

1.ª Secção – PL

Data: 31/01/2023

Recurso Ordinário: 7/2022-RO

Processo: 1259/2022

RELATOR: Conselheiro Alzira Antunes
Cardoso

TRANSITOU EM JULGADO EM 16/02/2023

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

I. RELATÓRIO

1 O Ministério Público interpôs recurso ordinário para o Plenário da 1.ª Secção, ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 96.º da Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas (Lei n.º 98/97, de 26/8¹, doravante LOPTC), da Decisão de 21/09/2022 proferida no processo de fiscalização prévia n.º 1259/2022, que concedeu o visto com recomendação ao contrato de empreitada respeitante a «Ecoparque do Vez – Requalificação das Margens do Rio», celebrado em 18/08/2022 entre o Município dos Arcos de Valdevez e «Baltor – Engenharia e Construção, Lda.», pelo valor de 1.157.259,13€, acrescido de IVA, com o prazo de execução de 365 dias.

2 O Ministério Público apresentou as alegações constantes dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, onde formula as seguintes conclusões:

« 1. A decisão recorrida, ao conceder o Visto ao contrato de empreitada de obra pública apresentado pelo Município de Arcos de Valdevez, relativo ao processo de Fiscalização Prévia n.º 1259/2022, não fez a exata interpretação do regime legal aplicável em termos de habilitação profissional para o exercício da construção, não fez a devida distinção entre

¹ Alterada pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31/10, 1/2001, de 4/1, 55-B/2004, de 30/12, 48/2006, de 29/8, 35/2007, de 13/8, 3-B/2010, de 28/4, 61/2011, de 7/12, 2/2012, de 6/1, 20/2015, de 9/3, 42/2016, de 28/12, 2/2020 e 27-A/2020.

- documentos instrutórios da proposta e documentos de habilitação, não se pronunciou sobre todos os factos, no seu conjunto e, por isso, não teve em linha de conta a ilegalidade da exclusão de um concorrente e a alteração do resultado financeiro do contrato.*
- II. *Os documentos de habilitação só têm de ser apresentados, obrigatoriamente, pelo adjudicatário, conforme resulta do artigo 81.º, n.º 2 do CCP e do artigo 3.º, n.º 1 da Portaria n.º 372/2017, de 14.12 e foi esse entendimento – o qual pode não ter sido, erradamente, levado à prática – que a entidade fiscalizada seguiu ao referir-se ao adjudicatário no artigo 16.º do PP para o qual deu um prazo de 10 dias úteis para “(...) apresentar, diretamente na plataforma eletrónica de contratação pública, os respetivos documentos de habilitação, sob pena da adjudicação caducar, nos termos do artigo 81.º, do CCP”.*
- III. *A decisão recorrida não atendeu ao relatório preliminar, o qual colide, sem qualquer razão aparente com os 1.º e 2.º relatórios finais do júri do concurso, sendo que essa falta de ação prejudicou a decisão e leva a considerar que houve omissão de pronúncia, nos termos do disposto no artigo 608.º, n.º 2, do Código de Processo Civil (CPC), fulminando de nulidade a decisão recorrida, conforme estabelecido na alínea d), do n.º 1, do artigo 615.º do mesmo diploma legal, ambos aplicáveis por força do disposto no artigo 80.º, da LOP-TC.*
- IV. *O júri do concurso e a decisão recorrida são do entendimento que para a concessão do visto ao contrato apresentado pela entidade fiscalizada não é necessário que o adjudicatário detenha qualquer habilitação profissional (v.g. alvará) ou detenha as habilitações profissionais exigidas desde que apresente um terceiro (subcontratado) que detenha tais habilitações – n.º 3 do artigo 20.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho - e que este apresente ao dono da obra, através do adjudicatário, a declaração a que se refere o n.º 4 do artigo 60.º do CCP.*
- V. *O n.º 3 do artigo 20.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, não obstante a redação inicial do artigo 8.º do mesmo diploma legal, não afasta as exigências contidas neste último preceito em relação ao adjudicatário.*
- VI. *O artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, apesar de utilizar a expressão “com exceção (...) do artigo 20.º” mantém a sua condição de proposição jurídica, funcionando como parâmetro normativo adequado para proceder ao controlo do artigo 20.º, designadamente ao preceituado no n.º 3 deste último preceito.*
- VII. *Assim, sendo o artigo 8.º uma norma estruturante e fazendo depender do seu conteúdo o estatuído no n.º 3 do artigo 20.º da Lei n.º 41/2015, de 03.06, temos que a empresa a quem foi adjudicada a obra, através de procedimento de formação de contrato de empreitada de obra pública, podendo recorrer a tantos subempreiteiros (subcontratados) conforme as suas*

- necessidades, não pode deixar de ser detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global daquela, respeitante aos trabalhos mais expressivos da mesma.*
- VIII. *Os subcontratados poderão ter mais ou menos habilitações que a empresa a quem foi adjudicada a obra, mas relativamente aos trabalhos menos expressivos – restantes obras e trabalhos a executar – deverão ter habilitação noutras classes e subcategorias e é, nesse sentido, que essa habilitação pode ser aproveitada pela empresa subcontratante, nos termos do n.º 3 do artigo 20.º da Lei n.º 41/2015, de 03.06.*
- IX. *Cabia à entidade adjudicante, ao verificar que a adjudicatária não detinha as habilitações profissionais exigidas, aplicar o regime previsto no artigo 86.º n.º 1, alínea a) do CPP, ou seja, reconhecer a verificação da caducidade da adjudicação, por facto imputável ao adjudicatário – uma vez que este não tinha as habilitações exigidas nem no ato de adjudicação nem na data da celebração do contrato - e determinar nova adjudicação.*
- X. *A caducidade do ato de adjudicação implica a inexistência desta e, portanto, também a ausência da indicação do ato de adjudicação, o qual constitui elemento integrante do contrato.*
- XI. *Não existindo o ato de adjudicação, por força da sua caducidade, o contrato é nulo, nos termos do disposto nos n.ºs 1, alínea b) e 7 do artigo 96.º do CPP.*
- XII. *A decisão recorrida não verificou esta situação de nulidade e, por isso e no nosso entender, não fez a melhor interpretação e aplicação do regime legal aplicável ao caso concreto.*
- XIII. *Perante esta situação de nulidade que preenche o fundamento de recusa de visto previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea a), da LOP-TC, a decisão recorrida deveria ter determinado a recusa do visto ao contrato submetido a fiscalização.*
- XIV. *Um dos concorrentes, para além de outros, foi excluído pelo júri do concurso do procedimento concursal para adjudicação de empreitada de obra pública, tendo esta sido adjudicada a outro concorrente.*
- XV. *A razão que levou o júri do concurso a excluir este concorrente fundou-se no facto de este não ter identificado na proposta e não ter apresentado nesta o alvará do subempreiteiro que pretendia seleccionar para trabalhos menos expressivos.*
- XVI. *O Programa de Procedimento (PP) ou concurso referia que o “1. O adjudicatário deve apresentar, diretamente na plataforma eletrónica de contratação pública (...), os respetivos documentos de habilitação, no prazo de 10 dias úteis, sob pena da adjudicação caducar, nos termos do artigo 81.º do CCP”.*

