

Secção: 1ª S/PL

Data: 30/06/2020

Recurso Ordinário: 03/2020

Processo: 2070/2019

RELATOR: Conselheiro Fernando Oliveira Silva

TRANSITADO EM JULGADO EM 01/09/2020

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

I – RELATÓRIO

1. O Município de Mangualde (MM) interpôs recurso ordinário, para o Plenário da 1.ª Secção, do Acórdão n.º 3/2020 – 1.ª S/SS, de 20 de janeiro, que recusou o visto ao contrato de empreitada respeitante à «beneficiação da Estação de tratamento de águas residuais de Cubos», celebrado em 17/06/2019, entre essa entidade e «Luságua – Serviços Ambientais, Lda», pelo valor de 1.798.277,02€, acrescido de IVA, com o prazo de execução de 672 dias.
2. A recusa de visto fundamentou-se no disposto nas alíneas a) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas (LOPTC).
3. O MM apresentou as alegações constantes de fls. 2 a 19 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, onde formula as seguintes conclusões:

«Do visto tácito

- A. *De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 85.º da já referida LOPTC, os atos, contratos e demais instrumentos jurídicos remetidos ao Tribunal de Contas para fiscalização prévia consideram-se visados ou declarados conformes se não tiver havido decisão de recusa de visto no prazo de 30 dias após a data do seu registo de entrada.*



- B. *O n.º 3 do artigo 85.º da LOPTC estabelece que: “O prazo do visto tácito corre durante as férias judiciais, mas não inclui sábados, domingos ou dias feriados, e suspende-se na data do ofício que solicite quaisquer elementos ou diligências instrutórias até à data do registo de entrada no Tribunal do ofício com a satisfação desse pedido”.*
- C. *Estes preceitos são desenvolvidos no artigo 6.º das instruções sobre a organização dos processos de fiscalização prévia aprovadas, em Plenário, da 1.ª Secção desse Tribunal Superior, constantes do anexo à Resolução do Tribunal de Contas n.º 14/2011 (publicada no DR, II Série, de 16 de Agosto), nos termos do qual a contagem do prazo a que se refere o citado n.º 1 do artigo 85.º inicia-se no primeiro dia útil seguinte ao do registo do processo na DGTC, suspende-se na data de ofício da DGTC em que se solicite quaisquer elementos ou diligências instrutórias e é retomada no dia útil seguinte à data do registo de reabertura do processo na DGTC feita com o ofício de resposta da entidade, desde que acompanhado do documento submetido a fiscalização prévia.*
- D. *Subsumindo a factualidade vertida nos ofícios relativos à devolução e reabertura do processo de fiscalização prévia aos preceitos legais suprarreferidos, verifica-se que:*
- i. De 02.07.2019 (dia útil posterior ao envio do processo para fiscalização prévia) a 18.07.2019 (dia útil anterior à primeira devolução) decorreram **13 dias úteis**;*
 - ii. De dia 23.08.2019 (dia da reabertura do processo) a dia 03.09.2019 (dia útil anterior à segunda devolução) decorreram **8 dias úteis**;*
 - iii. De dia 18.09.2019 (dia da reabertura do processo) a dia 24.09.2019 (dia útil anterior à terceira devolução) decorreram **5 dias úteis**;*
 - iv. De dia 03.12.2019 (dia da reabertura do processo) a dia 04.12.2019 (dia útil anterior à quarta devolução, que apenas foi comunicada ao Município em 05,12,2019) decorreram **2 dias úteis**;*
 - v. De dia 16.01.2020 (dia da reabertura do processo) a dia 17.01.2020 (dia útil anterior à decisão de recusa de visto) decorreram **2 dias úteis**.*
- E. *Isto é, contabilizando o decurso do prazo para a verificação do visto tácito de acordo com os preceitos legais suprarreferidos, o 30.º dia ocorreu no dia 17.01.2020, sendo que no dia 20.01.2020 – data em que foi decidida em Sessão da Subsecção da 1.ª Secção do Tribunal de Contas a recusa de visto do Contrato – já se tinha verificado a ocorrência de visto tácito.*



F. *Com efeito, tendo operado o disposto no artigo 85.º, n.º 1, da LOPTC, na data da comunicada recusa de visto (20.01.2020) o Contrato remetido ao Tribunal de Contas para fiscalização prévia deveria ter sido considerado visado ou declarado conforme por não ter havido decisão de recusa de visto no prazo de 30 dias após a data do seu registo de entrada.*

Do aproveitamento pela empresa subcontratante das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas

G. *Com o devido respeito que nos merecem os Sábios Juízes Conselheiros da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, mal andou o Acórdão recorrido ao pugnar pela tese pela qual, recorrendo um adjudicatário à subcontratação, não lhe aproveitam as habilitações detidas pelas empresas subcontratadas, tendo incorrido em erro de julgamento quanto aos pressupostos de direito.*

H. *Com o devido respeito que nos merecem os Sábios Juízes Conselheiros do Tribunal de Contas – e ele é muito – não podemos aceitar a interpretação efetuada que se afasta diametralmente:*

- a) *Dos preceitos legais;*
- b) *Da ratio legis;*
- c) *Da jurisprudência dos tribunais administrativos; e*
- d) *Da própria jurisprudência do Tribunal de Contas.*

I. *Quanto ao argumento literal, a regra geral contida no artigo 8.º, pela qual a empresa de construção responsável pela obra deve ser detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global daquela, respeitante aos trabalhos mais expressivos da mesma, deve ser complementada pelo disposto no artigo 20.º, n.ºs 2 e 3 da mesma lei.*

J. *Não resultando do texto legal uma distinção quanto à exigência de habilitação para os trabalhos mais expressivos, com prejuízo da possibilidade de subcontratação (ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus).*

K. *E nem se diga que tal distinção deve ser construída jurisprudencialmente sob pena de inutilizar o sentido do artigo 8.º da já referida Lei n.º 41/2015.*

L. *Com efeito, o artigo mantém a sua pertinência, por exemplo, em procedimentos que resultem em contratos de natureza mista, com prevalência da atividade de construção ou em articulação com o disposto no artigo 383.º do CCP.*

M. *Acresce ainda que concorrem como normativos aplicados à situação concreta o disposto no artigo 81.º do CCP (na redação resultante do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto) e a Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, diplomas que, conjuntamente, definem as regras e os termos de apresentação dos*



documentos de habilitação do adjudicatário no âmbito de procedimentos de formação de contratos públicos e cujo texto legal (de 2017) é posterior à aprovação da Lei n.º 41/2015 (de 2015).

