

Secção: 1.ª S/SS

Data: 01/10/2018

Processo: 2324/2018

RELATOR: Conselheiro Mário Mendes Serrano

TRANSITADO EM JULGADO EM 19-10-
2018

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

I – RELATÓRIO:

1. O Município de Lagoa remeteu ao Tribunal de Contas, para efeitos de fiscalização prévia, um *contrato de empreitada*, respeitante à «Alteração e Ampliação do Refeitório do Centro Escolar de Lagoa», celebrado, em 31/7/2018, entre essa entidade e «Nogueira Fernandes, Lda.», pelo valor de 797.799,98 €, acrescido de IVA, com o prazo de execução de 240 dias.

2. Para melhor instrução do processo, foi o contrato devolvido à entidade fiscalizada para prestação de esclarecimentos sobre várias irregularidades do procedimento detetadas, designadamente as seguintes: divergência na indicação de preços base entre o programa de concurso e o caderno de encargos (atento o disposto nos artigos 41.º, 42.º, n.º 4, e 47.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos [CCP: Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29/11]); não previsão de uma efetiva graduação e valoração de propostas de valor anormalmente baixo devidamente aceites, para que se previu uma pontuação de “zero” (atento o disposto nos artigos 71.º e 146.º, n.º 1, *in fine*, do CCP); previsão de uma classificação negativa (de -10 pontos) das propostas quanto ao critério respeitante ao subfator de avaliação sob a designação de «plano de segurança e saúde»

¹ Alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11/9, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11/9, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2/10, pela Lei n.º 3/2010, de 27/4, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14/12, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30/12, e pelos Decretos-Leis n.ºs 149/2012, de 12/7, 214-G/2015, de 2/10, 111-B/2017, de 31/8, e 33/2018, de 15/5.



(atento o disposto no artigo 70.º do CCP); previsão de bonificação das propostas quanto ao critério respeitante ao fator de avaliação sob a designação de «prazo da obra» apenas para reduções de prazo com intervalos de tempo de mínimo de 30 dias, e não inferior, sem adequado fundamento; carência de fundamentação dos relatórios (preliminar e final) do júri de apreciação das propostas, quanto aos fatores de avaliação sob a designação de «plano de segurança e saúde» e «refeitório provisório» (atento o disposto nos artigos 139.º, 146.º, n.º 1, e 148.º, n.º 1, do CCP); carência de indicação dos preços parciais dos trabalhos a executar por referência às categorias e subcategorias estabelecidas no programa de concurso quanto aos documentos de habilitação exigidos (atento o disposto no artigo 60.º, n.º 4, do CCP).

3. Foi ainda questionada a entidade fiscalizada, em particular, sobre situações verificadas em relação aos documentos de habilitação da empresa adjudicatária: exigência no programa de concurso de alvará de classe correspondente ao valor total da proposta (ou seja, «classe 4», exigida para valores de obra acima de 664.000,00 € e até 1.328.000,00 €, conforme Portaria n.º 119/2012, de 30/4, retificada pela Declaração de Retificação n.º 27/2012, de 30/5), em relação a todas as categorias e subcategorias de trabalhos a executar, e não apenas em relação aos trabalhos mais expressivos da mesma (atento o disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3/6); adjudicação e celebração do contrato em datas (19/6/2018 e 31/7/2018, respetivamente) anteriores à data da obtenção pela empresa adjudicatária de documentos de habilitação necessários para as categorias e subcategorias de trabalhos a executar (sendo anteriormente detentor de alvarás não superiores a «classe 2» e apresentando alvarás de «classe 4» apenas em 18/8/2018); reunião do júri em data (1/8/2018) posterior às datas da adjudicação e da celebração do contrato (19/6/2018 e 31/7/2018, respetivamente), elaborando ata em que se deu nota da insuficiência dos alvarás da empresa adjudicatária para a obra em causa e da existência de pedidos daquele junto da entidade competente para obtenção da alteração de alvarás para classes compatíveis com o programa de concurso, sem que ter sido considerado o disposto no artigo 86.º do CCP (caducidade da adjudicação).

