

Secção: 1.ª S/SS

Data: 20/01/2020

Processos: 2070/2019

RELATOR: Conselheiro Mário Mendes Serrano

NÃO TRANSITADO EM JULGADO

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

I – RELATÓRIO:

1. O Município de Mangualde remeteu ao Tribunal de Contas, para efeitos de fiscalização prévia, um *contrato de empreitada*, respeitante à «beneficiação da Estação de tratamento de águas residuais de Cubos», celebrado, em 17/6/2019, entre essa entidade e «Luságua – Serviços Ambientais, Lda.», pelo valor de 1.798.277,02 €, acrescido de IVA, com o prazo de execução de 672 dias.

2. Para melhor instrução do processo, foi o contrato devolvido à entidade fiscalizada para prestação de esclarecimentos sobre irregularidades do procedimento detetadas, designadamente: adoção de um modelo de avaliação de propostas que contemplava a previsão de uma classificação fixa máxima de 10 pontos para as propostas que apresentassem um custo menor ou igual a 50% do valor do preço base, quanto ao critério respeitante ao subfator de avaliação do preço correspondente a «custo a preços atualizados e constantes de exploração durante 20 anos de funcionamento» (com uma ponderação de 10%, num quadro em que o fator preço global seria ponderado em 50%), que impediria uma graduação proporcional e respetiva ordenação das propostas admitidas, em particular das que tivessem esse valor igual ou inferior a 50% do preço base e incluindo aquelas que apresentassem preço anormalmente baixo, em desconformidade com o disposto nos artigos

70.º, n.º 2, alínea e), 71.º, 139.º e 146.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos (CCP: Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29/1¹); e inexistência de deliberação da Assembleia Municipal que contemplasse uma autorização específica e concreta para o presente investimento (e não apenas genérica e para o corrente ano), de modo a considerar a assunção dos encargos decorrentes da empreitada em causa para todo o período da sua execução (por o prazo de execução previsto de 672 dias se estender até ao ano de 2021 e o respetivo Plano Plurianual da autarquia apenas ter inscrita a presente empreitada para os anos de 2019 e 2020), em desconformidade com o disposto no artigo 22.º, n.ºs 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8/6, e nos artigos 6.º, n.º 1, alínea c), da *Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso das Entidades Públicas* (LCPA: Lei n.º 8/2012, de 21/2²) e 12.º, n.º 1, do *Regulamento da LCPA* (Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21/6³).

3. Foi ainda questionada a entidade fiscalizada sobre situação verificada em relação aos documentos de habilitação da empresa adjudicatária: apesar da exigência no programa de concurso de alvará com autorização na «1.ª subcategoria da 1.ª categoria de classe correspondente ao valor global da proposta», veio a ser adjudicada a empreitada a entidade que não é titular de tal alvará, em desconformidade com o disposto nos artigos 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3/6, por se ter admitido que os trabalhos correspondentes a esse específico alvará (respeitante a «estruturas e elementos de betão») pudessem ser realizados por subempreiteiro, com base em determinada conjugação do citado preceito com o disposto no artigo 383.º, n.º 2, do CCP. Em resposta, a entidade fiscalizada, para além de ter sustentado a aludida interpretação do regime aplicável no sentido de consentir a subcontratação nessas condições, prestou ainda informação sobre a existência, em tribunal administrativo, de ação de contencioso pré-contratual, intentada pelo agrupamento de concorrentes classificado em 2.º lugar no concurso – e na qual foi indeferido pedido de

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, 33/2018, de 15/5, e 170/2019, de 4/12.

² Alterada pelas Leis n.ºs 20/2012, de 14/5, 64/2012, de 20/12, 66-B/2012, de 31/12, e 22/2015, de 17/3.

³ Alterado pelas Leis n.ºs 64/2012, de 20/12, e 66-B/2012, de 31/12, e pelo Decreto-Lei n.º 99/2015, de 2/6.

levantamento do efeito suspensivo (por decisão de 6/8/2019, transitada em julgado) e, posteriormente, proferida sentença, que julgou improcedente a respetiva ação (datada de 30/11/2019, e entretanto também transitada em julgado).

