



ACÓRDÃO N.º 29 /09 – 29.JUN -1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 5/2009-R

(Processo de fiscalização prévia n.º 1265/2008)

SUMÁRIO

1. De acordo com o regime constante do Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho, pelo contrato de consórcio não é criada qualquer nova pessoa jurídica. Os membros do consórcio também não exercem uma actividade em comum, pois cada um continua a exercer uma actividade própria, embora concertada com as actividades dos outros membros.
2. Uma vez que a actividade realizada não é uma actividade global do consórcio, mas sim uma actividade individual de cada membro, cujos resultados pertencem a quem a exerce, a experiência decorrente da realização dessa obra é considerada como experiência da própria empresa, devendo ser reconhecida no âmbito da sua qualificação técnica.
3. No entanto, um empreiteiro, inserido num consórcio, só se pode prevalecer da experiência adquirida na execução da parte da obra de que individualmente nele se encarregou, não sendo aceitável que retire do consórcio uma vantagem que exceda a sua específica prestação. De outra forma, estaria a beneficiar de uma qualificação técnica por um trabalho que não desenvolveu e que poderia mesmo não poder desenvolver, por não ter a habilitação necessária (alvará).
4. No caso, a experiência invocada, de realização de uma obra em consórcio, só deveria ser reconhecida como conferindo a aptidão necessária se estivesse demonstrado que a sua participação na obra correspondeu ao exigido para efeitos de qualificação: “*execução de, pelo menos, uma obra de idêntica natureza da obra posta a concurso, de valor não inferior a 717.439,00 €*”. Este juízo só poderia ser feito perante o conhecimento de qual a concreta parcela da obra que, no consórcio, coube à empresa executar, em termos de avaliar da sua correspondência com a natureza da obra a concurso (incluindo a amplitude e variedade dos trabalhos) e com o valor exigido.
5. Por força do disposto no artigo 98.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 59/99, a comissão de abertura do concurso deve avaliar a capacidade técnica dos concorrentes tendo em conta os elementos de referência solicitados no anúncio do concurso, com base nos documentos de habilitação indicados nos artigos 67.º e seguintes do mesmo Decreto-Lei.
6. Na fase de habilitação, a comissão de abertura das propostas cinge-se à mera análise formal da candidatura, verificando a simples existência dos documentos de habilitação, donde decorre que as eventuais insuficiências relativas ao conteúdo e valor probatório desses documentos não são aí apreciadas, devendo ser apuradas na fase seguinte de qualificação e, nela, ser sancionadas com a exclusão, se for caso disso.



Tribunal de Contas

7. Os documentos de habilitação, que suportam a análise efectuada na fase de qualificação, devem acompanhar a proposta e ser apresentados no prazo fixado no anúncio de concurso – cfr. artigos 73.º, 82.º e 84.º do Decreto-Lei n.º 59/99.
8. Ora, o documento de habilitação entregue pela empresa não continha o grau de especificação necessário a demonstrar o concreto requisito de qualificação, por não referir qual a parcela da obra que foi realizada pelo concorrente no âmbito do consórcio em que participou. Os elementos complementares que permitiriam eventualmente concluir pela aptidão técnica da concorrente apenas foram entregues por esta empresa em fase de reclamação.
9. O artigo 92.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 59/99 apenas consente que possa ser sanada a preterição de formalidades não essenciais em documentos efectivamente apresentados. O suprimento de omissões documentais ou de omissões no conteúdo dos documentos não podem ser considerados no âmbito daquele preceito, como suprimento de formalidades não essenciais, uma vez que são determinantes do sentido da decisão.
10. Não podia, pois, a comissão de abertura do concurso autorizar a correcção da documentação ou aceitar a junção dos novos elementos na fase de reclamação. Não tendo a concorrente tempestivamente provado ser detentora de um dos requisitos de qualificação, não podia essa comissão tomar outra decisão que não a da sua exclusão do procedimento.
11. Sendo a exclusão da empresa na fase de qualificação dos concorrentes conforme ao disposto no artigo 67.º, n.º 1, alínea n), e 98.º, n.ºs 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, não se verifica a ilegalidade apontada nos pontos III.3 e III.4.4 do Acórdão recorrido, inexistindo o correspondente fundamento para a recusa de visto ao contrato.
12. Subsiste, no caso, a ilegalidade resultante da violação do disposto no artigo 31.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 12/2004, apontada no referido Acórdão e não contestada pelo recorrente.
13. Em relação a essa ilegalidade, consideradas as circunstâncias do caso e o facto de o Município não ter sido destinatário de qualquer recomendação anterior nesta matéria, entende o Tribunal ser oportuno usar da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Lisboa, 29 de Junho de 2009

Relatora: Helena Abreu Lopes



ACÓRDÃO N.º 29 /09 – 29.JUN -1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 5/2009-R (Processo de fiscalização prévia n.º 1265/2008)

I. RELATÓRIO

I.1. Pelo Acórdão n.º 1/09-06.JAN.09-1.ªS/SS, a 1.ª Secção do Tribunal de Contas recusou o visto ao contrato de empreitada celebrado, em 15 de Setembro de 2008, entre o *Município de Carregal do Sal* e a Sociedade “*Urbanop – Urbanização e Obras Públicas, Lda.*” para a “**Reabilitação da rede viária no concelho de Carregal do Sal, as ex - EN 337 e EN 230**”, no valor de € **1.567.842,31**, acrescido de IVA.

I.2. A recusa do visto, proferida ao abrigo da alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)¹, teve por fundamento a violação do disposto nos artigos:

- 31.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, por ter sido exigida aos concorrentes uma habilitação técnica não compatível com esse dispositivo legal;
- 67.º, n.º 1, alínea n), e 98.º, n.ºs 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, pelo facto de, na fase de qualificação, ter sido indevidamente excluída do concurso uma das empresas concorrentes, sobre cuja proposta poderia ter recaído a adjudicação.

I.3. Inconformado com a decisão, veio dela interpor recurso o Município de Carregal do Sal, pedindo a revogação da mesma e a concessão de visto ao contrato ou, em alternativa, a concessão de visto com recomendações, nos termos do artigo 44.º, n.º 4, da LOPTC.

¹ Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto.



Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 2 a 18 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas.

Nessas alegações, o recorrente impugna apenas o fundamento de recusa de visto referido em segundo lugar, invocando, no essencial, que o acto de exclusão da empresa oponente ao concurso foi inteiramente legal, pelo que não se verificaria o pressuposto da decisão.