*

II – FUNDAMENTAÇÃO:



– DE FACTO:

4. 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 em apreço foi precedido da realização de concurso público, cujo procedimento se iniciou por deliberação da Câmara Municipal de Lagoa, datada de 7/11/2017, e foi concluído com a adjudicação, conforme deliberação camarária de 19/6/2018;

b) O programa de concurso previa, no seu artigo 20.º, o seguinte:

«1. O adjudicatário deve apresentar, através da plataforma eletrónica disponível no portal (...), no prazo de 10 dias a contar da notificação da decisão de adjudicação, os seguintes documentos de habilitação:

(...)

c) Alvará de Construção emitido pelo Instituto dos Mercados Públicos do Imobiliário e da Construção, contendo:

c1) 1.ª Subcategoria da 1.ª Categoria, da classe correspondente ao valor total da sua proposta;

c2) 4.ª Subcategoria da 1.ª Categoria, da classe correspondente ao valor total da sua proposta;

c3) 5.ª Subcategoria da 1.ª Categoria, da classe correspondente ao valor total da sua proposta;

c4) 8.ª Subcategoria da 1.ª Categoria, da classe correspondente ao valor total da sua proposta;

c5) 1.ª Subcategoria da 4.ª Categoria, da classe correspondente ao valor total da sua proposta;

c6) 1.ª Subcategoria da 5.ª Categoria, da classe correspondente ao valor total da sua proposta;

c7) 12.ª Subcategoria da 5.ª Categoria, da classe correspondente ao valor total da sua proposta»;



- c) Dentro do prazo concedido para a apresentação dos documentos de habilitação, e por via digital (em 2/7/2018), a empresa adjudicatária apenas demonstrou estar habilitada, por referência às categorias e subcategorias de trabalhos indicados em b), nos seguintes termos:

- 1) Alvará de classe 2;
- 2) Alvará de classe 2;
- 3) Alvará de classe 2;
- 4) Alvará de classe 2;
- 5) Sem alvará (trabalhos a subempreitar);
- 6) Alvará de classe 1;
- 7) Alvará de classe 2;

- d) O júri do concurso reuniu em 1/8/2018 e lavrou ata dessa reunião, designado «Ata n.º 3», que apresenta, no essencial, o seguinte teor:

«(...) O Júri constatou que os alvarás de construção civil apresentados pela empresa Nogueira Fernandes, Lda., não possuem as classes que sejam de valor igual ou superior ao montante da proposta apresentada pela referida empresa, como é exigido pelo Programa de Procedimento.

A empresa adjudicatária apenas apresentou cópia do comprovativo de um pedido de alteração dos seis alvarás, que se for deferido pelo IMPIC, cumprirá os requisitos exigidos pelo Programa de Procedimento.

Só após o deferimento do pedido de alteração dos alvarás suprarreferido, a empresa Nogueira Fernandes, Lda., poderá executar a presente empreitada.»;

- e) Sobre as questões suscitadas em sede de devolução, e relacionadas com os documentos de habilitação da empresa adjudicatária, pronunciou-se a entidade adjudicante, no essencial, do seguinte modo:

– quanto à matéria das classes de alvarás exigidas:

«(...) Dada a especificidade e exigência técnica de alguns trabalhos a executar na empreitada, pretendeu-se garantir à partida uma maior capacidade das empresas concorrentes, através da exigência de todas as subcategorias de alvará de classe correspondente ao valor da proposta, que será sinónimo de



uma melhor dotação de meios humanos e materiais por parte das empresas»;

– quanto às matérias da insuficiência e extemporaneidade de apresentação de alvarás:

