

ACÓRDÃO N.º 08/2011 - 22.Fev.2011 - 1ª S/SS

(Processo n.º 1831/2010)

DESCRITORES: Alvará / Classificação de Empreiteiro de Obras Públicas / Habilitação a Concurso / Documentos / Prazo / Adjudicação / Caducidade / Elemento Essencial / Nulidade / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. Os donos de obras públicas devem assegurar que as obras sejam executadas por detentores de alvarás contendo as habilitações correspondentes à natureza e valor dos trabalhos a realizar, sendo a comprovação dessas habilitações feita pela exibição do respectivo alvará (cfr. art.º 31.º, n.º 3 e 4 do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro).
2. Nos termos do art.º 86.º do CCP, a falta de apresentação de documentos de habilitação no prazo fixado no programa do procedimento determina a caducidade da adjudicação e a obrigação de adjudicar à proposta ordenada em lugar subsequente.
3. A apresentação de um documento de habilitação insuficiente e inidóneo, ou seja, sem as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra, equivale à falta de apresentação do documento de habilitação técnica, cuja consequência é, nos termos da lei, a caducidade da adjudicação realizada.
4. Sem decisão de adjudicação, o contrato carece de um elemento essencial, sendo, conseqüentemente, nulo (cfr. arts. 284.º, n.º 2 do CCP, e 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo).
5. A nulidade é fundamento de recusa de visto nos termos da al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

6. A caducidade da adjudicação e a obrigação legal de adjudicar à proposta ordenada em lugar subsequente conduzem necessariamente à alteração do resultado financeiro do contrato, o que constitui também fundamento da recusa de visto, nos termos da al. c) do n.º 3 do artº 44.º da LOPTC.

Conselheira Relatora: Helena Abreu Lopes



Mantido pelo acórdão nº 12/11, de 15/06/11, proferido no recurso nº 06/11

ACÓRDÃO Nº 8 /11 – 22.FEV-1ª S/SS

Processo nº 1831/2010

I. RELATÓRIO

A *Universidade de Aveiro* remeteu a este Tribunal, para fiscalização prévia, o contrato de empreitada para a construção do *Edifício Complexo Interdisciplinar de Ciências Físicas Aplicadas à Nanotecnologia e à Oceanografia (Departamento de Física-2.ª fase)*, celebrado entre aquela entidade e a sociedade *Transfor II - Engenharia e Construção, S.A.*, pelo preço de € 3.787.317,02, acrescido de IVA.

II. DOS FACTOS

Para além do referido no número anterior, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos:

- a) O contrato foi precedido da realização de concurso público, cujo aviso foi publicado no *Diário da República* em 26 de Junho de 2009, no *Jornal Oficial da União Europeia* em 1 de Julho de 2009 e em 4 jornais de grande circulação;
- b) O preço base do concurso foi fixado em € 3.950.000,00, sem IVA;
- c) De acordo com o artigo 25.º do Programa de Concurso, a adjudicação seria feita por aplicação do critério do mais baixo preço;
- d) Nos termos do artigo 29.º, alínea a)6), do mesmo Programa de Concurso, o adjudicatário deveria apresentar, entre outros documentos de habilitação:



6) Alvarás ou os títulos de registo emitidos pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., contendo as seguintes habilitações adequadas e necessárias à execução do contrato pelo adjudicatário ou por empresa do agrupamento adjudicatário:

Parágrafo único: O adjudicatário pode apresentar as habilitações constantes quer do ponto 6.1), quer do ponto 6.2) subsequentes, a saber:

6.1) Subcategoria em classe que cubra o valor global da obra:

- 2.^a subcategoria (Estruturas metálicas) da 1.^a categoria (Edifícios e património construído);

Subcategorias relativas aos restantes trabalhos a executar e nas classes correspondentes:

- Subcategorias da 1.^a categoria (Edifícios e património construído): 1.^a (Estruturas e elementos de betão), 4.^a (Alvenarias, rebocos e assentamento de cantarias), 5.^a (Estuques, pinturas e outros revestimentos), 6.^a (Carpintarias), 7.^a (Trabalhos em perfis não estruturais) e 8.^a (Canalizações e condutas em edifícios);
- Subcategorias da 4.^a categoria (Instalações eléctricas e mecânicas): 1.^a (Instalações eléctricas de utilização de baixa tensão), 7.^a (Infra-estruturas de telecomunicações), 8.^a (Sistemas de extinção de incêndios, segurança e detecção), 9.^a (Ascensores, escadas mecânicas e tapetes rolantes), 10.^a (Aquecimento, ventilação, ar condicionado e refrigeração) e 12.^a (Redes de distribuição e instalações de gás);
- Subcategorias da 5.^a categoria (Outros trabalhos): 2.^a (Movimentação de terras), 11.^a (Impermeabilizações e isolamentos) e 12.^a (Andaimes e outras estruturas provisórias);