- N. Atendendo agora à ratio legis (ou interpretação teleológica), há que referir que a Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, que estabelece o regime jurídico aplicável ao exercício da atividade da construção foi aprovada em conformidade com o estabelecido no Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, que transpôs a Diretiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno.*
- O. E a diretiva transposta faz apelo aos princípios da concorrência, desburocratização, agilização de processos e proporcionalidade.*
- P. Ora, a criação de um novo crivo que exija ao adjudicatário o cumprimento de determinada classe, sem prejuízo do mesmo diploma permitir de forma textual que a empresa de construção à qual tenha sido adjudicada uma obra possa recorrer à subcontratação, podendo a subcontratante aproveitar das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas, afasta-se do desiderato a prosseguir pelo diploma e pela diretiva que o mesmo vem transpor.*
- Q. Sendo que este entendimento restrito – a vingar – apenas conduz:*
- i. A uma redução da concorrência, encurtando o leque potencial de empresas concorrentes não titulares de uma classe em particular, mas que poderiam assegurar essa mesma habilitação através da subcontratação ou de grupos de empresas que assegurem individualmente determinadas classes;*
 - ii. A uma menor celeridade do procedimento, criando exigência de obtenção de licenças e alvarás que poderiam facilmente ser dispensadas no caso de admissão da mesma vinculação por entidade subcontratada, sem qualquer tipo de diminuição das garantias da entidade adjudicante;*
 - iii. A uma diminuição da agilização dos processos, através de um controlo injustificado do conceito indeterminado de “trabalhos mais expressivos” quando o próprio CCP já integra no seu artigo 383.º, limites quantitativos às subempreitadas;*
 - iv. A situações de desproporcionalidade, sendo excessivamente penalizador para as empresas de construção civil em detrimento de outros setores de atividade.*
- R. Também a jurisprudência, como fonte de sugestão para a interpretação legal, se vem afastando da tese defendida no Acórdão recorrido, quer a nível da jurisprudência dos tribunais administrativos (sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Viseu, de 30 de novembro de 2019; Acórdão do Tribunal central*



Administrativo do Sul, de 29.03.2012, Proc. 08538/12; e Acórdão do Tribunal central Administrativo Norte, de 04.05.2018, proferido no âmbito do processo n.º 01093/17.7BEAVR), quer do próprio Tribunal de Contas (Acórdão n.º 4/2018-22.JAN-1.ª S/SS, no âmbito do processo n.º 3656/2017, transitado em 12.02.2018).

Das consequências decorrentes da falta das habilitações

- S. *Mesmo que se decida pela interpretação dos normativos legais no sentido contido no acórdão recorrido – o que se admite sem conceder e com o devido respeito pelos Sábios Conselheiros –, ainda assim o Acórdão terá incorrido em erro quanto aos pressupostos de direito, não podendo conduzir à recusa de visto.*
- T. *Admite-se que nos termos do artigo 86.º do Código dos Contratos Públicos a falta de apresentação de documentos de habilitação no prazo fixado no programa do procedimento determina a caducidade da adjudicação.*
- U. *Mas no caso vertente a adjudicatária apresentou efetivamente os alvarás necessários, ainda que através da respetiva subcontratada – o que resulta inclusivamente na sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Viseu, transitada em julgado, que decide pela ausência de qualquer vício no âmbito do procedimento pré-contratual.*
- V. *Isto é, não ocorreu qualquer falta na apresentação dos documentos de habilitação tal como exigidos no programa do procedimento para efeitos do disposto no artigo 81.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos e foi mesmo declarado em sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Viseu, já transitada.*
- W. *Acresce que toda a construção jurídica do Acórdão recorrido é encaminhada no sentido da aplicação direta do disposto na Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, ao caso concreto, mas a verdade é que levando-se este entendimento às devidas consequências legais – mormente para efeitos de verificação duma situação de nulidade – haverá que recorrer ao disposto no artigo 26.º, n.º 3, da referida Lei n.º 42/2015, que estabelece que apenas é cominada com nulidade (tal como previsto no CPA) a inobservância do disposto no n.º 1 do mesmo artigo, isto é:*
- “a) Identificação completa das partes contraentes;*
- b) Identificação dos alvarás, certificados ou registos das empresas de construção intervenientes, sempre que previamente conferidos ou efetuados pelo IMPIC, I.P., nos termos da presente lei;*
- c) Identificação do objeto do contrato, incluindo as peças escritas e desenhadas, quando as houver;*
- d) Valor do contrato;*
- e) Prazo de execução da obra.”*



- X. *Pelo que, uma vez que só a verificação de uma situação legalmente tipificada como nulidade pode constituir fundamento de recusa de visto nos termos da alínea a) do n.º 3 do art. 44.º da LOPTC, podia ainda o contrato em análise ser objeto de apreciação diversa por parte dos Sábios Conselheiros (ainda que com eventuais indicações a tomar de futuro) como é inclusivamente aflorado no Acórdão recorrido.*
- Y. *Todavia, mesmo que não fosse verificada a nulidade e se explorasse a verificação de ilegalidade suscetível de alterar o resultado financeiro final por riscos de inadequada execução técnica da obra em apreço por empreiteiro não habilitado, situação esta enquadrável na alínea c) do citado n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, não se vislumbra como pode a situação vertente alterar o resultado financeiro do contrato, nem sequer de forma potencial.*
- Z. *A Adjudicatária tratou-se de empresa classificada em primeiro lugar no âmbito do procedimento, não merecendo o critério de adjudicação ou a tramitação do processo qualquer mácula.*
- AA. *Apenas em sede de habilitação se vem a verificar a necessidade de densificação dos preceitos legais a que já aludimos, apresentando-se o aspeto controvertido somente relativamente à apresentação das habilitações de subclasse e classe pela adjudicatária ou pelas suas subcontratadas.»*
4. Posteriormente, ao abrigo do disposto no artigo 99.º, nº 1, da LOPTC, o Ministério Público emitiu parecer considerando não assistir razão ao recorrente, quer quanto à inexistência de visto tácito, quer quanto à falta de habilitação do adjudicatário, pelo que, no seu entender, deverá manter-se a decisão recorrida.