XVII. *Donde só na fase pós-adjudicatória ser exigido o que o júri do concurso exigiu antes, sem proceder a qualquer notificação do concorrente para identificar e apresentar as habilitações profissionais do subempreiteiro que pretendia seleccionar.*

XVIII. *No relatório preliminar de análise de propostas, o concorrente excluído nos 1.º e 2.º relatórios finais, ficou classificado em primeiro lugar, com uma pontuação de 8 no fator valia técnica e de 6,579 no fator preço, contra, respetivamente, 7,800 e 4,936 do concorrente a quem foi adjudicada a obra.*

XIX. *O júri do concurso deveria, em relação ao concorrente que excluiu nos 1.º e 2.º relatórios finais, manter no relatório final a posição que tomou aquando da execução do relatório preliminar, ou seja, considerar que a proposta desse concorrente ficou classificada em primeiro lugar em todos os fatores de ponderação (valia técnica e preço) e propor a intenção de adjudicação da empreitada a esse concorrente pelo preço proposto.*

XX. *Estamos perante uma ilegalidade no procedimento, não detetada pela decisão recorrida, que altera o resultado financeiro do contrato submetido à fiscalização prévia do Tribunal de Contas.*

XXI. *A decisão recorrida, nesta parte, não agiu em conformidade com a lei, uma vez que, com fundamento na ilegalidade referida não recusou o visto ao contrato submetido à fiscalização prévia, nos termos do disposto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOP-TC.*

XXII. *A decisão recorrida violou o disposto nos artigos 81.º, n.º 2 e 96, n.ºs 1, alínea b) e 7, ambos do CCP, os artigos 8.º e 20.º, n.º 3, da Lei n.º 41/2015, de 03.06, o artigo 3.º, n.º 1 da Portaria n.º 372/2017, de 14.12, o artigo 44.º, n.º 3, alíneas a) e c) da LOP-TC e o artigo 608.º, n.º 2, do CPC, ex vi do artigo 80.º da LOP-TC.»*

- 3 Admitido o recurso, foram notificados a empresa cocontratante e o recorrido Município dos Arcos de Valdevez, sendo este último para alegar, o que veio fazer através de requerimento apresentado em 15/11/2022, concluindo no sentido da não procedência do recurso.

II. FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

II.1 FACTOS PROVADOS

- 4 Não tendo sido fixada pela instância *a quo* factualidade provada e não provada na decisão recorrida, resultam dos autos os seguintes factos provados:
- a) O Município de Arcos de Valdevez remeteu ao Tribunal de Contas, para efeitos de fiscalização prévia, um contrato de empreitada, respeitante a «*Ecoparque do Vez – Requalificação das Margens do Rio*», celebrado em 18/08/2022 entre essa entidade e

«Baltor – Engenharia e Construção, Lda.», pelo valor de 1.157.259,13€, acrescido de IVA, com o prazo de execução de 365 dias.

- b)** O contrato referenciado foi precedido da realização de concurso público, com anúncio de procedimento publicado no *Diário da República*, II Série, n.º 99 Parte L – Contratos Públicos, de 23/05/2022.
- c)** O procedimento iniciou-se por deliberação (maioritária) da *Câmara Municipal de Arcos de Valdevez*, datada de 12/05/2022, e foi concluído com a homologação do relatório final do júri e da adjudicação da empreitada ao concorrente «Baltor – Engenharia e Construção, Lda.», conforme deliberação camarária, maioritária, de 04/08/2022;
- d)** O programa de procedimento previa:
- a) no seu artigo 7.º, sob a epígrafe “*Documentos que instruem a proposta*”, ponto 1.2., alínea b) o seguinte: “*O concorrente deve indicar na proposta os preços parciais dos trabalhos que se propõe executar correspondentes às habilitações contidas nos alvarás ou nos certificados de empreiteiro de obras públicas, ou nas declarações emitidas pelo INCI, I.P., para efeitos da verificação da conformidade desses preços com a classe daquelas habilitações*”;
 - b) no seu artigo 9.º que “[o] valor para efeito do concurso é de 1.158.811,28 Euros”;
 - c) no seu artigo 16.º é referido: “1. O adjudicatário deve apresentar, diretamente na plataforma eletrónica de contratação pública (...), os respetivos documentos de habilitação, no prazo de 10 dias úteis, sob pena da adjudicação caducar, nos termos do artigo 81.º do CCP, a reprodução dos seguintes documentos: 1.1. (...), 1.2 (...) 1.3. Alvará ou certificado de empreiteiro de obras públicas emitidos pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar, ou seja: O alvará de construção (D.L. 41/2015 de 3 de junho), emitido pelo (IMPIC) deve conter: a) A 4.ª subcategoria da 2.ª categoria, a qual tem de ser de classe que cubra o valor global da proposta; b) (...); c) (...); d) (...)»;
- e)** O júri do procedimento reuniu em 04/07/2022, tendo subscrito o relatório preliminar de análise de propostas, no qual excluiu dois concorrentes e admitiu as propostas apresentadas pelas sociedades comerciais “*Predilethes – Construções, Lda.*” e “*Baltor Steel Metalomecânica, Lda.*”, classificando estas tendo em conta o preço e a valia técnica da proposta;

