



Transitado em julgado em 12-02-2018

ACÓRDÃO N.º 4 /2018-22.JAN-1.ª S/SS

Processo n.º 3656/2017

Relator: Alziro Antunes Cardoso

*

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

I – RELATÓRIO:

1. O Município de Espinho submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas um contrato de empreitada tendo por objeto as obras de “*Conclusão das Redes de Abastecimento de Água, de Drenagem de Águas Residuais e Ramais Domiciliários no Concelho de Espinho*”, celebrado em 3 de novembro de 2017, entre essa entidade e MAJOBÉR – Sociedade de Construção Civil e Obras Públicas, Lda, pelo valor de 1 281 596,70 € (S/IVA), com um prazo de execução de 425 dias, a contar da data da consignação que ainda não ocorreu.
2. Foram suscitadas dúvidas quanto à falta de habilitação do adjudicatário.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

– DE FACTO:

3. Com relevo para a presente decisão, e para além do já inscrito no precedente relatório, consideram-se assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:



- a) O contrato submetido a fiscalização foi precedido da realização de concurso público, cujo anúncio foi publicado no *Diário da República* em 14 de junho de 2017;
- b) O preço base do concurso foi fixado em € 1.299.294,79, sem IVA;
- c) Foi estabelecido na cláusula 14.^a, n.º 1, alínea f), do Programa de Concurso que o adjudicatário deveria apresentar, no prazo de 5 dias úteis após a notificação da adjudicação, entre outros documentos de habilitação:
- Alvará ou título de registo emitido pelo IMPIC, I.P contendo as seguintes habilitações:
 - **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;
 - **1.^a e 19.^a subcategoria da 4.^a categoria.**
- d) Apresentou-se a concurso apenas a sociedade MAJOBBER – Sociedade de Construção Civil e Obras Públicas, Lda;
- e) A adjudicatária MAJOBBER – Sociedade de Construção Civil e Obras Públicas, Lda é titular do alvará n.º 227-PUB, o qual não confere à referida sociedade habilitação para a 4.^a categoria;
- f) Na 2.^a categoria, inclui as seguintes habilitações:
- 1.^a subcategoria, classe 3;
 - 6.^a subcategoria (saneamento básico), classe 3;
 - 8.^a subcategoria, classe 1;
 - 10.^a subcategoria, classe 2.
- g) A adjudicatária juntou “*Declaração de Compromisso*” na qual declara subcontratar para a execução dos trabalhos da categoria 4.^a, subcategorias 1.^a e 19.^a, a sociedade ENERGY- Comércio e Instalações Técnicas, Lda e esta declarou assumir, incondicionalmente, a execução dos referidos trabalhos;



h) A sociedade ENERGY- Comércio e Instalações Técnicas, Lda é titular do alvará n.º 80413-PUB que, entre outras, incluiu as seguintes habilitações, para a execução de trabalhos da 4.ª categoria:

1.ª subcategoria, classe 2;

19.ª subcategoria, classe 2.

i) Em sessão diária de visto de 28 de dezembro de 2017, o presente contrato foi devolvido ao Município de Espinho com a seguinte questão:

Esclareça, como considerou possível adjudicar a presente empreitada sem que o adjudicatário e nem o subempreiteiro por si constituído, estejam habilitados com alvará que cubra o valor global da proposta em nenhuma das subcategorias exigidas e por que motivo não foi determinada a caducidade da adjudicação, nos termos do disposto no artigo 86.º do CCP.