II. FUNDAMENTAÇÃO

– DE FACTO

5. No recurso interposto não foi impugnada a matéria de facto referida no Acórdão recorrido, de fls. 3 a 9, considerando-se, desse modo, como assentes e com relevância para o processo, para além do mencionado em 1., os seguintes factos:
- a) O contrato em apreço foi precedido da realização de concurso público, cujo procedimento se iniciou por deliberação da Câmara Municipal de Mangualde,



datada de 28/9/2018, e foi concluído com a adjudicação, conforme deliberação camarária de 13/5/2019;

- b) O programa de concurso previa como critério de adjudicação o da proposta economicamente mais vantajosa, segundo um modelo de avaliação de propostas fundado em fatores e subfatores, com os seguintes coeficientes de ponderação: preço global – 50%, repartido por dois subfactores, em que correspondia 40% ao preço da proposta e 10% ao «custo a preços atualizados e constantes de exploração durante 20 anos de funcionamento»; valia técnica – 45%; e prazo de execução – 5%;
- c) No programa do procedimento estabeleceram-se condições quanto aos documentos de habilitação considerados necessários, nos seguintes termos:

«9. DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO»;

9.1. O adjudicatário deve apresentar os seguintes documentos de habilitação: [...]

c) Declaração de titularidade de alvará emitido pelo IMPIC, contendo as seguintes habilitações: c1) 1.ª subcategoria da 1.ª categoria e da classe correspondente ao valor global da proposta; c2) 1.ª, 9.ª, 13.ª e 19.ª subcategorias da 4.ª categoria, da classe correspondente ao valor dos trabalhos especializados que lhe respeite, consoante a parte que a esses trabalhos cabe na proposta; c3) 6.ª subcategoria da 2.ª categoria, da classe correspondente ao valor dos trabalhos especializados que lhe respeite, consoante a parte que a esses trabalhos cabe na proposta. d) Para o efeito da verificação das habilitações referidas na alínea anterior, o adjudicatário pode apresentar alvarás ou títulos de registo da titularidade de subcontratados, desde que acompanhados de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes. [...]»;

- d) A empresa adjudicatária, na ocasião do concurso, não se encontrava habilitada com o alvará da 1.ª subcategoria da 1.ª categoria de classe correspondente ao valor global da proposta, nos termos indicados em c), tendo sido admitida a



apresentação de declaração de compromisso respeitante à intervenção de subempreiteiro, devidamente identificado, para a execução dos trabalhos correspondentes à 1.ª subcategoria da 1.ª categoria («estruturas e elementos de betão»);

- e) Em sede de devolução administrativa, neste Tribunal, foi a entidade fiscalizada confrontada no sentido de, designadamente, justificar «como considera possível a adjudicação à sociedade “LUSÁGUA – Serviços Ambientais, S.A.”, uma vez que esta não possui o alvará exigido para o valor global da proposta, 1.ª subcategoria da 1.ª categoria (cf. alínea c) do ponto 9.1. do programa do procedimento) e não ser, no caso em apreço, a constituição de subempreiteiro enquadrável no disposto no n.º 2 do artigo 383.º do CCP» – a qual se pronunciou, no essencial, nos seguintes termos: *«[...] A alínea d) [do ponto 9.1. do programa do procedimento] refere expressamente que, para o efeito da verificação das habilitações referidas na alínea anterior (alínea c)), o adjudicatário pode apresentar alvarás ou títulos de registo da titularidade de subcontratados, desde que acompanhados de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes. Assim sendo, o programa do procedimento permite a subcontratação, inclusive, para os efeitos da alínea c). [...] o regime regra consiste em que a empresa adjudicatária deve ser detentora da referida habilitação, contudo, poderá recorrer à subcontratação, aproveitando das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas [...]. Foi [...] intenção clara do legislador abrir o leque de potenciais concorrentes a empresas que não detivessem todas as habilitações, alargando, assim, a concorrência, por forma a evitar situações de domínio/monopólio das grandes empresas. Salvo melhor opinião, o único limite legal à subcontratação resulta do disposto no artigo 383.º do CCP e em especial do n.º 2, que impõe o limite dos 75% do preço contratual, acrescido ou deduzido dos preços correspondentes aos trabalhos complementares ou a menos e à reposição do equilíbrio financeiro a que haja lugar no âmbito do contrato em causa. Ora, se o legislador permitiu a subcontratação até 75% do preço contratual, não faria qualquer sentido impedir a subcontratação para os*



trabalhos mais expressivos ou dominantes, desde que estes não excedam aquela percentagem. Assim sendo, a entidade adjudicatária está apenas obrigada a executar, no mínimo, 25% do preço contratual, podendo subcontratar o restante, mesmo que sejam os mais expressivos ou dominantes.

[...]

O disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, atenta a remissão para o artigo 20.º, deve ser interpretado no sentido de que a adjudicatária poderá recorrer à subcontratação, mesmo em relação à habilitação em classe que cubra o valor global da proposta, desde que cumpridos os limites estabelecidos no artigo 383.º, n.º 2, do CCP. [...] a) O programa de procedimento permite a subcontratação, mesmo em relação à habilitação da 1.ª subcategoria da 1.ª categoria e da classe correspondente ao valor global da proposta – vide artigo 9.º, als. a) e d), do Programa de Procedimento – o que é legalmente admissível face ao disposto no artigo 20.º da Lei n.º 41/2015. b) A adjudicatária vai executar 60,58% do preço contratual e a subcontratada assumirá os 39,42% restantes, portanto dentro dos limites do disposto no artigo 383.º, n.º 2, do CCP. c) A adjudicatária aproveita as habilitações detidas pela subcontratada, no caso, aproveita a 1.ª subcategoria da 1.ª categoria e da classe correspondente ao valor global da proposta, tudo se passando como se a adjudicatária fosse a detentora dessa habilitação. d) Pelo que não há qualquer violação do disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015.»;

- f) Em processo a correr termos no Tribunal Administrativo e Fiscal de Viseu (concretamente, a ação administrativa urgente de contencioso pré-contratual, sob o n.º 470/19.3.BEPNF), respeitante à situação em causa no presente processo, e interposto pelo agrupamento de concorrentes classificado em 2.º lugar no concurso («Moinhos, Água e Ambiente, Lda.»), foi proferida por essa instância «Sentença», datada de 30/11/2019, que julgou improcedente a respetiva ação, com base em fundamentação de que se transcrevem, com mais interesse para o presente processo, os seguintes trechos:



«[...] Em primeiro lugar vieram as Autoras alegar que a proposta da Luságua deveria ser excluída nos termos do artigo 70.º, n.º 2, alíneas f) e g), do CCP, nomeadamente por violação dos artigos 60.º, n.º 4, do CCP e do artigo 8.º da Lei n.º 4/2015. Ora, é necessário recorrer às exigências constantes do artigo 3.º, n.º 2, da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, artigos 60.º n.º 4, e artigo 81.º n.º 2, ambos do CCP, e ainda do artigo 8.º da Lei n.º 41/2015. Assim, ao contrário do que as Autoras referem, não existe qualquer violação de uma vinculação legal da norma contida no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, nem sequer qualquer causa de exclusão. De facto, da proposta apresentada pela contrainteressada pode ler-se que os trabalhos que se propõe a executar para a 1.ª subcategoria da 1.ª categoria serão prestados mediante o recurso à subcontratação (cf. extrato da proposta junta com o processo administrativo). A Requerente apenas o faz porque tal lhe é permitido, não só pelas peças do procedimento, como pela legislação em vigor aplicável. Ora, de acordo com a cláusula 41.ª do caderno de encargos, o adjudicatário pode subcontratar as entidades identificadas nos documentos de habilitação, desde que se encontrem cumpridos os requisitos constantes do n.º 3 e n.º 6 do artigo 318.º do CCP. No mesmo sentido dispõe o programa do procedimento, segundo o qual, para efeitos de verificação das habilitações, nomeadamente da declaração de titularidade de alvará emitido pelo IMPIC, o adjudicatário pode apresentar alvarás ou títulos de registo da titularidade de subcontratados, desde que acompanhados de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes. Pelo que resulta inequívoco que o recurso à subcontratação é amplamente aceite e permitido, ainda que para a execução de trabalhos de subcategorias ditas “dominantes”.

As Autoras acrescentam que a declaração exigida no n.º 4 do artigo 60.º do CCP “permite a verificação da adequação dos alvarás e das respetivas classes aos trabalhos a realizar.” Sendo que resulta do artigo 60.º, n.º 4, do CCP que a indicação das habilitações deverá respeitar as regras e termos da portaria referida no n.º 2 do artigo 81.º do CCP, quanto ao modo de apresentação desses documentos. Ora, nos termos previstos no n.º 2 artigo 81.º do CCP, no caso de se



*tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada o adjudicatário deve apresentar documento comprovativo da titularidade de alvará ou certificado de empreiteiro de obras públicas, emitido pelo Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P. (IMPIC, I.P.), contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar. Por sua vez, o n.º 2 do artigo 3.º da Portaria n.º 372/2017 permite que, para efeitos de comprovação das habilitações, o adjudicatário se possa socorrer dos alvarás ou certificados de subcontratados, o que se verifica no caso concreto da concontratada. Sendo que essa comprovação não carece de ser efetuada na fase de apresentação das propostas, mas tão-somente na fase de habilitação, porquanto, apesar de a mesma não ser detentora do alvará necessário para a subcategoria em causa, recorreu, nos termos legais, a um subempreiteiro que a tinha. O facto de a execução das prestações contratuais exigir uma habilitação não implica que a participação no procedimento seja reservada a titulares dessa habilitação. (...) Não parece sequer de excluir a possibilidade de recurso a terceiros titulares da habilitação (v.g. subcontratados), desde que sejam estes terceiros a assegurar a execução do contrato na parte em que este exige a titularidade de habilitação. Assim se explica que o artigo 2.º, n.º 2, da Portaria n.º 372/2017 estabeleça que, “para efeitos de comprovação das habilitações (...), o adjudicatário pode socorrer-se das habilitações de subcontratados, mediante a apresentação de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes”. Esta abertura, que a Portaria promove, corresponde a uma espécie de aproveitamento da capacidade de terceiras entidades no domínio da habilitação oficial para o exercício da atividade contratada (in *Direito dos Contratos Públicos*, Pedro Costa Gonçalves, 3.ª Edição – Vol. 1, 2018, Almedina, p. 744). [...] O regime regra consiste que a empresa adjudicatária deve ser detentora da referida habilitação, contudo, poderá recorrer à subcontratação, aproveitando das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas. O único limite legal à subcontratação resulta do disposto no artigo 383.º do CCP e em especial do n.º 2, que impõe o limite dos 75% do preço contratual, acrescido ou*