«(...) O júri não concluiu pela desadequação do alvará de empreiteiro de obras públicas apresentado pelo adjudicatário, na sua reunião de 1 de agosto de 2018. O júri pretendeu apenas alertar, no texto da ata referente a essa reunião, que devido ao facto de o empreiteiro adjudicatário ter apresentado um pedido de alteração do seu alvará, que a ser deferido lhe conferia um alvará adequado para a execução da empreitada, apenas poderia dar início aos trabalhos da empreitada quando estivesse na posse do seu novo alvará. O júri no dia 31 de julho de 2018, quando foi elaborado e assinado o contrato de empreitada, já tinha conhecimento destes factos, não se tendo oposto à consumação da adjudicação, devido à presunção da iminência do deferimento do novo alvará, (presunção confirmada através de contacto telefónico estabelecido com o IMPIC em 31/07/2018), como aliás já se veio a verificar.

(...) O júri optou por não dar cumprimento ao disposto no artigo 86.º do CCP, quanto à possível caducidade da adjudicação, devido à presunção da iminência do deferimento do novo alvará do adjudicatário, como aliás já se veio a verificar, e dada a especificidade da presente empreitada, a mesma confere urgência na sua adjudicação, tendo em conta a data do início do ano escolar.

(...) O adjudicatário colocou na plataforma Saphetygov, no dia 18/08/2018, uma cópia do seu novo alvará, de que se anexa cópia, em suporte papel e em suporte informático, que contempla a classe 4 em todas as subcategorias das categorias nele constantes, cumprindo os requisitos exigidos na alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º do programa de concurso.

O adjudicatário colocou na plataforma Saphetygov, no dia 27/08/2018, uma cópia do alvará, de que se anexa cópia, em suporte papel e em suporte informático, do subempreiteiro apresentado, que subscreveu um contrato de subempreitada datado de 31/07/2018, em anexo, em suporte papel e suporte informático, que contempla a classe 1 na 1.ª subcategoria da 4.ª categoria.



Consideramos que apesar de ser apenas da classe 1, este alvará cumpre os requisitos exigidos na alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º do programa de concurso, visto que o subempreiteiro, de acordo com o contrato de subempreitada, irá apenas executar em obra os trabalhos referentes ao capítulo 25 – Instalações, Equipamentos e Sistemas Elétricos e ao capítulo 26 – Instalações, Equipamentos e Sistemas de Comunicações ITED, do mapa de quantidades de trabalho da empreitada, que no seu conjunto perfazem o montante de 52.877,75 €, na proposta apresentada pelo empreiteiro adjudicatário.

(...) Todos os documentos de habilitação foram apresentados pelo adjudicatário na plataforma Saphetygov no dia 02/07/2018, à exceção do novo alvará do adjudicatário entregue em 18/08/2008, do contrato de subempreitada entregue em 21/08/2018 e do alvará do subempreiteiro entregue em 27/08/2018.»

– DE DIREITO:

5. Estando assentes os elementos de facto *supra* descritos, cumpre, com base neles, apreciar as questões nucleares que o contrato em presença suscita, relacionadas com a apresentação dos documentos de habilitação da adjudicatária, e enunciadas no § 3 *supra* – as quais, adiante-se desde já, merecem solução que conduzirá a uma decisão de *recusa de concessão de visto*. Importa, no entanto, e pela sua pertinência para futuros procedimentos a desenvolver pela entidade fiscalizada, deixar registada a *nota* de que as irregularidades detetadas no decurso do presente procedimento, e enunciadas no § 2 *supra*, ainda que não constituindo *ilícitos* suscetíveis de determinar identicamente uma *recusa de visto*, sempre mereceriam, na eventualidade de uma alternativa *decisão positiva de visto*, a formulação de *recomendações* em conformidade, ao abrigo do artigo 44.º, n.º 4, da *Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas* (LOPTC: Lei n.º 98/97, de 26/8²).

² 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, e 42/2016, de 28/12.