*

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 Mangualde, datada de 28/9/2018, e foi concluído com a adjudicação, conforme deliberação camarária de 13/5/2019;
- b) O programa de concurso previa como critério de adjudicação o da *proposta economicamente mais vantajosa*, segundo um modelo de avaliação de propostas fundado em fatores e subfatores, com os seguintes coeficientes de ponderação: preço global – 50%, repartido por dois subfactores, em que correspondia 40% ao preço da proposta e 10% ao «custo a preços atualizados e constantes de exploração durante 20 anos de funcionamento»; valia técnica – 45%; e prazo de execução – 5%;
- c) No programa do procedimento estabeleceram-se condições quanto aos *documentos de habilitação* considerados necessários, nos seguintes termos:

«9. DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO



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

[...]

c) Declaração de titularidade de alvará emitido pelo IMPIC, contendo as seguintes habilitações:

c1) 1.ª subcategoria da 1.ª categoria e da classe correspondente ao valor global da proposta;

c2) 1.ª, 9.ª, 13.ª e 19.ª subcategorias da 4.ª categoria, da classe correspondente ao valor dos trabalhos especializados que lhe respeite, consoante a parte que a esses trabalhos cabe na proposta;

c3) 6.ª subcategoria da 2.ª categoria, da classe correspondente ao valor dos trabalhos especializados que lhe respeite, consoante a parte que a esses trabalhos cabe na proposta.

d) Para o efeito da verificação das habilitações referidas na alínea anterior, o adjudicatário pode apresentar alvarás ou títulos de registo da titularidade de subcontratados, desde que acompanhados de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes. [...]»;

d) A empresa adjudicatária, na ocasião do concurso, não se encontrava habilitada com o alvará da 1.ª subcategoria da 1.ª categoria de classe correspondente ao valor global da proposta, nos termos indicados em c), tendo sido admitida a apresentação de declaração de compromisso respeitante à intervenção de subempreiteiro, devidamente identificado, para a execução dos trabalhos correspondentes à 1.ª subcategoria da 1.ª categoria («estruturas e elementos de betão»);

e) Em sede de devolução administrativa, neste Tribunal, foi a entidade fiscalizada confrontada no sentido de, designadamente, justificar «como considera possível a adjudicação à sociedade “LUSÁGUA – Serviços Ambientais, S.A.”, uma vez que esta não possui o alvará exigido para o valor global da proposta, 1.ª subcategoria da 1.ª categoria (cf. alínea c) do ponto 9.1. do programa do



procedimento) e não ser, no caso em apreço, a constituição de subempreiteiro enquadrável no disposto no n.º 2 do artigo 383.º do CCP» – a qual se pronunciou, no essencial, nos seguintes termos:

«[...] A alínea d) [do ponto 9.1. do programa do procedimento] refere expressamente que, para o efeito da verificação das habilitações referidas na alínea anterior (alínea c)), o adjudicatário pode apresentar alvarás ou títulos de registo da titularidade de subcontratados, desde que acompanhados de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes. Assim sendo, o programa do procedimento permite a subcontratação, inclusive, para os efeitos da alínea c).

[...]o regime regra consiste que a empresa adjudicatária deve ser detentora da referida habilitação, contudo, poderá recorrer à subcontratação, aproveitando das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas [...].

Foi [...] intenção clara do legislador abrir o leque de potenciais concorrentes a empresas que não detivessem todas as habilitações, alargando, assim, a concorrência, por forma a evitar situações de predomínio/monopólio das grandes empresas.

Salvo melhor opinião, o único limite legal à subcontratação resulta do disposto no artigo 383.º do CCP e em especial do n.º 2, que impõe o limite dos 75% do preço contratual, acrescido ou deduzido dos preços correspondentes aos trabalhos complementares ou a menos e à reposição do equilíbrio financeiro a que haja lugar no âmbito do contrato em causa.

Ora, se o legislador permitiu a subcontratação até 75% do preço contratual, não faria qualquer sentido impedir a subcontratação para os trabalhos mais expressivos ou dominantes, desde que estes não excedam aquela percentagem. Assim sendo, a entidade adjudicatária está apenas obrigada a executar, no mínimo, 25% do preço contratual, podendo subcontratar o restante, mesmo que sejam os mais expressivos ou dominantes.

[...]



O disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, atenta a remissão para o artigo 20.º, deve ser interpretado no sentido de que a adjudicatária poderá recorrer à subcontratação, mesmo em relação à habilitação em classe que cubra o valor global da proposta, desde que cumpridos os limites estabelecidos no artigo 383.º, n.º 2, do CCP.