deduzido dos preços correspondentes aos trabalhos complementares ou a menos e à reposição do equilíbrio financeiro a que haja lugar no âmbito do contrato em causa. Ora, se o legislador permitiu a subcontratação até 75% do preço contratual, não faria qualquer sentido impedir a subcontratação para os trabalhos mais expressivos ou dominantes. Assim sendo, a entidade adjudicatária está apenas obrigada a executar, no mínimo, 25% do preço contratual, podendo subcontratar o restante. Não havendo qualquer razão de interesse público e ou princípio administrativo que imponha interpretação diversa. Logo, a interpretação do júri é a única que promove a concorrência e cumpre o princípio da igualdade de oportunidades entre os operadores do mercado. Em último lugar, vêm as Autoras alegar que nos termos do artigo 8.º da Lei 41/2015, de 3 de junho, a empresa de construção responsável pela obra deve ser detentora de habilitação respeitantes aos trabalhos mais expressivos da mesma, o que, no seu entender, tratar-se-á de uma norma legal imperativa. Acrescentam ainda que se trata de uma norma emanada pela Assembleia da República que não pode ser derogada por uma norma de um Programa do Procedimento de um concurso público, pelo que a cláusula 9.1 do Programa do Procedimento é nula. Ora, não lhes assiste razão. Desde logo, porque da primeira parte do artigo 8.º da Lei 41/2015 resulta, sem qualquer dúvida, que o normativo se aplica “sem prejuízo do disposto nos artigos 19.º e 20.º.” Assim, os artigos 19.º e 20.º do referido diploma servem precisamente para os casos em que os concorrentes se apresentam em consórcio e agrupamento de empresas, ou quando recorram à subcontratação. [...] Assim sendo, não existe qualquer nulidade das peças do procedimento ou qualquer causa de exclusão da proposta da concontratada Luságua. Pelo exposto, improcede o alegado pelas autoras. [...]»;

- g) A sentença referida em f) transitou em julgado em 16/12/2019 (conforme certidão remetida pela entidade fiscalizada e recebida neste Tribunal em 16/1/2020).



– DE DIREITO

6. Considerando-se assente a matéria de facto, cumpre, com base nela, apreciar as questões legais suscitadas no recurso.

A) Questão prévia: da formação de visto tácito

7. Alega o recorrente que, *«contabilizando o decurso do prazo para a verificação do visto tácito de acordo com os preceitos legais suprarreferidos, o 30.º dia ocorreu no dia 17.01.2020, sendo que no dia 20.01.2020 – data em que foi decidida em Sessão da Subsecção da 1.ª Secção do Tribunal de Contas a recusa de visto do Contrato – já se tinha verificado a ocorrência de visto tácito»*.

8. Ora, cumpre analisar se assim é.

9. Estabelece o n.º 1 do artigo 85.º da LOPTC que *«Os atos, contratos e demais instrumentos jurídicos remetidos ao Tribunal de Contas para fiscalização prévia consideram-se visados ou declarados conformes se não tiver havido decisão de recusa de visto no prazo de 30 dias após a data do seu registo de entrada»*.

10. Norma que é complementada pelo n.º 3 do mesmo artigo e que dispõe: *«O prazo do visto tácito corre durante as férias judiciais, mas não inclui sábados, domingos ou dias feriados, e suspende-se na data do ofício que solicite quaisquer elementos ou diligências instrutórias até à data do registo da entrada no Tribunal do ofício com a satisfação desse pedido»*.

11. Sintetizando, o prazo de 30 dias suprarreferido inicia-se no dia seguinte ao do registo de entrada do processo no Tribunal de Contas, é contabilizado em dias úteis e suspende-se entre a data de solicitação de elementos ou diligências instrutórias e a receção da resposta a essas solicitações ou diligências.

12. Alega o recorrente que:



- i. De 02.07.2019 (dia útil posterior ao envio do processo para fiscalização prévia) a 18.07.2019 (dia útil anterior à primeira devolução) decorreram **13 dias úteis**;
- ii. De dia 23.08.2019 (dia da reabertura do processo) a dia 03.09.2019 (dia útil anterior à segunda devolução) decorreram **8 dias úteis**;
- iii. De dia 18.09.2019 (dia da reabertura do processo) a dia 24.09.2019 (dia útil anterior à terceira devolução) decorreram **5 dias úteis**;
- iv. De dia 03.12.2019 (dia da reabertura do processo) a dia 04.12.2019 (dia útil anterior à quarta devolução, que apenas foi comunicada ao Município em 05,12,2019) decorreram **2 dias úteis**; e
- v. De dia 16.01.2020 (dia da reabertura do processo) a dia 17.01.2020 (dia útil anterior à decisão de recusa de visto) decorreram **2 dias úteis**.

13. Donde conclui que no dia 17.01.2020 ocorreu o visto tácito do contrato submetido a fiscalização prévia pelo decurso de 30 dias úteis.

14. Analisando os prazos atinentes ao processo, constata-se que:

- i. Da data de entrada do processo no Tribunal de Contas (01.07.2019) até à data da primeira devolução (19.07.2019) decorreram **14 dias úteis** e não 13 como defendido pelo recorrente;
- ii. De dia 23.08.2019 (dia da reabertura do processo) a dia 04.09.2019 (data da segunda devolução) decorreram **8 dias úteis**, tal como defendido pelo recorrente;
- iii. De dia 18.09.2019 (dia da reabertura do processo) a dia 25.09.2019 (dia da terceira devolução) decorreram **5 dias úteis**, tal como defendido pelo recorrente;
- iv. De dia 03.12.2019 (dia da reabertura do processo) a dia 04.12.2019 (dia da quarta devolução) decorreu apenas **1 dia útil** e não 2 como defendido pela recorrente; e
- v. De dia 16.01.2020 (dia da reabertura do processo) a dia **20.01.2020 (dia da decisão de recusa de visto) decorreram 2 dias úteis**.



15. Pelo que a decisão de recusa de visto ocorreu no 30.º dia após a entrada do processo no Tribunal de Contas e só formaria visto tácito se esse processo não tivesse sido decidido até esse dia, inclusive.