6. Perante a factualidade enunciada, constata-se que existem dois núcleos de matéria de facto a merecer ponderação circunstanciada: um primeiro núcleo respeitante à exigência no programa de concurso de alvará de classe correspondente ao valor total da proposta em relação a todas as categorias e subcategorias de trabalhos a executar; e um segundo núcleo respeitante à celebração do contrato em apreço com empresa adjudicatária que não possuía a necessária habilitação exigida pelo programa de concurso. Passemos a apreciá-los sucessivamente, à luz dos regimes legais aplicáveis, em particular do CCP, tendo presente que o procedimento referente ao contrato em presença se iniciou no ano de 2017, o que implica ter esse Código aplicação ainda na sua redação anterior ao Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31/8, conforme decorre do disposto nos artigos 12.º, n.º 1, e 13.º deste diploma.

A) Da questão das classes de alvarás exigidas no programa de concurso:

7. O primeiro núcleo factual convoca, desde logo, o regime legal estabelecido para a apresentação de documentos de habilitação dos concorrentes. O artigo 81.º do CCP, sob a epígrafe «Documentos de habilitação», e depois de, no seu n.º 1, indicar um conjunto de documentos necessários, dispõe, no seu n.º 2, que «[n]o caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada (...), o adjudicatário, para além dos documentos referidos no número anterior, deve também apresentar os alvarás ou os títulos de registo emitidos pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P. [posteriormente designado de «Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P.» (IMPIC)], contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar». Estabelece ainda o n.º 5 desse artigo 81.º que o adjudicatário, em substituição desses alvarás ou títulos de registo, deverá apresentar «a) [n]o caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada (...), uma declaração, emitida pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., comprovativa de que pode executar a prestação objeto 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». E prevê-se, no seu n.º 8, que «[o] órgão competente para a decisão de contratar pode sempre solicitar ao adjudicatário, ainda que tal não conste 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, fixando-lhe prazo para o efeito».



8. Além disso, há ainda que atender ao regime específico do exercício da atividade de construção, constante da Lei n.º 41/2015, cujo artigo 8.º dispõe que «[s]em prejuízo do disposto nos artigos 19.º [sobre consórcios e agrupamentos de empresas] e 20.º [sobre subcontratação], 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». Este regime é, por sua vez, complementado pela Portaria n.º 119/2012, que estabelece as diferentes classes de habilitações contidas nos alvarás das empresas de construção por referência aos valores máximos de obra correspondentes a essas classes, prevendo 9 classes (de 1 a 9, por ordem crescente de valores) – donde resulta que o valor de obra ínsito no contrato em apreço (797.799,98 €) demandará alvará de «classe 4» (prevista para valores de obra acima de 664.000,00 € e até 1.328.000,00 €).

9. Como decorre da alínea *b)* da factualidade *supra* descrita, o programa de concurso respeitante ao contrato em apreço previa «*classe correspondente ao valor total da proposta*» para a totalidade das categorias e subcategorias de trabalhos a executar – ou seja, exigia-se alvará de «classe 4» para todos os segmentos da obra.

10. Ora, no confronto desta exigência com a previsão do citado artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, mostra-se evidente que a entidade adjudicante terá excedido manifestamente o que lhe impunha aquela disposição legal, já que a exigência de alvará de «classe 4» apenas deveria reportar-se aos «trabalhos mais expressivos» da obra, podendo os restantes segmentos de trabalhos ter graus de exigência diferentes quanto às classes de alvará (e de acordo com os respetivos valores parcelares desses trabalhos). Como vimos, pretendeu a entidade adjudicante *justificar* essa sua exigência acrescida (de alvará de «classe 4» para todos os segmentos da obra) com a intenção de «*garantir uma maior capacidade das empresas concorrentes*» (cfr. primeira parte da alínea *e)* da factualidade *supra* descrita). Porém, e contraditoriamente, acabou essa entidade por consentir na adjudicação da obra a empresa que, à data da adjudicação (e também à data da celebração do contrato), apenas dispunha – como decorre da alínea *c)* da factualidade *supra* descrita – de alvarás que não excediam a «classe 2» para a generalidade dos