[...]

- a) O programa de procedimento permite a subcontratação, mesmo em relação à habilitação da 1.ª subcategoria da 1.ª categoria e da classe correspondente ao valor global da proposta – vide artigo 9.º, als. a) e d), do Programa de Procedimento – o que é legalmente admissível face ao disposto no artigo 20.º da Lei n.º 41/2015.*
- b) A adjudicatária vai executar 60,58% do preço contratual e a subcontratada assumirá os 39,42% restantes, portanto dentro dos limites do disposto no artigo 383.º, n.º 2, do CCP.*
- c) A adjudicatária aproveita as habilitações detidas pela subcontratada, no caso, aproveita a 1.ª subcategoria da 1.ª categoria e da classe correspondente ao valor global da proposta, tudo se passando como se a adjudicatária fosse a detentora dessa habilitação.*
- d) Pelo que não há qualquer violação do disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015.»;*
- f) Em processo a correr termos no Tribunal Administrativo e Fiscal de Viseu (concretamente, a ação administrativa urgente de contencioso pré-contratual, sob o n.º 470/19.3.BEPNF), respeitante à situação em causa no presente processo, e interposto pelo agrupamento de concorrentes classificado em 2.º lugar no concurso («Moinhos, Água e Ambiente, Lda.»), foi proferida por essa instância «Sentença», datada de 30/11/2019, que julgou improcedente a respetiva ação, com base em fundamentação de que se transcrevem, com mais interesse para o presente processo, os seguintes trechos:*

«[...] Em primeiro lugar vieram as Autoras alegar que a proposta da Luságua deveria ser excluída nos termos do artigo 70.º, n.º 2, alíneas f) e g), do CCP, nomeadamente por violação dos artigos 60.º, n.º 4, do CCP e do artigo 8.º da Lei n.º 4/2015.

Ora, é necessário recorrer às exigências constantes do artigo 3.º, n.º 2, da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, artigos 60.º n.º 4, e artigo 81.º n.º 2, ambos do CCP, e ainda do artigo 8.º da Lei n.º 41/2015.

Assim, ao contrário do que as Autoras referem, não existe qualquer violação de uma vinculação legal da norma contida no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, nem sequer qualquer causa de exclusão.

De facto, da proposta apresentada pela contrainteressada pode ler-se que os trabalhos que se propõe a executar para a 1.ª subcategoria da 1.ª categoria serão prestados mediante o recurso à subcontratação (cf. extrato da proposta junta com o processo administrativo).

A Requerente apenas o faz porque tal lhe é permitido, não só pelas peças do procedimento, como pela legislação em vigor aplicável.

Ora, de acordo com a cláusula 41.ª do caderno de encargos, o adjudicatário pode subcontratar as entidades identificadas nos documentos de habilitação, desde que se encontrem cumpridos os requisitos constantes do n.º 3 e n.º 6 do artigo 318.º do CCP.

No mesmo sentido dispõe o programa do procedimento, segundo o qual, para efeitos de verificação das habilitações, nomeadamente da declaração de titularidade de alvará emitido pelo IMPIC, o adjudicatário pode apresentar alvarás ou títulos de registo da titularidade de subcontratados, desde que acompanhados de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes.

Pelo que resulta inegável que o recurso à subcontratação é amplamente aceite e permitido, ainda que para a execução de trabalhos de subcategorias ditas “dominantes”.



As Autoras acrescentam que a declaração exigida no n.º 4 do artigo 60.º do CCP “permite a verificação da adequação dos alvarás e das respetivas classes aos trabalhos a realizar.”

Sendo que resulta do artigo 60.º, n.º 4, do CCP que a indicação das habilitações deverá respeitar as regras e termos da portaria referida no n.º 2 do artigo 81.º do CCP, quanto ao modo de apresentação desses documentos.

Ora, nos termos previstos no n.º 2 artigo 81.º do CCP, no caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada o adjudicatário deve apresentar documento comprovativo da titularidade de alvará ou certificado de empreiteiro de obras públicas, emitido pelo Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P. (IMPIC, I.P.), contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar.

Por sua vez, o n.º 2 do artigo 3.º da Portaria n.º 372/2017 permite que, para efeitos de comprovação das habilitações, o adjudicatário se possa socorrer dos alvarás ou certificados de subcontratados, o que se verifica no caso concreto da contrainteressada.