- f)** A proposta da “*Predilethes – Construções, Lda.*” ficou classificada em primeiro lugar, com uma pontuação de 8 no fator valia técnica e de 6,579 no fator preço, contra, respetivamente, de 7,800 e 4,936 da “*Baltor Steel Metalomecânica, Lda.*”;
- g)** Para o 1.º relatório final, o júri reuniu em 15/07/2022, propondo a exclusão da proposta n.º 1, da concorrente “*Predilethes – Construções, Lda.*”, fundando-se no seguinte:
- «(...) após ponderação (...) entende que a aludida proposta não está instruída de acordo com o exigido pelo Programa de Concurso na medida em que, não sendo titular da 4.ª subcategoria, da 4.ª categoria, refere que irá apresentar subempreiteiro titular das referidas subcategoria e categoria, apenas na fase de habilitação, isto é, em momento pós-adjudicação” e propondo “(...) a adjudicação à única proposta válida, apresentada pelo concorrente n.º 2, Baltor – Engenharia e Construção, Lda. (...)».*
- h)** Para o 2.º relatório final, o júri reuniu em 01/08/2022, mantendo as propostas do 1.º relatório final.
- i)** A sociedade comercial “*Predilethes – Construções, Lda.*” apresentou ao dono da obra, Município de Arcos de Valdevez, a declaração a que se refere o n.º 4 do artigo 60.º do CCP, datada de 09/06/2022, onde refere que detinha alvará que a habilitava para a 4.ª subcategoria, da 2.ª categoria, e na classe 4, a qual, tendo à data o valor de 1.328.000€, cobria o valor global da proposta que era de 1.133.556,70€.
- j)** Mais referia nessa declaração que pretendia selecionar em fase de habilitação um subempreiteiro para a subcategoria 4.ª, da categoria 4.ª, classe 1 (valor máximo 166.000,00€) para a realização de trabalhos relacionados com redes e instalações elétricas de tensão de serviço até 30 kV, no montante de 73.009,20€.
- k)** Em documento impresso a partir do portal do *Instituto dos Mercados Públicos do Imobiliário e da Construção* (IMPIC), em 22/06/2022, observa-se que a sociedade “*Predilethes – Construções, Lda.*” detinha o alvará n.º 36432 -PUB, desde 30/07/2001, que a habilitava, para além do mais, para a 4.ª subcategoria, da 2.ª categoria, e na classe 4, sendo que não estava habilitada para os trabalhos que pretendia subempreitar (1.ª subcategoria, da 4.ª categoria, da classe 1).
- l)** A «*Baltor – Engenharia e Construção, Lda.*» apresentou ao dono da obra, Município de Arcos de Valdevez, a declaração a que se refere o n.º 4 do artigo 60.º do CCP, datada de 13/06/2022, onde se verifica que detinha alvará que não a habilitava para a 4.ª subcategoria.

- m)** Mais referia nessa declaração que selecionara dois subempreiteiros, sendo que um – a “*MetaloViana, Metalúrgica de Viana, S.A.*” – estava habilitado para a subcategoria 4.^a, da categoria 4.^a, classe 6, para trabalhos relacionados com pontes e viadutos metálicos no montante de 5.312.000,00€n
- n)** Em documento impresso a partir do portal do IMPIC, em 23/12/2019, observa-se que a sociedade «*Baltor – Engenharia e Construção, Lda.*» detinha o alvará n.º 59678 -PUB, desde 09/06/2008, que a habilitava, para além do mais, para várias subcategorias, mas não para a 4.^a, da 2.^a categoria, donde não lhe ser atribuída classe para a dita subcategoria 4.^a, por não estar habilitada para esta.
- o)** Para melhor instrução do processo, foi o contrato devolvido à entidade fiscalizada para informar, para além do mais, do seguinte: i) da concreta data em que ocorreu o termo do prazo para a entrega pelo adjudicatário dos documentos de habilitação; ii) da concreta data em que o adjudicatário passou a ser titular do alvará da 4.^a subcategoria, da 2.^a categoria da classe 6.
- p)** Sobre as informações pedidas em sede de devolução do contrato, a entidade fiscalizada/adjudicante respondeu, dizendo o seguinte:
- “2. Informa-se que, atendendo a que a notificação foi efetuada ao adjudicatário em 05-08-2022, o termo do prazo para a entrega dos documentos de habilitação ocorreu em 22-08-2022”;*
- “3. O adjudicatário passou a ser titular do alvará da 4.^a subcategoria da 2.^a categoria da classe 6 no dia 26-08-2022, conforme documento emitido pelo IMPIC, e comprovativo de pagamento das taxas de elevação da classe, que se anexam (...)”*
- q)** Os documentos enviados pela entidade fiscalizada em relação à adjudicatária, demonstram que esta passou a ser titular do alvará 4.^a subcategoria da 2.^a categoria, na classe 4 e não na classe 6, nunca antes de 26/08/2022.
- r)** À data da apresentação dos documentos de habilitação, a adjudicatária não era titular do alvará 4.^a subcategoria da 2.^a categoria, na classe 4.
- s)** À data da outorga do contrato – em 18/08/2018 –, a adjudicatária não era titular do alvará 4.^a subcategoria da 2.^a categoria, na classe 4.

II.2 FACTOS NÃO PROVADOS

- 5 Não há factos que devam ser considerados como não provados.

III. ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 6 A fiscalização prévia da 1.^a Secção do TdC constitui uma competência própria deste tribunal cuja intervenção nessa sede é provocada (dependente de impulso exógeno) e tipificada, por referência a uma previsão normativo-legal que compreende um âmbito subjetivo (entidades) e outro âmbito objetivo (atos e contratos), ambos delimitadores, na sua integração, do que está sujeito a fiscalização prévia — enquadramento estabelecido, nomeadamente, pelas disposições conjugadas dos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), e 46.º a 48.º da LOPTC.
- 7 O contrato objeto deste processo deve ser qualificado como empreitada de obras públicas integrando o âmbito objetivo e subjetivo da fiscalização prévia, em face do disposto nas disposições conjugadas dos artigos 2.º, n.º 1, alínea d), 5.º, n.º 1, alínea c), e 46.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC.
- 8 As conclusões das alegações definem o objeto do recurso e delimitam o âmbito de intervenção do tribunal *ad quem* (artigos 635.º, n.º 4, e 639.º, n.º 1, do Código de Processo Civil - CPC), sem prejuízo das questões passíveis de conhecimento oficioso (artigo 608.º, n.º 2, *ex vi* artigo 663.º, n.º 2, do CPC), normas supletivamente aplicáveis ao presente recurso nos termos do artigo 80.º da LOPTC.
- 9 Na apreciação do recurso, o tribunal *ad quem* apenas está obrigado a resolver as questões que sejam submetidas à sua apreciação, e não a apreciar todos os argumentos produzidos nas alegações e conclusões de recurso, além de que não tem de se pronunciar sobre as questões cuja decisão fique prejudicada, tudo conforme resulta do disposto nos artigos 608.º, n.º 2, e 663.º, n.º 2, do CPC.
- 10 Do teor das conclusões das alegações do recurso extraem-se as seguintes questões essenciais a dirimir:
 - a) se foi ilegal a exclusão por parte da Entidade fiscalizada de, pelo menos, um dos concorrentes com proposta de valor mais baixo, por não ser detentor de todas as qualificações necessárias para a execução dos trabalhos que constituem a obra;
 - b) se existiu preterição por parte da Entidade fiscalizada da obrigação legal de determinar a caducidade da adjudicação, por a adjudicatária não ter demonstrado ser detentora de alvará para os trabalhos a executar no âmbito da 4.^a subcategoria, da 2.^a categoria, em classe 4 (classe que, no caso, cobre o valor global da obra), com a consequente nulidade do contrato por violação do

estabelecido nos artigos 81.º, n.º 2, 86.º, 96.º, n.º 1, alínea b) e 132.º, n.º 1, alínea f), todos do Código dos Contratos Públicos (CCP).