trabalhos (e quando nem disso dispunha em relação a duas subcategorias de trabalhos, carecendo de alvará numa delas e tendo apenas alvará de «classe 1» noutra). É verdade que a entidade adjudicante explica tal adjudicação nessas condições com a circunstância de a empresa adjudicatária ter entretanto pedido alteração dos seus alvarás para a classe pretendida, junto da entidade competente (o IMPIC), e de ter uma expectativa positiva quanto ao deferimento dessa pretensão, o que até foi assumido pelo próprio júri do concurso (cfr. alínea *d*) e segunda parte da alínea *e*) da factualidade *supra* descrita) – mas o certo é que essa alteração só se consumou após as datas de adjudicação e de celebração do contrato, sendo que nessas datas ainda não havia qualquer certeza quanto à obtenção futura de tal alteração).

11. Atenta a *justificação* apresentada pela entidade fiscalizada – para a sua exigência de alvará de «classe 4» para todos os segmentos de trabalhos, e não apenas para os «trabalhos mais expressivos» da obra, como dispõe o artigo 8.º da Lei n.º 41/2015 –, poderia pretender-se que estaria na livre disposição do adjudicante ser mais exigente na indicação dos documentos de habilitação necessários do que aquilo que resulta do regime legal. Contudo, não se crê que se esteja perante normas definidoras de *limites mínimos* de exigência quanto aos documentos de habilitação, mas antes perante verdadeiras normas *imperativas* – o que encontra o seu fundamento no próprio *princípio da concorrência*, que constitui matriz essencial do regime da contratação pública.

12. Com efeito, a possibilidade de adoção de um nível de exigência superior quanto a classes de alvarás, em sede de concursos públicos, conduziria à criação, artificial e perversa, de um obstáculo adicional ao funcionamento da livre concorrência no mercado. Admitir um tal *upgrade* de exigência permitiria vedar o acesso de um conjunto significativo de empresas à participação em concursos e subsequente realização de obras para que se encontrariam normalmente habilitadas, com óbvia ofensa ao *princípio da concorrência*.

13. Isto mesmo já entendeu este Tribunal, perante norma que precedeu o artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, e de teor essencialmente idêntico: concretamente o artigo 31.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9/1 (diploma entretanto revogado pela Lei n.º 41/2015), segundo o qual «[n]os 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 expressivo, sem prejuízo da eventual exigência de outras subcategorias relativas aos restantes trabalhos a executar e nas classes correspondentes» – e sem que a posterior redação desse n.º 1 do artigo 31.º, dada pelo Decreto-Lei n.º 69/2011, de 15/6, alterasse significativamente o seu sentido aqui em destaque.

14. Sobre a referida norma, afirmou-se, precisamente no Acórdão n.º 15/2010, de 20/4, desta 1.ª Secção, em Subsecção (acessível in www.tcontas.pt), que a mesma teria «(...) como escopo essencial adequar as exigências habilitacionais dos concorrentes, relativamente às obras a realizar, por forma a que não se exijam habilitações em excesso, o que introduziria restrições no acesso a tais obras, designadamente no que concerne às empresas de menor dimensão», ao mesmo tempo que se reconhecia que «tais restrições no acesso às obras, seriam, em tudo, idóneas para vir a afetar, negativamente, a concorrência». Da decorrente violação desse artigo 31.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 12/2004, extraiu então o referido aresto a consequência de considerar verificado o *fundamento de recusa de visto* previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC, entendendo que a *relevância* da identificada *ilegalidade* não consentia o uso da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da mesma Lei (*visto com recomendação*). E para sustentar esse entendimento discorreu-se como segue: «Efetivamente, estamos perante a possibilidade de tal ilegalidade consequenciar a restrição do universo dos potenciais concorrentes ao mencionado concurso, dada a maior exigência habilitacional formulada, e, com isso, se nos deparar a inerente suscetibilidade de alteração do resultado financeiro do contrato. Aliás, para a verificação do fundamento de recusa de visto mencionado na alínea *c*) do n.º 3 do citado artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, basta o simples *perigo ou risco* de que a ilegalidade constatada possa determinar a alteração do resultado financeiro do contrato».

15. As precedentes considerações expendidas no aresto em referência merecem a nossa plena adesão e permitem concluir no sentido de que a *exigência* imposta no programa de concurso respeitante ao presente contrato, quanto à necessidade de alvará de «classe 4» para todos os segmentos de trabalhos (e não apenas para os «trabalhos mais expressivos» da obra), constituiu violação do disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015. E, na medida em que aquela *exigência* se traduziu numa *restrição* indevida ao normal funcionamento da *concorrência*, sendo que a *ratio* daquela norma se funda



precisamente na proteção do respetivo *princípio*, é lícito entender que tal *restrição* teve como consequência uma probabilidade séria de afetação do *resultado financeiro* do contrato. De tudo isto decorre o preenchimento do *fundamento de recusa de visto* previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *c)*, da LOPTC – e, atenta a evidente gravidade do *ilícito* detetado (por se reportar a uma significativa ofensa ao *princípio da concorrência*), haveria razão bastante para sustentar um *juízo negativo* sobre a pretensão de concessão de visto.

16. Contudo, ocorre ainda circunstância de relevo reforçado que impõe a *recusa de visto*, como passaremos a demonstrar.

B) Da questão da insuficiência dos documentos de habilitação:

17. Um segundo núcleo factual relevante reporta-se ao circunstancialismo envolvente da ocorrência da adjudicação e celebração do contrato em apreço com a empresa adjudicatária quando esta ainda não dispunha da habilitação exigida pelo programa de concurso – e, acrescente-se, de que a mesma também não disporia mesmo que tivesse sido dado cabal cumprimento, pela entidade adjudicante, ao disposto no *supra* analisado artigo 8.º da Lei n.º 41/2015. Com efeito, ainda que a entidade adjudicante tivesse limitado a sua exigência de alvará de «classe 4» apenas aos «trabalhos mais expressivos» da obra, nos termos dessa disposição legal, sempre se estaria perante a situação de a empresa adjudicatária não dispor, naqueles momentos do procedimento, de alvará de «classe 4» para qualquer das categorias ou subcategorias de trabalhos a executar.

18. Ora, esse circunstancialismo convoca, por sua vez, e para além das normas já citadas do artigo 81.º do CCP, o disposto no artigo 132.º do CCP, onde se prevê, na alínea *f)* do seu n.º 1, que «[o] programa do concurso público deve indicar: (...) [o]s documentos de habilitação, diretamente relacionados com o objeto do contrato a celebrar, a apresentar nos termos do artigo 81.º». Haverá ainda a considerar o regime emergente do artigo 86.º do CCP, no qual, sob a epígrafe «Não apresentação dos documentos de habilitação», se dispõe, no seu n.º 1, que «[a] adjudicação caduca se, por facto que lhe seja imputável, o adjudicatário não apresentar os documentos de habilitação: *a)* [n]o prazo fixado no programa do procedimento; [e] *b)* [n]o prazo fixado pelo órgão competente para a decisão de contratar, no caso previsto no n.º 8 do artigo 81.º». Estabelece ainda o n.º 4 desse



artigo 81.º que «[n]os casos previstos nos números anteriores, o órgão competente para a decisão de contratar deve adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente».