Sendo que essa comprovação não carece de ser efetuada na fase de apresentação das propostas, mas tão-somente na fase de habilitação, porquanto, apesar de a mesma não ser detentora do alvará necessário para a subcategoria em causa, recorreu, nos termos legais, a um subempreiteiro que a tinha.

O facto de a execução das prestações contratuais exigir uma habilitação não implica que a participação no procedimento seja reservada a titulares dessa habilitação. (...) Não parece sequer de excluir a possibilidade de recurso a terceiros titulares da habilitação (v.g. subcontratados), desde que sejam estes terceiros a assegurar a execução do contrato na parte em que este exige a titularidade de habilitação.

Assim se explica que o artigo 2.º, n.º 2, da Portaria n.º 372/2017 estabeleça que, “para efeitos de comprovação das habilitações (...), o adjudicatário pode socorrer-se das habilitações de subcontratados, mediante a apresentação de



*declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes”. Esta abertura, que a Portaria promove, corresponde a uma espécie de aproveitamento da capacidade de terceiras entidades no domínio da habilitação oficial para o exercício da atividade contratada (in *Direito dos Contratos Públicos*, Pedro Costa Gonçalves, 3.ª Edição – Vol. 1, 2018, Almedina, p. 744).*

[...] O regime regra consiste que a empresa adjudicatária deve ser detentora da referida habilitação, contudo, poderá recorrer à subcontratação, aproveitando das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas.

O único limite legal à subcontratação resulta do disposto no artigo 383.º do CCP e em especial do n.º 2, que impõe o limite dos 75% do preço contratual, acrescido ou deduzido dos preços correspondentes aos trabalhos complementares ou a menos e à reposição do equilíbrio financeiro a que haja lugar no âmbito do contrato em causa.

Ora, se o legislador permitiu a subcontratação até 75% do preço contratual, não faria qualquer sentido impedir a subcontratação para os trabalhos mais expressivos ou dominantes.

Assim sendo, a entidade adjudicatária está apenas obrigada a executar, no mínimo, 25% do preço contratual, podendo subcontratar o restante.

Não havendo qualquer razão de interesse público e ou princípio administrativo que imponha interpretação diversa.

Logo, a interpretação do júri é a única que promove a concorrência e cumpre o princípio da igualdade de oportunidades entre os operadores do mercado.

Em último lugar, vêm as Autoras alegar que nos termos do artigo 8.º da Lei 41/2015, de 3 de junho, a empresa de construção responsável pela obra deve ser detentora de habilitação respeitantes aos trabalhos mais expressivos da mesma, o que, no seu entender, tratar-se-á de uma norma legal imperativa.

Acrescentam ainda que se trata de uma norma emanada pela Assembleia da República que não pode ser derogada por uma norma de um Programa do



Procedimento de um concurso público, pelo que a cláusula 9.1 do Programa do Procedimento é nula.

Ora, não lhes assiste razão.

Desde logo, porque da primeira parte do artigo 8.º da Lei 41/2015 resulta, sem qualquer dúvida, que o normativo se aplica “sem prejuízo do disposto nos artigos 19.º e 20.º.”

Assim, os artigos 19.º e 20.º do referido diploma servem precisamente para os casos em que os concorrentes se apresentam em consórcio e agrupamento de empresas, ou quando recorram à subcontratação.

[...]

Assim sendo, não existe qualquer nulidade das peças do procedimento ou qualquer causa de exclusão da proposta da contrainteressada Luságua.

Pelo exposto, improcede o alegado pelas autoras. [...]»;

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

– DE DIREITO:

5. Estando assentes os elementos de facto *supra* descritos, cumpre, com base neles, apreciar a questão nuclear que o contrato em presença suscita, relacionada com os documentos de habilitação da adjudicatária, e enunciada no § 3 *supra* – a qual, adiante-se desde já, merece 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 26/8⁴).