Em defesa da legalidade do procedimento adoptado, refere-se, nas conclusões formuladas, designadamente o seguinte:

“1ª.) A empresa excluída no concurso não manifestou, ao longo de todo o procedimento concursal, o propósito de se vir a associar a qualquer outra para a execução da obra;

2ª.) A Administração não pode presumir uma associação entre empresas, quando a mesma não consta da proposta, nem é invocada ao longo do procedimento;

3ª.) A qualificação dos concorrentes pela comissão de abertura do concurso é uma competência dessa comissão, que deve ser exercida na sub-fase procedimental da classificação dos concorrentes;

4ª.) O único meio de prova admitido é o documento com força certificativa; sendo concorrente uma empresa que se propõe individualmente executar a obra, a capacidade técnica deve ser individual e pessoalmente investigada em relação a ela pela Administração, em função das obras que executou; tratando-se de obras realizadas em consórcio, a certificação deve abranger as obras que individualmente o concorrente exerceu no agrupamento de empresas;

5ª.) A avaliação da capacidade técnica deve colher todos os seus elementos no documento certificativo. Não se procedendo dessa forma, ofende-se o princípio da legalidade;

6ª.) Quaisquer facturas, contratos ou outros documentos apresentados posteriormente ao termo do prazo para apresentação de propostas não são atendíveis para a qualificação do concorrente, seja porque não constituem certificações, seja porque posteriores ao termo do prazo para a apresentação da proposta, que é peremptório;

7ª.) A atendibilidade de tais documentos - facturas, contratos, ou declarações do próprio proponente - fere, tanto o interesse público na marcha procedimental do concurso com observância do modelo legal, como igualmente os interesses, também legalmente tutelados, de transparência, isenção e imparcialidade da actuação da Administração na condução do concurso, que visam a protecção do tratamento não discriminatório de todos os concorrentes;



8ª.) *A norma do artigo 67.º do DL n.º 59/99, de 2 de Março, meramente dispõe sobre prova dos factos relevantes para a admissão e selecção dos concorrentes, não estabelecendo qualquer excepção quanto à prova da demonstração da capacidade técnica de concorrentes que no passado se associaram a outros na execução doutras obras, e dessa participação pretendem extrair a sua qualificação pessoal;*

9ª.) *Já as normas dos arts. 57.º do mesmo DL n.º 59/99 e do art. 26.º do DL n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, resolvem a questão de fundo da admissibilidade da participação em concurso das empresas que se agrupam em consórcio para tal efeito. Estes preceitos não podem ser convocados para a decisão do caso vertente, uma vez que a concorrente excluída não manifestou a intenção de executar a obra em consórcio;*

10ª.) *Não se mostram violadas, no concurso sujeito a visto, as disposições dos arts. 57.º do DL n.º 59/99, de 2 de Março, nem dos arts. 98.º, n.º 1 e 3, do mesmo diploma, que foram fundamento da recusa;*

11ª.) *Uma hipotética admissão do concorrente excluído, quando se não mostrou individualmente habilitado e não declarou a intenção de vir a concorrer em consórcio faria a Administração arriscar o agravamento da despesa implicada pela execução do contrato, pelo risco de incumprimento ou atraso na execução da obra, que o contratante público deve prevenir;*

12º.) *A prova da capacidade técnica está, no regime do DL n.º 59/99, sujeita ao princípio da prova legal; só se alcança por um documento certificativo, previsto no art. 67.º do DL n.º 59/99, e no limite das declarações que dele constarem;*

13ª.) *À interpretação do documento que incorpora a certificação da boa execução de obras anteriores da mesma natureza da obra posta a concurso, que é um acto jurídico, tornado necessário para avaliação da sua capacidade técnica, é aplicável, por analogia, nos termos do art. 295.º do Código Civil, o princípio geral do Direito, enunciado no artigo 238.º do mesmo Código, válido em todos os ramos do Direito. Segundo esse princípio, uma declaração escrita não pode valer com um sentido que não tenha o mínimo de correspondência no texto, ainda que imperfeitamente expresso.*

14º.) *À interpretação desse documento certificativo é igualmente aplicável, enquanto princípio geral do Direito, válido em todos os ramos do ordenamento jurídico, o princípio enunciado nos arts. 362.º e 371.º do Cód. Civil. Segundo este princípio, os certificados de boa execução de obras anteriores da mesma natureza da obra posta a concurso, apenas fazem fé pública nos limites das declarações que deles constarem, com base nas percepções da entidade documentadora – no caso, a dona da*



obra anteriormente executada. Não podendo a Administração presumir factos diferentes daqueles que estão atestados pelo certificado.

15ª.) O princípio da legalidade administrativa, na aceção de reserva de lei, repele, sancionando com a ilegalidade, a qualificação de um concorrente que, numa interpretação sistemática e teleológica das leis aplicáveis - em concreto, do DL n.º 59/99, de 2 de Março - não comprovou a boa execução de obras anteriores da mesma natureza;

16ª.) Sobre cada proponente recai o ónus procedimental de comprovar os requisitos da sua candidatura; na falta de documento idóneo, ou na dúvida sobre a idoneidade do concorrente a respeito de um requisito de que depende a sua admissão a concurso, deve o mesmo ser excluído. A qualificação técnica, sendo um facto constitutivo do direito de ser admitido a concurso, deve ser provada pelo concorrente que dela deve aproveitar;”

I.4. A fls. 62 e seguintes foi junto aos autos documento remetido posteriormente pelo recorrente, em que, no essencial, se repetem os argumentos já aduzidos na petição de recurso e se reforçam razões para que o Tribunal, a persistir no entendimento de que se verificou uma ilegalidade, opte por conceder o visto com recomendações.

I.5. Em favor da pretensão de que o Tribunal (a persistir no entendimento de que se verificou uma ilegalidade) conceda o visto com recomendações, nos termos do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, o recorrente alega que:

- A eventual ilegalidade cometida situa-se numa zona em que não existe nem doutrina nem jurisprudência ainda consolidadas;
- A ilegalidade, a existir, resulta de uma interpretação prudente e cautelosa dos preceitos legais, evitando a possibilidade de os demais concorrentes virem a impugnar triunfantemente a decisão de adjudicação e a de vir a ser condenada nos Tribunais Administrativos a satisfazer indemnizações;
- As normas supostamente violadas comportam a interpretação feita pelo recorrente, verificando-se apenas uma discordância do Tribunal de Contas relativamente a essa interpretação;
- Todos os órgãos que intervieram no procedimento o conduziram com escrupulosa submissão à lei e trataram todos os proponentes com isenção e transparência;
- Se alguma falta lhe puder ser apontada, a mesma circunscreve-se ao excesso de zelo revelado na aplicação da lei;



Tribunal de Contas

- Decorrido o prazo de execução de 90 dias, a realização da obra está consumada, com a inerente obrigação de pagar à sociedade empreiteira o preço da obra;
- A condição financeira do Município recorrente é débil e a recusa do visto prejudica o benefício da comparticipação da mesma em 55%, frustrando as expectativas de financiamento da obra e prejudicando a exequibilidade de outros projectos cujos procedimentos já estão em curso;
- O Município não praticou anteriormente actos ou contratos que tivessem sido censurados com a recusa de visto ou com o visto com recomendações;
- O resultado financeiro que se obteria com a adjudicação à concorrente excluída seria presumivelmente uma economia de 5,7% relativamente ao valor do contrato;
- A concessão de visto com recomendações tem expressão na tradição jurisprudencial do Tribunal de Contas em relação a ilegalidades de expressão similar (Vd. Acórdãos n.ºs 32/2002 e 20/2005).

I.6. O Procurador-Geral Adjunto junto do Tribunal de Contas emitiu parecer no sentido da improcedência do recurso, por entender que foi indevidamente excluído um concorrente que fez suficiente demonstração da sua “aptidão técnica”.

