação judicial prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC (sobre se a concreta violação da alínea *c*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC deve determinar a recusa do visto ao contrato) tem uma dimensão holista no sentido em que envolve um juízo sobre dimensões gerais e concretas relevantes (para a situação concreta) e pelos princípios da adequação e proporcionalidade, em particular, graus de lesão do interesse público e da ilegalidade.

A operação de concordância prática exige uma valoração integrada de todas as ilegalidades identificadas de forma articulada com outros fatores relevantes para o juízo sobre a alternativa dicotómica entre a recusa e a concessão de visto ao concreto contrato.

No caso *sub judice*, sem embargo da gravidade das violações de regras (nacionais e europeias) sobre concorrência na contratação pública, a entidade fiscalizada alegou boa-fé e, no âmbito do presente processo, colaborou com o esclarecimento dos factos. Da informação prestada pelo DECOP não resulta que a entidade fiscalizada tenha anteriormente sido objeto de recomendações do Tribunal sobre violações do específico regime legal acima indicado na vertente apreciada acima. Acresce que o efeito potencial da não contratação no caso concreto se pode revelar muito danoso para o interesse público e o efeito preventivo da emissão de Recomendação pode ser uma via mais adequada para conformar a atuação futura da entidade fiscalizada.

Concluindo: o vício acima destacado afigura-se suscetível, em abstrato, de determinar a recusa de visto, contudo, no caso a mesma não vai ser prescrita, optando-se pela emissão de recomendação ao abrigo das disposições conjugadas do artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), e n.º 4, da LOPTC visando um efeito preventivo conformador da atuação futura da entidade requerente.

---

<sup>3</sup> Cf. Acórdãos n.º 17/2015-1.DEZ-1.ªS/SS, n.º 14/2015-5.NOV-1.ªS/SS, n.º 11/2018-21.FEV-1ªS/SS.

### III. Dispositivo

Em face do exposto, decide-se:

1. Visar o contrato e adenda submetidos a fiscalização prévia.
2. Recomendar, ao abrigo do disposto no artigo 44.º, n.º 4, da LOPTC, que a entidade fiscalizada providencie por todas as medidas necessárias para em futuros procedimentos atender ao cumprimento das regras sobre a concorrência indicadas *supra* no ponto II.3 da Decisão (que se dá por reproduzido) quanto ao princípio da estabilidade objetiva do procedimento e valoração da equipa técnica como fator de avaliação das propostas.

\*

Emolumentos: três mil cento e quarenta e um euros e quarenta e nove cêntimos (3.141,49 €) a cargo do adjudicatário.

Comunique-se (DN).

Comunique à 2.ª Secção (DA IX) para os efeitos tidos por convenientes).

Publique-se no sítio eletrónico do Tribunal de Contas no separador relativo a decisões da 1.ª Secção proferidas em sessão diária de visto.

Lisboa, 5 de dezembro de 2019,

---

---