- 11 Antes da análise de tais questões de fundo, cumpre apreciar uma questão prévia, que se prende com a nulidade da decisão recorrida – invocada, ainda que não em separado, pelo recorrente na página 10 e na conclusão III do seu articulado de interposição de recurso.

III.1 Da nulidade da decisão recorrida

- 12 Alega o Recorrente que a decisão recorrida padece de nulidade por omissão de pronúncia, nos termos conjugados dos artigos 608.º, n.º 2 e 615.º, n.º 1, alínea d) do Código de Processo Civil (aplicáveis por remissão do art.º 80.º da LOPTC), uma vez que *“não tomou em linha de conta a intervenção, na sua globalidade, do júri do concurso. Na verdade, não atendeu ao relatório preliminar, o qual colide, sem qualquer razão aparente com os 1.º e 2.º relatórios finais do júri do concurso”*.
- 13 Fundamenta o Recorrente essa sua arguição na argumentação segundo a qual *“no caso concreto, foi submetida à apreciação do Tribunal de Contas a questão da fiscalização do contrato de empreitada apresentado pela entidade fiscalizada, a qual deveria ter sido resolvida tendo em atenção todos os dados que a entidade fiscalizada remeteu para o Tribunal, o que, como vimos, não aconteceu”*.
- 14 Como facilmente se deduz da alegação do recorrente, o que invoca não é um vício do procedimento que conduziu à decisão recorrida ou um vício formal dela própria, mas sim um vício do mérito da própria decisão.
- 15 Ou seja, o recorrente não concorda com o teor da decisão, defendendo que deveria ter analisado com outra ponderação ou relevo determinados elementos probatórios constantes dos autos (nomeadamente o relatório preliminar do júri e a sua discrepância com os relatórios finais), deles retirando consequências diferentes das que vieram a estribar a decisão recorrida.
- 16 A nulidade de omissão de pronúncia ocorre apenas quando o juiz deixa de se pronunciar sobre questões de direito ou factos essenciais que estava obrigado a apreciar na decisão proferida e não quando não faça referência a todo e qualquer facto ou se debruce sobre toda e qualquer questão jurídica que seja levantada pelas partes ao longo do processo.
- 17 Importa aqui convocar a análise feita pelo Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 03/03/2021 (disponível em www.dgsi.pt, com o n.º de processo: 3157/17.8T8VFX.L1.S1): *“as nulidades da decisão não incluem o erro de julgamento seja de facto ou de direito: as nulidades típicas da sentença reconduzem-se a vícios formais decorrentes de erro de atividade ou de procedimento (error in procedendo) respeitante à disciplina legal; trata-se de vícios de formação ou atividade (referentes à*

inteligibilidade, à estrutura ou aos limites da decisão) que afetam a regularidade do silogismo judiciário, da peça processual que é a decisão e que se mostram obstativos de qualquer pronunciamento de mérito, enquanto o erro de julgamento (error in iudicando) que resulta de uma distorção da realidade factual (error facti) ou na aplicação do direito (error juris), de forma a que o decidido não corresponda à realidade ontológica ou à normativa, traduzindo-se numa apreciação da questão em desconformidade com a lei, consiste num desvio à realidade factual [nada tendo a ver com o apuramento ou fixação da mesma] ou jurídica, por ignorância ou falsa representação da mesma”.

- 18 Ora, a decisão recorrida ponderou os elementos constantes dos autos – nomeadamente as decisões proferidas pelo júri do concurso e pela entidade adjudicante – e explanou os motivos pelos quais subscrevia tais decisões, considerando-as conformes à lei.
- 19 Nessa ponderação validou as conclusões do júri do concurso quer quanto à exclusão de duas propostas (uma logo em sede de relatório preliminar, outra já no primeiro relatório final), quer quando à decisão de adjudicação, assim tendo ponderado todos os elementos constantes dos autos.
- 20 Se tal ponderação deve merecer respaldo será questão de fundo a decidir em sede do presente acórdão – no confronto dos argumentos de recorrente e recorrido e de acordo com o enquadramento jurídico que aqui se faça – mas não se vislumbra que tenha a decisão recorrida deixado de se pronunciar sobre qualquer questão que lhe tenha sido submetida a decisão ou que devesse oficiosamente apreciar.
- 21 Não ocorreu, pois, qualquer omissão de pronúncia, pelo que improcede a nulidade arguida pelo Recorrente.

III.2 Da exclusão de concorrentes por falta de demonstração da habilitação própria e de subcontratados

- 22 No concurso público que precedeu a celebração do contrato submetido a fiscalização foram excluídas pelo júri as propostas de dois concorrentes - *Predilethes – Construções, Lda.* e *Oliveiros Grupo, Lda.*.
- 23 A proposta de *Oliveiros Grupo, Lda.* foi excluída em sede de relatório preliminar com base no artigo 70.º, n.º 2, alínea a) do CCP, por ter o júri constatado que à data de apresentação da proposta não era aquele concorrente detentor da habilitação exigida – classe 4, da 4.ª subcategoria, 2.ª categoria – apenas tendo passado a sê-lo posteriormente (a 24/06/2022) e não tendo identificado nem apresentado subempreiteiro que a detivesse.