6.2) Empreiteiro geral de edifícios com estrutura metálica da 1.^a categoria (Edifícios e património construído) e em classe que cubra o seu valor global;

- e) O artigo 30.º, n.º 2, do Programa de Concurso estabeleceu que o adjudicatário deveria apresentar os documentos de habilitação exigidos no prazo de dez dias a contar da notificação da decisão de adjudicação;
- f) Não foram juntos aos autos documentos comprovativos do cumprimento de todos os aspectos referidos no artigo 43.º, n.º 5, do Código dos Contratos Públicos¹;

¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, e pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro.



Tribunal de Contas

- g) Foram apresentadas a concurso 14 propostas, das quais foram excluídas 6, por falta de documentos, e 3, por apresentação de proposta de preço superior ao preço base;
- h) As 5 propostas admitidas ficaram assim ordenadas para efeitos de adjudicação²:

Consórcio Ferreira Construções, S.A., e Alberto de Mesquita & Filhos, S.A.	€ 3.725.480,79
Transfor II, S.A.	€ 3.787.317,02
Habitâmega Construções, S.A.	€ 3.874.000,00
Sá Machado & Filhos, S.A.	€ 3.894.999,98
Arlindo Correia & Filhos, S.A.	€ 3.909.844,74

- i) Em 26 de Novembro de 2009, a Reitora da Universidade de Aveiro adjudicou a obra à proposta apresentada pelo Consórcio Ferreira Construções, S.A., e Alberto de Mesquita & Filhos;
- j) Em 11 de Outubro de 2010, após o solucionamento de dúvidas sobre a aprovação dos programas preliminares e dos projectos de execução da obra, o novo Reitor da Universidade confirmou a adjudicação e aprovou a minuta de contrato;
- k) Em 8 de Novembro de 2010, a adjudicatária veio invocar o tempo decorrido desde a adjudicação e a alteração de circunstâncias, motivada pela falência entretanto ocorrida de uma das empresas do consórcio concorrente, declarando-se impossibilitada de cumprir a proposta;
- l) Em 12 de Novembro de 2010, o Reitor da Universidade de Aveiro, face à impossibilidade de contratar com o primeiro classificado, adjudicou a empreitada à proposta que ficou classificada imediatamente a seguir, apresentada pelo concorrente *Transfor II- Engenharia e Construção, S.A.*;
- m) Na mesma data, 12 de Novembro de 2010, o referido concorrente foi notificado para apresentar os documentos de habilitação;

² Cfr. relatório final a fls. 621 e seguintes.



Tribunal de Contas

- n) Os documentos de habilitação do novo adjudicatário foram recebidos na Universidade em 22 de Novembro de 2010 e incluíam o Alvará n.º 57137;
- o) O referido Alvará, a fls.761 dos autos, inclui as seguintes autorizações para a 1.ª Categoria³:
- Empreiteiro Geral ou Construtor Geral de Edifícios de Construção Tradicional, classe 6;
 - Empreiteiro Geral ou Construtor Geral de Reabilitação e Conservação de Edifícios, classe 6;
 - 1.ª Subcategoria, classe 5;
 - 2.ª Subcategoria, classe 5;
 - 3.ª Subcategoria, classe 4;
 - 4.ª Subcategoria, classe 5;
 - 5.ª Subcategoria, classe 5;
 - 6.ª Subcategoria, classe 4;
 - 7.ª Subcategoria, classe 4;
 - 8.ª Subcategoria, classe 4;
 - 9.ª Subcategoria, classe 3;
 - 10.ª Subcategoria, classe 2;
- p) O contrato foi outorgado em 10 de Dezembro de 2010;
- q) Em 12 de Janeiro de 2011, os serviços deste Tribunal questionaram a Universidade sobre a possibilidade de celebração do contrato com o empreiteiro em causa, uma vez que a empresa não era detentora do alvará exigido na classe correspondente ao valor total da obra (2.ª Subcategoria da 1.ª Categoria ou Empreiteiro Geral de Edifícios com Estrutura Metálica (1.ª Categoria));
- r) Em 3 de Fevereiro de 2011, a Universidade referiu a esse respeito⁴:
- “ a) O concorrente apresentou o respectivo alvará correspondente à classe 6- classe que cobre o valor global da proposta – de “Empreiteiro geral ou construtor geral de edifícios de construção tradicional” (...);
b) Apresentou, ainda, em sede do referido alvará, subcategorias próprias, que complementadas com o alvará de um subempreiteiro (...) corresponderam a todas as subcategorias exigidas;