A) Da questão dos documentos de habilitação exigidos no programa de concurso:

6. Perante a factualidade enunciada, constata-se que a celebração do contrato em apreço convoca, desde logo, o regime legal estabelecido para a apresentação de documentos de habilitação dos concorrentes.

a) Em primeira linha, o CCP, já na sua versão revista, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31/8, cuja entrada em vigor ocorreu em 1/1/2018, em conformidade com o disposto nos artigos 12.º, n.º 1, e 13.º desse diploma – e na medida em que o procedimento referente ao contrato em presença se iniciou já no ano de 2018. Ora, o seu artigo 81.º, 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 «*[a] habilitação, designadamente a titularidade de alvará e certificado de empreiteiro de obras públicas, bem como o modo de apresentação desses documentos, obedece às regras e termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área das obras públicas*».

b) Num outro plano, há 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 119/2012⁵, na qual se estabelecem as

⁴ 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.

⁵ Retificada pela Declaração de Retificação n.º 27/2012, de 30/5.

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), e donde resulta que o valor de obra ínsito no contrato em apreço (1.798.277,02 €) demandará alvará de «classe 5» (prevista para valores de obra acima de 1.328.000,00 € e até 2.656.000,00 €).

7. Como decorre da alínea c) da factualidade *supra* descrita, o *programa de concurso* respeitante ao contrato em apreço previa – no ponto 9.1.c1) – a exigência de «classe correspondente ao valor total da proposta» (ou seja, de «classe 5») para os trabalhos a integrar na «1.ª subcategoria da 1.ª categoria» (ou seja, na *subcategoria* respeitante a «*estruturas e elementos de betão*», dentro da *categoria* identificada como «*Edifícios e património construído*»). Por sua vez, fazia esse *programa de concurso* ainda exigências específicas quanto a alvarás respeitantes a determinados «*trabalhos especializados*» (e apenas tendo em conta os respetivos *valores* desses trabalhos), na *subcategoria* de «*Saneamento básico*» da *categoria* de «*Vias de comunicação, obras de urbanização e outras infraestruturas*» e em certas *subcategorias* da *categoria* de «*Instalações elétricas e mecânicas*». Neste quadro, fica evidente que, atentos os valores necessariamente mais reduzidos de cada segmento de tais «*trabalhos especializados*» (por comparação com o «*valor global da proposta*»), seriam exigíveis para estes alvarás de classe inferior à «classe 5». Daí se infere que, para a própria entidade fiscalizada, o núcleo central da empreitada respeitava a trabalhos de «*estruturas e elementos de betão*», pelo que para o mesmo exigiu alvará de classe mais elevada («classe 5») – o que se afigura perfeitamente razoável, se se atentar na natureza da obra em causa («*beneficiação de estação de tratamento de águas residuais*»). Ou seja, essa especial exigência da entidade fiscalizada é reveladora de que considerava esses trabalhos de «*estruturas e elementos de betão*» como correspondentes aos «*trabalhos mais expressivos*» da obra – e tudo sugere que, objetivamente, esses trabalhos de «*estruturas e elementos de betão*» integrem, com efeito, o conceito de «*trabalhos mais expressivos*» utilizado pelo artigo 8.º da Lei n.º 41/2015.



8. Assente tal caracterização, importa analisar o sentido ínsito na norma constante desse artigo 8.º da Lei n.º 41/2015 – e tendo presente que o citado artigo 81.º do CCP (em particular o seu n.º 2) consente que a regulamentação essencial dos documentos de habilitação exigidos ao adjudicatário esteja inscrita em legislação específica respeitante ao exercício da atividade de construção, não estabelecendo quaisquer limitações ao alcance que deva ser extraído dessa regulamentação própria.

9. Como vimos, esse artigo 8.º da Lei n.º 41/2015 consagra que a empresa adjudicatária *«deve ser detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global daquela, respeitante aos trabalhos mais expressivos da mesma»*. A formulação textual induz, manifestamente, que se está perante uma exigência *imperativa* no sentido de que a empresa adjudicatária *deve* possuir *alvará* de *classe* que corresponda ao *«valor global da obra»* e que integre *subcategoria* que se reporte aos *«trabalhos mais expressivos»* dessa obra. Transpondo essa fórmula para o caso concreto, seria de exigir que a ora cocontratante da entidade fiscalizada dispusesse de alvará de «classe 5» para a *subcategoria* respeitante a *«estruturas e elementos de betão»* (dentro da *categoria* identificada como *«Edifícios e património construído»*), por tal *subcategoria* se reportar aos *«trabalhos mais expressivos»* da obra em presença. E, como decorre da alínea *d)* da factualidade *supra* descrita, a aqui adjudicatária não dispunha de tal tipo de alvará – pelo que não satisfaz a exigência emergente do disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015.