- 24 A proposta da *Predilethes – Construções, Lda.* foi excluída no relatório final com base no artigo 148.º, n.º 1, *in fine*, do CCP, pois apesar de ter desde logo informado não ser detentora da habilitação exigida mas pretender socorrer-se (em caso de adjudicação) de subempreiteiro que a detivesse, não identificou tal subempreiteiro nem juntou o alvará demonstrativo da detenção por este da habilitação exigida.
- 25 A decisão recorrida entendeu terem sido tais exclusões legais, uma vez que “*nenhum desses concorrentes apresentou os documentos relativos à sua proposta e de habilitação tal como expressamente determinado nas normas concursais.*”. Baseou-se tal conclusão no entendimento segundo o qual “*estando a matéria estipulada naquelas normas, que não infringem as normas legais e com elas se coadunam, são aquelas que regulam em 1.ª linha os trâmites e documentos a apresentar no concurso. Assim, o concorrente Oliveiros Grupos, Lda, não apresentou em termos corretos, junto com a sua proposta, como exigido pelas normas concursais, os documentos de habilitação. O mesmo se diga relativamente ao concorrente Predilethes – Construção, Lda.*”.
- 26 O Recorrente insurge-se contra esta decisão, argumentando que “*na fase antes da adjudicação, relativamente aos documentos de habilitação legal, o concorrente ou proponente não tem a obrigação legal de apresentar tais documentos e só se o dono da obra o exigir, caso tenha razões fundadas para suspeitar de algo, é que o concorrente, depois de notificado para o efeito, deve proceder a tal apresentação.*”.
- 27 O procedimento pré-contratual escolhido pela entidade adjudicante foi o de concurso público, procedimento esse que se caracteriza por ser *unifásico*, pois comporta apenas uma fase de proposta e adjudicação, por contraposição aos procedimentos *bifásicos*, que integram uma primeira fase de candidatura e qualificação, a que se segue uma fase de proposta e adjudicação – assim Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, julho de 2021, p. 494.
- 28 Como explana Pedro Fernández Sánchez (*Direito da Contratação Pública*, volume II, AAFDL Editora, fevereiro de 2021, p. 79-80), a reforma do direito português da contratação pública de 2008 inovou ao separar os momentos de apreciação das propostas e de verificação das habilitações dos concorrentes – “*a lei dispensa a realização de qualquer exame prévio ou liminar aos documentos apresentados pelos concorrentes, permitindo que o júri inicie de imediato, logo que as propostas são abertas, o seu exame integral, tendo em vista a rápida conclusão do procedimento e a prática do ato de adjudicação. (...) o recurso aos três procedimentos mais comuns (ajuste direto, consulta prévia ou concurso público) permite que qualquer formalidade relativa ao exame de documentação referente aos autores das propostas seja adiada para o final do curso procedimental,*

libertando o júri de qualquer averiguação acessória e deixando-o focado na apreciação das condições contratuais que são oferecidas pelo mercado”.

- 29 Tal inovação veio a ser adotada pelo legislador europeu, que nas Diretivas de 2014 consagrou essa mesma separação entre as fases de apreciação das propostas e de avaliação das habilitações.
- 30 Apesar das inegáveis vantagens deste modelo, uma desvantagem decorria do mesmo – as entidades adjudicantes não podiam reagir contra propostas que já soubessem estar condenadas ao fracasso por não serem os proponentes titulares das habilitações necessárias para a adjudicação: relegando-se para momento posterior a verificação de tais habilitações, não poderiam ser excluídas propostas que à partida se saberia que o iriam ser em fase posterior, por falta de habilitação dos proponentes.
- 31 Para obviar a essa consequência, o legislador europeu estatuiu no art.º 59.º, n.º 4 da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, o seguinte:
- 4. A autoridade adjudicante pode solicitar aos proponentes e candidatos a apresentação da totalidade ou de parte dos documentos comprovativos, a qualquer momento do procedimento, se entender que tal é necessário para assegurar a correta tramitação do procedimento.*
- Antes da adjudicação do contrato, a autoridade adjudicante deve, exceto no que respeita aos contratos baseados em acordos-quadro, quando esses contratos sejam celebrados nos termos do artigo 33.º, n.º 3, ou n.º 4, alínea a), exigir que o proponente ao qual decidiu adjudicar o contrato apresente os documentos comprovativos atualizados em conformidade com o artigo 60.º e, se for caso disso, com o artigo 62.º. A autoridade adjudicante pode convidar os operadores económicos a complementar ou a explicitar os certificados recebidos em conformidade com os artigos 60.º e 62.º.*
- 32 Com esta norma, permite-se que a entidade adjudicante possa logo na fase de apreciação de propostas solicitar aos proponentes a apresentação dos documentos de habilitação, assim evitando que tenha de aguardar pela fase de habilitação para o fazer, quando já naquela primeira fase tenha dúvidas quanto à habilitação do proponente.
- 33 Sucede que o legislador português na revisão operada em 2017 não introduziu no ordenamento jurídico nacional aquela possibilidade que a nível europeu passou a estar disponível.
- 34 No Código dos Contratos Públicos não foi introduzida qualquer norma de teor semelhante à do citado art.º 59.º, n.º 4 da Diretiva 2014/24/EU, continuando a estar apenas consagrada no artigo 81.º, n.º 8 a possibilidade de ser exigido “ao **adjudicatário**, ainda que tal não conste do convite ou do programa do procedimento, a apresentação de quaisquer documentos comprovativos da

titularidade das habilitações legalmente exigidas para a execução das prestações objeto do contrato a celebrar” (realce nosso).

- 35 Ora, não só o elemento literal da interpretação (a norma refere-se expressamente ao “adjudicatário”, e não ao proponente ou concorrente) como também o elemento sistemático (insere-se no art.º 81.º, relativo à fase de habilitação, posterior à da análise das propostas) não deixam dúvidas quanto a não poder aplicar-se à fase de apreciação das propostas, mas apenas ao adjudicatário, ou seja, ao concorrente que já tenha sido escolhido após aquela apreciação.
- 36 Esta omissão do legislador, como refere o autor vindo de citar (*ob cit.*, p. 95), “*produz resultados mais dramáticos nos procedimentos sem publicidade internacional*”, sendo que a orientação jurisprudencial que tem vindo a ser adotada pela jurisdição administrativa – exclusão de propostas de concorrentes que à partida se sabe não serem detentores de habilitação, com base nos princípios da celeridade e eficiência do procedimento de contratação pública – se afigura como um “*difícil e inseguro caminho*”.
- 37 Com base na aludida separação entre as fases de avaliação de propostas e de habilitação, Pedro Fernández Sánchez (*ob. cit.*, p. 91) defende que “*será ilícita – tornando anuláveis tanto a peça procedimental que o refira quanto o ato de exclusão que aplique essa exigência* – a cláusula do programa ou do convite que determine a obrigatoriedade de qualquer concorrente apresentar um documento de habilitação no momento da apresentação da proposta” (realce no original).
- 38 Já Pedro Costa Gonçalves (*Direito dos Contratos Públicos*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, julho de 2021, p. 731) admite que a falta de consagração expressa no CCP da faculdade introduzida pelo legislador comunitário não impeça que as peças do procedimento prevejam a possibilidade de a entidade adjudicatária exigir aos concorrentes que comprovem as suas habilitações e até prevejam mesmo a exclusão daqueles que não respondam a tal convite. Tal previsão, porém, fundar-se-á no disposto nos artigos 132.º, n.º 4 ou 189.º, n.º 4 do CCP, tendo a exclusão da proposta de estar expressamente prevista como consequência do incumprimento daquela obrigação, conforme estatuído no art.º 146.º, n.º 2, alínea n), *in fine* (*ob. e loc cits.*, nota de rodapé 852).
- 39 Ora, revertendo para o caso aqui em apreciação, a decisão recorrida considerou legal a exclusão dos dois concorrentes com base no facto de as normas concursais preverem a obrigatoriedade de apresentação dos documentos de habilitação conjuntamente com as propostas, não tendo aqueles concorrentes cumprido com tal obrigação.
- 40 Salvo sempre o devido respeito, não podemos acompanhar a decisão recorrida nesse seu raciocínio, quer por não encontrarmos nas peças concursais aquela obrigação de apresentação

dos documentos de habilitação, quer por nelas não estar expressamente prevista a exclusão da proposta como consequência para o incumprimento de tal suposta obrigação.