³ O alvará contém ainda autorizações para as 2.ª, 4.ª e 5.ª Categorias, em várias Subcategorias, e como Empreiteiro Geral de Obras de Urbanização.

⁴ Vide ofício n.º 12-ADM/2011, a fls. 768 e seguintes do processo.



c) *Verifica-se, porém, que a classe da 2.^a subcategoria (Estruturas metálicas) da 1.^a categoria (Edifícios e património construído) apresentada pelo concorrente não cobre o valor global da obra;*

d) *Cumprido, contudo, sublinhar que, face aos elementos constantes do referido alvará, o concorrente, actual adjudicatário – “Transfor II-Engenharia e Construção SA” -, é detentor das habilitações requeridas para a obtenção da classificação de “Empreiteiro ou construtor geral de edifícios de estruturas metálicas”, ao abrigo do normativo aplicável, concretamente o artigo 12.º, n.º 2, alínea a), do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, “A classificação em empreiteiro geral ou construtor geral é concedida com base: a) Na classificação das subcategorias determinantes, podendo, no limite e em função da apreciação que resulte das alíneas seguintes, ser concedida até duas classes acima da classe mais elevada detida naquelas subcategorias;”;*

(...)

f) *Por outro lado, resulta dos elementos constantes do alvará apresentado pelo concorrente que as classes das subcategorias determinantes para a obtenção da classificação de “Empreiteiro geral ou construtor geral de edifícios com estrutura metálica”, respectivamente, 2.^a (Estruturas metálicas) e 4.^a (Alvenarias, rebocos e assentamento de cantarias) são (...) 5 (cinco) e 5 (cinco);*

g) *Parece-nos, assim, legítimo concluir, de forma inequívoca, que o concorrente, à luz do citado normativo, detém, efectiva e materialmente, as habilitações inerentes a “Empreiteiro geral ou construtor geral de edifícios com estrutura metálica”, no mínimo, em classe 6, logo, em classe que cobre o valor global da proposta apresentada;*

(...)

Em conclusão, o adjudicatário detém, nos termos explanados, as condições necessárias e exigíveis para a integral execução da presente empreitada.”

s) Na mesma data, 3 de Fevereiro de 2011, a empresa adjudicatária dirigiu à Universidade da Aveiro uma mensagem *fax* sobre a matéria⁵, na qual se refere:

“(...) Na análise do processo referente à obra em questão na fase do concurso, não nos ocorreu dúvidas sobre a capacidade de execução dos trabalhos relativos às especialidades pretendidas.

Analisando os valores da obra e as respectivas sub-categorias determinantes entendíamos e continuamos a entender que a empresa tem

⁵ Vide fls. 773.



efectivamente a capacidade de execução dos respectivos trabalhos, sendo certo que, como podemos verificar nas declarações anexas, a Transfor II, Engenharia e Construção, SA, é detentora das habilitações determinantes para obtenção da Categoria de Empreiteiro ou Construtor de edifícios de estruturas metálicas pelo menos na classe 6, visto as determinantes serem a 2.ª subcategoria da 1.ª e a 4.ª subcategoria da 1.ª e nelas possuímos a classe 5 sendo que a classificação de empreiteiro geral de estruturas metálicas depende da posse cumulativa destas sub-categorias determinantes.

Mais acresce que os valores dos trabalhos da obra se encontram totalmente enquadrados nas classes respectivas, conforme se constata na declaração de sub-categorias.

Assim, decorre da exposição supra que se encontravam reunidos os pressupostos materiais determinantes para a obtenção da categoria de Empreiteiro ou Construtor de edifícios de estruturas metálicas (...)”