Este magistrado, na sua pronúncia, a fls. 41 e seguintes, defendeu que o que está em causa é a suficiência do documento exibido para demonstrar a aptidão técnica do concorrente, devendo a avaliação do dono da obra ser “inclusiva”, atendendo à circunstância de o concorrente ter integrado o consórcio que havia executado a obra, no qual detinha 90% de participação.

Mais defendeu a manutenção da recusa do visto ao contrato, e a sua não substituição pela concessão de visto com recomendação, por da ilegalidade ter resultado um agravamento expressivo no resultado financeiro do contrato.

I.7. Corridos os demais vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

I.8. As questões a resolver são as seguintes:

- **Se ocorreu, ou não, ilegalidade no acto de exclusão do procedimento da empresa “ASFABEIRA, Lda.”, na fase de qualificação;**



- Se, a existir, a verificação dessa ilegalidade deve conduzir, no caso, à recusa do visto ao contrato ou à concessão de visto com recomendações, ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC;
- Se, a não existir, se verificam outros fundamentos para a recusa de visto ao contrato.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1. DOS FACTOS

A factualidade relevante, identificada nas alíneas A) a L) do ponto II do Acórdão recorrido, não foi objecto de qualquer contestação pela recorrente.

Assim, dá-se a mesma aqui como integralmente confirmada e reproduzida.

A ela acrescem os detalhes constantes dos documentos constantes do processo, a que nos referiremos nos pontos seguintes, em especial no ponto II.2.b).

II.2. DA EXCLUSÃO DO CONCORRENTE “ASFABEIRA, Lda.” NA FASE DE QUALIFICAÇÃO

a) Requisitos de qualificação técnica dos concorrentes

O contrato em análise foi precedido da realização de concurso público, regido pelo disposto no Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março².

A tramitação do concurso público naquele diploma legal inclui uma fase de habilitação dos concorrentes e uma outra fase subsequente de avaliação da sua capacidade financeira, económica e técnica - cfr. artigos 92.º e 98.º do Decreto-Lei n.º 59/99.

Na fase de “*habilitação*” devem ser excluídos os concorrentes que, designadamente, não apresentem os documentos de habilitação de apresentação obrigatória, que apresentem qualquer deles depois do termo do prazo fixado para a apresentação das propostas ou cujos documentos de habilitação careçam de elementos essenciais (cfr. n.º 2 do artigo 92.º).

² Cfr. alínea A) do ponto II do Acórdão recorrido e artigo 16.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.



A segunda fase, denominada “*Qualificação dos concorrentes*”, é destinada a avaliar a aptidão dos concorrentes admitidos para a execução da obra posta a concurso.

Tratando-se de uma fase de avaliação, ela traduz-se, no entanto, não num juízo de valoração gradativa mas, antes, num juízo de “sim ou não”, em que uma conclusão negativa determina a exclusão dos concorrentes.

Por força da lei (artigo 98.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 59/99), a comissão de abertura do concurso deve avaliar essa capacidade tendo em conta os elementos de referência solicitados no anúncio do concurso, com base nos documentos indicados nos artigos 67.º e seguintes do mesmo Decreto-Lei.

Ora, os documentos indicados nos artigos 67.º e seguintes são, precisamente, os “*documentos de habilitação*”, cuja apresentação foi confirmada na fase de habilitação e cuja falta foi sancionada com a exclusão do procedimento, nos termos do artigo 92.º, n.º 2, alínea a).

O Programa do Concurso que precedeu a empreitada em causa³ exigia, para efeitos da avaliação da capacidade técnica dos concorrentes, a realizar nos termos do referido artigo 98.º, que todos eles apresentassem, como *documento de habilitação*, uma “*Lista das obras executadas da mesma natureza da que é posta a concurso, acompanhada de certificados de boa execução relativos às obras mais importantes; os certificados devem referir o montante, data e local de execução das obras e se as mesmas foram executadas de acordo com as regras da arte e regularmente concluídas*” – cfr. pontos 15.1, alínea f), e 15.7 do Programa do Concurso e artigos 67.º, n.º 1, alínea n), e 69.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 59/99.

E no ponto 19.4 do Programa de Concurso estabeleceu-se: “*Na avaliação da capacidade técnica dos concorrentes para a execução da obra posta a concurso, deverão ser adoptados os seguintes critérios:*

a) *Comprovação da execução de, pelo menos, uma obra de idêntica natureza da obra posta a concurso, de valor não inferior a 717.439,00 € (...)*”

À comissão de abertura do concurso cabia, assim, assegurar a verificação da capacidade dos concorrentes, de acordo com os critérios e documentos referidos, admitindo os que considerasse aptos e excluindo aqueles “*que não demonstrassem aptidão para a execução da obra posta a concurso*” (cfr. n.ºs 3 e 5 do citado artigo 98.º do Decreto-Lei n.º 59/99).

A decisão a tomar nesta fase do concurso devia, pois, por um lado, orientar-se para avaliar se cada *concorrente* demonstrava aptidão para a execução da obra,

³ Cfr. Programa de Concurso, no Volume II do processo de 1.ª instância.



Tribunal de Contas

sendo que, no caso, isso implicava a comprovação de que *esse concorrente* já havia executado uma obra de idêntica natureza da obra concursada, no valor especificado.

Mas, por outro lado, a avaliação a fazer pressupunha que o correspondente documento “*de habilitação*” entregue pelo candidato fosse adequado a demonstrar a satisfação das exigências “*de qualificação*” feitas.

É certo que, como refere o Senhor Procurador-Geral Adjunto no seu parecer, a decisão sobre a *habilitação* dos concorrentes, ou seja, sobre a respectiva admissão ao procedimento, já havia sido tomada numa fase anterior, regulada pelo artigo 92.º do Decreto-Lei n.º 59/99.

No entanto, é também claro que, nessa fase, a comissão de abertura das propostas se cinge à mera análise formal da candidatura⁴, verificando a simples existência dos *documentos de habilitação*, donde decorre que as eventuais insuficiências relativas ao conteúdo e valor probatório desses documentos não são aí apreciadas, devendo ser apuradas na fase seguinte de *qualificação* e, nela, ser sancionadas com a exclusão, se for caso disso.

Conforme se afirma no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 30 de Julho de 2003, proferido no processo n.º 01275/03, na fase de qualificação pode ser excluído um concorrente admitido na anterior fase de habilitação, se se verificar que a respectiva candidatura não preenche um requisito exigido no programa de concurso.

Assim, na fase de *qualificação* dos concorrentes, prevista no artigo 98.º, a comissão deve excluir os candidatos cujos documentos de *habilitação* apresentados não demonstrem que os mesmos detêm os requisitos mínimos de qualificação exigidos no programa de concurso.

Estando em causa a apreciação do conteúdo dos documentos “*de habilitação*”, devem ser, também nesta fase, aplicadas as regras definidas, para os mesmos, no artigo 92.º: o ónus da sua apresentação impende sobre o concorrente e não podem ser aceites documentos a que faltem elementos essenciais ou que sejam apresentados depois do termo do prazo fixado para a apresentação de propostas.