- 41** No que toca à primeira questão, a decisão recorrida menciona para aquela sua conclusão os seguintes pontos do Programa de Procedimento:
- a)** art.º 7.º, n.º 1.2, al. c), que previa que o concorrente indicasse na sua *“proposta os preços parciais dos trabalhos que se propõe executar correspondentes às habilitações contidas nos alvarás ou nos certificados de empreiteiro de obras públicas, ou nas declarações emitidas pelo INCI, I.P., para efeitos da verificação da conformidade desses preços com a classe daquelas habilitações”*;
 - b)** art.º 16, n.º 3, no qual se previa que *“o adjudicatário pode apresentar alvarás ou títulos de registo de titularidade de subcontratados, desde que acompanhados de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes”*.
- 42** Ora, lidas as peças concursais (os pontos referidos na decisão recorrida e os demais daquelas peças) não vemos como possa concluir-se que tenha a entidade adjudicante previsto a obrigatoriedade de apresentação das habilitações juntamente com as propostas.
- 43** A indicação dos preços parciais dos trabalhos não implica a junção das habilitações, sendo que a *“verificação da conformidade desses preços com a classe daquelas habilitações”* não pode ser interpretado sem mais como significando a obrigação de junção das habilitações com a proposta.
- 44** Aquela verificação pode perfeitamente ser feita em momento posterior – aquando da habilitação posterior à adjudicação – não podendo ser aquela frase inequivocamente lida como a imposição de uma obrigação de junção das habilitações pelo concorrente juntamente com a proposta.
- 45** Por outro lado, o art.º 16.º refere-se claramente ao “adjudicatário” e não aos concorrentes, sendo aplicável à fase pós-adjudicação e não à fase de análise e apreciação das propostas (como até decorre da sua inserção sistemática no Programa do Concurso – após o art.º 15.º, relativo ao relatório final e decisão de adjudicação).
- 46** Em nenhum outro ponto das peças concursais se vislumbra qualquer cláusula que permita concluir que a entidade adjudicante previu como obrigatória a apresentação dos documentos de habilitação juntamente com a proposta, o que desde logo inviabilizaria a decisão de exclusão das propostas que o não cumprissem.
- 47** Ainda que assim não fosse, porém, e se pudesse subscrever a conclusão da decisão recorrida quanto à existência daquela obrigação nas peças concursais, a exclusão de propostas por incumprimento da mesma apenas poderia fundar-se no disposto no art.º 146.º, n.º 2, alínea n)

do CCP, pelo que só poderia ocorrer se o programa de concurso expressamente cominasse com a exclusão o incumprimento daquela obrigação, como estatui a parte final de tal norma.

- 48 Ora, em nenhuma parte do Programa do Concurso se estatui a exclusão da proposta como sanção para a falta de junção pelo concorrente do comprovativo das habilitações.
- 49 No já citado art.º 16.º do Programa de Concurso a única consequência prevista para a falta de apresentação dos documentos de habilitação é a caducidade da adjudicação (no seu n.º 1, mais uma vez reforçando a conclusão de que se trata de norma aplicável apenas ao adjudicatário e não aos concorrentes), sendo que no n.º 8 de tal art.º 16.º - no qual se prevê a possibilidade de notificação do adjudicatário para que apresente *“quaisquer documentos comprovativos da titularidade das habilitações legalmente exigidas para a execução das prestações objeto do contrato a celebrar, fixando-lhe um prazo para o efeito”* – também nenhuma consequência se prevê para o eventual incumprimento de tal notificação.
- 50 Nos demais artigos do Programa do Concurso e em nenhuma das outras peças concursais se encontra qualquer ponto no qual a entidade adjudicante tenha cominado com a exclusão da proposta a falta de junção dos documentos de habilitação.
- 51 Ora, assim sendo, ainda que se pudesse considerar que estava consagrada nas peças concursais a obrigação de junção com as propostas dos documentos de habilitação e ainda que se defendesse a legalidade de tal cláusula (contrariando a opinião *supra* referida de Pedro Fernández Sánchez), nunca o incumprimento de tal obrigação poderia levar à exclusão das propostas, por falta de previsão expressa de tal consequência, nos termos do art.º 146.º, n.º 2, alínea n), *in fine, a contrario*, do CCP.
- 52 Nessa medida – e ao contrário do decidido na decisão recorrida – a exclusão das propostas por parte do júri do concurso foi ilegal, o que teve inegável influência no resultado financeiro do contrato, na medida em que o valor das propostas excluídas (1.074.948,53€ e 1.133.556,70€) era inferior ao da proposta que veio a ser alvo de adjudicação (1.157.259,13€), o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, constituiria, de *per si*, motivo de recusa de visto ao contrato.

III.3 Da habilitação da empresa adjudicatária e do recurso às habilitações de subcontratados

- 53 Questão diferente – embora diretamente interconexionada com a anterior – é a da falta de demonstração por parte da adjudicatária de ser detentora de alvará para os trabalhos a executar no âmbito da 4.ª subcategoria, da 2.ª categoria, em classe 4 (classe que, no caso, cobre o valor global da obra).