- t) Foi ainda junta uma declaração da AECOPS, Associação de Empresas de Construção, Obras Públicas e Serviços⁶, do seguinte teor:

“A pedido da empresa nossa associada TRANSFOR II – ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO, SA, pessoa colectiva n.º 508155096, declaramos que, na presente data, 28 de Janeiro de 2011, a titular do alvará de construção n.º 57137, sendo detentora das habilitações determinantes para o pedido de obtenção de Empreiteiro ou Construtor Geral de Edifícios de Estruturas Metálicas:

1.ª Categoria – Edifícios e Património Construído

Subcategorias

2.ª Estruturas Metálicas

4.ª Alvenarias rebocos e assentamento de cantarias”

- u) Em 3 de Fevereiro de 2011, a adjudicatária subscreve ainda uma outra declaração⁷, declarando que “o valor dos trabalhos a efectuar na obra relativos às subcategorias em que eles estão inseridos se enquadra na classe do nosso alvará”. Segue-se um mapa com a quantificação dos trabalhos correspondentes a cada subcategoria e a indicação do alvará detido e respectiva classe;

- v) A consignação da obra ocorreu em 3 de Janeiro de 2011⁸;

⁶ Vide fls. 774.

⁷ Vide fls. 775.

⁸ Cfr. auto de consignação a fls. 779 do processo.



- w) O prazo de execução da obra é de 539 dias, contados a partir da data da consignação⁹;
- x) A obra foi objecto de um contrato de financiamento celebrado entre a *Universidade de Aveiro* e o *Programa Operacional Temático Valorização do Território*, tendo por finalidade a concessão de uma comparticipação financeira do FEDER, o qual estabelece 30 de Junho de 2011 como data da conclusão física da operação e 30 de Setembro de 2011 como data da conclusão financeira da mesma¹⁰.

III. FUNDAMENTAÇÃO

1. Das habilitações técnicas

A questão que importa resolver neste processo é a de saber se o adjudicatário detém as habilitações técnicas que foram exigidas como adequadas e necessárias à execução da obra.

1.1. Das habilitações técnicas a exigir

Nos termos do artigo 81.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos, no procedimento de formação de quaisquer contratos de empreitada de obras públicas o adjudicatário deve apresentar os alvarás ou os títulos de registo emitidos pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., contendo as habilitações *adequadas e necessárias* à execução da obra a realizar.

O artigo 132.º, n.º 1, alínea f), do mesmo Código estabelece que o programa do concurso deve indicar os documentos de habilitação, directamente relacionados com o objecto do contrato a celebrar, a apresentar nos termos do artigo 81.º.

Sobre as habilitações técnicas adequadas e exigíveis, o artigo 31º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei nº 12/2004, de 9 de Janeiro, dispõe o seguinte:

“1 - Nos concursos de obras públicas e no licenciamento municipal, deve ser exigida uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais

⁹ Cfr. cláusula terceira do contrato.

¹⁰ Cfr. contrato de financiamento a fls. 797 e seguintes do processo.



Tribunal de Contas

expressivo, sem prejuízo da eventual exigência de outras subcategorias relativas aos restantes trabalhos a executar e nas classes correspondentes.

2 - A habilitação de empreiteiro geral ou construtor geral, desde que adequada à obra em causa e em classe que cubra o seu valor global, dispensa a exigência a que se refere o número anterior.”

Resulta destas normas que:

- Compete ao dono da obra definir, em cada caso, quais são as habilitações técnicas *adequadas e necessárias* à realização da obra;
- Essa definição deve ser explicitada no Programa do Concurso, assumindo, a partir daí, uma natureza regulamentar;
- As referidas habilitações são exigidas por referência a alvarás ou títulos de registo *emitidos pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P.*;
- Para o *valor global da obra* só pode ser exigido alvará de uma única subcategoria, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo;
- Em alternativa à posse desse alvará na subcategoria, o concorrente pode concorrer e ser contratado como empreiteiro geral ou construtor geral, desde que essa habilitação seja *adequada* à obra e em *classe que cubra o seu valor total*.
- Podem ser exigidos alvarás em outras subcategorias, para trabalhos a executar, mas, nesse caso, as classes exigidas são as correspondentes ao valor parcelar desses trabalhos especializados.