16. Não assiste, assim, razão à entidade recorrente, não se tendo formado visto tácito no processo em questão, o que nos remete para a análise dos motivos substanciais da recusa de visto.

B) Dos motivos da recusa de visto: do aproveitamento pela empresa subcontratante das habilitações detidas por empresa subcontratada

17. A questão nuclear do acórdão que recusou o visto ao contrato em apreço relaciona-se com a habilitação (ou falta dela) da empresa adjudicatária para efeitos de participação no procedimento aquisitivo em questão e, conseqüentemente, na execução da respetiva empreitada de obras públicas.

18. Como refere Licínio Martins¹, «(...) o contrato de empreitada de obras públicas, na noção que lhe é dada pelo CCP, integra um elemento subjectivo – precisamente, a qualidade de empreiteiro de obras públicas, que é concedida pelo acto administrativo que verifica o cumprimento dos requisitos legais e regulamentares de ingresso na actividade de construção por parte do interessado/requerente. Só com o acto administrativo de habilitação é que se adquire o status de empreiteiro de obras públicas. **E só este status permite a celebração de contratos de empreitadas de obras públicas. Mas não de todos os possíveis contratos, mas só (e apenas) daqueles que integrem a categoria, subcategorias e classe em que o empreiteiro se encontre administrativamente credenciado/habilitado**» (destacado nosso).

19. O problema reside precisamente no facto de a empresa adjudicatária “Luságua”, muito embora fosse, à data da adjudicação, titular de alvará de empreiteiro de obras

¹ In *Empreitada de Obras Públicas, o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Almedina, 2014, p. 286.



públicas emitido pelo instituto regulador, não ser detentora de alvará em classe que cobrisse o valor total da obra no que se refere aos trabalhos mais expressivos ou determinantes da empreitada posta a concurso².

20. Por essa razão, recorreu ao mecanismo da subempreitada, manifestando interesse em subcontratar a empresa “Construbuild – Services, Lda”³ com o fito de, por essa via, ficar habilitada para a execução dos trabalhos da empreitada para os quais não detém qualificações técnicas.

21. Procedendo ao enquadramento legal do caso em apreço, constata-se que a norma central é a do artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho (que estabelece o regime jurídico aplicável ao exercício da atividade da construção), que dispõe o seguinte: *«Sem prejuízo do disposto nos artigos 19.º e 20.º, nos procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas, a empresa de construção responsável pela obra deve ser detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global daquela, respeitante aos trabalhos mais expressivos da mesma, sem prejuízo da exigência de habilitação noutras classes e subcategorias relativas às restantes obras e trabalhos a executar».* (destacado nosso)

22. Norma que a entidade adjudicante densificou – e bem - no programa de concurso por meio da exigência de que os concorrentes fossem titulares de alvará de empreiteiro de obras públicas com autorização, entre outras, na 1.ª subcategoria da 1.ª categoria de classe correspondente ao valor global da proposta.

² A empresa “Luságua – Serviços Ambientais, SA” é titular de alvará de empreiteiro de obras públicas n.º 57828-PUB, emitido pelo IMPIC. Não possui habilitações na 1ª categoria (Edifícios e património construído). Apenas possui habilitações na 2.ª categoria na classe 4 (vias de comunicação, obras de urbanização e outras infraestruturas) e na 4.ª categoria no máximo da classe 5 (instalações elétricas e mecânicas). Informação obtida no portal da internet do IMPIC, em <http://www.impic.pt/impic/pt-pt/consultar/empresas-titulares-de-alvara-de-empreiteiro-de-obras-publicas>

³ Empresa que é titular do alvará n.º 67663-PUB, emitido pelo IMPIC, o qual engloba, entre outras, habilitações na 1ª categoria de trabalhos (Edifícios e património construído) na classe 5.



- 23.** O que se traduz, em termos práticos, na exigência de alvará da classe 5 (obras até 2.656.000,00€) na 1.ª subcategoria (Estruturas e elementos de betão) da 1.ª categoria de trabalhos (Edifícios e Património Construído)⁴.
- 24.** Tal exigência está em consonância com o tipo de empreitada em causa: a beneficiação de uma estação de tratamento de águas residuais (vulgo, ETAR), sendo entendimento da entidade adjudicante que, como refere o acórdão recorrido, “o núcleo central da empreitada” ou os trabalhos mais expressivos respeitam a trabalhos ao nível das estruturas e elementos de betão da ETAR.
- 25.** O conceito de “trabalhos mais expressivos ou determinantes” da empreitada é-nos dado pelo próprio instituto regulador dos mercados da construção e da contratação pública, conforme resposta a uma pergunta frequente (vulgo, FAQ) disponibilizada no respetivo portal da internet⁵:

«O que se entende por trabalhos mais expressivos, nos termos e para os efeitos do artigo 8º da Lei nº 41/2015, de 3 de junho?

Entende-se como trabalhos mais expressivos, os trabalhos que caracterizam a empreitada e determinam a sua natureza, correspondendo em geral ao valor mais elevado, no âmbito da mesma.

Dá-se como exemplo uma empreitada de montagem de elevadores, em que concorrem os seguintes trabalhos: os trabalhos de construção civil inerentes à construção da caixa de elevador, a própria instalação do equipamento (elevador) e os trabalhos de telecomunicações. Aqui, os trabalhos mais expressivos são a montagem do próprio elevador, que além de determinarem a natureza deste conjunto de trabalhos, enquadrando-se na 11ª subcategoria da 4ª categoria - "Instalações de elevação", assumem igualmente o valor mais elevado.»

⁴ De acordo com a Portaria n.º 119/2012, de 30 de abril, que estabelece as classes de habilitações contidas nos alvarás das empresas de construção bem como os valores máximos de obra que cada uma delas permite realizar.

⁵ In http://www.impic.pt/impic/faqswww/popup_construcao_vii.php.