- 54 Como decorre dos factos provados, quer à data da apresentação dos documentos de habilitação (22/08/2022), quer à data da outorga do contrato (18/08/2018), a adjudicatária não era titular do alvará da 4.^a subcategoria da 2.^a categoria, na classe 4, apenas tendo passado a sê-lo em 26/08/2022.
- 55 A decisão recorrida entendeu que esta circunstância não levaria à caducidade da adjudicação, uma vez que o adjudicatário já com a sua proposta apresentara um subempreiteiro que se comprometera a realizar a parte das obras em causa e estava habilitado (tendo-o demonstrado documentalmente) para o fazer.
- 56 Defendeu a decisão recorrida que o caso *sub judice* difere dos anteriormente apreciados por este tribunal (mormente no Acórdão n.º 8/2022, 1.º S – SS, de 22/02/2022), na medida em que aqui *“o interesse público inerente à presunção da garantia da boa execução do contrato, decorrente da titularidade das habilitações legalmente exigidas, fica salvaguardado pela obrigação dos concorrentes apresentarem logo ab initio uma proposta que indica o recurso à subcontratação e a vontade de aproveitamento das habilitações detidas pelos subcontratados, associado à declaração de compromisso que estes últimos têm de prestar. Estando esta possibilidade claramente consignada nas peças do procedimento, ficam também garantidos os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência”*.
- 57 Tem sido decidido de forma constante por este tribunal – veja-se o já citado Acórdão n.º 8/2022, 1.º S – SS, de 22/02/2022, bem como os demais arestos nele citados (nomeadamente o Acórdão n.º 26/2020, 1.^a S/PL, de 26/6, processo n.º 2070/2019, que confirmou a recusa de visto do Ac. n.º 3/2020, 1.^a S/SS, de 20/1) que *“a habilitação primacial ou qualificação do adjudicatário pode ser estabelecida como um limite qualitativo à legitimação técnica e profissional para adjudicar certos trabalhos e de recurso à habilitação de terceiros (subcontratantes), o que não deixa de constituir, nesse sentido, um limite ao recurso à subcontratação por ausência de habilitação própria”*.
- 58 A habilitação é o ato administrativo que verifica o cumprimento dos requisitos legais e regulamentares de ingresso na atividade de construção por parte do requerente, só nesse momento se adquirindo o *status* de empreiteiro de obras públicas que permite a celebração de contratos de empreitadas de obras públicas na categoria, subcategorias e classe em que o empreiteiro se encontre administrativamente habilitado.
- 59 Com efeito, a emissão de um alvará é precedida pela aferição da capacidade técnica e financeira do empreiteiro para a realização de determinadas obras públicas (em função da classe) por parte do *Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P.*, pelo que, como se disse no citado Acórdão n.º 8/2022, *“a exigência, por parte de uma entidade adjudicante, de que os interessados em participar num concurso preencham determinados requisitos de capacidade técnica e/ou financeira destina-se a assegurar que apenas apresentarão proposta idónea as entidades que beneficiem de um conjunto de*

situações, qualidades, características ou outros elementos de facto que, à partida, garantam uma adequada execução do contrato a celebrar”.

60 Por ser assim, a possibilidade de aproveitamento da capacidade de terceiros não pode ser ilimitada, pois de outra forma estar-se-iam a pôr em causa os motivos que levaram à necessidade de demonstração da habilitação do adjudicatário.

61 O art.º 8.º da Lei n.º 41/2015, de 03 de junho 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.”.

62 Já o art.º 20.º desse mesmo diploma tem o seguinte teor:

“1 - Só é permitida a subcontratação de trabalhos a empresas de construção que estejam devidamente habilitadas para o exercício da atividade nos termos da presente lei.

2 - A empresa de construção à qual tenha sido adjudicada uma obra pode, salvo disposição contratual em contrário, recorrer à subcontratação.

3 - A empresa subcontratante aproveita das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas.

4 - As empresas de construção que pretendam recorrer à subcontratação devem previamente comprovar, mediante consulta no sítio na Internet do IMPIC, I. P., ou no balcão único eletrónico dos serviços, as habilitações detidas pelas empresas que pretendam subcontratar, e manter posteriormente em estaleiro o comprovativo dessas habilitações.

5 - O presente artigo não prejudica, em especial, o disposto nos artigos 316.º a 322.º do CCP.”

63 Sobre a conjugação destas duas normas, explanou este tribunal no já mencionado Acórdão n.º 26/2020 que:

“(..) 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.

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.

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».

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”.

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. (...).”

64 Assim, e conforme resumiu o Acórdão n.º 8/2022, resulta da conjugação das citadas normas que:

- . deve ser exigida a subcategoria respeitante ao tipo de trabalhos mais expressivos;
- . a subcategoria respeitante ao tipo de trabalhos mais expressivos terá de ser de classe que cubra o valor global da obra;
- . deve ser exigida habilitação noutras classes e subcategorias relativas às restantes obras e trabalhos a executar; e
- . recorrendo a adjudicatária à subcontratação, aproveita das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas.

65 Ou seja, e continuando a acompanhar aquela anterior decisão, não sendo a adjudicatária detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global da obra é irrelevante que a adjudicatária e a subcontratada possuam as habilitações exigidas e necessárias para o desenvolvimento dos trabalhos especializados em função dos respetivos valores parcelares, pois trata-se de um pressuposto de qualificação (habilitação) mínima ou essencial

da entidade ou empresa que se apresenta a concurso público num procedimento respeitante a um contrato de empreitada de obras públicas.

- 66 A decisão recorrida não pretende pôr em causa o que vem de ser dito e tem sido seguido na jurisprudência invocada, mas diz que o caso aqui em apreço é distinto dos anteriores, uma vez que logo nas peças concursais previa a entidade adjudicante o recurso a terceiros e ao conseqüente aproveitamento das suas habilitações, tendo a adjudicatária logo com a sua proposta identificado estes e comprovado a sua habilitação, o que permitiu à adjudicante ter integral conhecimento daqueles que iriam executar a obra que viria a ser adjudicada.
- 67 Salvo sempre o devido respeito pela posição seguida na decisão recorrida, também nesta parte não a podemos acompanhar.
- 68 Desde logo – e aqui remetendo para o que se disse *supra* na análise da exclusão de propostas – não se vê onde nas peças concursais se tenha previsto como obrigatório que os concorrentes “*indicassem, de forma expressa, na sua proposta*” que iriam aproveitar as habilitações de terceiros, ao contrário do mencionado na decisão recorrida.
- 69 Mais uma vez se realça que:
- a) o art.º 16.º do Programa do Concurso (em cujo n.º 3 se prevê a possibilidade de apresentação de “*alvarás ou títulos de registo de titularidade de subcontratados, desde que acompanhados de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes*”) é uma norma claramente aplicável à fase pós-adjudicação (pela sua interpretação literal e também sistemática) e não reguladora da elaboração e apresentação das propostas;
 - b) no art.º 7.º, n.º 1.2, al. c) da mesma peça concursal nenhuma referência se faz a subcontratados, às suas habilitações ou à possibilidade de aproveitamento destas.
- 70 Ou seja, e ao contrário do que se diz na decisão recorrida, não impendia sobre os concorrentes a obrigação de identificar nas propostas os eventuais subcontratados e de comprovar as habilitações destes, decorrendo da leitura das peças processuais (nomeadamente do n.º 3 do art.º 16.º do Programa do Concurso) que o poderiam fazer apenas na fase de habilitação, após a decisão de adjudicação.
- 71 Assim sendo, cai desde logo por terra o argumento no qual se estriba a decisão recorrida, segundo o qual “*no caso em apreço, o interesse público inerente à presunção da garantia da boa execução do contrato, decorrente da titularidade das habilitações legalmente exigidas, fica salvaguardado pela obrigação dos concorrentes apresentarem logo ab initio uma proposta que indica o recurso à subcontratação e a vontade de aproveitamento das habilitações detidas pelos subcontratados, associado à declaração de compromisso que estes últimos têm de prestar. Estando*

esta possibilidade claramente consignada nas peças do procedimento, ficam também garantidos os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência” (realce nosso).