Nos termos do referido Decreto-Lei n.º 12/2004, as habilitações nas várias categorias e subcategorias são atribuídas por *classes*, as quais definem o valor dos trabalhos que os seus titulares ficam habilitados a realizar.

À data da realização do contrato, as classes das habilitações contidas nos alvarás de construção, e os correspondentes valores, estavam fixadas da seguinte forma¹¹:

Classes das habilitações	Valores das obras (em euros)
1	Até 166 000
2	Até 332 000
3	Até 664 000
4	Até 1 328 000

¹¹ Cfr. Portaria n.º 21/2010, de 11 de Janeiro. Estes escalões foram mantidos pela Portaria n.º 57/2011, de 28 de Janeiro.



Classes das habilitações	Valores das obras (em euros)
5	Até 2 656 000
6	Até 5 312 000
7	Até 10 624 000
8	Até 16 600 000
9	Acima de 16 600 000

Refira-se ainda que o artigo 81.º, n.º 5, do Código dos Contratos Públicos admite que o adjudicatário de um contrato de empreitada possa não ser titular do alvará ou do título de registo emitido pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, mas apenas quando, cumulativamente:

- Seja nacional de Estado signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu ou do Acordo sobre Contratos Públicos da Organização Mundial de Comércio;
- Apresente uma declaração, *emitida pelo Instituto da Construção e do Imobiliário*, comprovativa de que pode executar a prestação objecto do contrato a celebrar, por preencher os requisitos que lhe permitiriam ser titular de um alvará ou de um título de registo contendo as habilitações adequadas à execução da obra a realizar.

1.2. Das habilitações técnicas exigidas

Como se apontou na alínea d) da matéria de facto, no procedimento em análise exigiu-se que o adjudicatário fosse titular de alvará ou título de registo emitido pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, com uma das seguintes habilitações:

- Alvará da 2.ª subcategoria (*Estruturas Metálicas*) da 1.ª categoria (*Edifícios e Património Construído*) para o valor global da obra, acrescido de autorizações em diversas subcategorias das 1.ª, 4.ª e 5.ª categorias, estas para os valores parcelares dos trabalhos;
- Alvará de Empreiteiro Geral de *Edifícios com Estrutura Metálica*, da 1.ª categoria, em classe correspondente ao valor global da obra.

Refira-se que, tal como consta da Portaria n.º 19/2004, de 10 de Janeiro, há, na 1.ª categoria (*Edifícios e Património Construído*), 4 classificações possíveis como Empreiteiro Geral ou Construtor Geral:

- a) Empreiteiro Geral ou Construtor Geral de *Edifícios de Construção Tradicional*;
- b) Empreiteiro Geral ou Construtor Geral de *Edifícios com Estrutura Metálica*;



- c) Empreiteiro Geral ou Construtor Geral de *Edifícios de Madeira*;
- d) Empreiteiro Geral ou Construtor Geral de *Reabilitação e Conservação de Edifícios*.

No âmbito da classificação de Empreiteiros Gerais, a entidade adjudicante considerou como *adequada* à realização da obra a habilitação referida na alínea b) que antecede e nenhuma das outras três, tendo ficado vinculada a esse juízo através da sua consagração no Programa do Concurso.

No que se refere às classes, sendo o valor da adjudicação de € 3.787.317,02, a classe necessária para a realização do valor global da obra é a classe 6¹², variando a classe exigível para os trabalhos especializados de acordo com o respectivo valor parcelar.

1.3. Das habilitações detidas pelo adjudicatário

O alvará apresentado pelo adjudicatário, emitido pelo Instituto da Conservação e do Imobiliário¹³, evidencia que o mesmo está habilitado ao desenvolvimento de trabalhos da 2.^a subcategoria (*Estruturas Metálicas*) da 1.^a categoria (*Edifícios e Património Construído*), mas apenas *na classe 5*. Ou seja, está habilitado a desenvolver esses trabalhos até ao montante de € 2 656 000,00.

Recorde-se que foi este o tipo de trabalhos considerado mais expressivo e que, por isso, foi exigido que esta autorização fosse detida em classe correspondente ao valor global da obra. Sendo o valor global da obra de € 3.787.317,02, e a classe necessária para esse valor a classe 6, conclui-se facilmente que a habilitação detida não é suficiente.