10. Sustenta a entidade fiscalizada que a ressalva inicial constante desse artigo 8.º da Lei n.º 41/2015 (*«[s]em prejuízo do disposto nos artigos 19.º [sobre consórcios e agrupamentos de empresas] e 20.º [sobre subcontratação]»*) consentiria que, por via da *subcontratação*, fosse suprida eventual carência de alvará que cumprisse a exigência desse artigo 8.º por parte da empresa adjudicatária, na medida em que, nos termos do n.º 3 desse artigo 20.º, *«[a] empresa subcontratante aproveita das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas»*. Porém, uma tal interpretação inutilizaria o sentido do artigo 8.º da Lei n.º 41/2015. A ressalva quanto ao artigo 20.º não pode ter o alcance de derrogar o artigo 8.º: as duas normas têm de se harmonizar, o que só é possível se se entender que, com tal ressalva,

se pretendeu, por um lado, salvaguardar a possibilidade de subcontratação nas condições legalmente fixadas (e daí a remissão, no n.º 5 desse artigo 20.º, para os artigos 316.º a 322.º do CCP), e, por outro lado, que essa subcontratação pudesse ter lugar ainda que a empresa adjudicatária não dispusesse, como se refere na parte final do artigo 8.º, de «*habilitação noutras classes e subcategorias relativas às restantes obras e trabalhos a executar*» (i.e., que fossem para além dos «*trabalhos mais expressivos*» da obra), caso em que funcionaria o aludido *suprimento de habilitações* previsto no artigo 20.º, n.º 3, da Lei n.º 41/2015. Uma interpretação desses preceitos como a que sustenta a entidade fiscalizada, em vez de ter o alcance, como esta afirma, de «*alargar a concorrência*», poderia ter o efeito de *subverter*, ao permitir que acessem aos concursos para empreitadas de obras públicas entidades sem capacidade ou vocação construtiva bastante (para integrar o conceito de *empresa de construção* seria suficiente incluir no seu objeto social a menção a tal atividade) e que, obtendo a adjudicação, tudo poderiam subcontratar até aos limites legalmente permitidos (emergentes do disposto no artigo 383.º do CCP, em especial do seu n.º 2) e sem as necessárias garantias de qualidade de execução quanto à parte reservada à adjudicatária para além de tais limites.

11. A este propósito, atente-se ainda que a entidade fiscalizada sustenta, em combinação com a sua referenciada interpretação dos artigos 8.º e 20.º da Lei n.º 41/2015, que o único limite à subcontratação, por parte de entidade adjudicatária sem a habilitação prevista naquele artigo 8.º, seria precisamente o constante do n.º 2 do artigo 383.º do CCP («[...] *não pode o empreiteiro subcontratar prestações objeto do contrato de valor total superior a 75 do preço contratual, acrescido ou deduzido dos preços correspondentes aos trabalhos a mais ou a menos, aos trabalhos de suprimento de erros e omissões e à reposição do equilíbrio financeiro a que haja lugar no âmbito do contrato em causa*»). Porém, mais uma vez se reitera aqui o entendimento de que o CCP, como bem se evidencia do citado n.º 2 do seu artigo 81.º, não pretendeu estabelecer condicionamentos ao regime específico do exercício da atividade de construção – e, muito menos, derrogar as exigências constantes do artigo 8.º da Lei n.º 41/2015. O artigo 383.º do CCP apenas estabelece limites à subcontratação em matéria de empreitadas de obras públicas – e não pretende substituir-se

ao regime das condições exigidas quanto às habilitações adequadas ao exercício da atividade de construção.