19. Atenta a factualidade *supra* descrita, evidencia-se que a adjudicatária, por força do próprio programa de concurso, dispôs de um prazo de 10 dias, após a notificação da decisão de adjudicação, para juntar ao procedimento respetivo a documentação habilitante necessária, o que não fez, apenas juntando alvarás de classe inferior ao que cabia no respetivo concurso (cfr. alínea *c*) da factualidade *supra* descrita). Caberia, pois, à entidade adjudicante, extrair as devidas consequências, aplicando ao caso o regime previsto no artigo 86.º do CCP: reconhecer a verificação da *caducidade da adjudicação*, por facto imputável ao adjudicatário, nos termos do respetivo n.º 1; e determinar nova *adjudicação*, agora em favor da proposta ordenada em lugar subsequente, conforme n.º 4 dessa mesma disposição legal. Porém, não deu a entidade adjudicante execução ao disposto no artigo 86.º do CCP: antes, ocorreu até uma intervenção do júri do concurso de sentido inverso, ocorrida em momento posterior à celebração do contrato (e documentada em ata, conforme alínea *d*) da factualidade *supra* descrita), *i.e.*, quando já se encontrava findo o procedimento que fundava a sua própria existência enquanto órgão constituído para exercício de funções no estrito quadro desse procedimento.

20. Em face da inidoneidade dos documentos de habilitação apresentados *in casu* pela empresa adjudicatária, à luz do disposto nos artigos 81.º, n.º 2, do CCP e 8.º da Lei n.º 41/2015 (complementado pela Portaria n.º 119/2012), resultou necessariamente a *caducidade* do respetivo ato de adjudicação, nos termos do artigo 86.º, n.º 1, do CCP. Ao *caducar* a adjudicação produziu-se um consequente efeito de *inexistência* do ato de adjudicação que fundava a celebração do contrato em apreço. Tendo em conta que a «indicação do ato de adjudicação» constitui *elemento essencial* do contrato e cuja ausência determina a *nulidade* deste, conforme o disposto no artigo 96.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP, afigura-se evidente que a *inexistência* do ato de adjudicação deverá produzir, por mais grave, efeito idêntico à da *omissão* da indicação de ato de adjudicação válido – e daí se extrai a consequência da *nulidade* do próprio contrato.

21. Também esta situação já mereceu anteriores apreciações deste Tribunal de idêntico sentido, sendo de salientar o já citado Acórdão n.º 15/2010, bem como os Acórdãos desta 1.ª Secção, em Subsecção, sob os n.ºs 8/2011, de 22/2 (este confirmado



em recurso, pelo Acórdão, em Plenário da 1.ª Secção, sob o n.º 12/2011, de 15/6), e 4/2018, de 22/1. Destaquem-se, em particular, os seguintes trechos desse Acórdão n.º 8/2011:

«(...)

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 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 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.

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 [CPA de 1991, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15/11], já que a adjudicação é um ato 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.»

E, conforme se afirmou nesse aresto, a identificada situação de *nulidade* integra o preenchimento do *fundamento de recusa de visto* previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *a*), da LOPTC, determinando o conseqüente *juízo negativo* sobre a pretensão de concessão de visto.

22. Ainda que acompanhando a transcrita argumentação, devemos, no entanto, salientar que já não se dispõe hoje de norma de redação idêntica à do citado n.º 1 do artigo 133.º do CPA de 1991, que previa a *nulidade* para a falta de *elementos essenciais* do ato, sendo mais restritiva a sucedânea norma do atual CPA (de 2015, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7/1), constante do n.º 1 do seu artigo 161.º, segundo a qual apenas «[s]ão nulos os atos para os quais a lei comine expressamente essa forma de invalidade» (ainda que sem prejuízo da enunciação de específicas nulidades no respetivo n.º 2 dessa disposição legal). Contudo, continua a alcançar-se essa *nulidade* por via da aplicação direta do artigo 283.º do CCP, com a epígrafe «Invalidade conseqüente de atos procedimentais inválidos», cujo n.º 1 dispõe do seguinte modo: «Os contratos são nulos se a nulidade do ato procedimental em tenha assentado a sua celebração tenha sido judicialmente declarada ou possa ainda sê-lo». Ora, *in casu*, havendo *inexistência* (*valor negativo* mais grave que a *nulidade*) do ato procedimental de *adjudicação* em que se fundou a celebração do presente contrato, aqui judicialmente verificável, forçoso é concluir que ocorre a *nulidade* desse contrato, nos termos do citado preceito. Aliás, já no sentido dessa aplicação direta do artigo 283.º, n.º 1, do CCP se pronunciara o citado Acórdão n.º 15/2010 (ainda que a par de igual menção aos artigos 284.º, n.º 2, do CCP e 133.º, n.º 1, do CPA de 1991).