É, por isso, irrelevante que a adjudicatária possua as habilitações exigidas e necessárias para o desenvolvimento dos trabalhos especializados¹⁴, em função dos respectivos valores parcelares, como vem declarar no documento referido na alínea u) do probatório, e já estava, aliás, comprovado no processo, pois tais habilitações só seriam suficientes se acompanhadas de autorização para desenvolver trabalhos da 2.^a subcategoria da 1.^a categoria *na classe 6*.

Em alternativa, e como vimos no ponto anterior, poderia o adjudicatário ser titular de alvará de Empreiteiro Geral de *Edifícios com Estrutura Metálica*, da 1.^a categoria, em classe correspondente ao valor global da obra.

¹² Vide ponto III.1.1.

¹³ Vide alínea o) do ponto II e fls. 761 do processo.

¹⁴ Uma dessas habilitações é preenchida por um subempreiteiro.



Ora, o alvará apresentado¹⁵ evidencia que o adjudicatário está, na 1.^a categoria, habilitado apenas como Empreiteiro ou Construtor Geral de *Edifícios de Construção Tradicional* e como Empreiteiro Geral ou Construtor Geral de *Reabilitação e Conservação de Edifícios*.

Não se comprova que esteja habilitado como Empreiteiro Geral de *Edifícios com Estrutura Metálica*, que, como vimos, corresponde a uma outra classificação da 1.^a categoria, e que foi a única que foi definida como *adequada e necessária* à realização da obra em apreço.

Conclui-se, pois, que o adjudicatário não detém as habilitações técnicas exigidas e necessárias à execução da obra contratada.

1.4. Da alegada detenção *material* das habilitações exigidas

Veio alegar-se que o concorrente, e agora adjudicatário, “*detém, efectiva e materialmente*”¹⁶, *as habilitações inerentes a “Empreiteiro geral ou construtor geral de edifícios com estrutura metálica”, no mínimo, em classe 6, logo, em classe que cobre o valor global da proposta apresentada* “¹⁷.

Fundamenta-se esta alegação na pretensão e afirmação de que a empresa, embora não seja efectivamente detentora do alvará de Empreiteiro Geral de *Edifícios com Estrutura Metálica*, poderia, no entanto, sê-lo.

E pretende-se que poderia sê-lo por ser detentora das habilitações determinantes para a obtenção da categoria de Empreiteiro Geral de *Edifícios com Estrutura Metálica*.

Conforme vem largamente repetido, e resulta, aliás, claramente, das normas aplicáveis, a classificação em Empreiteiro Geral de *Edifícios com Estrutura Metálica*, depende da posse cumulativa das subcategorias determinantes, que, no caso, são a 2.^a subcategoria da 1.^a categoria (*Estruturas Metálicas*) e a 4.^a subcategoria da 1.^a categoria (*Alvenaria, Rebocos e Assentamento de Cantarias*)¹⁸.

O adjudicatário é detentor destas subcategorias, ambas em classe 5.

Pretende-se, por outro lado, demonstrar que o adjudicatário poderia obter a classificação em Empreiteiro Geral de *Edifícios com Estrutura Metálica* na classe necessária (classe 6), uma vez que, não obstante deter as subcategorias determinantes na classe 5, o disposto no artigo 12.º, n.º 2, alínea a), do Decreto-Lei n.º 12/2004 permite que a classificação de empreiteiro geral seja concedida,

¹⁵ Vide alínea o) do ponto II e fls. 761 do processo.

¹⁶ Sublinhado nosso.

¹⁷ Cfr. alíneas r, s) e t) da matéria de facto.

¹⁸ Cfr. artigo 12.º, n.º 2, alínea a), do Decreto-Lei n.º 12/2004 e n.º 2 da Portaria n.º 19/2004.



Tribunal de Contas

no limite, até duas classes acima da classe mais elevada detida naquelas subcategorias.

Não se contesta, em face dos argumentos aduzidos, que o empreiteiro em causa detém requisitos para requerer a classificação de Empreiteiro Geral de *Edifícios com Estrutura Metálica*, nem que ele pudesse, com um razoável grau de probabilidade, obtê-la.

No entanto, trata-se de um juízo de probabilidade falível, por várias razões:

- A classificação em causa é concedida, não apenas com base na detenção das subcategorias determinantes, mas também em função dos elementos referidos nas alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, em que se incluem um juízo sobre a capacidade de coordenação, avaliada pela experiência profissional detida pelo empresário ou pelos representantes legais da sociedade e pelos seus técnicos em funções de gestão e coordenação de obras, e sobre o quadro de pessoal da empresa;
- A avaliação e decisão sobre a classe a atribuir é casuística e depende da apreciação realizada sobre aqueles elementos;
- Trata-se de uma decisão a tomar pelo *Instituto da Construção e do Imobiliário*, que ninguém pode antecipar.