12. Argumenta ainda a entidade fiscalizada que o seu *programa de procedimento* contemplava uma *regra* que permitia a subcontratação mesmo em caso de carência de qualquer das habilitações exigidas ao adjudicatário, incluindo a do ponto 9.1.c1) (*i.e.*, alvará da 1.ª subcategoria da 1.ª categoria de classe correspondente ao valor global da proposta). Constava a mesma do ponto 9.1.d): «*Para o efeito da verificação das habilitações referidas na alínea anterior, o adjudicatário pode apresentar alvarás ou títulos de registo da titularidade de subcontratados, desde que acompanhados de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes*». Porém, e como é bom de ver, não é uma tal *regra* do *programa de concurso* que pode afastar a aplicação da norma *imperativa* do artigo 8.º da Lei n.º 41/2015. Tal regra será plenamente inócua perante o regime legal aplicável, na interpretação que aqui se sustenta – sendo, por isso, insuscetível de arredar a exigência, que se impunha, *in casu*, à entidade adjudicatária de dispor de alvará da 1.ª subcategoria da 1.ª categoria de classe correspondente ao valor global da proposta (*i.e.*, de alvará de «classe 5» para a execução dos trabalhos correspondentes à *subcategoria* de «*estruturas e elementos de betão*» da *categoria* de «*edifícios e património construído*»).

13. Acrescente-se ainda que decorre do entendimento ora exposto uma inerente *discordância* deste Tribunal relativamente à tese defendida na *sentença de tribunal administrativo* mencionada na alínea f) da factualidade *supra* descrita. E, neste ponto, importa sublinhar que a *diferença* (e *separação*) entre a *jurisdição administrativa* (dos tribunais administrativos e fiscais) e a *jurisdição financeira* (deste Tribunal de Contas), atenta a *inconfundibilidade* das *competências* e *atribuições* de uma e de outra dessas *jurisdições*, determina ser irrelevante essa *sentença de tribunal administrativo* (e respetivo *trânsito em julgado*) para efeitos das competências que cabem a este nosso Tribunal em matéria de *fiscalização prévia* – e que se exercem na presente *decisão*, sem prejuízo da esfera de competência própria daqueloutro Tribunal. Neste conspecto, e com tais

condicionantes, apenas se dirá afigurar-se-nos não se haver atendido naquela *sentença* de *tribunal administrativo* à aqui sustentada natureza *imperativa* do artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, e que não pode ser derogada, quer por *regras de programas de concurso* (conforme já se afirmou), quer por normas de *valor hierárquico inferior* ao da citada Lei, editada pela Assembleia da República, designadamente inscritas em *portarias*, como sejam as dos invocados artigos 2.º, n.º 2, e 3.º, n.º 2, da Portaria n.º 372/2017, de 14/12, cujo alcance apenas será de carácter meramente *regulamentar*, e nunca inovatório⁶.

B) Das consequências da carência de documentos de habilitação:

14. Perante o manifesto incumprimento da exigência emergente do disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, estamos confrontados com situação que se enquadra na previsão da alínea f) do n.º 1 artigo 132.º do CCP, onde se estabelece 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 [...]». Estabelece ainda o n.º 4 desse artigo 86.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».

15. Atenta a factualidade *supra* descrita, evidencia-se que a adjudicatária não fez juntar ao procedimento respetivo a documentação habilitante necessária (com a aceitação, aliás, da entidade fiscalizada). 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

⁶ Sobre este ponto, cfr. BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 166-170.

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.

16. Em face da carência da documentação habilitante necessária devida 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.

17. Esta situação, aliás, já mereceu anteriores apreciações deste Tribunal de idêntico sentido, sendo de salientar os Acórdãos desta 1.ª Secção, em Subsecção, sob os n.ºs 15/2010, de 20/4, 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), 4/2018, de 22/1, e 37/2018, de 1/10⁷, este último relatado pelo também aqui relator. 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.

⁷ Todos acessíveis em www.tcontas.pt.

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, consequentemente, 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 consequente *juízo negativo* sobre a pretensão de concessão de visto.

18. 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 consequente de atos procedimentais inválidos», cujo n.º 1 dispõe do seguinte modo: «Os contratos são nulos se a nulidade do ato procedimental em que 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, nº 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).

19. 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.

20. Acresce, porém, dever ainda ponderar-se as consequências do exposto a propósito da insuficiência das habilitações do adjudicatário, em termos de *resultado*

financeiro do contrato – em particular, na perspetiva da 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 essa situação se mostra suscetível de potenciar a *alteração do resultado financeiro* do contrato.

21. Nesse caso, com efeito, 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».

22. 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) Conclusão:

23. 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)⁸.

Lisboa, 20 de janeiro de 2020

Os Juízes Conselheiros,

(Mário Mendes Serrano - Relator)

(Alzira Antunes Cardoso)

(Paulo Dá Mesquita)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,

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