- 26.** No caso concreto, a empresa “Luságua” apresentou-se a concurso sem estar habilitada com a supramencionada qualificação técnica para a execução dos trabalhos mais expressivos ou determinantes da empreitada. Muniu-se, para o efeito, ao abrigo da faculdade prevista no artigo 3.º, n.º 2 da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, aplicável *ex vi* do artigo 81.º, n.º 2 do CCP, da colaboração de uma outra empresa – a “Construbuild” - que, sendo titular de alvará da 1.ª subcategoria da 1.ª categoria na classe 5, supriria as habilitações em falta para a execução da dita empreitada.
- 27.** Sucede, porém, que, tal como defende o acórdão recorrido, a norma do artigo 383.º, n.º 2 do CCP, que possibilita a subcontratação de trabalhos (no caso, a subempreitada) até 75% do preço contratual, não é uma norma absoluta, pois encontra como limite a norma imperativa do artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, que impõe que a empresa adjudicatária – a empresa titular do contrato de empreitada e responsável, em primeira linha, pela sua execução – seja titular de alvará, pelo menos, para a realização dos trabalhos mais expressivos ou determinantes da empreitada.
- 28.** Em complemento, os subempreiteiros poderão ser responsáveis pelos trabalhos das restantes especialidades, seja por mera opção da empresa subcontratante, seja por necessidade de complementar as qualificações por esta detidas, mas nunca numa lógica de inversão do processo natural, permitindo que um subempreiteiro seja responsável pela parte ou partes mais importantes ou relevantes da empreitada, sem que a empresa subcontratante esteja habilitada para tal.
- 29.** Não é, assim, correta a afirmação do recorrente de que *«o único limite legal à subcontratação resulta do disposto no artigo 383.º do CCP e em especial do n.º 2, que impõe o limite dos 75% do preço contratual»*.
- 30.** Na verdade, existem dois limites legais à subcontratação de empreitadas de obras públicas. Um primeiro limite que podemos designar por limite qualitativo, que proíbe a subcontratação do núcleo central da empreitada traduzido nos trabalhos mais



expressivos da mesma, quando a empresa adjudicatária não está habilitada para a execução dos mesmos. É esse limite que encontramos no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, quando se refere que «*Sem prejuízo do disposto nos artigos 19.º e 20.º, nos procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas, a empresa de construção responsável pela obra deve ser detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global daquela, respeitante aos trabalhos mais expressivos da mesma, sem prejuízo da exigência de habilitação noutras classes e subcategorias relativas às restantes obras e trabalhos a executar*». O que o legislador pretende dizer, a contrario, com a expressão “*sem prejuízo do disposto no artigo 20.º*”, é que a empresa responsável pela execução da obra poderá subcontratar até mesmo os trabalhos mais expressivos da empreitada (ou parte deles), desde que seja detentora de habilitação para a sua execução.

- 31.** Existe ainda um segundo limite às subempreitadas – que designamos por quantitativo – e que tem como objetivo garantir que a empresa responsável pela execução da obra assegure, por meios próprios, a realização de, pelo menos, 25% dos trabalhos da empreitada, limite que encontramos plasmado no artigo 383.º, n.º 2 do CCP. Quer isto dizer que, ainda que a empresa responsável pela execução da obra esteja legalmente habilitada (com alvará emitido pelo IMPIC) para a realização da totalidade dos trabalhos da empreitada (incluindo todas as categorias e subcategorias de trabalhos necessários na classe exigida), não poderá subcontratar a totalidade desses trabalhos, sob pena de agir como um mero intermediário ou prestador de serviços e não como um verdadeiro empreiteiro, o que poria em causa o princípio do *intuitus personae* associado à execução de empreitadas de obras públicas.
- 32.** Argumenta a entidade recorrente – recuperando os argumentos expendidos em sede do processo de fiscalização prévia – que a questão foi dirimida nos tribunais administrativos, tendo sido proferida sentença pelo Tribunal Administrativo e Fiscal de Viseu, já transitada em julgado, em 16.12.2019, no sentido de que «*o recurso à subcontratação é amplamente aceite e permitido, ainda que para a execução de trabalhos de subcategorias ditas “dominantes”*».



- 33.** Sucede, porém, que, tal como explicitado no acórdão recorrido, a jurisdição financeira, a cargo do Tribunal de Contas, e a jurisdição administrativa, da responsabilidade dos tribunais administrativos, são jurisdições distintas, pelo que a referida sentença, que se respeita, não vincula a decisão a proferir no processo de fiscalização prévia por este Tribunal de Contas.
- 34.** Decisão que, quer em 1.ª instância, quer agora na instância de recurso, assenta no pressuposto de que o regime estabelecido no CCP, em matéria de adjudicação de empreitadas de obras públicas, não pode ser desligado do quadro normativo vigente em matéria de regulação do mercado da construção, nomeadamente do estabelecido na citada Lei n.º 41/2015, que estabelece as qualificações mínimas exigíveis para o exercício dessa atividade em território nacional.
- 35.** Razão pela qual, como já se referiu, a norma do artigo 8.º da Lei n.º 41/2015 impõe uma condição *sine qua non* segundo a qual a empresa responsável pela execução da obra deve ser titular de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, respeitante aos trabalhos mais expressivos da mesma.
- 36.** Tal norma tem, como já se referiu, um âmbito de aplicação distinto do limite de 75% previsto para a subcontratação de trabalhos da empreitada, nos termos do artigo 383.º, n.º 2 do CCP, pelo que não pode ser interpretada à luz desta última disposição legal, interpretação essa que condicionou a decisão tomada em sede de jurisdição administrativa.
- 37.** Imaginemos que a empresa adjudicatária era titular de alvará contendo subcategoria em classe que cobria o valor global da obra, respeitante aos trabalhos mais expressivos da mesma. Neste caso, nada a impediria de subcontratar trabalhos até ao citado limite de 75% do preço contratual, incluindo esses trabalhos mais expressivos ou determinantes para os quais se encontrava habilitada.
- 38.** O que o legislador pretende com a citada norma do artigo 8.º é que a empresa esteja qualificada para a realização desses trabalhos; não que os execute necessariamente,



dado que pode optar por subcontratá-los. A exigência feita pelo legislador é a de que *“a empresa de construção responsável pela obra deve ser detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global daquela”*; não que a referida empresa execute, por si própria, tais trabalhos.