72 Por esse motivo também não será invocável o acórdão do TJUE de 27/11/2019 (*Tedeschi Srl e Consorzio Stabile Istant Service c. C. M. Service Srl e Università degli Studi di Roma La Sapienza*, processo C-402/18, ECLI:EU:C:2019:1023), pois no caso aqui em apreço não foi imposta pela entidade adjudicante a verificação das habilitações do subcontratado na fase de análise das propostas, nem se estabelece com a interpretação seguida por este tribunal qualquer limitação à subcontratação.

73 Mais uma vez recorrendo à fundamentação do Acórdão n.º 8/2022, reafirma-se que “a interpretação defendida na jurisprudência firmada neste TdC não prejudica a faculdade de subcontratar nem a liberdade de concorrência, antes exige, na aludida ponderação legal e normativa, que as condições de habilitação genérica à prestação da atividade de construção civil e de obras públicas estejam reunidas pela adjudicatária como habilitação a contratar, sob pena de qualquer empresa sem a mínima especialidade e capacitação técnica se apresentar à contratação pública neste domínio, basta que apresente uma mera delegação nos créditos de habilitação alheios, nomeadamente num alvará com habilitação na classe respetiva, como acontecerá no caso em presença.

A jurisprudência deste Tribunal, ao afirmar a existência de limites qualitativos, não coloca entraves à subcontratação nem se vê que esteja em contradição com a jurisprudência comunitária, ao contrário do que tem sido afirmado por alguma doutrina (veja-se João Filipe Graça, “Subcontratação...”, *cit.*).

Com efeito, como acima se sintetizou, a interpretação acolhida não impede que o cocontratante recorra a subempreiteiros para a execução da obra, mesmo na parte essencial desta. Desde que esteja habilitada para a natureza e valor dos trabalhos considerados mais expressivos, pode livremente celebrar contratos de subempreitada, incluindo para esses trabalhos mais expressivos.”

(...)

o resultado da interpretação do direito nacional acolhida neste acórdão e na anterior jurisprudência deste tribunal não leva de modo algum ao mesmo resultado: o adjudicatário continua livre de subcontratar a execução da obra que lhe foi adjudicada, mesmo na parte correspondente aos “trabalhos mais expressivos”.

74 Por outro lado, ainda que as peças concursais previssessem o recurso a terceiros, com a obrigação de os proponentes os identificarem e demonstrarem as suas habilitações logo com as propostas, tal não levaria a que a posição até aqui seguida neste tribunal deixasse de ser válida.

75 Como decorre das decisões anteriormente proferidas, acima citadas, a *ratio* da exigência de que a cocontratante esteja habilitada para a natureza e valor dos trabalhos considerados mais expressivos é essencialmente evitar que qualquer empresa sem a mínima especialidade e capacitação técnica se apresente à contratação pública, apresentando apenas uma mera

delegação nos créditos de habilitação alheios, nomeadamente num alvará com habilitação na classe respetiva.

- 76** Ora, as razões que levam a tal posicionamento são inteiramente válidas mesmo que nas peças concursais se preveja logo *ab initio* a possibilidade de recurso a terceiros e às habilitações destes – mesmo nesse caso, estar-se-ia a abrir a porta à participação de empresas sem especialidade ou capacitação, escoradas apenas na habilitação e capacitação alheias.
- 77** É irrelevante que se conheça a identidade e habilitação do terceiro subcontratado logo desde a fase das propostas ou apenas na fase de habilitação posterior à adjudicação – em qualquer dos casos, o objetivo de evitar que se adjudiquem empreitadas de obras públicas a empresas não detentoras de habilitação para os trabalhos mais expressivos apenas se alcança através da exigência de tal habilitação à cocontratante (que, repete-se, depois será livre de recorrer à subcontratação, dentro dos limites quantitativos estabelecidos).
- 78** Face a este entendimento e como decorrência lógica do mesmo, a decisão recorrida não se pode manter.
- 79** Efetivamente, a cocontratante/adjudicatária não era titular de alvará de empreiteiro de obras públicas contendo autorização em classe que cobrisse o valor global da obra, pelo que deveria ter sido determinada a caducidade da adjudicação, por aplicação conjugada das normas contidas nos artigos 132.º, n.º 1, alínea f), 81.º n.º 2, e 86.º, todos do CCP.
- 80** Caducada a adjudicação, não persistia qualquer fundamento para a celebração do contrato.
- 81** Sem decisão de adjudicação o contrato carece de um elemento essencial, sendo, consequentemente, nulo, nos termos conjugados dos artigos 284.º, n.º 2, primeira parte, e 96.º n.º 1, alínea b), ambos do CCP.
- 82** Tal nulidade seria fundamento absoluto de recusa de visto, que não permite a sua concessão ainda que acompanhada de eventuais recomendações, atento o disposto no art.º 44.º, n.º 3, alínea a) e n.º 4, *a contrario*, da LOPTC.
- 83** Por esse motivo, deve a decisão recorrida ser revogada, assim procedendo o recurso interposto, recusando-se o visto ao contrato submetido a fiscalização prévia nos presentes autos.

IV. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- Julgar improcedente a invocada nulidade da decisão recorrida por omissão de pronúncia;
- Julgar totalmente procedente o presente recurso e, consequentemente:

- i. Revogar a decisão recorrida, proferida em 21/09/2022 no processo de fiscalização prévia n.º 1259/2022;
 - ii. Recusar o visto ao contrato de empreitada respeitante a «*Ecoparque do Vez – Requalificação das Margens do Rio*», celebrado em 18/08/2022 entre o Município dos Arcos de Valdevez e «*Baltor – Engenharia e Construção, Lda.*», pelo valor de 1.157.259,13€, acrescido de IVA, com o prazo de execução de 365 dias;
- Sem emolumentos, face à procedência do recurso, nos termos do disposto no artigo 17.º, n.º 1 do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31-5).
- Registe e notifique.

Lisboa, 31 de janeiro de 2023

Os Juízes Conselheiros,

Alzira Antunes Cardoso – Relator- participou na sessão por videoconferência e assina digitalmente o acórdão.

José Mouraz Lopes – participou na sessão presencialmente e votou favoravelmente o acórdão

Miguel Pestana de Vasconcelos - participou na sessão presencialmente e votou favoravelmente o acórdão