23. Constatada a *nulidade* do contrato em apreço, mostra-se preenchido, pois, o *fundamento de recusa de visto* previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *a*), da LOPTC – pelo que deve, no caso presente, ser tal *recusa* decretada.



24. Acresce, porém, dever ainda ponderar-se as consequências de todo o exposto a propósito da insuficiência das habilitações do adjudicatário, em termos de *resultado financeiro* do contrato – podendo equacionar-se, quer a hipótese de manutenção do contrato celebrado (*v.g.*, por se aceitar a apresentação *a posteriori* das habilitações de que o adjudicatário não dispunha à data da adjudicação), quer a hipótese de não execução do contrato, por efeito da caducidade da adjudicação e da nova adjudicação à proposta ordenada em lugar subsequente (em aplicação do regime do artigo 86.º do CCP). Ora, afigura-se-nos que qualquer dessas situações seria suscetível de potenciar a *alteração do resultado financeiro* do contrato.

25. No primeiro caso, permitir que a *extemporânea* apresentação dos documentos habilitantes (como, aliás, sucedeu *in casu*, com a empresa adjudicatária a entregar alvarás de «classe 4» em 18/8/2018, já depois das datas da adjudicação e da celebração do contrato, respetivamente em 19/6/2018 e 31/7/2018, conforme alínea *e*) da factualidade *supra* descrita) produzisse efeito idêntico ao da sua apresentação tempestiva, traduzir-se-ia em claro prejuízo de outros potenciais interessados que não concorreram por não disporem das habilitações necessárias, mas que muito provavelmente o fariam se pudessem contar com a possibilidade de apresentação *a posteriori* dos respetivos documentos. Daí resultaria uma *restrição* do funcionamento da *concorrência*, com a consequência de uma probabilidade séria de afetação do *resultado financeiro* do contrato.

26. No segundo caso, a ter lugar a aplicação do regime do artigo 86.º do CCP, sempre a sua concretização causaria despesas acrescidas, com a inevitável afetação do *resultado financeiro* do contrato. Aliás, também o citado Acórdão n.º 8/2011 formulou idêntico juízo sobre tal situação: «(...) 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».

27. Perante estas considerações, impõe-se então concluir no sentido do preenchimento do *fundamento de recusa de visto* previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC – pelo que, também por este motivo, deve ser decretada a *recusa de visto* do presente contrato (e sem que seja possível, quer pela existência de *nulidade* *supra* verificada, quer pela relevância intrínseca da violação aqui equacionada, suprir o respetivo

vício, ainda que mediante concessão de visto com formulação de eventuais recomendações, como resulta *a contrario* do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC).

C) Das consequências das ilegalidades verificadas:

28. Em suma, e como vimos, mostram-se verificados *ilícitos* que constituem *fundamentos de recusa de visto*, nos termos das alíneas *a)* e *c)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, cumprindo decretar nessa base a respetiva *recusa*.

*

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)³.

Lisboa, 1 de outubro de 2018

Os Juízes Conselheiros,

(Mário Mendes Serrano - Relator)

(Paulo Dá Mesquita)

³ Alterado pelas Leis n.ºs 139/99, de 28/8, e 3-B/2000, de 4/4.



(Alzira Antunes Cardoso)

Fui presente
A Procuradora-Geral Adjunta,