Quando os documentos não demonstrem a posse dos requisitos de qualificação devem os concorrentes ser excluídos.

⁴ Cfr. designadamente, Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 22 de Maio de 2003, no processo n.º 0808/03, de 30 de Julho de 2003, no processo n.º 01275/03, e de 16 de Abril de 1997, no processo n.º 032239.



b) Fundamentos da exclusão do concorrente “ASFABEIRA, Lda.” na fase de qualificação

Como se referiu na alínea H) do probatório constante do Acórdão recorrido, apresentaram-se ao concurso 7 concorrentes, tendo sido excluído um deles na fase de qualificação dos concorrentes.

A empresa “*ASFABEIRA-Sociedade de Asfaltagem e Britagem das Beiras, Limitada*” foi excluída nesta fase, nas circunstâncias que se descrevem seguidamente.

Para efeitos do referido na alínea anterior, esta empresa entregou uma declaração emitida pelo Presidente do Município de Vouzela, onde se referia⁵:

“(...) declara que esta Câmara Municipal adjudicou a empreitada “Rectificação da E.M. 620 (Campia-Vales) ao consórcio “Asfabeira-C.A. em consórcio”, constituído pelas empresas “Asfabeira – Sociedade de Asfaltagem e Britagem das Beiras, Lda. e C.A. – Construtora do Alva, S.A., evidenciando os seguintes elementos (...) O consórcio acima indicado executou a obra em conformidade com a regulamentação em vigor, mostrando boa competência e capacidade técnica.”

A comissão de abertura do concurso, em 23 de Julho de 2008, solicitou um parecer jurídico nos seguintes termos⁶:

“Estando a decorrer a fase de qualificação dos concorrentes referentes à empreitada acima referida venho por este meio solicitar a V. Ex.^a que se digne dar parecer perante a exposição de seguida apresentada:

A firma ASFABEIRA LDA apresentou um único certificado de boa execução emitido pelo dono de obra, cujo valor de obra realizada é superior àquele que está definido no Programa de Concurso (717.439,00 € - ponto 19.4 alínea a)). No entanto, o certificado apresentado diz respeito a um consórcio (ASFABEIRA LDA/C.A. CONSTRUTORA DO ALVA) e, como tal, poderá ou não reflectir a verdadeira capacidade técnica da firma ASFABEIRA LDA tendo em conta o preceituado no Programa de Concurso. Perante estes factos qual a posição a adoptar pela comissão de abertura? Deve a firma ASFABEIRA LDA ser excluída?”

Em 25 de Julho de 2008, o jurista a quem o pedido tinha sido dirigido emitiu o seguinte parecer:

⁵ Cfr. fls. 3 dos autos.

⁶ Cfr. fls. 20 do processo de 1.ª instância.



“ O certificado de obra de boa execução apresentado pela firma ASFABEIRA LDA relativo à empreitada “Rectificação da E.M. 620 (Campia-Vales)” reflecte que esta obra foi realizada em consórcio com a firma C.A. – Construtora do Alva, S.A. Assim, tal certificado não reflecte, nem pode reflectir, a verdadeira capacidade técnica (capacidade de realizar obra de igual valor ou superior ao exigido) da concorrente ASFABEIRA LDA já que abona um consórcio e não em concreto a empresa concorrente, indo em consequência ao arripio do preceituado no Programa de Concurso.

Desta arte, afigura-se que o certificado em causa não deve ser considerado e, se depender dele a admissão da concorrente, esta deverá ser excluída.”

Na mesma data, e reproduzindo o teor deste parecer, a Comissão deliberou considerar a empresa em causa como não apta, em termos de capacidade técnica, e excluí-la, por isso, do concurso.

A empresa apresentou reclamação desta decisão em 7 de Agosto de 2008, juntando a essa reclamação cópia do contrato de consórcio, que estabelecia que era responsável por 90% do valor dos trabalhos da correspondente empreitada. Juntou, ainda, na mesma data, cópia da facturação emitida que, sendo toda ela em nome da ASFABEIRA, LDA, comprova, no seu entender, que os trabalhos da empreitada em causa foram por ela executados na sua totalidade. Concluía a reclamante que ficava, assim, demonstrado que o certificado apresentado reflectia a verdadeira capacidade técnica da empresa⁷.

A decisão de exclusão foi mantida por deliberação de 21 de Agosto, referindo-se, designadamente, que, para além de dos documentos então juntos pela reclamante não resultar necessariamente que foi ela a única responsável pela execução dos trabalhos, a sua junção foi extemporânea, não podendo, em consequência, os mesmos ser considerados⁸.

Esta posição foi confirmada pelo Presidente da Câmara, em 11 de Setembro de 2008, decidindo o recurso entretanto interposto pela mesma empresa⁹.

A autarquia informou não ter notícia de que a empresa tenha impugnado contenciosamente o acto¹⁰.

A fls. 129 do processo de 1.ª instância constam esclarecimentos prestados pelo Município, reiterando a posição tomada:

⁷ Cfr. documentos a fls. 32 e seguintes do processo de 1.ª instância.

⁸ Cfr. documento a fls. 44 e 45 do processo de 1.ª instância.

⁹ Cfr. documentos a fls. 57 e seguintes do processo de 1.ª instância.

¹⁰ Cfr. documento a fls. 88 do processo de 1.ª instância.



“(...) a Comissão entendeu que o certificado apresentado não traduzia a valia técnica da Sociedade Asfabeira, Lda., pois do mesmo não decorria que, ela própria e só ela, executou de forma idónea, uma obra de pavimentação de valor não inferior a 717 439,00 €.

Tal certificado abonava, pois, um consórcio e não tal concorrente, não tendo esta demonstrado a aptidão específica exigida para a execução da obra posta a concurso, sendo certo que nada obstava a que tal consórcio concorresse à obra em causa.

Deveriam, isso sim, as empresas do consórcio ter solicitado, no termo da obra, declarações individualizadas referentes aos trabalhos efectivamente feitos, por cada uma delas, respeitando as boas regras de execução e as demais condições técnicas e, só assim, estas declarações poderiam certificar em concreto (e não em abstracto), a valia técnica de cada um dos empreiteiros. (...)”

c) Do alegado em recurso.

Em sede de recurso, o recorrente sustenta o mesmo entendimento.

Refere-se, designadamente, nas suas alegações:

“ (...) Do documento junto com a proposta resulta apenas: a realização de obra de natureza considerada idêntica à da obra posta a concurso pelo consórcio “Asfabeira-C.A. em consórcio”; e a certificação da sua boa execução em relação ao próprio consórcio.

(...) A experiência revela-nos que as empresas vinculadas entre si por consórcios podem convencionar entre si a escolha daquele que factura segundo as suas conveniências, seja de financiamento momentâneo, seja de gestão fiscal. E, como qualquer outro contrato, o contrato inicial de consórcio pode ser modificado. Por isso, a empresa que demonstra ter feito em certa obra maior facturação, ou que, segundo o contrato de consórcio, assumiria a maior parte dos trabalhos, pode, realmente, não ter executado, por si própria, todos os trabalhos facturados. E, mesmo que os tenha realizado, a sua participação no consórcio não ter sido decisiva para a boa execução da obra. Uma pequena participação da outra empresa consorciada pode ter sido decisiva, pelos mais diversos motivos, para que aquela obra em concreto tivesse sido realizada: ou porque detinha um concreto equipamento indispensável à realização da obra; ou porque dispunha do contributo de uma pessoa especialmente habilitada a dirigi-la ou a coordenar a sua execução; ou porque ela só dispôs de



crédito junto das instituições de crédito ou dos fornecedores que permitiu a realização atempada dos trabalhos; ou porque só ela tem a experiência adquirida para realizar determinado tipo de trabalhos, mesmo que de menor valia financeira, previstos no caderno de encargos, etc.

Acresce que sustentar que um certificado comprovativo de execução de uma empreitada por um consórcio, seja ele composto por mais ou menos membros, certifica todos os consorciados individualmente, tal seria necessariamente potenciador de incertezas, quanto à valia técnica destes; pondo, em consequência, em risco a prossecução do interesse público; além de, numa outra vertente, subverter os princípios concursais, mormente os da imparcialidade e da igualdade, que devem nortear o procedimento.

(...)

Acresce que, no entender da recorrente, a lei é terminante, no sentido de exigir a certificação de boa execução abonatória do concreto concorrente. Não existindo disposição específica que declare que os membros de um consórcio podem invocar, como forma de certificação da sua capacidade técnica a participação num consórcio, a favor da qual existe abonação de boa execução de uma obra anterior da mesma natureza.

O DL n.º 59/99, de 2 de Março, prevê a participação de uma empresa em consórcio na proposta e adjudicação de obras públicas, mas em nenhum lugar prevê que a certificação abonatória de um consórcio em obra anterior aproveite individualmente a um dos seus membros que concorram isoladamente.

Qualquer solução deste tipo teria que ter pressuposto e fundamento directo na lei.”

d) Entendimento perfilhado no Acórdão recorrido.

No Acórdão recorrido entendeu-se de outra forma.

Referiu-se neste Acórdão que:

“(...) as alíneas m) e n) do n.º 1 do artigo 67.º do DL n.º 59/99, de 2 de Março, não fazem qualquer distinção entre obras executadas apenas pelo concorrente, e obras executadas pelo mesmo concorrente, em consórcio com outra(s) empresa(s).

Por outro lado, o ponto 19.4 do Programa de Concurso Tipo, aprovado pela Portaria n.º 104/2001, de 21 de Fevereiro, apenas



exige, no âmbito da avaliação da capacidade técnica dos concorrentes, - e no que aqui importa observar – a “comprovação da execução de, pelo menos, uma obra de idêntica natureza da obra posta a concurso, de valor não inferior a...(indicar um valor não superior a 60% do valor estimado do contrato)”.

Também não distingue esta norma se a obra, a comprovar, deveria ter sido executada por um concorrente, individualmente, ou executada por um concorrente, em consórcio com outra empresa.

De modo que, ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemos.

Aliás, a execução de uma obra, por um agrupamento formado por duas empresas, até poderá acarretar, para cada uma delas, melhores conhecimentos técnicos e experiência, pela optimização obtida através da cooperação conjunta e complementar dessas empresas, na execução dessa obra.

De resto, a não ser assim, estar-se-ia perante a inutilidade prática da realização, pelos concorrentes, de quaisquer obras ao abrigo do disposto no artigo 26.º, n.º 1, do DL n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, e do artigo 57.º do DL n.º 59/99, de 2 de Março, para efeitos de aferição do requisito de capacidade técnica referido na alínea a) do ponto 19.4 do Programa de Concurso Tipo, aprovado pela Portaria n.º 104/2001, de 21 de Fevereiro, situação que não é, de todo, aceitável.”

e) Caracterização das prestações asseguradas em consórcio.

Afigura-se-nos claro que o que está em causa é aferir da capacidade técnica do *concreto concorrente* que se apresentou a concurso, o qual tem de comprovar que executou uma obra de idêntica natureza da obra em causa.

O primeiro aspecto a dilucidar é, então, o de saber se quando uma obra é executada por um consórcio, a sua realização é imputada a esse consórcio ou às empresas que nele participam.

O contrato de consórcio foi criado, no ordenamento jurídico português, pelo Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho, ainda vigente.

Nos termos dos artigos 1.º e 2.º deste diploma, o consórcio é o contrato pelo qual duas ou mais pessoas, singulares ou colectivas, que exercem uma actividade económica, se obrigam entre si a, de forma concertada, realizar certa actividade ou efectuar certa contribuição com vista a:

- a) Realizar actos, materiais ou jurídicos, preparatórios quer de um determinado empreendimento, quer de uma actividade contínua;



- b) Executar determinado empreendimento;
- c) Fornecer a terceiros bens, iguais ou complementares entre si, produzidos por cada um dos membros do consórcio;
- d) Pesquisar ou explorar recursos naturais;
- e) Produzir bens que possam ser repartidos, em espécie, entre os membros do consórcio.

Decorre desta definição e do restante regime constante do diploma, que estamos perante uma forma de cooperação entre empresas, que se unem para prosseguir um fim comum.

A doutrina e a jurisprudência são unânimes no sentido de afirmar que, pelo consórcio, não é criada qualquer nova pessoa jurídica¹¹.

Refere-se, a este respeito, no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 6 de Agosto de 2003, proferido no processo n.º 1367/03:

“ O contrato de consórcio é um mero instrumento contratual, um negócio jurídico típico e nominado, pelo qual se instituem formas de exercício individual, embora concertado, de actividades, que nunca chegam a dar lugar à instituição de uma entidade autónoma de direito ou de facto que sirva de base ou substracto a um centro autonomizado de imputação de direitos e obrigações no comércio jurídico.”

Como também se refere nos preâmbulos do referido Decreto-Lei n.º 231/81 e no do Decreto-Lei n.º 3/97, de 8 de Janeiro¹², os membros do consórcio não exercem uma actividade em comum, pois cada um continua a exercer uma actividade própria, embora concertada com as actividades dos outros membros. Essa concertação, favorecendo a prossecução coordenada de um objectivo comum, não funde as actividades respectivas, que continuam a ser realizadas de forma individual, sem edificação de qualquer substracto patrimonial comum ou ente personalizado.

¹¹ Vd. Raul Ventura, *Primeiras Notas sobre o Contrato de Consórcio*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 41, III, Manuel António Pita, *Contrato de Consórcio*, Revista de Direito e Estudos Sociais, XXX, n.º 2, Edgar Valles, *Consórcio, ACE e outras figuras*, Almedina, 2007, Oliveira Ascensão, *Direito Comercial, I*, Sousa de Vasconcelos, *O Contrato de Consórcio no Âmbito dos Contratos de Cooperação entre Empresas*, Coimbra, 1999, Luís de Lima Pinheiro, *Breves Considerações sobre a Responsabilidade dos Consorciados Perante Terceiros*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura, FDUL, 2003, e Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 6 de Novembro de 2002 (no processo n.º 1394/02), de 6 de Agosto de 2003 (no processo n.º 1367/03), de 2 de Março de 2004 (no processo n.º 54/04), e de 8 de Junho de 2004 (no processo n.º 489/04)

¹² Relativo ao respectivo regime fiscal.



Tribunal de Contas

Nas palavras de Luís de Lima Pinheiro, na obra indicada na nota 11, “*o fim comum é prosseguido por cada consorciado mediante a realização de prestações individuais coordenadas entre si*”.

No artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 231/81 refere-se claramente que as actividades são fornecidas a terceiros *directamente por cada um dos membros do consórcio*.

Por isso, como afirma Raul Ventura, na obra citada na nota 11: “*a actividade cuja realização o artigo 1.º prevê como objecto das obrigações de cada membro do consórcio não é uma actividade global do consórcio, mas sim uma actividade individual de cada membro*”.

Mais refere o mesmo autor: “*Os resultados da actividade própria pertencem a quem a exerce; a colaboração a que todos se obrigam, a forma concertada de exercício das actividades, destina-se a favorecer as actividades de cada um, não a fundi-las*” e “*os resultados das actividades individuais incidem directamente na esfera de cada contraente*”.

No mesmo sentido vai Manuel António Pita: “*O legislador quis apresentar um modelo de grupo onde as empresas se encontram para regular a coordenação de aspectos da sua actividade individual, não abdicando da sua independência económica ou jurídica, nem transferindo funções para o grupo*”, “*o grupo não aparece face a terceiros como uma individualidade distinta dos seus membros*”.

São, pois, as empresas membros do consórcio que, *individualmente*, realizam a parcela da obra que lhes cabe.

Em consequência, não assiste, pois, razão ao recorrente quando afirma que a certificação de boa realização da uma obra “*abona*” o consórcio e não os seus membros, uma vez que, como acabámos de ver, inexistindo no consórcio qualquer actividade comum, a obra é realizada no âmbito da actividade própria das empresas que o constituem.

Deve, pois, coerentemente, a experiência decorrente da realização dessa obra ser considerada como experiência das próprias empresas, devendo ser reconhecida no âmbito da respectiva qualificação técnica.

O recorrente não tem, também, razão quando invoca que “*nada obstava a que tal consórcio concorresse à obra em causa*”, uma vez que, nos termos do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 231/81, o consórcio se extingue pela realização do seu objecto, sendo frequente que os consórcios constituídos para a realização de obras públicas se limitem a uma obra em concreto, como, de resto, sucedeu no caso¹³.

¹³ Cfr. cópia do contrato de consórcio, a fls. 35 e seguintes do processo de 1.ª instância.



f) Da medida da qualificação técnica obtida numa obra executada em consórcio.

Assente que uma empresa integrante de um consórcio que realizou uma determinada obra pública se pode e deve prevalecer dessa experiência como própria, importa resolver a questão seguinte: pode invocar essa experiência *na sua totalidade*?

Embora seja comum que os programas de concurso ou cadernos de encargos prevejam que, em caso de adjudicação, a associação de concorrentes se processe em modalidade de consórcio externo e em regime de responsabilidade solidária, essa exigência não resulta da lei nem do Programa de Concurso Tipo, aprovado pela Portaria n.º 104/2001, de 21 de Fevereiro, que, no ponto 9.3 deixa essa questão em aberto. Neste diploma refere-se que são admissíveis quaisquer formas de associação reguladas pelo quadro legal vigente.

Optando-se pela modalidade de consórcio, o regime das obrigações contraídas entre os membros do consórcio e o dono da obra é estabelecido no contrato de empreitada e o regime das obrigações estabelecidas entre os membros do consórcio é fixado no contrato de consórcio.

Nos termos dos artigos 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 231/81, o contrato de consórcio está apenas sujeito a forma escrita e os seus termos e condições são livremente estabelecidos pelas partes, sendo também modificáveis nos termos do artigo 6.º.

Os artigos 12.º e seguintes prevêm que o contrato de consórcio estipule a repartição das obrigações, responsabilidades e valores recebidos pela actividade.

Ora, a concreta repartição das prestações convencionadas, e dos direitos e obrigações com elas relacionados, pode ser muito diferenciada: por exemplo, no caso concreto do consórcio em apreço, uma das empresas era responsável por 90% dos trabalhos e a outra por 10%¹⁴.

A determinação destas prestações condiciona, de resto, as habilitações técnicas exigidas: o artigo 26.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, estabelece que cada uma das empresas de construção deve deter habilitação que cubra o valor da parte da obra que se propõe executar, ou seja, só pode participar na execução do contrato na medida abrangida pelo respectivo alvará.

O novo Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, veio, por isso, estabelecer, de forma explícita, que,

¹⁴ Cfr. artigo 4.º do contrato de consórcio a fls. 36 do processo de 1.ª instância.



no caso de agrupamentos concorrentes, estes devem indicar, na proposta, os preços parciais dos trabalhos que cada um dos seus membros se propõe executar^{15 16}.

O conteúdo dos contratos de consórcio pode, pois, ser muito variável e frequentemente afasta até a responsabilidade solidária pela execução do contrato. Isso mesmo se estipulou no específico contrato de consórcio em causa no caso, que, no seu artigo 8.º, consagrou que *“face a terceiros e como regra, cada consorciada é única e exclusivamente responsável pela execução dos trabalhos e fornecimentos que lhe são cometidos pelo presente contrato, pelas consequências dessa execução e pela actuação dos seus representantes, agentes, pessoal, fornecedores, subempreiteiros ou consultores em tudo quanto se relacione com a execução da empreitada”*^{17 18}.

Assim, só perante os concretos contratos de empreitada e de consórcio celebrados é possível determinar as concretas prestações que um determinado membro desse consórcio deve prestar ao dono da obra.

Em suma:

- Num consórcio, existe uma actividade individualmente e directamente prestada por cada uma das empresas ao dono da obra;
- Essas empresas só podem prestar a sua própria actividade de construção nos limites das habilitações técnicas que detenham;
- Os contratos de consórcio delimitam as responsabilidades de cada empresa na execução da obra;
- O conteúdo dos contratos de consórcio pode ser muito variável.

Neste contexto, parece lógico, e coerente com esses princípios, concluir que um empreiteiro, inserido num consórcio, só se pode prevalecer da experiência adquirida na execução da parte da obra de que individualmente se encarregou,

¹⁵ Cfr. artigo 60.º, n.º 5.

¹⁶ Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, em *Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa - Das Fontes às Garantias*, já o referiam, de outro modo, a propósito de legislação anterior: *“a respectiva proposta deverá ser elaborada nessa conformidade, na parte respeitante à distribuição de tarefas pelos vários associados.”*

¹⁷ Cfr. fls. 38 do processo de 1.ª instância.

¹⁸ Não obstante a ausência de solidariedade ser considerada como um traço distintivo do consórcio, por força do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 231/81, que refere expressamente que, nas relações dos membros do consórcio externo com terceiros, não se presume solidariedade activa ou passiva entre aqueles membros, há que atentar no regime específico das empreitadas de obras públicas. De facto, o artigo 26.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 12/2004, dispõe, nesta matéria, que cada empresa associada ou agrupada é sempre solidariamente responsável com o grupo pelo pontual cumprimento de todas as obrigações emergentes do contrato. No caso, verificou-se, pois, uma desconformidade entre o regime convencionado e o regime legal imposto para o tipo de actividade a realizar.



não sendo aceitável que retire do consórcio uma vantagem que exceda a sua específica prestação.

De outra forma, estaria a beneficiar de uma qualificação técnica por um trabalho que não desenvolveu e que poderia mesmo não poder desenvolver, por não ter a habilitação necessária (alvará).

g) Prova do requisito de qualificação.

Regressando ao caso concreto, consideramos que a execução da obra pelo “*Asfabeira – C.A., em consórcio*” poderia ser invocada pela empresa “*Asfabeira- Sociedade de Asfaltagem e Britagem das Beiras, Lda.*” para efeitos da sua qualificação técnica própria no concurso em análise.

No entanto, a experiência invocada só deveria ser reconhecida como conferindo a aptidão necessária se estivesse demonstrado que a sua participação na obra correspondeu ao exigido: “*execução de, pelo menos, uma obra de idêntica natureza da obra posta a concurso, de valor não inferior a 717.439,00 €*”.

Este juízo só poderia ser feito perante o conhecimento de qual a concreta parcela da obra que, no consórcio, coube à empresa executar, em termos de avaliar da sua correspondência com a natureza da obra a concurso (incluindo a amplitude e variedade dos trabalhos) e com o valor exigido.

Ora, como se transcreveu na alínea b), e é profusamente referido pelo recorrente, o documento de *habilitação* entregue pela empresa “*Asfabeira- Sociedade de Asfaltagem e Britagem das Beiras, Lda.*” não continha o grau de especificação necessário a demonstrar o concreto requisito de *qualificação*.

Como já acima se apontou, o Município considera que “*Deveriam, isso sim, as empresas do consórcio ter solicitado, no termo da obra, declarações individualizadas referentes aos trabalhos efectivamente feitos, por cada uma delas, respeitando as boas regras de execução e as demais condições técnicas e, só assim, estas declarações poderiam certificar em concreto (e não em abstracto), a valia técnica de cada um dos empreiteiros. (...)*”

Esse seria um meio adequado de prova, mas, a nosso ver, não o único possível.

A entrega do documento junto pela empresa, complementado por outros que documentassem a parcela da obra executada pela mesma, como poderia ser o caso do contrato de empreitada, do contrato de consórcio e de outros elementos adicionais, parece-nos também adequada, desde que desses elementos resultassem demonstrados os factos necessários à prova do requisito de *qualificação*.



h) Tempestividade da prova do requisito de qualificação.

Os documentos de “*habilitação*”, que, como vimos, suportam também a análise efectuada na fase de “*qualificação*”, como é o caso dos que vimos referindo, devem acompanhar a proposta e ser apresentados no prazo fixado no anúncio de concurso – cfr. artigos 73.º, 82.º e 84.º do Decreto-Lei n.º 59/99.

No caso, este prazo terminou em 11 de Julho de 2008¹⁹.

Ora, os elementos complementares que permitiriam eventualmente concluir pela aptidão técnica da “*Asfabeira- Sociedade de Asfaltagem e Britagem das Beiras, Lda.*” apenas foram entregues por esta empresa a 7 de Agosto de 2008, juntamente com a reclamação apresentada relativamente à sua exclusão pela comissão (decidida em 25 de Julho, como já se referiu)²⁰.

Deveria a comissão ter admitido ou promovido o aperfeiçoamento do documento inicialmente entregue, nos termos do artigo 92.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 59/99, ou ter aceite esclarecimentos posteriores sobre o mesmo?

Como já se referiu, nos termos do artigo 92.º, n.º 2, alínea a), daquele Decreto-Lei, devem ser excluídos os concorrentes que não tenham entregue documentos de habilitação de apresentação obrigatória ou que os tenham apresentado depois do termo fixado para a apresentação das propostas.

O artigo 92.º, n.º 3, apenas consente que possa ser sanada a preterição de formalidades não essenciais em documentos efectivamente apresentados.

Formalidades não essenciais são aquelas que, omitidas, não originam a ilegalidade dos actos. Para a doutrina e a jurisprudência a elas devem ser assimiladas as formalidades relativamente essenciais, cuja preterição ou irregularidade só produzem a invalidade quando o interesse ou efeito que, através da sua previsão, a lei queria garantir, não se alcançou por outra via. A jurisprudência administrativa sustenta ainda a não essencialidade das formalidades quando, à luz dos preceitos materiais que conformam o seu conteúdo dispositivo, outra não pudesse ter sido a decisão tomada.

Ora, o suprimento de omissões documentais ou de omissões no conteúdo dos documentos não podem ser considerados no âmbito daquele preceito, como suprimento de formalidades não essenciais, uma vez que são determinantes do sentido da decisão.

¹⁹ Cfr. fls. 10 do processo de 1.ª instância.

²⁰ Cfr. ponto II.2.b) deste Acórdão.



Nos termos da lei, compete ao concorrente demonstrar que é detentor dos requisitos de qualificação técnica fixados.

Se os documentos entregues não demonstrarem que ele é possuidor de algum desses requisitos, a comissão deve excluí-lo, não se podendo aceitar que o concorrente venha apresentar elementos determinantes da sua exclusão ou admissão fora do prazo fixado para a apresentação das propostas.

É o que resulta inequivocamente do disposto nos artigos 92.º, n.º 2, alínea a), e n.º 3, e 98.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 59/99.

Como se referiu no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 21 de Maio de 2003, no processo n.º 0735/03, precisamente a propósito de requisitos de qualificação técnica, “(...) estamos perante um requisito substancial de admissibilidade ao concurso que os recorrentes estavam obrigados a satisfazer com a apresentação das propostas. E não estando legalmente prevista a possibilidade de suprir posteriormente o não preenchimento dos requisitos de admissibilidade ao concurso nem a possibilidade de correcções sobre aspectos substanciais (...) não podia a CAC autorizar posteriormente a pretendida correcção, sob pena de subverter as regras do concurso, com eventual prejuízo para os restantes candidatos”

A convicção do Acórdão recorrido²¹, tal como a do Ministério Público, no seu parecer²², de que a empresa em causa observava o requisito de *qualificação* assentou, além do mais, na circunstância de estar documentado que a participação da mesma no consórcio era de 90%.

Sucedo que esta circunstância não foi comprovada pelo concorrente no devido tempo, apenas tendo sido invocada em fase de reclamação.

Não podia, nessa altura, a comissão de abertura do concurso autorizar a correcção da documentação ou aceitar a junção de novos elementos.

Não tendo a concorrente tempestivamente provado ser detentora de um dos requisitos de *qualificação*, não podia essa comissão tomar outra decisão que não a da sua exclusão do procedimento.

h) Conclusão.

Do exposto, deve concluir-se que a exclusão da empresa “*Asfabeira-Sociedade de Asfaltagem e Britagem das Beiras, Lda.*”, na fase de qualificação dos concorrentes, é conforme ao disposto no artigo 67.º, n.º 1, alínea n), e 98.º, n.ºs 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, embora

²¹ Vd. ponto III.3 do Acórdão.

²² Vd. fls. 48 dos autos de recurso



por razões não inteiramente coincidentes com as que foram invocadas pela comissão de abertura do concurso e confirmadas pelo Presidente da Câmara.

Consequentemente, não se verifica a ilegalidade apontada nos pontos III.3 e III.4.4 do Acórdão recorrido, inexistindo o correspondente fundamento para a recusa de visto ao contrato.

Isso prejudica a apreciação das alegações do recorrente quanto à eventual substituição da decisão de recusa por uma decisão de visto com recomendações.

II.3. DAS HABILITAÇÕES TÉCNICAS EXIGIDAS.

Mas o Acórdão recorrido havia constatado, no procedimento de concurso público que precedeu o contrato em apreciação, uma outra ilegalidade.

Nesse concurso exigiu-se que os concorrentes tivessem classificação de empreiteiro geral de obras rodoviárias, na 2.^a categoria, em classe correspondente ao valor global da proposta²³.

O Acórdão recorrido considerou que essa exigência constituiu uma violação do disposto no n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, *“susceptível de ter restringido o universo dos potenciais concorrentes ao mencionado concurso, dada a maior exigência habilitacional formulada, o que tem por consequência a susceptibilidade de alteração daquele resultado financeiro”*.

Nas suas alegações, o recorrente nada invoca a respeito desta ilegalidade.

Sobre a correcta interpretação e aplicação do disposto no artigo 31.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, tem este Tribunal abundante e uniforme jurisprudência²⁴, na linha da qual se pronunciou o Acórdão de 1.^a instância.

A mencionada jurisprudência afirma que a forma pela qual devem ser descritos os requisitos de habilitação técnica dos concorrentes nos documentos que disciplinam os concursos deve reflectir, de forma clara, as possibilidades a que se referem as citadas disposições do artigo 31.º, devendo fazer-se constar, no que respeita à classificação correspondente ao valor global da obra, a exigência constante do n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004 ou as duas hipóteses

²³ Cfr. alínea F) do probatório dado como assente na 1.^a instância.

²⁴ Vejam-se, designadamente, os Acórdãos da 1.^a Secção do Tribunal de Contas, proferidos em Subsecção, n.ºs 16/2004, 182/2004, 11/2005, 159/2005, 179/2005, 187/2005, 193/2005, 210/2005, 218/2005, 219/2005, 223/2005, 810/2005, 1088/2005, 1249/2005, 1290/2005, 9, 10 e 11/2006, 14/2006, 16/2006, 22/2006, 27/2006, 40/2006, 46/2006, 60/2006, para citar apenas alguns.



resultantes dos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, mas nunca apenas a habilitação referida no n.º 2.

No concurso público que precedeu o contrato em apreciação, ao exigir-se que os concorrentes detivessem as habilitações referidas no n.º 2 do referido artigo 31.º (classificação de empreiteiro geral de obras rodoviárias, na 2.ª categoria, em classe correspondente ao valor global da proposta), afirmou-se que as habilitações referenciadas na primeira parte do n.º 1 do mesmo artigo não eram suficientes e impediu-se que aqueles que as detinham pudessem candidatar-se ao concurso.

Note-se que o que está em causa é alargar o universo de concorrentes também àqueles que, não sendo empreiteiros gerais, tenham alvará adequado da subcategoria correspondente ao tipo de trabalhos mais expressivo.

No caso, estes concorrentes não puderam concorrer e isso é ilegal.

A redução ilegal do universo de potenciais candidatos, limitando as condições de concorrência, implica uma possível redução do número e variedade de propostas apresentadas a concurso.

Como se apontou no Acórdão *sub judicio*, esta circunstância mostra-se susceptível de alterar o resultado financeiro do procedimento.

II.5. DOS FUNDAMENTOS PARA A RECUSA DE VISTO

Concluímos atrás que não se verificou a ilegalidade apontada nos pontos III.3 e III.4.4 do Acórdão recorrido, inexistindo o correspondente fundamento para a recusa de visto ao contrato.

Mas concluímos também que subsiste a ilegalidade resultante da violação do disposto no artigo 31.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 12/2004, apontada no referido Acórdão e não contestada pelo recorrente.

Importa agora analisar se essa ilegalidade constitui fundamento para a recusa de visto ao contrato.

Como vimos, a decisão de 1.ª instância, que nesta parte sufragamos, considerou que estávamos perante um vício susceptível de restringir o universo concorrencial e, conseqüentemente, susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato. Como tal, ele é enquadrável no disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

Referia-se no Acórdão que do processo não se colhia que da ilegalidade em causa tivesse resultado uma *efectiva* alteração do resultado financeiro do contrato, embora se acrescentasse:



Tribunal de Contas

“ (...) para a verificação do fundamento de recusa de visto mencionado na alínea c) do n.º 3 do citado artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, basta o simples perigo ou risco de que as ilegalidades constatadas possam determinar a alteração do resultado financeiro do contrato.

É isso, efectivamente, o que resulta da letra da referida alínea c), quando refere “Ilegalidade que...possa alterar o respectivo resultado financeiro”.

Nestas hipóteses, é, no entanto, possível usar a faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC:

“ 4 - Nos casos previstos na alínea c) do número anterior, o Tribunal, em decisão fundamentada, pode conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades.”

Significa este dispositivo que:

- Verificada uma ilegalidade que altere ou possa alterar o resultado financeiro de um contrato, deve, em princípio, ser recusado o visto;
- O Tribunal pode, no entanto, optar por conceder o visto, fazendo recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades;
- Deve fazê-lo quando existam circunstâncias que o justifiquem, devendo explicitá-las em decisão fundamentada.

Tem o Tribunal de Contas lançado mão desta faculdade em diversas circunstâncias, designadamente quando a lei é confusa e os serviços ainda não foram alertados para a sua interpretação correcta, e, cumulativamente, não é evidente que os resultados alcançados tenham sido efectivamente prejudicados pela ilegalidade verificada.

Estas circunstâncias estão presentes no caso, tanto mais que consta do processo de 1.ª instância²⁵ que o Município de Carregal do Sal não foi destinatário de qualquer recomendação anterior nesta matéria.

Nesta parte, considera-se, assim, oportuno, usar da faculdade em referência, confiando que a situação não voltará a verificar-se em futuros procedimentos.

²⁵ Cfr. relatório dos Serviços de Apoio do Tribunal de Contas sobre o processo de fiscalização prévia n.º 1265/08.



III. DECISÃO

Assim, pelos fundamentos expostos, acorda-se em Plenário da 1ª Secção em conceder provimento ao recurso, revogando a recusa do visto ao contrato em questão.

O visto é, no entanto, concedido com recomendação, nos termos conjugados da alínea c) do n.º 3 e do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC.

Recomenda-se ao Município de Carregal do Sal que, em processos e procedimentos futuros, observe, estrita e rigorosamente, o disposto no n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, designadamente exigindo aos concorrentes classificação de uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra.

São devidos emolumentos nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º, por força do n.º 3 do art.º 17.º, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio.

Lisboa, 29 de Junho de 2009

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(Manuel Mota Botelho)

(António Santos Carvalho)

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)