De qualquer modo, resulta claro da legislação aplicável que nos procedimentos de formação de contratos de empreitada de obras públicas o adjudicatário deve apresentar os alvarás ou os títulos de registo *emitidos pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P.*, contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar, não bastando invocar ou demonstrar que os poderia obter¹⁹.

Para além das normas já anteriormente referidas, o n.º 3 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, é bastante incisivo na afirmação de que “*Os donos de obras públicas (...) devem assegurar que as obras sejam executadas por detentores*²⁰ *de alvará ou título de registo contendo as habilitações correspondentes à natureza e valor dos trabalhos a realizar (...)*”.

E o n.º 4 do mesmo artigo estabelece que “*a comprovação das habilitações é feita pela exibição do original do alvará ou do título de registo, sem prejuízo de outras exigências legalmente previstas (...)*”

Esses alvarás são apenas os emitidos pelo referido Instituto.

De resto, mesmo no caso de concorrentes nacionais de outros Estados, que não sejam possuidores dos alvarás emitidos pelo Instituto referido, exige-se uma declaração, emitida pelo mesmo *Instituto da Construção e do Imobiliário*, comprovativa de que podem executar a prestação objecto do contrato a celebrar

¹⁹ Cfr. ponto III.1.1.

²⁰ Sublinhado nosso.



por preencherem os requisitos que lhes permitiriam ser titulares de um alvará ou de um título de registo contendo as habilitações adequadas à execução da obra²¹. Ou seja, mesmo nesse caso, a efectiva posse do alvará só pode ser substituída por um juízo sobre a detenção dos requisitos necessários para o obter, quando esse juízo seja efectuado e formalizado pelo *Instituto da Construção e do Imobiliário*.

Não é, pois, legalmente consentido nem possível aceitar as alegações apresentadas, ou declarações de outras entidades, de que o adjudicatário não tem, mas poderia ter, as habilitações necessárias para a execução da obra.

Refira-se, por fim, que, ao invés do que resultava do regime legal anterior, em que a posse das habilitações técnicas era avaliada no decurso do concurso público e pressupunha a apresentação dos alvarás juntamente com a proposta, o regime introduzido pelo actual Código dos Contratos Públicos prevê que, nos concursos públicos, o alvará deva ser apresentado pelo adjudicatário apenas após a adjudicação.

Isto significa que o concorrente a um concurso para a realização de uma obra pública, que não seja titular de uma habilitação exigida, mas que considere que a pode obter, poderá ainda dispor do tempo de decurso do procedimento para diligenciar pela sua obtenção.

No entanto, deverá ponderar, de forma séria, o não desenvolvimento de diligências nesse sentido bem como o risco de insucesso, face, nomeadamente, à dilação temporal necessária, já que, se não obtiver o alvará necessário e não o puder apresentar, está sujeito às sanções previstas nos artigos 456.º e 460.º do Código dos Contratos Públicos.

Foi o que sucedeu no caso, já que, embora podendo fazê-lo, não consta que o concorrente tenha diligenciado durante o procedimento pela obtenção do alvará exigido, não o obteve e não pôde apresentá-lo, quando notificado para o efeito.

E, considerando o elevado número e classe dos alvarás efectivamente detidos pelo adjudicatário, tem de concluir-se que se trata de um empreiteiro de obras públicas de considerável dimensão, que não pode desconhecer a necessidade de comprovar a habilitação com as autorizações necessárias e exigidas para poder ser contratado pela Administração Pública.

2. Da relevância da ilegalidade verificada

Conforme decorre do exposto, o adjudicatário não comprovou a posse do alvará exigido, tendo o contrato em causa sido celebrado com um co-contratante que

²¹ Cfr. ponto III.1.1. e artigo 81.º, n.º 5, alínea a), do Código dos Contratos Públicos.



Tribunal de Contas

não dispõe das habilitações técnicas adequadas e necessárias à realização da obra.

Como já acima referimos, o n.º 3 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 31/2004 determina que os donos de obras públicas devem assegurar que as obras sejam executadas por detentores de alvarás contendo as habilitações correspondentes à natureza e valor dos trabalhos a realizar e o n.º 4 do mesmo artigo estabelece que a comprovação dessas habilitações é feita pela exibição do respectivo alvará.

Tendo em vista a verificação em causa, o artigo 132.º do Código dos Contratos Públicos determina que o programa de cada concurso público deve indicar o prazo para a apresentação dos documentos de habilitação pelo adjudicatário.

No caso, esse prazo era de dez dias a contar da notificação da decisão de adjudicação, tendo a notificação sido feita em 12 de Novembro de 2010 e a entrega dos documentos em 22 de Novembro de 2010²².

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 procedimento²³ determina a *caducidade* da adjudicação e a obrigação de adjudicar à proposta ordenada em lugar subsequente.

No caso, como já vimos, o alvará entregue não continha as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar, devendo, assim, considerar-se que não foi apresentado documento de habilitação técnica idóneo para os efeitos previstos no artigo 81.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos.

Estamos, pois, perante a apresentação de um documento de habilitação insuficiente e inidóneo, que, para os efeitos em causa, equivale à falta de apresentação do documento necessário.

E deve também dizer-se que essa falta é integralmente imputável ao adjudicatário que, desde o início do procedimento, conhecia qual era a habilitação exigida e, sabendo não a deter, não se absteve de concorrer nem diligenciou pela sua obtenção.

A consequência é, nos termos da lei, a caducidade da adjudicação realizada.

Caducada a adjudicação, não há qualquer fundamento para a celebração do contrato.

Os contratos públicos só podem ser celebrados com precedência de um procedimento de escolha e de um acto de adjudicação que o culmine.

²² Cfr. alíneas e), m) e n) do probatório.

²³ Ou, nas circunstâncias referidas no n.º 3 do artigo, em prazo adicional fixado pelo órgão competente.



Conforme refere o artigo 96.º, n.º 1, alínea b), do Código dos Contratos Públicos, o próprio contrato deve conter, *sob pena de nulidade*, a indicação do acto de adjudicação que o fundamenta.

Se o contrato é nulo quando não contenha essa referência, mesmo num caso em que o acto de adjudicação exista, por maioria de razão esse contrato será nulo quando o acto de adjudicação não exista. Ora, é o que sucede quando esse acto caducou, por força da própria lei.

De resto, a *nulidade do contrato* sempre decorreria do disposto nos artigos 284.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos e 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, já que a adjudicação é um acto legalmente decisivo e um elemento essencial para que a celebração do contrato seja possível. Sem decisão de adjudicação, o contrato carece de um elemento essencial e, conseqüentemente, é nulo.

A nulidade é fundamento de recusa de visto, como estabelece a alínea a) do n.º 3 do artigo 44º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)²⁴.

Por outro lado, a contratação de um empreiteiro sem as habilitações técnicas consideradas adequadas e necessárias é susceptível de prejudicar a realização da obra nas condições adequadas.

Por último, a caducidade da adjudicação e a obrigação legal de adjudicar à proposta ordenada em lugar subsequente conduzem necessariamente à alteração do resultado financeiro do contrato.

Ora, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, constitui fundamento da recusa de visto a “*ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro*”, o que se verifica no caso.

3.Outras deficiências

Acresce que no presente processo não foram suficientemente esclarecidos:

- a) O cumprimento do disposto no artigo 43.º, n.º 5, do Código dos Contratos Públicos²⁵;
- b) A comprovação do financiamento da obra, uma vez que o contrato de financiamento comunitário junto, estabelece como condição desse financiamento a conclusão da obra a 30 de Junho de 2011 e a

²⁴ Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, 35/2007, de 13 de Agosto, e 3-B/2010, de 28 de Abril.

²⁵ Cfr. alínea f) do probatório.



conclusão da respectiva execução financeira a 30 de Setembro de 2011, o que, atenta a data da consignação e o prazo de execução da empreitada, é impossível de ser cumprido²⁶.

IV. DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e nos termos do disposto nas alíneas a) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas²⁷.

Lisboa, 22 de Fevereiro de 2011

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(António Santos Soares)

(João Figueiredo)

²⁶ Cfr. alíneas v), w) e x) da matéria de facto.

²⁷ Aprovado pelo 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.



Tribunal de Contas

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)

(Jorge Leal)