

2020

Processos: 3895/2019  
e 3896/2019

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

## II. Fundamentação

### II.1 Questão jurídica fundamental e contraditório

No caso dos presentes autos, foi, designadamente, dada oportunidade ao requerente para, querendo pronunciar-se sobre o fator de avaliação reportado à equipa técnica em particular quanto às seguintes vertentes: (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) Relevo dessas eventuais ilegalidades para efeitos do 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC.

A entidade fiscalizada veio com particular relevo alegar:

«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 consequentemente 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.»

---

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

A entidade requerente alegou, ainda, que a circunstância de o procedimento dos contratos objeto da presente Decisão ter sido praticamente simultâneo com o que foi objeto do processo n.º 2796/2019 que culminou na Decisão n.º 1007/2019 obstou a que se pudesse atender à recomendação aí proferida sobre a matéria em análise, informando, que a mesma seria acatada em todos os procedimentos «lançados em momento posterior».

## II.2 Ilegalidades do procedimento contratual e decisão sobre o visto

Atendendo ao paralelismo das situações e à manutenção do entendimento adotado na Decisão n.º 1007/2019, de 5-12-2019, vamos retomar a respetiva fundamentação quanto à problemática aí analisada (nesse caso existiam outros problemas de legalidade, nomeadamente, quanto ao o princípio da estabilidade objetiva do procedimento).

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 o primeiro dos diplomas regula a qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis, nomeadamente, na direção de obras públicas, entre outras atividades, estabelecendo a experiência mínima 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 *sub judice*, 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 que o impusessem em concreto. 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 abrogatório 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).

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*)» — § 28.7 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

---

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

«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 nexa 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 um nexa 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.

---

<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.

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 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 tivesse anteriormente ao presente procedimento sido objeto de recomendações do Tribunal sobre violações do específico regime legal acima indicado na vertente apreciada acima (e, como se salienta na respetiva resposta não poderia no presente caso ter atendido à recomendação formulada na Decisão n.º 1007/2019). 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.

### III. Dispositivo

Em face do exposto, decide-se:

1. Visar os contratos 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.2 da Decisão (que se dá por reproduzido) quanto à valoração da equipa técnica como fator de avaliação das propostas.

\*

Emolumentos: dois mil oitocentos e quarenta e três euros e sessenta e dois cêntimos (2.843,62 €) e três mil e noventa e nove euros e setenta e dois cêntimos (3.099,72 €), respetivamente, nos processos n.ºs 3895 e 3896/2019, em ambos, 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 março de 2020,

---

---