- 39.** A norma legal prevista na supracitada Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, que permite o aproveitamento, por parte do adjudicatário, das qualificações detidas por subempreiteiros, apenas vale para os trabalhos de especialidades que complementam a empreitada, mas não para os trabalhos determinantes ou mais expressivos da mesma, dada a limitação importa pelo artigo 8.º da Lei n.º 41/2015.
- 40.** Não se pode, pois, fazer a inferência ou o silogismo de que *«se o legislador permitiu a subcontratação até 75% do preço contratual, não faria qualquer sentido impedir a subcontratação para os trabalhos mais expressivos ou dominantes»*. É que, como se procurou explicitar antes, o limite de 75% visa apenas impedir que uma empresa habilitada para a execução de toda a empreitada resolva subcontratar a totalidade dos trabalhos. Não se pode, pois, aproveitar tal norma para dela deduzir *a contrario*, que é possível subcontratar até 25% dos trabalhos, inclusive os trabalhos mais expressivos ou determinantes, interpretação que colide frontalmente com a norma imperativa do artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, constante do regime legal da atividade da construção, aplicável quer a empreitadas de obras públicas, quer a empreitadas de obras particulares.
- 41.** E as disposições legais invocadas têm a sua lógica: a parte central da empreitada deve ser assegurada pelo empreiteiro principal, que é igualmente responsável perante a entidade adjudicante pela boa execução da totalidade da obra. Os restantes trabalhos, vulgarmente designados de trabalhos de especialidades, podem ser executados por outras empresas de construção, que assumem a posição de subempreiteiros no contrato, respondendo diretamente perante o empreiteiro principal e atuando na dependência deste.



42. Ora, mal se perceberia se, para a execução da parte central da empreitada, determinante em termos técnicos ou mais expressiva em termos financeiros, apenas estivesse habilitado um subempreiteiro (subcontratado), estando, ao invés, o empreiteiro principal no contrato (subcontratante), apenas habilitado para trabalhos menos expressivos ou secundários, o que seria inversamente proporcional à responsabilidade que este último detém no contrato público.

C) Das consequências da falta de habilitação por parte do adjudicatário

43. De tudo o que antecede resulta que, conforme concluiu o acórdão recorrido, a ausência de habilitação, por parte do adjudicatário, para a execução dos trabalhos mais expressivos da empreitada conduz-nos, em termos práticos, à falta de apresentação, por parte daquele adjudicatário, dos documentos de habilitação previstos no artigo 3.º, n.º 1 da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, aplicável ex vi do artigo 81.º, n.º 2 do CCP.

44. E essa falta de apresentação dos documentos de habilitação pelo adjudicatário não pode ser suprida, pelos motivos já expostos, com a mera apresentação de alvará de subempreiteiro.

45. Ora, o artigo 86.º, n.º 1 do CCP comina com a caducidade da adjudicação a falta de apresentação tempestiva dos referidos documentos de habilitação, termos em que, por força do n.º 4 do mesmo artigo, devia ter sido adjudicada a proposta ordenada em lugar subsequente.

46. Caducidade essa que, por não ter sido “substituída” por um novo ato de adjudicação, agora ao concorrente classificado em segundo lugar, determinou, na prática, a inexistência do ato de adjudicação, com as consequências ilustradas pela decisão recorrida: *«Tendo em conta que a “indicação do ato de adjudicação” constitui elemento essencial do contrato e cuja ausência determina a nulidade deste, conforme o disposto no artigo 96.º, n.º 1, alínea b), do CCP, afigura-se evidente que a inexistência do ato de adjudicação deverá produzir, por mais grave, efeito idêntico à*



da omissão da indicação de ato de adjudicação válido – e daí se extrai a consequência da nulidade do próprio contrato».

- 47.** Nulidade essa, como resulta da decisão recorrida, configura um dos motivos de recusa de visto, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
- 48.** E não colhe o argumento do recorrente de que as nulidades a invocar, caso existissem, seriam apenas as do artigo 26.º, n.º 3 da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho. É que estando em presença de um contrato público, são obviamente aplicáveis as causas de nulidade previstas no CCP, nomeadamente no supracitado artigo 96.º, n.º 1, al. b) e n.º 7.
- 49.** A decisão recorrida assentou igualmente – e bem - a recusa de visto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, dado que a insuficiência das habilitações do adjudicatário e a consequente caducidade da adjudicação deveriam ter conduzido a entidade adjudicante à celebração de contrato com o concorrente graduado em lugar subsequente, o que se traduz necessariamente na alteração do resultado financeiro do contrato.
- 50.** Termos em que se discorda da conclusão do recorrente de que *«A adjudicatária tratou-se da empresa classificada em primeiro lugar no âmbito do procedimento, não merecendo o critério de adjudicação ou tramitação do processo qualquer mácula».*
- 51.** É que, como se procurou explicar ao longo do presente acórdão, a adjudicação foi feita a empresa que não estava habilitada para a execução dos trabalhos mais expressivos da empreitada e que, por esse motivo, deveria ter sido excluída do concurso.
- 52.** Consequentemente, a adjudicação teria sido outra e o resultado financeiro do contrato também.

III – DECISÃO



Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto nas alíneas a) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 1.ª Secção, em negar provimento ao recurso, mantendo a recusa de visto ao contrato supra identificado.

São devidos emolumentos pelo recorrente, nos termos do artigo 16.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril).

Lisboa, 30 de junho de 2020

Os Juízes Conselheiros,

(Fernando Oliveira Silva, relator)



(José F. F. Tavares)



(José Santos Quelhas)