Em resposta, veio a entidade fiscalizada, a coberto do ofício n.º 69/03/1081, de 8 de janeiro de 2018, esclarecer o seguinte:

Em sede de adjudicação no procedimento em causa, esta entidade viu-se confrontada com os seguintes factos:

- A notória e extrema necessidade por, entre outras, razões de saúde pública, de proceder com a maior brevidade à execução do objeto do contrato a celebrar;

- A urgência em celebrar e iniciar a execução do contrato, sob pena de perder fundos comunitários, a que recorreu para o efeito, sem os quais a obra ficaria em causa;

- Em resultado das regras do procedimento de formação do contrato, apenas um concorrente estar em condições de lhe ser efetuada a adjudicação;

- Essa adjudicatária, em todo o caso, apresentar os documentos de habilitação exigidos, designadamente:

a. Na subcategoria relativa aos trabalhos mais expressivos (6.ª subcategoria da 2.ª categoria):

I. Alvará próprio de classe 3 que, por si só, cobria o valor dos trabalhos abrangidos por essa subcategoria; e ainda



II. Alvará de subcontratada, de classe 2;

b. Nas restantes subcategorias relevantes (1.ª e 19.ª da categoria 4.ª), alvará de subcontratada de classe 2, que cobria o valor dos trabalhos abrangidos por essas subcategorias, mesmo em conjunto;

- A caducidade da adjudicação implicaria a necessidade de abertura de novo procedimento de formação de contrato, o que colocaria seriamente, se não definitivamente, em causa os objetivos mencionados nos n.ºs 1 e 2 anteriores, bem como não garantiria o suprimento da irregularidade relativa à adequação das habilitações ao valor global do contrato.

- Por outro lado, foi considerado no enquadramento jurídico da situação, o regime jurídico da atividade da construção em matéria de habilitações e subcontratação, o regime do CCP em matéria de habilitações e ainda o disposto na Diretiva 2014/24/EU, que produz efeitos desde 18 de abril de 2016, em matéria de acesso às PME's aos procedimentos públicos.

- Por tudo se concluiu, desde logo, que numa perspetiva técnica quanto aos específicos trabalhos incluídos na empreitada, não haveria riscos especiais de incumprimento, uma vez que todos os tipos de trabalhos a executar estão cobertos por alvarás de categorias e classes adequadas e suficientes a cada um deles, sobretudo quanto aos trabalhos mais expressivos da empreitada.

- Relativamente à adequação das habilitações ao valor global do contrato foi considerado o seguinte:

- As entidades em causa tinham capacidade para execução global e adequada da obra objeto do contrato, sobretudo pelos motivos indicados no parágrafo anterior;

- O contraente público dispunha de instrumentos, contratuais e outros, para fiscalizar e impor esse cumprimento;

- Nenhum outro empreiteiro com habilitações adequadas ao valor global do contrato manifestou a sua vontade de contratar.

- Num juízo de ponderação e proporcionalidade, esta entidade considerou que os interesses públicos supra referidos, quer de saúde pública quer de viabilidade financeira do objeto do contrato, bem como a ausência de



alternativas que os assegurassem de forma melhor e tempestiva, impunham que se mantivesse a adjudicação e se procedesse à celebração do contrato

- Com essa decisão, salvo melhor e douta opinião, não foi prejudicada a concorrência ou a transparência na formação do contrato e não existe risco especial quanto à viabilidade da sua execução, antes pelo contrário, a decisão foi a que se mostrou necessária, mais adequada e mais ponderada para assegurar os superiores interesses públicos subjacentes à necessidade de contratar.

– DE DIREITO:

4. As questões que importa resolver consistem em saber se a adjudicatária detém as habilitações técnicas necessárias à execução da obra e, na falta destas, as consequências decorrentes da falta de habilitações.
5. **Cumpra em primeiro lugar analisar a questão relativa à habilitação da adjudicatária.**

Sobre as habilitações técnicas adequadas e exigíveis o artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 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*».

Por sua vez, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 20.º do mesmo diploma legal, uma empresa de construção à qual tenha sido adjudicada uma obra pode, salvo disposição contratual em contrário, recorrer à subcontratação, aproveitando a empresa subcontratante das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas.

Resulta das citadas normas que:



Tribunal de Contas

- 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;
 - Recorrendo a adjudicatária à subcontratação aproveita das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas.
6. Os trabalhos mais expressivos na empreitada em causa no presente procedimento de fiscalização prévia são enquadráveis na 6.^a subcategoria, da categoria 2.^a.
 7. A adjudicatária é detentora de habilitação na referida subcategoria 6.^a da categoria 2.^a, mas em classe (3) que não cobre o valor global da obra.
 8. Aproveita em relação aos trabalhos enquadráveis nas subcategorias 1.^a e 19.^a da 4.^a categoria da habilitação da empresa subcontratada, mas esta também não é detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global da obra.
 9. Com efeito, no que se refere às classes, sendo o valor da adjudicação de 1.281.596,70 €, a classe necessária para a realização do valor global da obra é a classe 4, não cobrindo a classe 3, de que a adjudicatária é detentora, o referido valor (cf. Portaria n.º 119/2012, de 30 de abril e Declaração de Retificação n.º 27/2012, de 30 de maio de 2012).
 10. Não sendo 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.
 11. Não consta do programa do procedimento qualquer exigência quanto à classe do alvará.



Porém, como se escreveu na Decisão n.º 9/2016-SRATC, proferida em 26-09-16, no processo n.º 66/2016: “A entidade adjudicante não necessita de especificar nas peças do procedimento as autorizações que o alvará do adjudicatário deverá conter, bastando-lhe referir que o mesmo deverá apresentar alvará contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar. No entanto, se o fizer, tais exigências devem subordinar-se estritamente ao respetivo regime legal”.

- 12.** Não foi observado no presente procedimento o disposto no citado artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, mas esta norma é imediatamente aplicável, sem necessidade de qualquer intermediação do programa do concurso.
- 13.** Conclui-se, pois, que a adjudicatária não detém as habilitações técnicas exigidas e necessárias à execução da obra contratada.
- 14. Importa, de seguida, analisar as consequências decorrentes da referida falta de habilitações.**
- 15.** 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.
- 16.** No presente caso a adjudicatária não apresentou, nem podia apresentar, por não ser detentora do mesmo, alvará com as habilitações necessárias à execução da obra a realizar.
- 17.** A apresentação de um documento de habilitação insuficiente equivale, para efeitos do disposto no citado artigo 81.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos, à falta de apresentação do documento necessário.



- 18.** Tendo como consequência a caducidade da adjudicação realizada. E caducada a adjudicação, não há qualquer fundamento para a celebração do contrato.
- 19.** Como concluiu o Acórdão deste Tribunal n.º 8/2011-22 Fev.-1.ª S/SS, confirmado pelo Acórdão n.º 12/2011, de 15 de Junho de 2011, do Plenário da 1.ª Seção (que nessa parte mantém inteira atualidade): *«Os contratos públicos só podem ser celebrados com precedência de um procedimento de escolha e de um ato de adjudicação que o culmine. 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 ato de adjudicação que o fundamenta. Se o contrato é nulo quando não contenha essa referência, mesmo num caso em que o ato de adjudicação exista, por maioria de razão esse contrato será nulo quando o ato de adjudicação não exista. Ora, é o que sucede quando esse ato caducou, por força da própria lei».*
- 20.** Sem decisão de adjudicação o contrato carece de um elemento essencial, sendo, conseqüentemente, nulo (cf. arts. 284.º n.º 2, primeira parte e 96.º n.º 1, alínea b), do CCP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na versão, tal como as demais normas acima citadas, anterior às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, aplicável ao caso presente).
- 21.** A nulidade é fundamento de recusa de visto nos termos da alínea a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
- 22.** Mas ainda que não se verificasse a referida nulidade, sempre estaríamos perante uma ilegalidade, susceptível 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.



Tribunal de Contas

III – DECISÃO:

Pelo exposto, e ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a) e c)*, da LOPTC, decide-se recusar o visto ao contrato supra identificado.

Emolumentos devidos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/5 (Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas).

Os Juízes Conselheiros,

(Alziro Antunes Cardoso - Relator)

(Fernando Oliveira Silva)

(Mário Mendes Serrano)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto
