

49 2024

1.ª Seção – SS

Data: 10/12/2024

Processo: 580/2024

RELATORA: Conselheira Maria de Fátima
Mata-Mouros

NÃO TRANSITADO

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subseção da 1.ª Seção:

I. RELATÓRIO

1- Resulta fundamentalmente do processo o seguinte:

- 1.1 O Município de Rio Maior (doravante MRM) remeteu a este Tribunal de Contas (TdC) em 12/03/2024, para efeitos de fiscalização prévia, o “Contrato n.º 14/2024/E – Empreitada de Conceção-Construção das Ações Previstas no Projeto de Investimento n.º 76 – Parque Empresarial de Área de Acolhimento Empresarial de Nova Geração – (Aviso n.º 02/C7-101/2021 - PRR, Componente 7-Infraestruturas)”, datado de 26/02/2024, celebrado entre si e o consórcio constituído pelas empresas NOS COMUNICAÇÕES, S.A., e BRIGHTCITY, S.A., no valor de €11.169.122,40 (onze milhões, cento e sessenta e nove mil, cento e vinte e dois euros e quarenta cêntimos), acrescidos de IVA à taxa legal em vigor, e com o prazo de 455 (quatrocentos e cinquenta e cinco) dias a contar após a receção do visto do Tribunal de Contas.
- 1.2 A entidade fiscalizada foi interpelada, uma primeira vez, pelo Departamento de Fiscalização Prévia (DFP), em 22/03/2024, através do Ofício n.º 13366/2024, para vir prestar esclarecimentos e juntar documentação em falta, tendo apresentado resposta em 17/05/2024, através do requerimento n.º 1395/2024.
- 1.3 Em Sessão Diária de Visto de 28/05/2024 foi determinada nova devolução para abertura de contraditório quanto às questões de ilegalidade ali suscitadas, tendo o MRM respondido em 19/07/2024, através do requerimento n.º 2204/2024.
- 1.4 Em Sessão Diária de Visto de 23/07/2024 foi determinada uma última devolução para contraditório, tendo o MRM respondido em 27/11/2024, através do requerimento n.º 3567/2024, devidamente ponderado no presente acórdão.

II. FUNDAMENTAÇÃO DE FATO

II.1 FACTOS PROVADOS

- 2- Com relevo para a decisão final de fiscalização prévia consideram-se provados os seguintes factos:

Do contrato submetido a fiscalização prévia

- 2.1 O MRM remeteu a este TdC, para efeitos de fiscalização prévia, um contrato denominado *“Contrato de Empreitada de “Contrato n.º 14/2024/E – Empreitada de Conceção-Construção das Ações Previstas no Projeto de Investimento n.º 76 – Parque Empresarial de Área de Acolhimento Empresarial de Nova Geração – (Aviso n.º 02/C7-101/2021 - PRR, Componente 7-Infraestruturas)”*, datado de 26/02/2024, celebrado entre si e o consórcio constituído pelas empresas *NOS COMUNICAÇÕES, S.A.*, e *BRIGHTCITY, S.A.*, no valor de €11.169.122,40 (onze milhões, cento e sessenta e nove mil, cento e vinte e dois euros e quarenta cêntimos), acrescidos de IVA à taxa legal em vigor, e com o prazo de 455 (quatrocentos e cinquenta e cinco) dias a contar após a receção do visto do Tribunal de Contas.
- 2.2 Tal contrato tem por objeto a empreitada *“de Conceção-Construção das Ações Previstas no Projeto de Investimento n.º 76 – Parque Empresarial de Área de Acolhimento Empresarial de Nova Geração – (Aviso n.º 02/C7-101/2021 – PRR, Componente 7 – Infraestruturas)”*, e inclui as seguintes fases: *“Fase 1 – a elaboração do projeto inicia-se com a consignação do projeto e deve estar concluída no prazo de 90 dias; Fase 2 – a realização da empreitada inicia-se com a aprovação dos projetos e deve estar concluída no prazo de 365 dias, a contar do seu início;”*;

Do procedimento pré-contratual

- 2.3 Por deliberação aprovada por unanimidade na reunião de 29/06/2022, a Câmara Municipal de Rio Maior (CMRM) aprovou a informação n.º 18/UOPEI/20222 do Chefe de Divisão da Unidade de Obras Públicas e Equipamentos, no sentido de lançar um concurso limitado por prévia qualificação com publicidade internacional para a obra de conceção e construção das ações previstas no *Projeto de Investimento Co7-101-03 – “Áreas de Acolhimento Empresarial (AAE) – Rio Maior New Generation Business” (Aviso n.º 02/c7-10/2021-PRR, componente 7 Infraestruturas)”*, tendo o preço base de €12.520.500,00, acrescido de IVA à taxa legal em vigor.

2.4 Nos termos do art.º 26.º do Programa de Procedimento, o critério de adjudicação seria o seguinte:

Artigo 26º
Critério de adjudicação

1. A adjudicação será feita segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, determinada pela modalidade multifator, nos termos do artigo 74.º, n.º 1, al. a) do CCP, com base nos seguintes fatores de apreciação e respetivas ponderações:

Fatores de Apreciação	Subfatores	Ponderação global (%)
1. Preço	a) Preço Global	60%
2. Valia técnica da Proposta	b) Memória descritiva	20%
	c) Estudo Prévio da Solução de Engenharia	20%

A pontuação final de cada proposta (e a respetiva classificação) resultará do somatório das pontuações obtidas em cada subfactor multiplicada pelo respetivo ponderador global, de acordo com a seguinte fórmula:

$$Pontuação das Propostas = (0,6 \times P_p) + (0,2 \times P_{MD}) + (0,2 \times P_{EP})$$

Em que,

P_p	Ponderação do subfactor Preço Global (%)
P_{MD}	Pontuação do subfactor Memória Descritiva (%)
P_{EP}	Pontuação do subfactor Estudo Prévio (%)

a) Pontuação do subfactor Preço Global

A pontuação do subfactor preço global será obtido através da aplicação da seguinte fórmula:

$$P_p = 100 \times \left(1 - \frac{V_p}{V_b}\right)$$

Em que:

P_p	Ponderação do subfactor Preço Global (%)
V_b	Valor base do presente concurso, como definido no Caderno de Encargos
V_p	Valor da proposta submetida pelo concorrente

b) Pontuação do subfactor Memória Descritiva

A pontuação do subfactor Memória Descritiva avaliará o mérito da descrição das soluções propostas, a coerência do programa de trabalhos e do plano de mão-de-obra e de equipamentos, de acordo com a seguinte fórmula:

$$P_{MD} = 0,55 \times P_{DTSS} + 0,15 \times P_{PT} + 0,15 \times P_{PM} + 0,15 \times P_{PE}$$

Em que:

Elementos da memória descritiva	Pontuação atribuída	
	25 pontos	100 pontos
P_{DTSS} (pontuação por descrição de trabalhos, serviços e soluções)	Descreve os trabalhos, serviços e soluções de forma genérica, mas coerente com os requisitos do presente concurso.	Descreve de forma pormenorizada os trabalhos, serviços e soluções a prestar e descreve os equipamentos e quantidades incluídas na proposta, assegurando o cumprimento (ou ultrapassando) todos os requisitos do presente concurso. Justifica e correlaciona as soluções técnicas e as opções assumidas de forma detalhada.



P_{PT} (pontuação por Plano de trabalhos)	Descreve a abordagem de trabalho de forma genérica, mas não detalha a questões críticas de cada fase e/ou tempos de execução e/ou respetivos entregáveis. O programa de trabalhos não evidencia relações de sequencialidade e/ou não identifica o caminho crítico e/ou não tem uma granularidade diária.	Descreve a abordagem de trabalho e da metodologia de execução do projeto, identificando claramente as questões críticas, as atividades, os tempos e os entregáveis de cada fase. O programa de trabalhos é detalhado e estruturado com diagrama cronológico (em dias), evidenciando as relações de sequencialidade e caminho crítico.
P_{PM} (pontuação Plano de Mão-de-Obra)	Descreve a composição da equipa mas não detalha o papel de cada elemento da equipa e/ou o modelo de governo do projeto e/ou a correlação entre os elementos da equipa e o plano de trabalho.	Explica o modelo de governo do projeto, incluindo o papel de cada elemento da equipa: funções/responsabilidades, perfil de competências, periodicidade com que se reúnem e outras formas de interação, bem como a articulação com a equipa da entidade adjudicante. Evidencia a correlação entre o plano-de-mão de obra e o plano de trabalhos.
P_{PE} (pontuação Plano de Equipamentos)	Plano evidencia equipamentos necessários sem indicar quantidades necessárias e/ou sem uma ligação evidente às ações elencadas no plano de trabalhos.	Plano de Equipamentos contém a quantidade e a natureza do equipamento necessário, em cada unidade de tempo, à execução do projeto e da empreitada, correlacionando os equipamentos com as atividades do plano de trabalhos.

c) Pontuação do subfactor Estudo Prévio:

A pontuação do subfactor Estudo Prévio da Solução de Engenharia avaliará a qualidade técnica da solução proposta, através da análise da adequação das soluções de engenharia propostas face aos requisitos funcionais e às necessidades operacionais, em termos, de implantação, organização e interligação dos diversos equipamentos, com vista a maximizar o desempenho funcional, operacional e de manutenção. Esta pontuação será atribuída de acordo com os seguintes critérios:

A pontuação será atribuída de 1 a 100, tendo em conta os requisitos impostos no caderno de encargos e os seguintes aspetos:

- Detalhe das metodologias e parâmetros de desenho da obra
- O nível de detalhe nas peças escritas e desenhadas
- Detalhe das soluções de engenharia apresentadas (civil, mecânica e elétrica)
- Justificação das soluções de engenharia apresentadas
- Detalhe dos elementos apresentados dos equipamentos principais

De acordo com os seguintes descritos e níveis qualitativos:

- **100 pontos** - Atribuídos às propostas que apresentem um elevado nível de pormenor e muito boa qualidade/adequação/fiabilidade na totalidade dos 5 (cinco) aspetos considerados relevantes para a realização do contrato.
 - **80 pontos** - Atribuídos às propostas que apresentem um elevado nível de pormenor e muito boa qualidade/adequação/fiabilidade, em, pelo menos, 4 (quatro) dos 5 aspetos considerados relevantes para a realização da empreitada.
 - **60 pontos** - Atribuídos às propostas que apresentem um elevado nível de pormenor e muito boa qualidade/adequação/fiabilidade em, pelo menos, 3 (três) dos 5 aspetos considerados relevantes para a realização da empreitada.
 - **40 pontos** - Atribuídos às propostas que apresentem um elevado nível de pormenor e muito boa qualidade/adequação/fiabilidade, em, pelo menos, 2 (dois) dos 5 aspetos considerados relevantes para a realização da empreitada.
 - **20 pontos** - Atribuídos às propostas que apresentem um elevado nível de pormenor e muito boa qualidade/adequação/fiabilidade em, pelo menos, 1 (um) dos 5 aspetos considerados relevantes para a realização da empreitada ou que, independentemente disso, não descrevam ou permitam fundamentar minimamente o modo de execução do contrato.
 - **1 ponto** - Atribuído às propostas que se apresentem sem pormenor adequado ou se revelem desajustadas para o contrato em causa.
2. Os preços devem ser apresentados em Euros com apenas duas casas decimais e não incluem IVA.
 3. Quer as pontuações parcelares dos critérios quer a pontuação global serão determinadas com duas casas decimais sendo os arredondamentos feitos, em ambas as situações, para o centésimo mais próximo. No caso de um valor exatamente intermédio, o arredondamento será feito por excesso.
 4. Em caso de empate entre as propostas, as mesmas serão classificadas em função da pontuação que cada uma delas obtiver no subfactor preço. Mantendo-se ainda o empate será adjudicada a proposta na sequência de sorteio, realizado pelo júri na presença de um representante de cada um dos concorrentes, do qual será redigida ata a assinar por todos os intervenientes.
 5. Para efeitos do número anterior, todos os concorrentes serão notificados da data, hora e local de sorteio, com a antecedência de 3 dias, devendo estar munidos da respetiva identificação e de comprovativo ou declaração que confira poderes para representar a entidade, emitida por quem tem poderes para a obrigar.

- 2.5** De acordo com o art.º 32.º do Programa de Procedimento, o adjudicatário será notificado para apresentar, além do mais
- f) Alvarás/certificados (ou indicar a intenção de subcontratação de uma ou mais entidades que os detenham) contendo as seguintes categorias e subcategorias:*
- i. 5ª subcategoria da 4ª Categoria da classe de valor igual ou superior ao valor global da proposta apresentada;*
 - ii. 1.ª, 3ª, 4ª e 7ª, 8ª e 12ª Subcategorias da 4ª Categoria da classe correspondente ao valor dos trabalhos especializados que lhe respeitem;*
 - iii. 7ª subcategoria da 5ª Categoria da classe correspondente ao valor dos trabalhos especializados que lhe respeitem*
- 2.6** Os anúncios do concurso foram publicados no *Diário da República* n.º 132, de 11/07/2022, e no *Jornal Oficial da União Europeia* n.º S132, de 12/07/2022.
- 2.7** Apresentaram candidatura três consórcios de empresas:
- a) CME, constituída pelos seguintes grupos de empresa:*
 - (i) Agrupamento CME, S.A.;
 - (ii) Alexandre B. Borges, S.A.;
 - (iii) MEO, S.A
 - b) Vodafone, S.A., constituída pelos seguintes grupos de empresa:*
 - (i) Agrupamento Vodafone, S.A.;
 - (ii) Elísio Paulo & Azevedo, Lda.;
 - (iii) CSide - Soluções Inteligentes, S.A.;
 - (iv) Petrogal, S.A.;
 - c) BrightCity, S.A., constituída pelos seguintes grupos de empresa:*
 - (i) Agrupamento BrightCity, S.A.,
 - (ii) NOS Comunicações, S.A..
- 2.8** Em 14/10/2022, a CMRM deliberou ratificar o Despacho n.º 61, de 26/09/2022, pelo qual foram os três consórcios aprovados à fase de qualificação e determinada a emissão de convite a todos eles para apresentação de proposta.
- 2.9** Em 02/10/2023 foi elaborado pelo júri relatório preliminar de apreciação das propostas, tendo deliberado o seguinte:

1. **Excluir** a proposta do concorrente **Agrupamento C.M.E., S.A / Alexandre B. Borges, S.A. MEO, S.A.**, ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 9º do Convite do Procedimento, por não ter apresentado os documentos exigidos nos pontos 2.3 e 3 da mesma disposição;
 2. **Excluir** a proposta do concorrente **Agrupamento Vodafone, S.A. / Elísio Paulo & Azevedo, Lda. / CSide Soluções Inteligentes, S.A. Petrogal, S.A.**, nos termos conjugados da alínea n) do n.º 2 do artigo 146º do CCP com do disposto no n.º 3 do artigo 24º do Programa de Procedimento, por não ter cumprido com sucesso a Demonstração de Adequação Funcional de Equipamentos e Plataformas de Gestão (DAFEP);
 3. **ADMITIR** a proposta do concorrente **Agrupamento BrightCity, S.A. / NOS Comunicações, S.A.**, a qual se encontra devidamente instruída com todos os documentos exigidos nas peças do procedimento, bem como por ter cumprido com sucesso a Demonstração de Adequação Funcional de Equipamentos e Plataformas de Gestão (DAFEP).
- 2.10** Notificados de tal relatório preliminar, nenhum dos concorrentes apresentou pronúncia;
- 2.11** Em 16/10/2023, o júri elaborou o relatório final, no qual deliberou propor:
1. **A adjudicação** da "Empreitada de conceção-construção das ações previstas no Projeto de Investimento n.º 76 Parque empresarial de área de acolhimento empresarial de nova geração", ao concorrente **Agrupamento BrightCity, S.A. / NOS Comunicações, S.A.**, pelo montante de **€ 11 169 122,40** (onze milhões cento e sessenta e nove mil cento e vinte e dois euros e quarenta cêntimos), valor ao qual acresce IVA à taxa legal em vigor,
 2. Nos termos do n.º 2 do artigo 77.º do CCP, que o adjudicatário seja notificado para no prazo de 10 (dez) dias a contar da data da notificação da adjudicação apresentar os seguintes documentos:
 - a. Os documentos de habilitação, fixados no artigo 32. do Programa de procedimento;
 - b. Prestar uma caução no montante de **€ 558 456,12** (quinhentos e cinquenta e oito mil quatrocentos e cinquenta e seis euros e doze cêntimos), referente a 5% do valor total da adjudicação;
 - c. Confirmar, se for o caso, os compromissos assumidos por terceiras entidades relativos a atributos ou a termos ou condições da proposta adjudicada.
- 2.12** Na reunião realizada no dia 27/10/2023, a CMRM deliberou aprovar o relatório final e adjudicar o contrato ao concorrente **Agrupamento BrightCity, S.A. / NOS comunicações, S.A.**.
- 2.13** Nenhuma das duas empresas que constitui o consórcio adjudicatário é detentora de alvará de empreiteiro de obras públicas em classe que cubra o valor da obra na subcategoria nem em subcategoria relativa aos restantes trabalhos, indicadas na alínea f) do n.º 1 do artigo 32.º do programa de procedimento.

- 2.14** Veio o consórcio juntar o alvará da subcontratada *Bragalux, S.A.*, pelo qual se comprova ser esta titular, além do mais, de alvará nas seguintes categorias, subcategorias e classes:

4.ª Categoria

Subcategoria 1.ª – Classe 6

Subcategoria 3.ª – Classe 8

Subcategoria 4.ª – Classe 8

Subcategoria 5.ª – Classe 8

Subcategoria 7.ª – Classe 6

Subcategoria 8.ª – Classe 6

Subcategoria 12.ª – Classe 5

5.ª Categoria

Subcategoria 7.ª – Classe 6

- 2.15** Foi junta também pelo consórcio uma declaração da *Bragalux, S.A.*, de que se compromete a realizar determinadas prestações objeto do contrato a celebrar, concretamente as atividades relacionadas com a detenção dos alvarás e certificados previstos no artigo 32º, n.º 1, f) do Programa.
- 2.16** Foi também junta uma declaração da empresa *LMSI Engineering, S.A.*, na qual esta se compromete a executar os trabalhos correspondentes à: *Fase 1- Elaboração do Projecto - conceção, desenvolvimento e aprovação dos Projectos (anteprojeto e projecto de execução), nos termos definidos na Portaria 701-H/2008, de 29 de julho, de todas as componentes que integram as 2 tipologias da candidatura abaixo indicadas: a) Sistemas de produção e armazenamento de energia a partir de fontes renováveis destinados ao autoconsumo e às Comunidades de Energia Renovável; b) Mobilidade sustentável (elétrica e hidrogénio).*

Da tramitação destes autos

- 2.17** Em 22/03/2024, através do Ofício n.º 13366/2024, o DFP notificou o MRM nos seguintes termos:
- 1. Informe se foram obtidos todos os pareceres prévios, licenciamentos e autorizações, legalmente exigíveis, que possam condicionar o procedimento e a execução do contrato*

- e, sendo o caso, remeta os mesmos, contendo o sentido da decisão que sobre eles recaiu e informe em que peça do procedimento foram identificados, em cumprimento do disposto no n.º 5 do artigo 36.º do CCP.*
- 2. Demonstre que foram feitos todos os estudos relativos à economia, eficiência e eficácia, nos termos do artigo 18.º da Lei de Enquadramento Orçamental, fundamentando, caso necessário, a eventual inexistência dos referidos estudos.*
 - 3. Demonstre, documentalmente, que previamente à decisão de contratar a plurianualidade da despesa foi autorizada pela Assembleia Municipal, nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 6 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho.*
 - 4. Considerando que o contrato em apreço resulta de um procedimento pré-contratual por concurso limitado por prévia qualificação, fundamente a escolha do procedimento e demonstre:*
 - a) Que foram respeitados os pressupostos relativos aos requisitos mínimos de capacidade técnica, nos termos do artigo 165.º do CCP;*
 - b) Que os documentos da candidatura, exigidos no artigo 12.º do programa do procedimento, são os adequados para a qualificação dos candidatos, nos termos do n.º 1 do artigo 168.º do CCP, face ao objeto do contrato em apreço;*
 - c) Fundamente e demonstre que cada um dos requisitos mínimos estabelecidos no programa de procedimento respeitam devidamente o princípio da proporcionalidade, tal como expresso no n.º 3 do artigo 165.º do CCP, e não se mostram desproporcionados ao objeto contratual, bem como que os mesmos não foram estabelecidos de modo a colidir ou a limitar os princípios da concorrência, da igualdade, da adequação e da proporcionalidade.*
 - 5. Justifique o motivo pelo qual, para avaliação do subfactor “Estudo Prévio”, do fator “Valia Técnica da Proposta”, que compõe o critério de adjudicação, não foram estabelecidos no programa do procedimento os concretos descritores que permitiriam pontuar, tendo, ao invés, sido fixados conceitos subjetivos e vagos para tal avaliação, como “muito boa qualidade/adequação/fiabilidade”, demonstrando que da aplicação do mesmo se obteria a melhor proposta no cumprimento das normas e princípios que norteiam a contratação pública, designadamente o disposto nos artigos 70.º, alínea n) do n.º 1 do artigo 132.º, 139.º, 146.º e 148.º, todos do CCP e 152.º e 153.º do CPA.*
 - 6. Adicionalmente, esclareça como considera legalmente admissível que na pontuação do subfactor “Estudo Prévio”, tenha sido prevista a possibilidade de atribuição de pontuação um, em patamar no qual se verifica omissões de informação relevante, tal como “se revelem desajustadas para o contrato em causa”, quando a verificação desta situação, deveria determinar a exclusão da proposta, por violação de aspetos essenciais do caderno de encargos, nos termos do disposto no artigo 70.º do CCP.*
 - 7. Fundamente a concreta legalidade do disposto no ponto 9.4.4. do programa preliminar, quando refere que “só serão aceites módulos provenientes de fabricante Tier 1, de acordo com a lista Bloomberg new energy finance – BNEF”, tendo em conta o estatuído no n.º 4 do artigo 49.º do CCP.*

8. *No seguimento do ponto anterior, fundamente a existência, no programa preliminar, bem como nos requisitos mínimos de capacidade técnica previstos no programa de procedimento, referência ao cumprimento de marcas e normas (v.g., IEC, ISO, SAE), sem estarem devidamente acompanhadas da menção “ou equivalente”, conforme estatuído na alínea b), do n.º 7, do artigo 49.º do CCP.*
9. *Fundamente o lapso de tempo verificado entre o termo do prazo de apresentação de propostas (14.01.2023), e a data da adjudicação (27.10.2023), tendo em conta o prazo de manutenção de propostas e o disposto no n.º 1 do artigo 76.º do CCP.*
10. *Atento o disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, fundamente a validade da adjudicação, tendo em conta que nenhuma das duas empresas que constitui o consórcio adjudicatário é detentor de alvará de empreiteiro de obras públicas em classe que cubra o valor da obra na subcategoria indicada na alínea f) do n.º 1 do artigo 33.º do programa de procedimento (cf. Acórdão n.º 8/2022 – 1.ª Secção/SS, de 22.02.202).*
11. *Tendo em conta que termo de aceitação celebrado entre a entidade e a CCDRLVT prevê um período de execução do investimento entre 01.01.2022 e 31.12.2023, demonstre em que termos é que o investimento contratualizado se adequa à real execução do contrato, enviando eventuais reprogramações temporais.*
12. *Informe se ocorreu qualquer apresentação de petições de impugnação judicial de atos administrativos ou equiparados praticados no decurso do procedimento, de peças neste patenteadas ou do contrato celebrado, remetendo, em caso afirmativo, cópia das impugnações, informando quanto aos respetivos fundamentos e situação dos processos, eventual efeito suspensivo automático ou decretamento de medidas provisórias no âmbito do contencioso précontratual.*
13. *Remeta, ainda, a seguinte documentação:*
 - a) *Fundamentação do preço base anexa à decisão de contratar;*
 - b) *Comprovativo de envio do convite à apresentação de propostas;*
 - c) *Candidatura do adjudicatário.*
14. *Remeta, ainda, a seguinte documentação financeira para o corrente ano:*
 - a. *PPI/2024, e respetivo ato de aprovação;*
 - b. *Informação de cabimento orçamental, devidamente datada e assinada pela entidade competente, de acordo com o modelo disponibilizado para o efeito na Plataforma eContas (Mapa I);*
 - c. *Informação de compromisso orçamental, devidamente datadas e assinadas pela entidade competente, de acordo com o modelo disponibilizado para o efeito na Plataforma eContas (Mapa II);*
 - d. *Informação de Encargos Orçamentais Diferidos, devidamente datado e assinado pela entidade competente, de acordo com o modelo disponibilizado para o efeito na Plataforma eContas (Mapa III);*

- e. *Registo de compromisso, extraído do sistema informático de apoio à execução orçamental utilizado pela entidade;*
- f. *Mapa de fundos disponíveis referente ao mês da inscrição do compromisso em causa, extraído do sistema informático em utilização nessa entidade;*
- g. *Informação de controlo de fundos disponíveis, de acordo com o modelo disponibilizado para o efeito na Plataforma eContas (Mapa IV);*
- h. *Mapa de fundos disponíveis, referente ao mês de inscrição do compromisso, retirado da aplicação da DGAL;*
- i. *Na sequência da alínea anterior, e caso se verifique a situação de exclusão de aplicação do regime dos compromissos e pagamentos em atraso, fixado na Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro, regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho (nas suas redações atuais), demonstre o cumprimento do disposto no n.º 5 e seguintes do artigo 58.º da Lei n.º 82/2023, de 29 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2024, juntando a documentação pertinente, nomeadamente, a última comunicação à DGAL disponível e a demonstração do não agravamento dos pagamentos em atraso com mais de 90 dias registados na plataforma eletrónica de recolha de informação da DGAL, a 31 de dezembro de 2023, face a setembro de 2022, nos exatos termos previstos nos n.ºs 7 e 8 da citada disposição legal*

2.18 O MRM apresentou resposta em 17/05/2024, através do requerimento n.º 1395/2024, com o seguinte teor:

Quanto ao ponto n.º 1 do documento acima mencionado:

Importa referir que cabe ao cocontratante obter os pareceres, licenciamentos e autorizações legalmente exigíveis, de acordo com o previsto no n.º 8 da cláusula 14ª do Caderno de Encargos, nos termos do qual: “Cabe ao Cocontratante a obtenção de uma Declaração de Impacte Ambiental – DIA -, a obtenção de uma Decisão sobre a Conformidade Ambiental do Projeto de Execução – DCAPE - ou a obtenção de uma declaração que ateste que o procedimento não é passível de enquadramento em AIA, emitido pela Autoridade competente pelo procedimento de AIA, conforme legislação aplicável e, ainda, se aplicável, a obtenção dos seguintes pareceres prévios, licenciamentos e/ou autorizações: i) Licenciamento pela Direção Geral de Energia e Geologia, ii) E-redes para as infraestruturas de interligação à rede elétrica de serviço público, iii) licenciamento pela Infraestruturas de Portugal e Município no que respeita a travessias sob via rodoviárias por ela tuteladas, iv) DGPC - Direção Geral do Património Cultural e v) outras entidades que a legislação determine a respetiva consulta”.

Tratando-se de um concurso de conceção/construção, os pareceres, licenciamentos e autorizações legalmente exigíveis, apenas poderão ser solicitados no momento em que os projetos forem elaborados.

Quanto ao ponto 2:

Relativamente aos estudos necessários para que seja possível assegurar a economia, eficiência e eficácia deste projeto, importa referir que seria pouco eficiente, tanto em termos de tempo como de custos, proceder à execução de um estudo prévio acerca destas temáticas, tendo em conta que o Programa de Procedimento já prevê a sua execução. Caso contrário, a duplicação destes estudos teria impactos económicos e temporais nefastos, o que se tornaria contrário ao princípio enunciado no artigo 18º da Lei de Enquadramento Orçamental.

Quanto ao ponto 3:

Remete-se ficheiro em anexo.

No que se refere ponto 4:

A empreitada a executar envolve uma complexidade relevante, utilizando métodos, técnicas, equipamentos e materiais inovadores, com particular enfoque para o caso dos painéis fotovoltaicos, sistemas de acumulação e sistemas de produção e hidrogénio, requerendo, em razão da tecnicidade própria dos concorrentes, a especial ligação destes à sua conceção, devendo o adjudicatário assumir, nos termos das peças do procedimento, obrigações de resultado relativas à utilização da obra a realizar. Assim, a conceção da solução a implementar terá de ser assegurada pelo adjudicatário e, consequentemente, a elaboração do respetivo projeto de execução, que, nestes termos, deverá ser da sua responsabilidade.

Neste contexto, de modo a não limitar a concorrência e em nome do interesse público, entendeu-se necessário adotar o procedimento através da modalidade de conceção/construção para a empreitada em apreço, permitindo a apresentação de propostas otimizadas em função das tecnologias e meios que os concorrentes possuam e que, simultaneamente, garantam o cumprimento dos requisitos legais aplicáveis.

O artigo 165º do Código dos Contratos Públicos estabelece os requisitos mínimos de capacidade técnica, os quais devem ser adequados à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar, descrevendo situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos, designadamente: a) À experiência curricular dos candidatos; b) Aos recursos humanos, tecnológicos, de equipamento ou outros utilizados, a qualquer título, pelos candidatos; c) Ao modelo e à capacidade organizacionais dos candidatos, designadamente no que respeita à direção e integração de valências especializadas, aos sistemas de informação de suporte e aos sistemas de controlo de qualidade; d) À capacidade dos candidatos adotarem medidas de gestão ambiental no âmbito da execução do contrato a celebrar;”.

No artigo 10º do Programa de Procedimento (PP) fixaram-se os requisitos de capacidade técnica que se justificaram e julgaram adequados, tendo em vista a conceção de um sistema, que, pela sua particular especificidade, designadamente a inovação e complexidade técnica, no que respeita a sistemas de produção e armazenamento de energia a partir de fontes renováveis, mobilidade sustentável (elétrica e hidrogénio) e cobertura com soluções de comunicação 5G, exige especiais garantias de qualidade, competência e conhecimento e experiência técnica em diversas áreas, necessários a que o projeto cumpra os objetivos pretendidos de eficiência.

Assim, quanto aos requisitos mínimos de capacidade técnica nos termos do artigo 165º do CCP:

- a) O preenchimento do requisito mínimo de capacidade técnica fixado no n.º 1 do artigo 10º do PP relativo à certificação enquanto Empresa de Serviços Energéticos (ESE) nível 2 ou superior, atribuída pela Direção Geral de Energia (DGEG), teve como objetivo, no que diz respeito à produção e consumo de energia, um sistema o mais eficiente possível. Entendeu-se, assim, exigir no PP que os candidatos tivessem experiência e habilitação nessas áreas, constituindo garantias adicionais de competência e qualidade necessários ao projeto a implementar.*

As normas e certificados enunciados no n.º 2 do artigo 10º do PP, visam garantir que os candidatos são detentores de conhecimentos e procedimentos de gestão implementados, que possam constituir uma garantia adicional na execução de um contrato que, intimamente ligado às questões do ambiente, exige competências certificadas nesse domínio.

Considerou-se, assim, adequada, a exigência de norma de gestão de qualidade ISO 9001 que garante a existência de procedimentos de gestão relativos à organização, bem como a Norma ISO 14001 relativa à produção de energias renováveis, assegurando a existência de procedimentos auditados de gestão ambiental.

As infraestruturas a implementar serão conectadas e geridas de uma forma centralizada através de uma plataforma tecnológica. Nesse sentido, para um funcionamento otimizado do sistema, deve ser desenvolvido por entidades certificadas em Serviços e Tecnologias de Informação por referência à Norma ISO 20000-1 e Segurança de Informação por referência à Norma ISO 27001.

A licença de operador de telecomunicações em território nacional, bem como a licença 5G, justifica-se no facto do projeto prever a cobertura indoor e outdoor da Área de Acolhimento Empresarial. Nesse sentido, é necessário assegurar essa cobertura no âmbito da execução do contrato, só possível através de operadoras possuidoras das referidas licenças.

Relativamente à “experiência comprovada em projetos semelhantes”, considerando os vários sistemas a implementar em conformidade com a candidatura aprovada, designadamente sistema fotovoltaico, hidrogénio, carregamento de veículos elétricos e comunicações 5G, era necessário assegurar a experiência dos concorrentes relativamente às respetivas plataformas de gestão, de forma a garantir a monitorização dos diversos sistemas em conformidade com o Programa Preliminar, que permite operacionalizar o Centro de Comando e Controlo do Parque Empresarial, a saber: Plataforma de Gestão de Eficiência Energética; Plataforma de Gestão de Carregadores; Plataforma de Controlo e Monitorização do Posto de Abastecimento; Plataforma Integrada de Gestão e Monitorização da CER; Plataforma de Dados Integrados de Mobilidade; Plataforma de Gestão de Ocorrências.

De igual forma e em conformidade com a candidatura aprovada, pretende-se instalar uma rede móvel de 5G que deverá ser dimensionada de forma a permitir às empresas

o acesso com qualidade às tecnologias de última geração potenciando a sua competitividade.

Assim e atendo o facto de se tratar de um procedimento de conceção/construção, exigiu-se experiência aos concorrentes nos domínios dos sistemas inovadores a implementar e que fundamenta a exigência de experiência comprovada em projetos semelhantes ao do objeto do contrato.

- b) Os documentos da candidatura exigidos no artigo 12º do PP, destinam-se a demonstrar que os candidatos possuem os requisitos enumerados no artigo 10º do mesmo PP, considerando-se adequados de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 168º do CCP, face ao objeto do contrato em apreço.*
- c) No que respeita aos requisitos mínimos estabelecidos no PP, os documentos exigidos no artigo 12º limitaram-se a demonstrar que os candidatos possuíam os requisitos enumerados no artigo 10º do PP. A nosso ver, foi considerada a melhor solução, que objetivamente garante o integral cumprimento do contrato, com respeito aos princípios administrativos, designadamente o princípio da proporcionalidade. Considerando o exposto supra, considera-se que: i) Foram respeitados os pressupostos relativos aos requisitos mínimos de capacidade técnica, nos termos do artigo 165º do CCP, porquanto são adequados à natureza do contrato a celebrar, limitando-se a descrever situações, qualidades ou características de facto relativas aos candidatos; ii) Os documentos exigidos são adequados para demonstração do cumprimento dos requisitos mínimos; iii) Os requisitos mínimos estabelecidos no PP não violam ou limitam os princípios da contratação pública, entre os quais o princípio da proporcionalidade, da igualdade e da concorrência, mostrando-se aqueles adequados a garantir o cumprimento do contrato, considerando a complexidade do projeto a implementar.*

Quanto ao ponto n.º 5:

Por força do disposto no artigo 74º do Código da Contratação Pública, a adjudicação tem de atender, não só ao critério da proposta economicamente mais vantajosa, mas também a um conjunto de fatores correspondentes a diversos aspetos da execução do contrato a celebrar.

O número 3 do artigo referido diz-nos, que, «para cada (...) subfator elementar deve ser definida uma escala de pontuação através de uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de diferentes atributos (...) respeitante a esse fator ou subfactor».

O presente projeto é bastante complexo, visto que aborda diversas vertentes científicas, nomeadamente no que diz respeito às telecomunicações 5G, aos painéis e sistemas fotovoltaicos, à implementação de soluções de hidrogénio para a mobilidade e à utilização de sistemas e equipamentos com baterias.

Esta realidade, implicaria abordagens bastante distintas a cada uma dessas tecnologias. No entanto, tendo em conta o princípio da economia e a necessária conjugação entre as diferentes tecnologias, a entidade adjudicante optou por estabelecer um sistema de

pontuação baseado nos requisitos resultantes do caderno de encargos e em aspetos relevantes para a avaliação da qualidade técnica de cada solução proposta.

Apenas com uma avaliação focada na relação “qualidade-adequação-fiabilidade”, será possível atender à interligação, conjugação e complementaridade entre todas as tecnologias já mencionadas, visto que a heterogeneidade em questão necessita de uma aferição de propostas que seja integrada e completa.

Por tudo o que já foi demonstrado, a entidade adjudicante não deverá avaliar o subfator “Estudo Prévio” através de descritores concretos, mas sim recorrendo a conceitos subjetivos.

Por outras palavras, sempre se dirá que o Município de Rio Maior não se restringiu à possibilidade dos concorrentes apresentarem soluções distintas, tendo optado por recorrer a uma entidade externa para apresentar um relatório comprovativo, onde constam todos os elementos necessários para a boa execução do projeto.

Relativamente ao ponto n.º 6:

A questão em análise envolve a compreensão da hierarquização dos candidatos durante a avaliação do Estudo Prévio, conforme descrito no Programa de Procedimento.

De acordo com este Programa, a avaliação do Estudo Prévio visa estabelecer uma ordem de preferência entre os candidatos. No entanto, é importante salientar que os candidatos que não cumpram com o Caderno de Encargos, mesmo que consigam ser os mais pontuados, acabarão sempre por ser excluídos.

A verificação da omissão pode, de fato, constituir motivo para a exclusão das propostas, tal como previsto no artigo 70º do CCP. Contudo, esse facto não têm materialidade relevante para alterar a decisão e não houve qualquer efeito ou consequência no resultado financeiro do contrato.

Quanto ao ponto n.º 7:

A fundamentação da legalidade do disposto no ponto 9.4.4 do Programa Preliminar, que estipula que “só serão aceites módulos provenientes de fabricante Tier 1, de acordo com a lista Bloomberg new energy finance - BNEF”, à luz do n.º 4 do artigo 49º do CCP, baseiase na necessidade de garantir a qualidade e durabilidade dos módulos fotovoltaicos utilizados no projeto.

Ao exigir que os módulos sejam provenientes de fabricantes considerados de Tier 1, o Município visa assegurar que os equipamentos atendem aos padrões técnicos e de desempenho estabelecidos pelo mercado, procurando garantir a eficiência e a durabilidade dos módulos ao longo de um período de, pelo menos, 25 anos, proporcionando assim uma maior segurança e fiabilidade ao projeto.

Não obstante, a exigência de utilização de módulos provenientes de fabricantes Tier 1 é uma prática comum em projetos de energia solar em todo o mundo, sendo amplamente reconhecida como uma medida para garantir a qualidade e o desempenho dos sistemas fotovoltaicos e, conseqüentemente, encontram-se amplamente disponíveis no mercado.

Relativamente ao ponto n.º 8:

Em relação à ausência da menção "ou equivalente", conforme estipulado na alínea b) do n.º 7 do artigo 49º do CCP, importa esclarecer, que os standards internacionais mencionados são amplamente reconhecidos e aceites como prática de mercado, tenho por objetivo garantir a qualidade dos materiais, processos, serviços e sistemas.

Consequentemente, todos os fornecedores cujos bens cumpram os padrões emanados pela IEC, pela ISO ou pela SAE sinalizam essa factualidade para que o mercado reconheça a qualidade dos seus bens.

Por outro lado, aqueles que são incapazes de cumprir com os standards emanados por estas normas internacionais não só não o sinalizam ao mercado, como fornecem produtos que não são equivalentes aos necessários para este projeto, o que os levaria a ficarem excluídos do mesmo.

Assim sendo, e tendo em conta que existem diversos produtos e fornecedores cumpridores das normas em questão, torna-se desnecessária a aposição da menção «ou equivalentes».

Portanto, ao especificar estas normas, visa-se assegurar a qualidade e o desempenho dos materiais e sistemas utilizados no projeto, seguindo as melhores práticas reconhecidas internacionalmente.

Quanto ao ponto n.º 9:

O lapso de tempo verificado entre o termo do prazo para apresentação de propostas e a data de adjudicação, tendo em conta o prazo de manutenção das propostas, (90 dias), fixado no artigo 25º do PP, deve-se, em larga medida, à complexidade do procedimento, nomeadamente a Demonstração de Adequação Funcional de Equipamentos e Plataformas de Gestão (DAFEP), prevista no artigo 24º do PP e subseqüentes esclarecimentos às propostas apresentadas pelos concorrentes.

Saliente-se, contudo, que, apesar da adjudicação ter sido efetuada para além do prazo de manutenção das propostas, o consórcio adjudicatário aceitou-a, expressamente, tendo, para o efeito, na sequência da notificado da adjudicação, apresentado os documentos de habilitação, prestado a respetiva caução e celebrado o respetivo contrato. Importa, a propósito, referir o Acórdão do TCAS proferido no Processo n.º 06596/10, de 10/06/2010: "O termo do prazo de manutenção das propostas não tem efeitos de caducidade da declaração jurídica de contratar consubstanciada na proposta entregue".

Quanto ao ponto 10 do mesmo documento:

Conforme fixado no artigo 32º do Programa de Procedimento (PP), o adjudicatário deve apresentar alvarás/certificados (ou indicar a intenção de subcontratação de uma ou mais entidades que os detenham) contendo as seguintes categorias e subcategorias:

- i. 5ª subcategoria da 4ª Categoria da classe de valor igual ou superior ao valor global da proposta apresentada;*

ii. 1.^a, 3.^a, 4.^a e 7.^a, 8.^a e 12.^a Subcategorias da 4.^a Categoria da classe correspondente ao valor dos trabalhos especializados que lhe respeitem;

Ainda conforme a alínea d) do n.º 1 do artigo 12º do mesmo PP, “Quando, para efeitos do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica, o candidato recorra a terceiros, independentemente do vínculo que com eles estabeleça, nomeadamente o de subcontratação, a respetiva candidatura é ainda constituída por uma declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a realizar determinadas prestações objeto do contrato a celebrar”.

Dispõe o artigo 8º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, que, “Sem prejuízo do disposto nos artigos 19.º e 20.º, nos procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas, a empresa de construção responsável pela obra deve ser detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global daquela, respeitante aos trabalhos mais expressivos da mesma, sem prejuízo da exigência de habilitação noutras classes e subcategorias relativas às restantes obras e trabalhos a executar”.

Por seu turno, a Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, que define as regras e os termos de apresentação dos documentos de habilitação do adjudicatário no âmbito de procedimentos de formação de contratos públicos, estatui, respetivamente, nos números 1 e 2 do artigo 3º, que, “(...) no caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas, 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”, e que, “Para efeitos de comprovação das habilitações referidas no número anterior, o adjudicatário pode socorrer-se dos alvarás ou certificados de empreiteiros de obras públicas de subcontratados, mediante a apresentação de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes”. (sublinhado nosso)

O artigo 8º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, ao referir “sem prejuízo do disposto nos artigos 19º e 20º”, deve ser conjugado, neste caso concreto, com o regime previsto no artigo 20º da mesma lei, norma que regula a subcontratação de terceiros.

Em virtude da ressalva expressamente vertida na norma em causa, isto é, “Sem prejuízo do disposto nos artigos 19º e 20º (...)”, resulta, claro está, que a referida norma deve ser lida em conjugação com o que se prescreve nos artigos 19º e 20º e, com total relevância para o presente caso, salienta-se que o artigo 20º regula, justamente, a subcontratação de terceiras entidades, estatuiu, no seu n.º 3, que a empresa subcontratante aproveita das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas.

Ou seja, por princípio, a empresa adjudicatária deve ser detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global daquela, correspondente aos trabalhos mais expressivos da mesma. Contudo, sem prejuízo desta regra, a empresa adjudicatária pode, por via do recurso à subcontratação, aproveitar-se das habilitações

profissionais detidas pelas empresas subcontratadas – o que constitui uma exceção àquela regra ou princípio.

O emprego da formulação “Sem prejuízo do disposto nos artigos 19º e 20º (...)”, salientese, antes da enunciação da regra geral, quer, evidentemente, significar, que a regra pode pontualmente ser afastada, concretamente por via do recurso à subcontratação, a qual permite o aproveitamento de habilitações profissionais de terceiras entidades.

Nada impedindo que a empresa adjudicatária não seja detentora de habilitação para a execução dos trabalhos mais expressivos da empreitada. Justamente, como forma de garantir a mais ampla abertura à concorrência dos procedimentos de adjudicação, o princípio do aproveitamento da capacidade de terceiras entidades, plasmado, designadamente, no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, e no n.º 2 do artigo 3.º da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, permite que a empresa adjudicatária se socorra, aproveitando-a, da habilitação profissional de uma terceira entidade, uma vez que os procedimentos mais robustos em termos de valores de obra, não ficam circunscritos à concorrência de entre as empresas com alvarás superiores, permitindo os agrupamentos ou subcontratação entre empresas com alvarás de nível inferior, o que, repete-se, potencia o princípio da concorrência, que é basilar da contratação pública e da atividade administrativa.

Vigora, assim, no direito português, um princípio de aproveitamento da capacidade de terceiros, em linha com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e o Direto Comunitário. Nesse sentido, sob a epígrafe “Recurso às capacidades de outras entidades”, o n.º 1 do artigo 63º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, determina, designadamente, que, “No que respeita aos critérios relativos à capacidade técnica e profissional (...), um operador económico pode, se necessário e para um contrato determinado, recorrer às capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas”. Como bem sabemos, vigora o princípio da receção plena da legislação comunitária, pelo que esta norma é diretamente aplicável ao nosso Estado.

Veja-se, também, que o próprio Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP), aplicável e exigível nos procedimentos de contratação pública em Portugal, têm um capítulo expressamente dedicado a este tema, em que os concorrentes declaram e preenchem a identificação das entidades a que recorrem para efeitos de verificação da capacidade exigida pelas peças do procedimento – cfr. parte do DEUCP “C: Informações sobre o recurso às capacidades de outras entidades” que no respetivo descritor refere: “O operador económico depende das capacidades de outras entidades para preencher os critérios de seleção estabelecidos na parte IV, bem como os (eventuais) critérios e regras indicados na parte V”.

Dada a especificidade e a complexidade técnica do projeto a implementar, que aborda diversas vertentes científicas, maioritariamente no que respeita a “Sistemas de produção e armazenamento de energia a partir de fontes renováveis”, “Mobilidade sustentável (elétrica e hidrogénio)” e “Cobertura com soluções de comunicação 5G”, considerou-se ser possível e adequado, especialmente neste contrato, o aproveitamento

das capacidades de terceiras entidades, que para além de potenciarem a concorrência, dão garantias subjetivas de uma melhor concretização da obra, porquanto é do senso comum que estas áreas específicas nunca são executadas pelo empreiteiro principal, atentas as respetivas especificidades.

Assim, nada obsta que o adjudicatário não seja detentor de habilitação para execução dos trabalhos mais expressivos da empreitada. Precisamente, como forma a garantir a maior abertura possível à concorrência dos procedimentos de adjudicação, o princípio do aproveitamento da capacidade de terceiras entidades, plasmado, designadamente, no artigo 8º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, e no n.º 2 do artigo 3º da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro e artigo 63.º da citada Diretiva Comunitária, permite que o adjudicatário se socorra, aproveitando-a, das habilitações profissionais de uma terceira entidade, nomeadamente, para preencher os requisitos de seleção.

Apenas nestes termos se compreende o disposto na parte final do n.º 2 do artigo 3º da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, “[...] mediante a apresentação de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes”.

De facto, o legislador reconhece que a empresa adjudicatária não é detentora da habilitação profissional (total) necessária à execução do contrato (ou de algumas prestações), porquanto recorre às habilitações de terceiras entidades, motivo que explica a exigência no sentido de a entidade adjudicante possuir um compromisso incondicional por parte de terceira entidade, de que esta executará os trabalhos correspondentes às habilitações aproveitadas, o que aconteceu no procedimento em apreço. Efetivamente, neste tipo de casos, apenas a terceira entidade, na qualidade de subcontratada, pode executar o contrato ou parte das suas prestações contratuais.

Quanto ao ponto 11:

Remetem-se ficheiros em anexo, relativos à reprogramação temporal do investimento contratualizado.

Quanto ao ponto n.º 12:

informa-se que não foram apresentadas quaisquer petições de impugnação judicial de atos administrativos ou equiparados, praticados no decurso do procedimento, de peças patenteadas ou do contrato celebrado.

Quanto ao ponto 13:

a) Considerando o disposto no artigo 47º do Código dos Contratos Públicos (CCP), o preço base, definido pela entidade adjudicante no caderno de encargos, representa o montante máximo que esta está disposta a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato.

Este montante deve ser fundamentado com base em critérios objetivos, tais como os preços atualizados do mercado ou os custos médios unitários resultantes de anteriores procedimentos para prestações do mesmo tipo.

Além das obrigações decorrentes do artigo 47º do CCP, a alínea i) do Ponto 4 do Aviso Co7-io1 também exige a demonstração da «racionalidade económica da intervenção através de uma caracterização técnica da fundamentação dos custos de investimento globais e por cada uma das tipologias a concurso».

Assim sendo, e estando ciente da importância do preço base na definição dos termos de um contrato público, o município de Rio Maior, visando garantir a transparência e rigor na utilização dos recursos, fixou o preço base atendendo ao montante de financiamento atribuído ao projeto, cujo valor se encontra cifrado nos 12.809.151€.

Antes de mais, importa referir que o montante de financiamento foi determinado à luz das necessidades identificadas na candidatura de Rio Maior e dos estudos prévios e respetivas manifestações de interesse associados à boa execução do projeto.

Ora, levando em conta o já descrito e procurando obter propostas economicamente vantajosas para o Município, este definiu que o preço base ascenderia aos 12.520.500€.

Nesta senda, com os contributos de peritos especializados nos domínios relevantes para o projeto em questão - incluindo peritos do Laboratório Nacional de Energia e Geologia, da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos e da Agência para a Gestão Integrada de Fogos Rurais – as 27 candidaturas submetidas foram sujeitas à avaliação do seu mérito.

Atendendo às qualidades e defeitos de cada uma das candidaturas mencionadas, o Município de Rio Maior conseguiu selecionar a proposta com melhor relação qualidade/preço e alcançar uma poupança adicional significativa, estimada em cerca de 1 milhão de euros, garantindo assim a utilização eficiente dos recursos públicos e a maximização do valor para os cidadãos.

b) Remete-se comprovativo de envio do convite à apresentação de propostas.

c) Remete-se candidatura do adjudicatário.

Quanto ao ponto 14, remete-se a seguinte documentação financeira:

a) PPI/2024 e respetivo ato de aprovação;

b) Informação de cabimento orçamental (Mapa I);

c) Informação de compromisso orçamental (Mapa II);

d) Informação de Encargos Orçamentais Diferidos (Mapa III);

e) Registo de compromisso;

f) Mapa de fundos disponíveis referente ao mês da inscrição do compromisso em causa;

g) Informação de controlo de fundos disponíveis (Mapa IV);

h) Mapa de fundos disponíveis, referente ao mês de inscrição do compromisso;

i) Não aplicável.

2.19 Em Sessão Diária de Visto de 28/05/2024 foi determinada nova devolução para abertura de contraditório nos seguintes termos:

Em sessão diária de visto, de 28/05/2024, decide-se devolver o contrato à entidade fiscalizada para querendo, se pronunciar em sede de exercício do contraditório, ao abrigo do disposto no artigo 13.º da LOPTC, sobre os seguintes factos e conclusões:

- i. Tendo em conta que nenhuma das empresas que constitui o consórcio adjudicatário é detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global daquela, respeitante aos trabalhos mais expressivos da mesma.*
- ii. Tendo em conta que, como se refere no acórdão n.º 8/2022, 1.ª S/SS, de 22.02 (e mais recentemente os acórdãos n.os 4/2023, 1.ª S/SS de 31.01. e 13/2024, 1.ª S/SS de 18.04) onde se reafirma a posição estabilizada da jurisprudência do Tribunal nesta matéria: “Não sendo a adjudicatária detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global da obra (de cada um dos lotes) 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.” “Trata-se de um pressuposto de qualificação (habilitação) mínima ou essencial da entidade ou empresa que se apresenta a concurso público num procedimento respeitante a um contrato de empreitada de obras públicas.” Pretende-se dessa forma que o “adjudicatário esteja habilitado com a categoria correspondente aos “trabalhos mais expressivos” da obra a executar, assim garantindo a qualidade e boa execução do núcleo essencial dos trabalhos”. Somente, pois, “os operadores económicos devidamente habilitados poderão participar no procedimento concursal.”*
- iii. Não tendo as empresas integrantes do consórcio alvará de obras públicas contendo a autorização na 5.ª subcategoria da 4.ª categoria em classe que cobrisse o valor global da obra, deveria ter caducado a adjudicação por aplicação conjugada das normas contidas nos artigos 132.º, n.º 1, alínea f), 81.º n.º 2, e 86.º, todos do CCP.*
- iv. Nos termos do artigo 86.º do CCP, a falta de apresentação de documentos de habilitação no prazo fixado no programa do procedimento determina a caducidade da adjudicação. Ora, as empresas não apresentaram, nem podiam apresentar, por não serem dele detentora, alvará com as habilitações necessárias à execução da obra a realizar.*
- v. “A apresentação de um documento de habilitação insuficiente equivale, para efeitos do disposto no citado artigo 81.º, n.º 2, do CCP, à falta de apresentação do documento necessário. Tendo como consequência a caducidade da adjudicação realizada. E caducada a adjudicação, não persistia qualquer fundamento para a celebração do contrato.” (acórdão n.º 8/2022, 1.ª S/SS, de 22.02).*
- vi. Conforme se refere acórdão deste Tribunal n.º 8/2011, 1.ª S/SS, de 22.02 confirmado pelo Acórdão n.º 12/2011, de 15/6, do Plenário da 1.ª Seção: “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”.

vii. Ora, sem decisão de adjudicação, o contrato carece de um elemento essencial, sendo, consequentemente, nulo (cf. artigos 284.º n.º 2, primeira parte, e 96.º, n.º 1, al. b), ambos do CCP).

viii. No que consiste uma ilegalidade prevista o artigo 44.º, n.º 1, al. a) LOPTC, ilegalidade esse fundamento de recusa de visto.

ix. “E ainda que não se verificasse a referida nulidade, sempre estaríamos perante uma ilegalidade suscetível de alterar o resultado financeiro final, por riscos de inadequada execução técnica da obra em apreço, por empreiteiro não habilitado, situação esta enquadrável no artigo 44.º, n.º 1, al. c) (acórdão n.º 8/2022, 1.ª S/SS, de 22.02), o que constitui, também, fundamento para a recusa do visto.

2.20 O MRM respondeu em 19/07/2024, através do requerimento n.º 2204/2024, com o seguinte teor:

1.º

O contrato acima referenciado foi antecedido do procedimento pré-contratual de concurso público limitado por prévia qualificação, com publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia.

2.º

O co-contratante no contrato aqui em análise foi o Agrupamento Bright/NOS, por ter obtido qualificação com o preenchimento de todos os requisitos mínimos obrigatórios e, posteriormente, apresentado a melhor proposta (avaliada segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, definido no Programa do Procedimento (PP) – cfr. artigo 26.º).

3.º

O Tribunal de Contas vem pôr em causa a validade da adjudicação, tendo em conta o artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 03 de junho, por, alegadamente, “nenhuma das duas empresas que constitui o consórcio adjudicatário é detentor de alvará de empreiteiro de obras públicas em classe que cubra o valor da obra na subcategoria indicada na alínea f) do n.º 1 do artigo 33.º do programa de procedimento (cf. Acórdão n.º 8/2022 – 1.ª Secção/SS, de 22.02.202)”.

4.º

Refere o artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 03 de junho que, sem prejuízo do disposto nos artigos 19.º e 20.º desta Lei, 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.

5.º

Não conseguimos, salvo o devido respeito, conceber, sem mais e sem análise casuística, a tese que ignora, por completo, a parte final da norma citada.

6.º

E tal tese é defendida se for entendido que o co-contratante tenha de ter alvará para a totalidade dos trabalhos, pois a norma, quer numa interpretação literal, quer numa interpretação de acordo com o espírito do legislador, não pode levar a essa conclusão.

7.º

O Tribunal de Contas defende, e bem, que “(...) a ratio da exigência de que a cocontratante esteja habilitada para a natureza e valor dos trabalhos considerados mais expressivos é essencialmente evitar que qualquer empresa sem a mínima especialidade e capacitação técnica se apresente à contratação pública, apresentando apenas uma mera delegação nos créditos de habilitação alheios, nomeadamente num alvará com habilitação na classe respetiva” (Cfr. conclusão 75 do Acórdão do TdC, de 31/01/2023, proferido no Processo n.º 1259/2022 – recurso ordinário 7/2022-RO)

8.º

Ora, haverá, assim, que em cada caso analisar quais são os trabalhos mais expressivos, e qual o Alvará necessário para os mesmos (ou sequer é necessário Alvará para os mesmos), não podendo o entendimento recente do TdC ser aplicado cegamente, ao arrepio da legislação e jurisprudência nacional e comunitária.

9.º

E até contra o que o próprio TdC continua a entender como sendo a ratio da norma aplicável.

10.º

Aferindo-se se, no caso, existe uma espécie de coordenador ou comissionista que concorre a concursos públicos, sem experiência ou know how nos trabalhos mais expressivos, aproveitando-se de habilitações de terceiros para a maioria dos trabalhos ou, na aceção da lei, os trabalhos mais expressivos (podendo tal expressividade ser aferida pela natureza qualitativa dos trabalhos ou pela respetiva expressão financeira.

11.º

E para tal, fácil será, com recurso às peças do procedimento e proposta adjudicada, definir os trabalhos que constituem o núcleo essencial dos trabalhos ou serviços a realizar, numa perspetiva qualitativa e quantitativa.

12.º

E neste caso, aqui em apreço, fácil será de fazer tal escrutínio, analisando o objeto e resultado final pretendido, quais os trabalhos e serviços essenciais e acessórios e, claro, ainda mais fácil, quais os que têm maior expressão financeira.

13.º

Concluindo se o adjudicatário é o principal executante ou se é mero observador e/ou “aproveitador”.

14.º

Ora, analisada a proposta apresentada pelo Agrupamento Bright/NOS, verifica-se que o Agrupamento irá executar 72% dos trabalhos adjudicados, enquanto as subcontratações recaem apenas sobre 28% da execução do contrato.

15.º

O Agrupamento responsável pela construção da obra irá executar a maior parte dos trabalhos e apenas 28% dos trabalhos em causa são executados por empresas subcontratadas.

16.º

Cumprindo, nestes termos, a norma estabelecida no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 03 de junho, uma vez que os trabalhos mais expressivos da empreitada serão executados pelo co-contratante.

17.º

De acordo com o cronograma financeiro detalhado do contrato, 14% do serviço a prestar no contrato aqui em causa não está sujeito a Alvará, 60% são relativos a fornecimento de equipamentos e 26% são relativos a construção e, esta sim, sujeita a Alvará.

18.º

O que se constata através do quadro abaixo:



WBS	Activity	Dur	Start	Finish	Preço total (final Rio Maior)	% serviço não sujeito a alvará	% fornecimento de equipamentos	% obra (sujeita a alvará)
0	Empreitada Conceção/Construção	362 d?	Ter 28/12/22	Seg 27/05/24				
1	Elaboração do Projeto	57 d?	Ter 20/12/22	Ter 14/03/23	220 000	100%		
2	Central Fotovoltaica 5 MWp	200 d	Seg 03/04/23	Qui 18/01/24	3 723 926		61%	39%
3	Armazenamento de Energia- Baterias	114 d?	Ter 01/08/23	Seg 15/01/24	2 249 287		74%	26%
4	Carregadores de Mobilidade Elétrica	135 d?	Ter 30/05/23	Ter 12/12/23	246 505		53%	47%
5	Produção e Abastecimento de Hidrogénio	242 d	Seg 03/04/23	Seg 16/03/24	2 143 750		84%	16%
6	Cobertura a soluções de comunicação 5G	9 d	Seg 01/05/23	Seg 01/05/23	1 207 955		67%	33%
7	Plataforma de Gestão de Eficiência Energética	186 d	Ter 25/07/23	Qui 18/04/24	613 839	100%		
8	Plataforma de Gestão de Carregadores	4 d	Qua 27/12/23	Seg 01/01/24	71 198	100%		
9	Plataforma de controlo e monitorização do posto de abastecimento	18 d	Seg 27/02/23	Seg 13/03/23	106 796	100%		
10	Plataforma Integrada de Gestão e Monitorização da CER	242 d?	Seg 03/04/23	Seg 18/03/24	196 796	100%		
11	Plataforma de Dados Integrados de Mobilidade	1 d?	Seg 03/04/23	Seg 03/04/23	185 460	100%		
12	Plataforma de Gestão de Ocorrências	151 d	Ter 25/07/23	Qui 25/02/24	124 596	100%		
13	Sala de Comando e Controlo Integrado (SCCI)	292 d	Seg 03/04/23	Seg 27/05/24	79 013	100%		
14	Prevenção e proteção contra incêndios e Qualidade do Ar	221 d	Seg 03/04/23	Sex 16/02/24	11 169 122	14%	60%	26%
						1 597 699	6 688 020	2 883 404

19.º

Os trabalhos de obras de construção civil associados aos WBS (work breakdown structure) do projeto, apresentam-se de forma detalhada no Estudo Prévio apresentado pelo Município no âmbito da candidatura. Contudo, os trabalhos de obra sujeitos a alvará assentam nos seguintes:

- A ligação dos painéis fotovoltaicos que se encontram no terreno, com recurso a trabalhos de construção civil, nomeadamente, estruturas adjacentes ao solo por onde irão ser transportados e colocados os cabos elétricos;
- A construção de uma estrutura para suportar a instalação de equipamentos, tais como os carregadores de mobilidade elétrica, produção e abastecimento de Hidrogénio, assim como o armazenamento de energia (baterias);
- A criação de uma infraestrutura, designadamente um Posto de Transformação com cerca de 30 metros de altura para incorporar os cabos essenciais e necessários para garantir a qualidade do serviço através da cobertura com soluções de comunicações 5G, de modo a garantir a eficiência da qualidade do serviço.

20.º

Ressalta, desde logo, que em função da natureza dos trabalhos e o cuore do Contrato, os trabalhos essenciais que constituem o núcleo essencial do Contrato são de fornecimento de equipamentos, e executados pelo adjudicatário, não sujeitos a Alvará, embora, no seu conjunto, estejam abrangidos pelo conceito de empreitada. É possível afirmar, também, que o custo associado a cada conjunto de trabalhos, por empresa executante, seja distribuído do seguinte modo:

Valor total do projeto	11 169 122,40 €	100%
Valor subcontratado - LMSI	220 000,00 €	2%
Valor subcontratado - Bragalux	2 883 403,67 €	26%
Valor a executar por Bright/NOS	8 065 718,73 €	72%

21.º

Ou seja, os trabalhos mais expressivos, na perspetiva de execução financeira do Contrato serão efetuados pelo Agrupamento co-contratante, num total de 72%, correspondente ao valor económico de €8.065.719,00.

22.º

Enquanto a empresa subcontratada LMSI – Engineering, S.A. só irá executar 2% do contrato, correspondente ao valor económico de €220.000,00, e, por sua vez, a empresa subcontratada Bragalux, S.A., irá executar 26% do contrato, correspondente ao valor económico de €2.883.403,67.

23.º

Assim, e face ao teor do artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 03 de junho, deve o Agrupamento considerar-se habilitado a executar a empreitada de conceção-construção das ações previstas no Projeto de Investimento n.º 76, sendo concedido o Visto por este Douto Tribunal.

24.º

Reiteramos, ainda, que o Agrupamento cumpriu com todos os requisitos mínimos de capacidade técnica exigidos pelas peças do procedimento e, após apresentação da proposta, cumpria com todos os requisitos exigidos.

25.º

Para efeitos de candidatura, de acordo com o artigo 10.º do Programa do Procedimento (PP), os candidatos deveriam preencher os seguintes requisitos mínimos de capacidade técnica:

1. “Certificação enquanto Empresa de Serviços Energéticos (ESE) nível 2, consoante atribuída pela Direção Geral de Energia (DGEG);
2. Posse das seguintes normas e certificações (ou equivalentes):
 - a. Certificação de Qualidade por referência à Norma ISO 9001;
 - b. Certificação de Ambiente por referência à Norma ISO 14001;
 - c. Certificação em Gestão de Serviços de Tecnologias de Informação por referência à Norma ISO 20000-1;
 - d. Certificação em Segurança da Informação por referência à Norma ISO 27001 ou equivalente.

3. Posse das seguintes licenças:

- a. Licença de operador de telecomunicações em território nacional;*
- b. Licenças (emitidas pela Autoridade Nacional das Comunicações – ANACOM) para comunicações móveis de voz e dados, 5G, em Portugal.*

4. Experiência comprovada em projetos semelhantes, demonstrando cumulativamente, experiência nos seguintes tipos de projeto:

- a. 04 projetos no território nacional que contenham plataforma central de agregação de várias verticais e com implementação de salas de gestão e controlo, e respetivos serviços;*
- b. 02 projetos de implementação de novas redes de comunicação NB-IOT, cada um com uma dimensão superior a 50 unidades de sensorização;*
- c. 02 demonstrações públicas da rede 5G, demonstrando a capacidade de evolução da rede. Deve ser indicado o tipo de solução que foi demonstrada.*

5. Os requisitos mínimos de capacidade técnica fixados no presente artigo são comprovados mediante a apresentação dos seguintes documentos:

- i. Documento comprovativo, ou disponibilização de acesso para a sua consulta online, de certificação de Empresa de Serviços Energéticos nível 2 pela DGEG, ou equivalente;*
- ii. Cópia do Certificado comprovativo da detenção da Norma ISO 9001, ou equivalente;*
- iii. Cópia do Certificado comprovativo da detenção da Norma ISO 14001, ou equivalente;*
- iv. Cópia do Certificado comprovativo da detenção da Norma ISO 20000-1, ou equivalente;*
- v. Cópia do Certificado comprovativo da detenção da Norma ISO 27001, ou equivalente.*
- vi. Cópia de licença de comercialização de 5G em território nacional.*
- vii. Declaração de clientes assinada a atestar experiência em projetos semelhantes como definido na alínea a. do ponto 5. do presente artigo.*

viii. Declaração sob compromisso de honra assinada pelo concorrente a descrever e a atestar experiência em projetos semelhantes como definido nas alíneas b. e c. do ponto 5. do presente artigo.

ix. Declaração “Do no Significant Harm” estabelecendo que não se prevê que nenhuma medida deste projeto e empreitada prejudique significativamente os objetivos ambientais na aceção do artigo 17.º do Regulamento (UE) 2020/852, tendo em conta a descrição das medidas estabelecidas, em conformidade com as orientações técnicas sobre a aplicação do princípio de “não prejudicar significativamente (2021/C58/01).”

26.º

Por sua vez, a candidatura era constituída, obrigatoriamente, sob pena de exclusão, pelos documentos destinados à qualificação dos candidatos, indicados no artigo 10.º do PP e, “quando, para efeitos do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica, o candidato recorra a terceiros, independentemente do vínculo que com eles estabeleça, nomeadamente o de subcontratação, a respetiva candidatura é ainda constituída por uma declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a realizar determinadas prestações objeto do contrato a celebrar” – cfr. alíneas b) e d) do n.º 1 do artigo 12.º do PP.

27.º

Perante a extensão dos documentos solicitados em sede de candidatura, o júri do procedimento não teve qualquer dúvida em admitir o agrupamento por se verificar que a sua capacidade técnica cumpria, na íntegra, tudo o que era solicitado e obrigatório nas peças do procedimento.

28.º

Para além de entregar todos os documentos exigidos, fez prova bastante que detinha todas as capacidades para cumprir as suas obrigações contratuais, seja através das suas capacidades, seja através de capacidade de terceiros (como estava previsto e admissível no PP, e na lei).

29.º

Posteriormente, após a fase de qualificação, na fase da habilitação, conforme fixado no artigo 32º do PP, o adjudicatário teria de apresentar os alvarás/certificados (ou indicar a intenção de subcontratação de uma ou mais entidades que os detenham) contendo as seguintes categorias e subcategorias:

- i. 5ª subcategoria da 4ª Categoria da classe de valor igual ou superior ao valor global da proposta apresentada;*

- ii. 1.^a, 3.^a, 4.^a e 7.^a, 8.^a e 12.^a Subcategorias da 4.^a Categoria da classe correspondente ao valor dos trabalhos especializados que lhe respeitem;

30.º

O Agrupamento candidato apresentou, desde logo, declarações dos subcontratados na fase de qualificação, para que, nesta fase de habilitação, não se verificasse qualquer falta de habilitações técnicas para a execução da empreitada. (“I- Conforme sumariado no aresto deste Tribunal Central Administrativo Norte no aresto de 24.03.2023, tirado no processo n.º 00392/22.0BECBR: “(...) Constitui requisito de habilitação profissional a titularidade de alvarás que demonstrem que os concorrentes estão habilitados a realizar as obras da categoria e classe que virão a ser objecto do contrato de empreitada de obras públicas, tendo os concorrentes que ser titulares desses alvarás logo no momento em que apresentam as suas propostas, sob pena de exclusão; ainda que possa o adjudicatário socorrer-se dos alvarás ou certificados de empreiteiros de obras públicas de subcontratados, seria esvaziar a exigência aceitar proposta que ficasse no vazio de indefinição por recurso a subcontratado não identificado; terá a “proporção” de exigência de ser extensível a subcontratado, sem “entorse”, respeitando o fim injuntivo da proposição inicial, o que implica a sua identificação na proposta, e aquando apresentação desta. (...)” – cfr. Acórdão do Tribunal Administrativo Norte, processo n.º 00547/22.8BEVIS, de 14.07.2023 – in www.dgsi.pt.)

31.º

Portanto, dúvidas não podem subsistir sobre a capacidade do Agrupamento em cumprir com as suas obrigações contratuais. Dispõe o artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, que, “Sem prejuízo do disposto nos artigos 19.º e 20.º, nos procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas, a empresa de construção responsável pela obra deve ser detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global daquela, respeitante aos trabalhos mais expressivos da mesma, sem prejuízo da exigência de habilitação noutras classes e subcategorias relativas às restantes obras e trabalhos a executar”.

32.º

Por seu turno, a Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, que define as regras e os termos de apresentação dos documentos de habilitação do adjudicatário no âmbito de procedimentos de formação de contratos públicos, estatui, respetivamente, nos números 1 e 2 do artigo 3.º, que, “ (...) no caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas, 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”, e que, “Para efeitos de comprovação das habilitações referidas no número anterior, o adjudicatário pode socorrer-se dos alvarás ou certificados de empreiteiros de obras públicas de subcontratados, mediante a apresentação de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes”. (sublinhado nosso)

33.º

O artigo 8º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, ao referir “sem prejuízo do disposto nos artigos 19º e 20º”, deve ser conjugado, neste caso concreto, com o regime previsto no artigo 20º da mesma lei, norma que regula a subcontratação de terceiros.

34.º

Em virtude da ressalva expressamente vertida na norma em causa, isto é, “Sem prejuízo do disposto nos artigos 19º e 20º (...)”, resulta, claro está, que a referida norma deve ser lida em conjugação com o que se prescreve nos artigos 19º e 20º e, com total relevância para o presente caso, salienta-se que o artigo 20.º regula, justamente, a subcontratação de terceiras entidades, estatuidando, no seu n.º 3, que a empresa subcontratante aproveita das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas.

35.º

Ou seja, por princípio, a empresa adjudicatária deve ser detentora de habilitação, correspondente aos trabalhos mais expressivos da obra, o que acontece no presente contrato!

36.º

Por aplicação desta regra, a empresa adjudicatária pode, por via do recurso à subcontratação, aproveitar as habilitações profissionais detidas pelas empresas subcontratadas para trabalhos menos expressivos ou acessórios (à contrario).

37.º

O emprego da formulação “Sem prejuízo do disposto nos artigos 19º e 20º (...)”, saliente-se, antes da enunciação da regra geral, quer, evidentemente, significar, que a regra pode ser afastada, concretamente por via do recurso à subcontratação, a qual permite o aproveitamento de habilitações profissionais de terceiras entidades para os citados trabalhos.

38.º

Veja-se que a nossa Doutrina (Gonçalves, Pedro Costa, in Direito dos Contratos Públicos, 4.ª Edição, 2020, Almedina, pp. 776 e 777), entende que “a ressalva inicial do citado artigo 8.º (“sem prejuízo do disposto nos artigos

19.º e 20.º”) faz toda a diferença e não pode naturalmente ser ignorada, seja em regulamentos ou em decisões judiciais. Com efeito, o que ali se define é uma regra (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) que se aplica sem prejuízo do que se dispõe nas regras do mesmo diploma nela indicadas. Neste sentido, estas últimas regras prevalecem sobre a regra que assume ou consente ser “prejudicada”.

39.º

Continua ainda este Autor, “assim, em primeiro lugar, há que considerar o n.º 3 do artigo 19.º, segundo o qual “os consórcios ou outros agrupamentos de empresas aproveitam conjuntamente da capacidade técnica dos respetivos membros, sempre que demonstrem dispor efetivamente dos profissionais qualificados nos termos do anexo i da presente lei para a execução das obras em causa. Em segundo lugar, deve ter-se presente o disposto no n.º 3 do artigo 20.º: “a empresa subcontratante aproveita das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas”.”

40.º

Ora, como acima já se demonstrou, o Agrupamento adjudicatário é detentor de habilitação para a execução dos trabalhos mais expressivos do contrato, contudo, mesmo que não fosse, nada impedia que adjudicatário recorresse à subcontratação para a execução dos trabalhos. Justamente, como forma de garantir a mais ampla abertura à concorrência dos procedimentos de adjudicação, o princípio do aproveitamento da capacidade de terceiras entidades, plasmado, designadamente, no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, e no n.º 2 do artigo 3.º da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, que permite a empresa adjudicatária se socorra, aproveitando-a, da habilitação profissional de uma terceira entidade, uma vez que os procedimentos mais robustos em termos de valores de obra, não ficam circunscritos à concorrência de entre as empresas com alvarás superiores, permitindo os agrupamentos ou subcontratação entre empresas com alvarás de nível inferior, o que, repete-se, potencia o princípio da concorrência, que é basilar da contratação pública e da atividade administrativa.

41.º

Referem os n.ºs 1 e 2 do artigo 3.º da Portaria 372/2017, de 14 de dezembro:

“1 - 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 ou de concessão de obras públicas, 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.

2 - Para efeitos de comprovação das habilitações referidas no número anterior, o adjudicatário pode socorrer-se dos alvarás ou certificados de empreiteiros de obras públicas de subcontratados, mediante a apresentação de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes.”

42.º

E, como já se referiu, o artigo 12.º do PP, estabelece que caso o candidato não disponha de todos os requisitos mínimos de capacidade técnica, podem recorrer a terceiros para o efeito e a candidatura é ainda constituída por uma declaração, através da qual estes se comprometem, incondicionalmente, a realizar determinadas prestações objeto do contrato a celebrar.

43.º

Veja-se, ainda, a jurisprudência dos nossos tribunais que defende: “Para os efeitos de comprovação da habilitação técnica exigida pela lei, pode afirmar-se que o regime regra é que a empresa adjudicatária deve ser detentora da referida habilitação, contudo, poderá recorrer à subcontratação, aproveitando das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas.” (Cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, processo n.º 736/21.2BELSB, de 21.04.2022 – in www.dgsi.pt.)

*Conforme também nos ensina Pedro Costa Gonçalves “Não parece sequer de excluir a possibilidade de recurso a terceiros titulares da habilitação (y.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. Como veremos, o mecanismo do aproveitamento da capacidade de terceiras entidades encontra-se legalmente previsto e é operativo para o preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica (e financeira) (Gonçalves, Pedro Costa, in *Direito dos Contratos Públicos*, 4.ª Edição, 2020, Almedina, p. 775.).*

44.º

Vigora, assim, no direito português, um princípio de aproveitamento da capacidade de terceiros, em linha com a jurisprudência do Tribunal de

Justiça da União Europeia e o Direito Comunitário. Nesse sentido, sob a epígrafe “Recurso às capacidades de outras entidades”, o n.º 1 do artigo 63.º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, determina, designadamente, que, “No que respeita aos critérios relativos à capacidade técnica e profissional (...), um operador económico pode, se necessário e para um contrato determinado, recorrer às capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas”. Como bem sabemos, vigora o princípio da receção plena da legislação comunitária, pelo que esta norma é diretamente aplicável ao nosso Estado.

45.º

Veja-se, também, que o próprio Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP), aplicável e exigível nos procedimentos de contratação pública em Portugal, têm um capítulo expressamente dedicado a este tema, em que os concorrentes declaram e preenchem a identificação das entidades a que recorrem para efeitos de verificação da capacidade exigida pelas peças do procedimento – cfr. parte do DEUCP “C: Informações sobre o recurso às capacidades de outras entidades” que no respetivo descritor refere: “O operador económico depende das capacidades de outras entidades para preencher os critérios de seleção estabelecidos na parte IV, bem como os (eventuais) critérios e regras indicados na parte V?”.

46.º

Dada a especificidade e a complexidade técnica do projeto a implementar, que aborda diversas vertentes científicas, maioritariamente no que respeita a “Sistemas de produção e armazenamento de energia a partir de fontes renováveis”, “Mobilidade sustentável (elétrica e hidrogénio)” e “Cobertura com soluções de comunicação 5G”, considerou-se ser possível e adequado, especialmente neste contrato, o aproveitamento das capacidades de terceiras entidades, que para além de potenciarem a concorrência, dão garantias subjetivas de uma melhor concretização da obra, porquanto é do senso comum que estas áreas específicas nunca são executadas pelo empreiteiro principal, atentas as respetivas especificidades.

47.º

Assim, nada obsta a que o Agrupamento recorra a entidades terceiras para executar outros trabalhos. Precisamente, como forma a garantir a maior abertura possível à concorrência dos procedimentos de adjudicação, o princípio do aproveitamento da capacidade de terceiras entidades, plasmado, designadamente, no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, e no n.º 2 do artigo 3.º da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro e artigo 63.º da citada Diretiva Comunitária, permite que o adjudicatário se socorra, aproveitando-a, das habilitações profissionais de uma terceira entidade, nomeadamente, para preencher os requisitos de seleção.

48.º

Apenas nestes termos se compreende o disposto na parte final do n.º 2 do artigo 3.º da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, “[...] mediante a apresentação de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes”.

49.º

De facto, o legislador reconhece que a empresa adjudicatária possa não ser detentora da habilitação profissional (total) necessária à execução do contrato (ou de algumas prestações), porquanto recorre às habilitações de terceiras entidades, motivo que explica a exigência no sentido de a entidade adjudicante possuir um compromisso incondicional por parte de terceira entidade, de que esta executará os trabalhos correspondentes às habilitações aproveitadas, o que aconteceu no procedimento em apreço. (Cfr. Tribunal de Justiça da União Europeia, processo n.º C-469/22, de 10.01.2023 – in <https://curia.europa.eu>)

50.º

Efetivamente, neste tipo de casos, apenas a terceira entidade, na qualidade de subcontratada, pode executar o contrato ou parte das suas prestações contratuais, não sendo válida a tese de que o adjudicatário tenha de ter todas as habilitações e depois subcontrate, à vontade e sem limite, em terceiros, as prestações contratuais.

51.º

O que nos levaria à mesma figura do comissionista que, em atropelo às regras da concorrência, obteria o Alvará e depois, sem esforço ou sequer trabalho, se focaria a concorrer como escopo principal de atividade, pagando aos terceiros (geralmente pequenas e médias empresas) valor abaixo do preço que apresentou e lhe foi adjudicado.

52.º

Neste sentido, a jurisprudência do TJUE tem entendido que os adjudicatários devem aproveitar as habilitações dos subcontratados:

“(...) O objetivo da maior abertura possível à concorrência é considerada não só atendendo ao interesse em matéria de livre circulação de produtos e serviços mas também ao próprio interesse das entidades adjudicantes, que disporão assim de uma maior escolha quanto à oferta mais vantajosa. A exclusão de proponentes com base no número de outras entidades que participam na execução da empreitada de modo a só permitir uma única empresa auxiliar por cada categoria de critérios qualitativos não permite uma avaliação caso a caso, reduzindo, assim, de modo efetivo, as escolhas da entidade adjudicante, e prejudicando a concorrência real.

Outro objetivo das normas da União Europeia no domínio da contratação pública é abrir o mercado dos contratos públicos a todos os operadores económicos, independentemente da sua dimensão. A inclusão das pequenas e médias empresas (a seguir «PME») deve ser especialmente encorajada porque as PME são consideradas a espinha dorsal da economia da UE. As possibilidades de as PME participarem em concursos públicos e de lhes serem adjudicados contratos de empreitadas são dificultadas, entre outros fatores, pela dimensão dos contratos. Por este motivo, a possibilidade de os proponentes participarem em grupos que recorrem às capacidades de empresas auxiliares é particularmente importante para facilitar às PME o acesso aos contratos (O documento de orientação da Comissão «Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos» recomenda que se tire partido da possibilidade que os operadores económicos têm de recorrer às suas capacidades económicas e financeiras e às suas capacidades técnicas agregadas na fase de seleção dos concursos. V. documento de trabalho da Comissão «Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos», SEC(2008) 2193.) . (...)

Os artigos 47.º, n.º 2, e 48.º, n.º 3, da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços obstam a uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal que proíbe, salvo casos especiais, o recurso às capacidades de mais de uma empresa auxiliar de modo a preencher os critérios de seleção relativos à capacidade económica e financeira e/ou à capacidade técnica e/ou profissional de um operador económico.” (Cfr. Tribunal de Justiça da União Europeia, processo n.º C-94/12, de 10.10.2015 – in <https://curia.europa.eu>)

53.º

Aqui chegados, torna-se claro que a Entidade Adjudicante optou por formar um único Contrato, mas que permitisse e potenciasse a concorrência.

54.º

Fê-lo em respeito pelo princípio da legalidade e não optou por fracionar despesa que iria levar a múltiplos contratos, de naturezas diferentes, mas com reservas e problemas de ligação entre si.

55.º

E o resultado é um Contrato que não é nulo, nem tão-pouco se reveste de ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro.

56.º

Não se encontrando, por isso, e salvo o devido respeito, preenchidos os requisitos para recusa de visto.

57.º

Recusa essa que iria trazer grave dano ao interesse público, com o atraso decorrente do lançamento de novo procedimento, perdendo-se todos os atos praticados, quando os mesmos não violaram qualquer norma ou princípio aplicável à contratação pública, antes potenciando todos os princípios, mormente o da concorrência.

Nestes termos, e nos mais de direito, requer o agora Respondente que, analisados os fundamentos supra expostos, deve ser alterada a proposta de decisão de não concessão do Visto Prévio, alterando-se o seu sentido para a concessão de Visto, uma vez que a capacidade e habilitações dos subcontratados aproveitam, nos termos da lei, doutrina e jurisprudência, ao adjudicatário e, mesmo que assim não se entendesse, ao arrepio da legislação nacional e comunitária, sempre se tem de entender que no caso, o adjudicatário vai executar a esmagadora, significativa e expressiva quantidade e qualidade dos trabalhos, cumprindo, assim, em pleno a norma decorrente do artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 03 de junho.”

2.21 Em Sessão Diária de Visto de 23/07/2024 foi determinada nova devolução para abertura de contraditório nos seguintes termos:

- 1. Tendo em conta que a entidade fiscalizada alega, nos artigos 17.º e seguintes da resposta à devolução antecedente, uma maior preponderância da componente de fornecimento de bens em comparação com os trabalhos de empreitada, fundamente o procedimento adotado, de formação de um contrato de empreitada de obras públicas na modalidade conceção-construção e justifique por que motivo não foi qualificado e lançado a concurso como contrato misto, nos termos do artigo 32.º do CCP, quando na definição do preço base essas componentes terão sido consideradas, ainda que de forma estimada.*
- 2. No seguimento do ponto anterior, indique em que termos tal opção não teve como consequência a alteração do resultado financeiro do contrato, tendo em conta a restrição à concorrência provocada pela adoção de um procedimento pré-contratual de formação de um contrato de empreitada de obras públicas na modalidade de conceção-construção.*
- 3. Adicionalmente esclareça como compatibiliza a preponderância da componente de fornecimento do contrato em apreço com a classificação económica da despesa constante da informação de compromisso (construções diversas).*
- 4. Considerando que, para todos os efeitos, o contrato foi qualificado como empreitada de obra pública, de acordo com o disposto no artigo 343.º do CCP,*

pronuncie-se, ainda, sobre o disposto no artigo 6.º da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro.

2.22 O MRM apresentou resposta em 27/11/2024, através do requerimento n.º 3567/2024, com o seguinte teor:

- 1. O Município, enquanto Entidade Adjudicante, deliberou no sentido de dar seguimento às ações previstas no Projeto de Investimento n.º 76 – Parque empresarial de área de acolhimento empresarial de nova geração (Aviso nº 02/c7- io1/2021 -PRR, componente 7 - Infraestruturas) da Câmara Municipal de Rio Maior, lançando, para o efeito, de um procedimento pré-contratual com vista à celebração de um contrato de “conceção-construção.”*
- 2. Dado que, no seu entendimento, atentas as especificidades do projeto, do investimento e das obras em causa, tal tipologia contratual pública se lhe ofereceu como a mais rigorosa e adequada, como abaixo melhor se procurará demonstrar.*
- 3. Questiona, desde logo, o Tribunal de Contas, no primeiro Ponto do Ofício a que ora se responde, por que motivo não foi o contrato em apreço qualificado e 2 lançado a concurso como “contrato misto”, nos termos definidos no artigo 32.º do Código dos Contratos Públicos.*
- 4. A título preliminar, cumpre evidenciar que, independentemente da qualificação jurídica atribuída pelas entidades adjudicantes, o que sempre relevaria seria a materialidade dos contratos a celebrar e, por conseguinte, aquelas que são as obrigações e prestações a cargo do adjudicatário.*
- 5. Ao que acresce, naturalmente, a verificação do cumprimento de todas as normas e regras legais potencialmente aplicáveis, nomeadamente, e em concreto, as que decorrem do artigo 32.º do CCP.*
- 6. Ora, salvo o devido respeito, o “contrato misto” não é uma tipologia contratual suscetível de ser colocada, enquanto tal, no mercado, e submetida às regras da concorrência no contexto dos contratos públicos.*
- 7. Antes se prevendo, no citado artigo 32º, as regras a que deverá obedecer a escolha do procedimento pré-contratual quando a entidade adjudicante reconhecidamente saiba e identifique previamente que um determinado contrato, que pretende celebrar, assume prestações típicas de um ou mais tipos contratuais previstos na lei, antecipando a “medida” de cada um desses tipos, seja por referência ao valor, seja considerando a essencialidade das prestações em presença.*
- 8. No entanto, como resulta evidente de todo o processo de preparação do procedimento pré-contratual em causa, mormente da decisão de contratar, de fundamentação da escolha do procedimento e do preço-base, tal conhecimento prévio da preponderância de um tipo contratual, em detrimento de outro, não*

poderia deixar, no caso, de conduzir a entidade adjudicante à conclusão de se estar, aqui, perante uma verdadeira “conceção-construção”.

- 9. Cujas componentes concretas de projeto, serviços, fornecimentos e empreitada em muito dependeriam da Proposta do Cocontratante, atendendo à complexidade técnica e ao grau de inovação das tipologias concretamente previstas para a intervenção, não sendo cognoscíveis no momento da abertura do procedimento, mas que, no seu conjunto, seriam agrupáveis numa “obra”.*
- 10. Recorde-se que, neste caso, tais tipologias consistiam em sistemas de produção e armazenamento de energia a partir de fontes renováveis destinadas ao autoconsumo e às Comunidades de Energia Renovável (CER), Mobilidade sustentável (elétrica e hidrogénio) e cobertura com soluções de comunicação 5G.*
- 11. Ante o objeto do contrato em apreço, não poderão subsistir dúvidas quanto à relação técnico-funcional incindível existente entre os trabalhos de conceção/construção previstos e os serviços a prestar e os equipamentos a fornecer, em particular, atendendo à natureza iminentemente técnica das prestações, e a objetiva necessidade de o projeto de execução ser, ab initio, condicionado pelas matrizes de eficiência energética próprios dos serviços também a prestar e da sua compatibilidade com os bens a fornecer.*
- 12. Ora, o CCP prevê expressamente, no n.º 3 do seu artigo 43.º, que “3 - Em casos excecionais devidamente fundamentados, nos quais o adjudicatário deva assumir, nos termos do caderno de encargos, obrigações de resultado relativas à utilização da obra a realizar, ou nos quais a complexidade técnica do processo construtivo da obra a realizar requeira, em razão da tecnicidade própria dos concorrentes, a especial ligação destes à conceção daquela, a entidade adjudicante pode prever, como aspeto da execução do contrato a celebrar, a elaboração do projeto de execução, caso em que o caderno de encargos deve ser integrado apenas por um programa preliminar.” (sublinhado nosso).*
- 13. Isto mesmo entendeu a Entidade Adjudicante, Município de Rio Maior, considerando, na decisão de contratar, já junta a este processo, estar-se perante um processo construtivo revestido de enorme complexidade técnica, designadamente pelo grau de inovação acima destacado,*
- 14. Pelo que, sob pena de não ser adequadamente prosseguido o interesse público, a componente construtiva não podia considerar-se cindível ou desligável de todo o trabalho de conceção e projeto e de produção/fornecimento dos meios necessários à sua concretização, o qual sempre teria de ser incumbência do empreiteiro, aqui também projetista e fornecedor.*
- 15. Não estando em causa, por tal não ser possível à data de lançamento do concurso, o n.º 2 do artigo 32.º do CCP, norma que rege acerca da escolha do procedimento nos contratos mistos: “Quando for possível identificar separadamente as diferentes partes de um determinado contrato, o seu objeto*

*principal é determinado em função do valor estimado mais elevado.”
(sublinhado nosso).*

- 16. Também por esta razão, não se fez constar, nas peças patenteadas a concurso, uma lista de preços unitários máximos, pela entidade adjudicante, antes competindo aos concorrentes, consoante a solução que viessem a preconizar, a apresentação de tais valores.*
- 17. E tendo a entidade adjudicante fundamentado, devida e legitimamente, o preço base por si definido, apenas enquanto preço base global.*
- 18. Assim, com base no n.º 3 do artigo 43.º do CCP, a entidade adjudicante considerou estar-se perante um cenário plenamente justificado de recurso a um contrato de empreitada, na modalidade conceção-construção, que melhor espelha a realidade do negócio jurídico público a celebrar entre as partes.*
- 19. E sendo, neste caso, muito clara a lei (Cfr. n.º 11 do artigo 43.º do CCP) – o CCP – quando esclarece que, “No caso previsto n.º 3, o contrato a celebrar não é considerado um contrato misto para os efeitos do disposto no artigo 32.º”.*

Prosseguindo,

- 20. E salvaguardado o devido respeito, que é muito, não se compreende como poderia esta opção alterar o resultado financeiro do contrato, dado que o preço-base global impunha um teto máximo a todos os potenciais interessados, conforme suscitado no Ponto 2. do Ofício em resposta.*
- 21. Sendo que da mesma não resultaram quaisquer consequências desvirtuadoras, quer de um ponto de vista jurídico, quer financeiro, ou seja, não existe ilegalidade no Procedimento, não podendo existir quaisquer consequências.*
- 22. Insiste-se: o procedimento pré-contratual adotado não seria distinto daquele que efetivamente veio a ser aberto, as exigências fixadas nos documentos conformadores do procedimento não poderiam ter sido outras, e o universo de potenciais concorrentes também não seria diverso (desde logo por recair sobre os potenciais interessados a obrigação de analisar as peças do procedimento e de ter sido assegurada a máxima publicitação do procedimento prevista por lei).*
- 23. E, muito menos, originar uma suposta “restrição à concorrência”, pelo simples facto de ter sido adotado de um procedimento pré-contratual tendente à formação de um contrato de empreitada de obras públicas, na modalidade de conceçãoconstrução.*
- 24. Ou seja, o que seria suscetível de gerar uma restrição à concorrência seria, não o tipo de procedimento pré-contratual em causa, mas sim o contrato a celebrar no seguimento desse procedimento, o que, salvo melhor opinião, não se afigura correto.*
- 25. Na verdade, é o próprio CCP que nos permite a escolha alternativa entre os procedimentos de concurso público e de concurso limitado, não sendo legítimo considerar que um favorece mais a concorrência do que o outro.*

26. *Tanto mais quando o procedimento aqui em análise decorreu com publicação prévia de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia.*
27. *Nas palavras de Pedro Fernández Sánchez, Direito da Contratação Pública, Vol. I, AAFDL Editora, 2021 (Reimpressão, p. 363: “Nem deve a terminologia legal (“concurso público” vs “concurso limitado”) induzir o intérprete a supor que o concurso público apresenta uma feição mais competitiva e é preferido pelo legislador. Em rigor, o concurso limitado assegura até uma escolha mais exigente do adjudicatário, visto que viabiliza uma apreciação mais ampla dos aspetos relevantes para a celebração do contrato: tanto as características do proponente quanto as características da proposta,”*
28. *No mesmo sentido, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública, Almedina, Coimbra, 2016, p. 187: “... como o legislador do Código (e também o Comunitário), não quis estabelecer qualquer hierarquia ou condicionamento das entidades adjudicantes na opção entre tais modalidades – [...] permitindo-lhes enveredar por aquela que lhes parecer mais conveniente à realização do interesse público, fazer funcionar nessas circunstâncias o princípio da concorrência em favor do concurso público, restringindo o espaço de aplicação do concurso limitado, envolveria uma violação do parâmetro legal.”*
29. *Assim, no caso vertente, não só foi adotado um procedimento pré-contratual favorecedor da concorrência, como foi adotado o modelo contratual de empreitada de conceção-construção por se entender, à luz do n.º 3 do artigo 43.º do CCP, ser aquele que melhor espelhava a complexidade do objeto do contrato e a ligação funcional do mesmo aos elementos concebidos e queridos pelo cocontratante.*
30. *Respeitando o Programa do Procedimento a exigência de inclusão, nas peças patenteadas, de um Programa Preliminar (cf. alínea c) do n.º 3 da Cláusula 5.º Caderno de Encargos), mas deixando a cargo do concorrente, na fase do concurso, 7 a apresentação do Estudo Prévio (cf. n.º 3 do artigo 21.º do Programa do Procedimento) e relegando para o contrato a celebrar o Projeto de Execução (cf. Cláusula 14.º do Caderno de Encargos).*
31. *Se o contrato não tivesse sido qualificado como um contrato de empreitada, o Município não teria norma legal “habilitante” para assegurar o cumprimento das exigências fixadas no artigo 43.º do CCP.*
32. *O Tribunal de Contas tem defendido que a modalidade de conceção-construção deve ser utilizada de forma criteriosa, por forma a ser assegurado que não existem restrições injustificadas à concorrência.*
33. *Porém, esta modalidade é admitida – ou até terá sido desenhada para esse efeito – nos casos onde a complexidade técnica e especialização o justifiquem, e desde que os procedimentos sejam conduzidos de forma transparente e equitativa.*

34. Como já supra referido (pontos 9 e ss. da presente resposta), no caso em apreço, eram exigidas soluções integradas (de conceção e de construção) e foi considerado crucial para a Entidade Adjudicante, ora Respondente, beneficiar da inovação e eficiência proporcionadas por esta abordagem, não restringindo a concorrência, mas antes fomentando-a, através da atração do maior número de concorrentes que pudessem responder ao pretendido.
35. Parece-nos claro que um só concorrente individual não conseguiria responder a todas as vertentes, abrindo-se à concorrência a própria conceção, permitindo a apresentação de diferentes propostas, até com abordagens técnicas diversas, com a conseqüente construção das soluções preconizadas que revestem, repete-se, elevada complexidade técnica e dimensão.
36. A verificação das peças do procedimento permite a clara conclusão que os trabalhos da empreitada não são de tipologia corrente, exigem condicionalismos, equipamentos, know-how e inovação de especial complexidade, não acessíveis a um “mero” empreiteiro titular de um determinado alvará.
37. Existe essa complexidade técnica na obra que o Respondente pretendia, sendo que, a única definição que tinha no início, era a do resultado de utilização pretendido, pelo que apenas os operadores do mercado que estão familiarizados com a construção e fornecimento de equipamentos teriam, à partida, a capacidade para desenharem e projetarem as soluções.
38. Veja-se que era pretendido o abastecimento de veículos a hidrogénio (combustível ainda pouco desenvolvido em Portugal), a constituição de uma Comunidade de Energias Renováveis (CER), utilização de energias renováveis (todas no domínio e natureza da energia) e uma rede 5G (esta já de natureza de comunicações), software para gestão do parque e UPAC (de natureza de informática e tecnologias de informação), tudo num projeto integrado, sustentável e que permita a ligação entre as diversas componentes (nomeadamente ao nível da compatibilidade e da energia necessárias).
39. Porém, e sem conceder no já exposto, devemos, ainda, atentar na Lei n.º 30/2021, de 21 de Maio, que aprova medidas especiais de contratação pública e altera o Código dos Contratos Públicos.
40. Salvo o devido respeito por opinião em contrário, esta lei vem adicionar requisitos alternativos para o recurso às empreitadas de conceção-construção, que vão além da complexidade e especificidade técnica, passando a aceitar-se, também, requisitos de celeridade e eficiência, para aproveitamento de fundos europeus, nomeadamente nas empreitadas e fornecimentos que são objeto do Contrato em apreço - tecnologias de informação e conhecimento – incluindo, também, os integrados no Plano de Recuperação e Resiliência (PRR), que também é o caso dos autos.
41. De acordo com o artigo 2.º-A da citada Lei, é possível o recurso à conceção-construção “para além” dos casos previstos no artigo 43.º, n.º 3 do CCP.

42. *Parece-nos, pois, que ao abrigo desta norma, as Entidades Adjudicantes podem recorrer à conceção-construção tão-só e apenas por razões de celeridade e em todas as candidaturas no âmbito do PRR.*
43. *Sendo que é o próprio legislador quem coloca este procedimento a par com todos os demais, sempre que os projetos sejam financiados por determinados programas de fundos europeus, sem qualquer necessidade de fundamentação específica e sem que seja possível considerar que esta opção, por si só, condiciona a concorrência ou altera o resultado financeiro do Contrato.*
44. *Ou, pelo menos, colocando outros valores e princípios em destaque.*
45. *Voltando a reiterar-se, neste artigo 2.º-A, mais precisamente no n.º 6, que o contrato a celebrar não é um contrato misto.*

Também se diga que,

46. *E relativamente ao Ponto 3. do Ofício a que se responde, a preponderância da componente de fornecimento do Contrato em nada afeta a classificação económica da despesa constante da informação de compromisso.*
47. *Isto porque, e à semelhança das respostas aos demais pontos, no momento da abertura do procedimento, momento em que é efetuado o compromisso e cabimento orçamental, ainda não era possível determinar o peso das diversas componentes, mas apenas que o Município pretendia um resultado, uma obra, ainda que para cumprimento contratual, o adjudicatário tenha de adquirir bens a terceiros, que não assumem, depois de incorporados, autonomia para o Município.*
48. *Não obstante, não poderemos confundir as questões procedimentais com as contabilísticas, sendo que o adjudicatário, se obriga, por força do contrato, a entregar à Entidade Adjudicante, um resultado, uma obra, o que é diferente na abordagem feita relativamente a encontrar as prestações do Contrato com maior expressão.*
49. *Obra essa que é uma despesa de investimento, na globalidade.*
50. *Sujeita a depreciações e amortizações.*
51. *Pelo que nenhuma consequência se retira do facto de o atual compromisso ter sido realizado em rubrica económica de “outras construções”, que é uma rubrica de investimento.*
52. *Porém, e mesmo que exista essa necessidade, nesta e em qualquer outra obra, o cabimento poderá, salvo melhor opinião, ser corrigido, com a produção de efeitos do Contrato, dividindo-se os valores em função das prestações de diferente natureza, sendo que o Município tem, no seu PPI, o Projeto com 3 rubricas económicas abertas, sendo simples e célere reafectar a verba comprometida pelas demais rubricas, mediante alteração orçamental (Anexo 1).*
53. *O que, não nos parecendo ser condição para visto prévio, sempre poderá, caso o Tribunal de Contas assim o entenda, ser recomendado com o visto.*

Finalmente,

54. *No que se refere ao Ponto 4. do Ofício a que ora se responde, importa ter presente que o artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 03 de junho refere que, 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.*
55. *Pelo que, salvo o devido respeito, não se concebe que se ignore, por completo, a parte final desta norma, não sendo legítima a interpretação de que o cocontratante teria de ter alvará para a totalidade dos trabalhos, mas apenas para aqueles que estão a seu cargo.*
56. *Mais uma vez se diga: se o contrato não tivesse sido qualificado como um contrato de empreitada, o Município não teria norma legal “habilitante” para determinar a exigência da entrega dos documentos de habilitação a que se refere o n.º 2 do artigo 81.º do CCP e o artigo 3.º da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro.*
57. *É indiscutível a vigência, no direito português, do princípio do aproveitamento da habilitação profissional – em termos mais amplos, da capacidade – de terceiras entidades (o qual encontra a sua génese na jurisprudência do Tribunal de Justiça e no direito comunitário: cf. o artigo 63.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014).*
58. *Com efeito, dispõe o artigo 3.º, n.º 2, da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, “[p]ara efeitos de comprovação das habilitações referidas no número anterior, o adjudicatário pode socorrer-se dos alvarás ou certificados de empreiteiros de obras públicas de subcontratados, mediante a apresentação de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes” (sublinhado nosso).*
59. *Resulta ainda do já citado artigo 8.º do Regime Jurídico aplicável ao Exercício da Atividade da Construção, que “[s]em 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” (sublinhado nosso).*
60. *Naturalmente, em virtude da ressalva expressamente vertida na norma em causa – “[s]em prejuízo do disposto nos artigos 19.º e 20.º” –, o que da mesma resulta tem, claro está, de ser lido em conjugação com o que se prescreve nos artigos 19.º e 20.º; e, com total relevância para o presente caso, nota-se que o artigo 20.º regula, justamente, a subcontratação de terceiras entidades, prescrevendo, no seu n.º 3, que “[a] empresa subcontratante aproveita das*

habilitações detidas pelas empresas subcontratadas” (sublinhado acrescentado).

61. *Remetendo-se, no mais, para as explicações e fundamentação das nossas respostas anteriores que versaram sobre este aspeto particular.*
62. *E se atentarmos no artigo da Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, expressamente mencionado na notificação a que se responde (o artigo 6.º), sempre diremos que em nada altera tudo o que mencionámos sobre este ponto. O n.º 2 do artigo 6.º refere que “No caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas, todos os membros do agrupamento concorrente que exerçam a atividade da construção devem ser titulares de alvará ou certificado emitido pelo IMPIC, I. P., devendo a empresa de construção responsável pela obra 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. (sublinhados e negritos nossos) o que reitera que apenas os membros do agrupamento que exerçam a atividade de construção (que não todos os membros) devem ser titulares de alvará (o que acontece), mas apenas a responsável pela obra, deve ter alvará que contenha subcategoria que cubra o valor da obra, respeitante aos trabalhos mais expressivos da mesma.*
63. *O que não pode ser lido desacompanhado da leitura do n.º 2 do artigo 3.º da mesma Portaria, já antes citado, permitindo-se que as habilitações possam ser asseguradas por subcontratados, pois trata-se de dois artigos da mesma Portaria, que apenas podem ser interpretados, conjuntamente, da forma exposta.*

Por tudo o que vem dito,

Requer-se a este Tribunal o prosseguimento do presente processo, com vista à concessão de visto prévio.

Nestes termos, e nos mais de direito, requer-se, analisados os fundamentos supra expostos, que seja proferida decisão de concessão de Visto prévio, em estrito cumprimento da lei.

II.2 FACTOS NÃO PROVADOS

- 3- Não resultam dos autos factos que devam ser considerados como não provados e que tenham relevo para a decisão a proferir.

II.3 MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

- 4- Nos termos do disposto no Art.º 81.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) e nas instruções constantes da Resolução n.º 1/2020 da 1.ª Secção do Tribunal de Contas¹, aprovada ao abrigo do Art.º 77.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC, impende sobre as entidades fiscalizadas o ónus de alegação e prova dos factos necessários à demonstração do preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto.
- 5- À luz de tal critério, para a consideração como provada da matéria de facto *supra* elencada, o tribunal baseou-se nos documentos juntos aos autos e na análise que dos mesmos pode ser feita, bem como nas respostas apresentadas pela entidade fiscalizada e no expresse reconhecimento de factos que esta nelas faz, sendo que, como se deixou expresse, não se descortinam nas alegações e justificações apresentadas factos com relevo para a decisão da causa que devam ser considerados como não provados.

III FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

III.1 Estrutura da apreciação jurídica

- 6- A competência do TdC para o exercício da fiscalização prévia depende de pedido expresse por parte da entidade fiscalizada e só pode ser exercida nos casos tipificados na LOPTC, que define as entidades e os atos e contratos sujeitos a tal fiscalização – Art.ºs 5.º, n.º 1, alínea c), e 46.º a 48.º da LOPTC.
- 7- O contrato objeto deste processo deve ser qualificado como empreitada de obras públicas integrando o âmbito objetivo e subjetivo da fiscalização prévia, em face do disposto nas disposições conjugadas dos Art.ºs 2.º, n.º 1, alínea d), 5.º, n.º 1, alínea c), e 46.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC.
- 8- Como decorre da tramitação dos autos e das questões colocadas à entidade fiscalizada nas sucessivas notificações para contraditório, o contrato aqui em apreço suscitava diversas questões de legalidade.
- 9- Nesta decisão, e sem prejuízo das demais questões suscitadas e que não levariam à recusa de visto ao contrato, deverão ser ponderadas essencialmente as seguintes questões:
 - 9.1 da falta de habilitação por parte do consórcio adjudicatário em classe que cubra o valor global da obra e da possibilidade de suprimento dessa lacuna por recurso às habilitações de subempreiteiros;

¹ Publicada no *Diário da República*, 2.ª série, de 4-5-2020, revista pelas Resoluções n.º 2/2020 e n.º 4/2020 e integralmente republicada no *DR*, 2.ª série, de 14-7-2020 e, na sua atual versão, no *DR*, 2.ª série, de 5-1-2021.

- 9.2** da ilegalidade ou invalidade do contrato de empreitada em vista da caducidade da adjudicação; e
- 9.3** dos efeitos da ilegalidade ou invalidade do contrato de empreitada no processo de fiscalização prévia: recusa de visto.

III.2 Da falta de habilitação por parte do consórcio adjudicatário em classe que cubra o valor global da obra e da possibilidade de suprimento dessa lacuna por recurso às habilitações de subempreiteiros

- 10-** Como ficou provado, decorre dos documentos juntos aos autos e é reconhecido pela entidade fiscalizada nas respostas apresentadas às notificações para contraditório, nenhuma das empresas que constitui o consórcio adjudicatário é detentora de alvará de empreiteiro de obras públicas em classe que cubra o valor da obra na subcategoria nem em subcategoria relativa aos restantes trabalhos, indicadas na alínea f) do n.º 1 do artigo 32.º do Programa de Procedimento.
- 11-** Entendem, porém, tais empresas e a entidade adjudicante, que podem, para efeitos de comprovação das habilitações que lhes eram exigidas no procedimento concursal, socorrer-se dos alvarás ou certificados de empreiteiros de obras públicas de subcontratados, tudo com base nos Art.ºs 8.º e 20.º, n.º 3, da Lei n.º 41/2015 de 3/6, e 3.º, n.º 2, da Portaria n.º 327/2017 de 14/12.
- 12-** Esta questão tem vindo a ser decidida por este tribunal em sentido negativo, podendo citar-se, entre outros, os Acórdãos n.º 26/2020-1.ª S/PL, de 26/06/2020 (que confirmou a recusa de visto do Ac. n.º 3/2020-1.ª S/SS, de 20/01/2020), o Acórdão n.º 8/2022-1.ª S/SS, de 22/02/2022, e o Acórdão n.º 13/2024-1.ª S/SS, de 18/04/2024, que aqui se seguirão de muito perto, por se concordar com a análise e enquadramento aí efetuados, sendo que a última decisão incidiu sobre um contrato de contornos em tudo idênticos àquele aqui em apreço e envolvendo o mesmo consórcio e as mesmas empresas aqui em causa.
- 13-** Tal como defendido pela jurisprudência deste TdC afirmada no citado Ac. n.º 26/2020-1.ª S/PL, a habilitação primacial ou qualificação do adjudicatário pode ser estabelecida como um limite qualitativo à legitimação técnica e profissional para adjudicar certos trabalhos e de recurso à habilitação de terceiros (subcontratantes), o que não deixa de constituir, nesse sentido, um limite ao recurso à subcontratação por ausência de habilitação própria. Trata-se de uma jurisprudência financeira, aliás, que se enquadra na linha decisória do anterior acórdão deste TdC n.º 4/2018-1.ª S/SS, de 22/01/2018.
- 14-** O contrato de empreitada de obras públicas, na noção que lhe é dada pelo CCP, no seu Art.º 343.º, n.º 1, integra um elemento subjetivo – precisamente, a qualidade de empreiteiro de obras

públicas, que é concedida pelo ato administrativo que verifica o cumprimento dos requisitos legais e regulamentares de ingresso na atividade de construção por parte do interessado/requerente. O ingresso numa atividade que consistirá na conceção e/ou execução “de uma obra pública que se enquadre nas subcategorias previstas no regime de ingresso e permanência na atividade de construção” (como expressamente refere este preceito legal).

- 15- Só com esse ato administrativo de habilitação é que se adquire o *status* de empreiteiro de obras públicas. E só este *status* permite a celebração de contratos de empreitadas de obras públicas. Mas não de todos os possíveis contratos, mas só (e apenas) daqueles que integrem a categoria, subcategorias e classe em que o empreiteiro se encontre administrativamente credenciado/habilitado.
- 16- A exigência, por parte de uma entidade adjudicante, de que os interessados em participar num concurso preencham determinados requisitos de capacidade técnica e/ou financeira destina-se a assegurar que apenas apresentarão proposta idónea as entidades que beneficiem de um conjunto de situações, qualidades, características ou outros elementos de facto que, à partida, garantam uma adequada execução do contrato a celebrar.
- 17- Esta realidade impõe que se proceda a uma análise de como a distinção legal e doutrinária respeitante à qualificação e à habilitação no domínio da contratação pública veio a ganhar outros contornos com o novo Código dos Contratos Públicos e criar alguma complexificação nas fases de habilitação e qualificação do adjudicatário (em sentido amplo).
- 18- De facto, no ensejo de estabelecer uma mais nítida distinção entre o concurso limitado por prévia qualificação e o concurso público, tal como referem Marco Real Martins e Miguel Assis Raimundo, em “Documentos de habilitação e documentos de qualificação nos procedimentos de formação de contratos públicos”, *in Revista do Ministério Público*, n.º 121 (Jan.-Mar. 2010), pp. 10-11, “o legislador nacional optou por reservar a fase de qualificação por excelência para aquele primeiro procedimento (sem prejuízo de a mesma fase se encontrar em outros procedimentos, *cfr. supra*), “depurando”, nessa medida, o regime procedimental do concurso público, apenas sujeito a uma fase de habilitação do adjudicatário (*cfr. infra*). Tal opção político-legislativa consistiu num contundente corte com o regime que decorria dos Decretos-Lei n.ºs 59/99 e 197/99, que tornavam o concurso público “numa forma atenuada de concurso limitado”.
- 19- E, continuam os mesmos autores, dizendo que “de igual forma, no CCP o conceito de habilitação foi igualmente “revisto” em abono do seu verdadeiro significado: contrariamente ao que sucedia nos diplomas legislativos atrás mencionados, e que até à entrada em vigor do CCP constituíram a matriz da contratação pública portuguesa, a expressão “habilitação” não mais é usada indiferenciadamente (quer para a demonstração da habilitação legal, quer também para a

demonstração da capacidade económico-financeira e técnica); no CCP a habilitação não tem qualquer relação com a demonstração da capacidade técnica e financeira, mas tão-só com a averiguação da aptidão do adjudicatário (quer à demonstração da titularidade de habilitação legal para a execução de determinado contrato, quer à demonstração da inexistência de qualquer impedimento à contratação), encontrando-se os documentos de habilitação elencados no Art.º 81.º do CCP.

- 20- *Mutatis mutandis*, o mesmo se diga a propósito dos documentos destinados à qualificação, os quais viram o seu o respetivo significado e finalidade clarificados com a entrada em vigor do CCP (cfr. Art.º 168.º do CCP).
- 21- O legislador português não podia, aliás, proceder de outro modo, uma vez que o Direito Europeu dos contratos públicos impõe igualmente uma separação entre as atividades de seleção (em sentido lato) dos participantes no procedimento e de avaliação das respetivas propostas. As condições de seleção de entidades visam verificar a aptidão dos operadores económicos para este efeito, com base em critérios relativos à capacidade económica e financeira, bem como aos conhecimentos ou capacidades profissionais e técnicas. A Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/2 (tal como previa a antecedente Diretiva n.º 2004/18/CE, de 31/3), prevê em várias passagens a necessidade de seleção dos concorrentes. Desta forma, visa-se garantir que os concorrentes reúnem as condições necessárias, do ponto de vista técnico e financeiro, para poderem ser co-contratantes das entidades adjudicantes, de forma a assegurar a boa execução do contrato, bem como, em segunda linha, a própria utilidade do procedimento adjudicatório.
- 22- Assim, num primeiro nível, tal como encontramos a fase de habilitação do adjudicatário, regulada no Capítulo VIII do Título II da Parte II do CCP, constitui um grau mínimo ou grau zero da qualificação, na medida em que a habilitação de *per si* é reveladora de uma determinada capacidade técnica (e em alguns casos, também financeira) do adjudicatário.
- 23- Por exemplo, um adjudicatário que apresente um certificado de inscrição em lista oficial de fornecedores de bens móveis, nos termos e para os efeitos previstos no n.º 4 do Art.º 81.º do CCP, beneficia, em princípio, de uma “caução de qualidade” mínima (efetuada por uma terceira entidade), a qual pode ser considerada suficiente pela entidade adjudicante. O mesmo se diga, do mesmo modo, de um empreiteiro adjudicatário que apresenta o respetivo alvará ou título de registo, nos termos e para os efeitos previstos nos números 2 e 3 do mesmo artigo: a emissão destes documentos necessariamente foi precedida por uma fase de aferição da capacidade técnica e financeira daquele empreiteiro para a realização de determinadas obras públicas (em função da classe), tendo esse juízo (avaliativo) sido feito pelo *Instituto da Construção e do*

Imobiliário, I.P.; donde, também neste caso se poderá com alguma segurança afirmar que existe aqui, em maior ou menor medida, alguns laivos de uma atividade típica de qualificação.

- 24- Se é certo que, em princípio, esses requisitos de capacidade têm de ser preenchidos pelos próprios interessados em participar no procedimento, a verdade é que tem sido admitido que um interessado aproveite, dentro de determinadas condições, a capacidade de terceiros. São disso clara expressão as disposições dos Art.ºs 63.º e 71.º da Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/2/2014, e dos Art.ºs 168.º, n.º 4, e 318.º, n.º 5, estes últimos do CCP.
- 25- Mas compreende-se que esse direito de invocar as capacidades de outras entidades não possa ser ilimitado, sob pena de colocar em causa as razões que ditam a necessidade de capacitação técnica e qualificação (*rectius*, habilitação) do cocontratante e a natureza *intuitu personae* do contrato de empreitada.
- 26- Compreende-se, também aqui, não obstante a natureza procedimental que marca o concurso público e também a sua subordinação aos princípios da contratação pública (Art.º 1.º-A do CCP), que as qualidades do credor e do devedor sejam determinantes na decisão de vinculação contratual numa empreitada (ou subempreitada), em cujo âmbito a aceitação ou a escolha do outro contraente – quer se trate do credor da tarefa a executar, quer daquele que fica obrigado à sua realização – está naturalmente ligada, entre outros fatores, à solvabilidade do primeiro e à capacidade técnica do segundo.
- 27- No que respeita às empreitadas das obras públicas, servem este propósito, as disposições conjugadas dos Art.ºs 8.º e 20.º da Lei n.º 41/2015 de 3/6 (Regime Jurídico da Atividade de Construção), dos Art.ºs 60.º, n.º 4, e 383.º, do CCP, e do Art.º 3.º, ambos estes da Portaria n.º 372/2017 de 14/12 (Define as regras e os termos de apresentação dos documentos de habilitação do adjudicatário no âmbito de procedimentos de formação de contratos públicos).
- 28- Sendo certo que o citado Art.º 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.
- 29- Citando o mencionado Acórdão n.º 26/2020, designadamente a fls. 18 e 19 (§§ 27 a 31):

“(...)Sucedem, porém, que, tal como defende o acórdão recorrido, a norma do artigo 383.º, n.º 2 do CCP, que possibilita a subcontratação de trabalhos (no caso, a subempreitada) até 75% do preço contratual, não é uma norma absoluta, pois encontra como limite a norma imperativa do artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, que impõe que a empresa adjudicatária – a empresa titular do contrato de

empreitada e responsável, em primeira linha, pela sua execução – seja titular de alvará, pelo menos, para a realização dos trabalhos mais expressivos ou determinantes da empreitada.

Em complemento, os subempreiteiros poderão ser responsáveis pelos trabalhos das restantes especialidades, seja por mera opção da empresa subcontratante, seja por necessidade de complementar as qualificações por esta detidas, mas nunca numa lógica de inversão do processo natural, permitindo que um subempreiteiro seja responsável pela parte ou partes mais importantes ou relevantes da empreitada, sem que a empresa subcontratante esteja habilitada para tal.

Não é, assim, correta a afirmação do recorrente de que «o único limite legal à subcontratação resulta do disposto no artigo 383.º do CCP e em especial do n.º 2, que impõe o limite dos 75% do preço contratual».

Na verdade, existem dois limites legais à subcontratação de empreitadas de obras públicas. Um primeiro limite que podemos designar por limite qualitativo, que proíbe a subcontratação do núcleo central da empreitada traduzido nos trabalhos mais expressivos da mesma, quando a empresa adjudicatária não está habilitada para a execução dos mesmos. É esse limite que encontramos no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, quando se refere que «Sem prejuízo do disposto nos artigos 19.º e 20.º, nos procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas, a empresa de construção responsável pela obra deve ser detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global daquela, respeitante aos trabalhos mais expressivos da mesma, sem prejuízo da exigência de habilitação noutras classes e subcategorias relativas às restantes obras e trabalhos a executar». O que o legislador pretende dizer, a contrario, com a expressão “sem prejuízo do disposto no artigo 20.º”, é que a empresa responsável pela execução da obra poderá subcontratar até mesmo os trabalhos mais expressivos da empreitada (ou parte deles), desde que seja detentora de habilitação para a sua execução”.

Existe ainda um segundo limite às subempreitadas – que designamos por quantitativo – e que tem como objetivo garantir que a empresa responsável pela execução da obra assegure, por meios próprios, a realização de, pelo menos, 25% dos trabalhos da empreitada, limite que encontramos plasmado no artigo 383.º, n.º 2 do CCP. Quer isto dizer que, ainda que a empresa responsável pela execução da obra esteja legalmente habilitada (com alvará emitido pelo IMPIC) para a realização da totalidade dos trabalhos da empreitada (incluindo todas as categorias e subcategorias de trabalhos necessários na classe exigida), não poderá subcontratar a totalidade desses trabalhos, sob pena de agir como um mero intermediário ou prestador de serviços e não como um verdadeiro empreiteiro, o que poria em causa o princípio do *intuitus personae* associado à execução de empreitadas de obras públicas. (...).”.

- 30- Na verdade, sobre as habilitações técnicas adequadas e exigíveis o Art.º 8.º da citada Lei n.º 41/2015, 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”.

- 31- Por sua vez, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do Art.º 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.
- 32- Resulta da conjugação das citadas normas que:
- deve ser exigida a subcategoria respeitante ao tipo de trabalhos mais expressivos;
 - a subcategoria respeitante ao tipo de trabalhos mais expressivos terá de ser de classe que cubra o valor global da obra;
 - deve ser exigida habilitação noutras classes e subcategorias relativas às restantes obras e trabalhos a executar; e
 - recorrendo a adjudicatária à subcontratação aproveita das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas.
- 33- E na Portaria n.º 212/2022, de 23 de agosto (que revogou a Portaria n.º 119/2012, de 30 de abril) as classes de habilitações contidas nos alvarás das empresas de construção, bem como os valores máximos de obra que cada uma delas permite realizar, são fixados no quadro seguinte:

Classe de habilitações	Valores máximos das obras permitidas (em euros)
1	200 000
2	400 000
3	800 000
4	1 600 000
5	3 200 000
6	6 400 000
7	12 500 000
8	19 000 000
9	acima de 19 000 000

- 34- O disposto nos Art.ºs 2.º, n.º 2, e 3.º, n.º 2, ambos da citada Portaria n.º 372/2017, até pela sua dimensão normativa inferior e a sua finalidade (dita as regras e os termos de apresentação dos documentos de habilitação do adjudicatário), nunca pode justificar, nesta matéria, uma regra de ampla liberdade de aproveitamento de habilitação de terceiros ou de recurso às capacidades de outras entidades, em contraponto com a posição defendida, de que aqui nos afastamos, por Pedro Costa Gonçalves, em *Direito dos Contratos Públicos*, 5.ª Edição, Coimbra: Almedina, pp. 733-735, e João Filipe Graça, “Subcontratação e Regime Jurídico da Atividade de Construção”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, III/IV, 2021, pp. 647-652.

- 35- Pela sua pertinência para a solução do caso, transcreve-se o essencial da fundamentação expendida no Ac. 13/2024, que, repete-se, incidiu sobre um contrato de contornos em tudo idênticos àquele aqui em apreço, envolvendo o mesmo consórcio e empresas aqui em causa:
- 36- “Para além dos argumentos de conjugação formal das disposições em causa, há o fundamento de carácter material que sustenta a solução propugnada e será sempre decisivo na solução a encontrar. O intérprete parte da letra da lei, mas para determinar o seu sentido e alcance é imperativo que desvende a sua teleologia.
- 37- O contrato de empreitada de obras públicas (Art. 34.º CCP) é concluído entre o empreiteiro o dono da obra e o seu conteúdo é determinado pelo regime legal e convenção das partes, admissível fora do núcleo das normas imperativas. As obrigações constituídas pelo contrato, só vinculam as partes, e não são oponíveis a terceiros. Nos termos gerais, o devedor pode sempre recorrer a auxiliares para o cumprimento das suas obrigações.
- 38- No contrato de empreitada, o empreiteiro pode livremente recorrer a outras empresas para a execução dos trabalhos, ou seja, a execução das suas obrigações perante o credor, o dono da obra. Para tal, recorrerá, na generalidade das hipóteses, à celebração de contratos estes de subempreitada, que constituem uma modalidade do subcontrato. As obrigações emergentes do subcontrato estabelecem-se somente entre o empreiteiro e o subempreiteiro. E, portanto, só o primeiro pode exigir ao segundo a execução da obra nos termos do contrato de subempreitada, termos esses que “espelharão” o definido no contrato de empreitada, porque a subempreitada se destina a executar no todo ou em parte as obrigações daí decorrentes. A concretização deste princípio está mesmo consagrada no Art. 288.º CCP: (...) “incumbe ao cocontratante a exata e pontual execução das prestações contratuais”.
- 39- Ainda no quadro do regime geral dos contratos, o incumprimento por parte do subempreiteiro configura não só um incumprimento perante o empreiteiro por incumprimento do contrato de subempreitada, mas, ao mesmo tempo, um incumprimento do empreiteiro face ao dono da obra, dada a qualidade de auxiliar, neste negócio, do subempreiteiro. Dito de outra forma: face ao dono da obra é o empreiteiro que está a incumprir.
- 40- Contudo, face ao incumprimento, o dono da obra não pode exigir o cumprimento ao subempreiteiro, mas somente ao empreiteiro, que deverá depois exigir esse cumprimento à sua contraparte no subcontrato. Os seus poderes de dirigir o modo de execução das prestações contratuais, consagrado no Art. 302.º alínea a) CCP (que revestem a natureza de ato administrativo, Art. 307.º, n.º 2 al. a) CCP) só podem ser feitos valer contra o empreiteiro, não o subempreiteiro.

- 41- Não há uma ação direta entre o dono da obra e subempreiteiro devido à eficácia *inter partes* dos contratos, exceto no âmbito do Art. 321.º-A, n.º 1 CCP, que se confere ao subcontratado o direito de exigir ao contraente público os pagamentos em atraso, que lhe sejam devidos pelo cocontratante (o subempreiteiro). Igualmente por essa razão, a denúncia dos defeitos da obra, e os já referidos poderes de direção, só pode ser realizada perante o empreiteiro e é a ele que devem ser dirigidas as notificações para cumprimento (Art. 325.º, n.º 1 CCP), na eventualidade de as obrigações, que este subcontratou, não estarem a ser pontualmente cumpridas.
- 42- Do que se acaba de expor, resulta o carácter central do empreiteiro para a boa realização da obra. Ele é a charneira na rede de relações contratuais. O que, por sua vez, significa que ele deve ter capacidade técnica, pelo menos na parte mais substancial da empreitada. Caso contrário, como pode ele verificar se o subempreiteiro está a cumprir pontualmente, a realizar a obra nos termos acordados? Como poderá ele reagir às interpelações do dono da obra? Como poderá reagir se houver uma divergência entre o dono da obra e o subempreiteiro quanto a aspetos de execução da obra? Se não tiver competência nessa área, a resposta é negativa.
- 43- Como se vê, há razões de ordem material, ligadas à correta execução da obra, que levam a exigir que o empreiteiro seja titular de alvará, pelo menos, para a realização dos trabalhos mais expressivos ou determinantes da empreitada. Isto, não obstante poder mesmo nesse âmbito subcontratar. Simplesmente, tem a competência técnica necessária para assumir, por um lado, a posição de parte no contrato de empreitada e, por outro, a de subempreiteiro no contrato ou nos contratos de subempreitada.
- 44- A exigência qualitativa tem, pois, plena justificação material, sendo necessária à boa execução - pelo menos dos trabalhos mais expressivos - da empreitada.
- 45- Importa ter em conta que, sendo a concorrência um vetor essencial da contratação pública, a existência de restrições de carácter materiais ligada à correta execução dos trabalhos não só é adequada, mas é mesmo necessária para a tutela dos interesses públicos. Neste caso, a boa execução da obra.”
- 46- Na situação *sub judice*, tal como a que motivou o Acórdão n.º 13/2024, as empresas integrantes do consórcio adjudicatário não detinham habilitação para a execução da obra.
- 47- Ora, tal como se refere sempre no Acórdão n.º 13/2024 que aqui se segue, “Não sendo as adjudicatárias detentoras de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global da obra é irrelevante que as adjudicatárias e as subcontratadas em conjunto possuam as habilitações exigidas e necessárias para o desenvolvimento dos trabalhos especializados em função dos respetivos valores parcelares.

- 48- Trata-se de um pressuposto de qualificação (habilitação) mínima ou essencial da entidade ou empresa que se apresenta a concurso público num procedimento respeitante a um contrato de empreitada de obras públicas, como vimos”.
- 49- Esta posição aqui assumida contende, de alguma forma, em grau lesivo, com o direito de invocar as capacidades de outras entidades à luz do direito europeu? Por outras palavras, este limite qualitativo contraria o princípio da liberdade de concorrência do direito europeu, designadamente nos desenvolvimentos normativos dos Art.ºs 63.º (recurso às capacidades de outras entidades) e 71.º (subcontratação) da mencionada Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/2/2014?
- 50- A consagração expressa deste direito nas sucessivas Diretivas europeias sobre a contratação pública (e também na subjacente evolução jurisprudencial), radica, por um lado, assumidamente, na emergência de uma política de apoio às pequenas e médias empresas, enquanto forma de garantir um melhor acesso destas ao mercado, e, de uma forma mais geral, no respeito pelo princípio da concorrência – assim, Débora Melo Fernandes, “Aproveitamento da Capacidade Financeira de Terceiros para efeitos de participação num concurso”, *in Revista de Contratos Públicos*, N.º 7 (Janeiro-Abril 2013), pp. 86-98, e João Filipe Graça, ob. cit., pp. 652-655.
- 51- Como se realça ainda no Acórdão n.º 13/2024, “A mencionada Diretiva 2014/24/EU, contém no seu regime, algumas cláusulas limitativas da liberdade contratual e de concorrência que têm a ver com condições de habilitação técnica, profissional ou de atividade industrial que podem ser vistas como necessárias ou indispensáveis para a execução de um contrato, nomeadamente de uma empreitada de obras públicas.
- 52- Assim, no Art.º 27.º, n.º 1, da mesma Diretiva 2014/24/UE, sob a epígrafe “concurso aberto”, determina-se que “[a] proposta deve ser acompanhada das informações solicitadas para efeitos de seleção qualitativa pela autoridade adjudicante”, sendo certo que entre os requisitos de seleção qualitativa, nos termos do Art.º 58.º, se encontram os requisitos de capacidade e os de habilitação profissional.
- 53- A mesma Diretiva (tal como a sua antecessora, a Diretiva 2004/18/CE, de 31/3), prevê, em várias das suas disposições normativas, a necessidade de seleção dos concorrentes. Desta forma, visa-se garantir que os concorrentes reúnem as condições necessárias, do ponto de vista técnico e financeiro, para poderem ser cocontratantes das entidades adjudicantes, de forma a assegurar a boa execução do contrato, bem como, em segunda linha, a própria utilidade do procedimento adjudicatório – assim, para além do n.º 1 do Art.º 27.º, também nos Art.ºs 58.º, n.ºs 1, 2 e 4, 60.º, n.º 1 e 63.º, n.ºs 1 e 2.

- 54- Importa igualmente sublinhar que os critérios legais de qualificação de concorrentes (e de candidatos) – ou de “seleção qualitativa”, na terminologia comunitária – são apenas aqueles que estão expressamente previstos em letra de lei: a capacidade económica e financeira e a capacidade técnica. Não outros. Aliás, como julgou o então Tribunal de Justiça da CE no acórdão de 26/4/1994, Lottomatica, (C-272/91) “estas disposições enumeram taxativa e imperativamente os critérios de seleção qualitativa e de atribuição do contrato”.
- 55- Torna-se, pois, imprescindível delimitar os elementos que podem e devem ser considerados, em especial, para efeitos de avaliação da capacidade técnica, dos elementos que apenas podem e devem ser tidos em conta na fase de habilitação do adjudicatário, e, bem assim, daqueles outros que corporizam eventuais fatores (e subfactores) que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa”.
- 56- Note-se que a interpretação defendida na jurisprudência firmada neste TdC não prejudica a faculdade de subcontratar nem a liberdade de concorrência, antes exige, na aludida ponderação legal e normativa, que as condições de habilitação genérica à prestação da atividade de construção civil e de obras públicas estejam reunidas pela adjudicatária como habilitação a contratar, sob pena de qualquer empresa sem a mínima especialidade e capacitação técnica se apresentar à contratação pública neste domínio, bastando que apresente uma mera delegação nos créditos de habilitação alheios, nomeadamente num alvará com habilitação na classe respetiva, como acontecerá no caso em presença.
- 57- A jurisprudência deste Tribunal, ao afirmar a existência de limites qualitativos, não coloca entraves à subcontratação nem se vê que esteja em contradição com a jurisprudência comunitária, ao contrário do que tem sido afirmado por alguma doutrina (veja-se João Filipe Graça, “Subcontratação...”, *cit.*).
- 58- Com efeito, como acima se sintetizou, a interpretação acolhida não impede que o cocontratante recorra a subempreiteiros para a execução da obra, mesmo na parte essencial desta. Desde que esteja habilitado para a natureza e valor dos trabalhos considerados mais expressivos, pode livremente celebrar contratos de subempreitada, incluindo para esses trabalhos mais expressivos.
- 59- Neste ponto reside a diferença essencial entre o caso aqui em apreço e aquele sobre o qual versou o Acórdão *Borta*, do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 5/4/2017 (processo C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266).
- 60- Naquele processo estava em causa uma legislação nacional que proibia em abstrato e absoluto a subcontratação da execução da parte das obras qualificada de «principal» pela entidade adjudicante, aplicável independentemente do setor económico afetado pelo contrato em causa,

da natureza das obras e das qualificações dos subcontratantes e sem possibilidade de apreciação caso a caso pela referida entidade (§§. 49 e 55).

- 61- Em suma, definida pela entidade adjudicante a parte da obra considerada «principal», a lei proibia em absoluto ao adjudicatário a possibilidade de subcontratar a execução dessa parte da obra, obrigando-o a executá-la ele próprio.
- 62- Foi essa norma, com essa extensão, que o TJUE considerou contrária aos artigos 49.º e 56.º do TFUE.
- 63- Ora, como *supra* se deixou dito, o resultado da interpretação do direito nacional acolhida neste acórdão e na anterior jurisprudência deste tribunal não leva de modo algum ao mesmo resultado: o adjudicatário continua livre de subcontratar a execução da obra que lhe foi adjudicada, mesmo na parte correspondente aos “trabalhos mais expressivos”.
- 64- A exigência de qualificação para a parte correspondente aos “trabalhos mais expressivos” não coloca qualquer entrave à faculdade de celebração de contratos de subempreitada, que podem continuar a ser livremente celebrados pelo cocontratante, mesmo para essa parte dos trabalhos.
- 65- Por outro lado, uma leitura atenta do referido acórdão *Borta* também não permite concluir que o TJUE tenha declarado contrário ao Direito da União o estabelecimento de todos e quaisquer limites qualitativos.
- 66- O que estava em causa nessa parte da decisão do TJUE era uma cláusula do caderno de encargos que exigia que, em caso de apresentação de uma proposta conjunta por vários proponentes, a contribuição de cada um deles para cumprir as exigências aplicáveis em matéria de capacidades profissionais correspondesse, proporcionalmente, à parte das obras que este executaria efetivamente se o contrato em questão lhe fosse adjudicado (§. 78).
- 67- O TJUE começou por afirmar claramente que “não se pode excluir que, tendo em conta a técnica e a importância das obras em causa no processo principal, a correta execução das mesmas exija que, em caso de apresentação de uma proposta conjunta por vários proponentes, cada um deles execute as tarefas específicas correspondentes, tendo em conta o objeto e a natureza dessas obras ou tarefas, às suas próprias capacidades profissionais” (§ 91).
- 68- Contudo, perante o caso concreto, concluiu o TJUE que a cláusula do caderno de encargos ali em apreço não era adequada e justificada para atingir esse objetivo.
- 69- Com efeito, no entender do TJUE, essa cláusula não impedia que um dos proponentes em causa executasse tarefas específicas para as quais, na realidade, não possuía experiência ou as capacidades exigidas, nem que as obras qualificadas de «não principais» fossem realizadas por subcontratantes que não dispusessem das capacidades profissionais exigidas (§§. 92 a 95).

- 70- Face a essa conclusão (no fundo, à “inutilidade” da restrição consagrada pela cláusula do caderno de encargos face ao objetivo que pretendia alcançar), considerou injustificada tal limitação ao direito previsto no artigo 54.º, n.º 6, da Diretiva 2004/17.
- 71- Ora, quando este tribunal interpreta o art.º 8.º da Lei n.º 41/2015 como estabelecendo um limite qualitativo à subcontratação de empreitadas de obras públicas não está a impor uma limitação injustificada, como acima foi analisado.
- 72- Por outro lado, sustentar que a ressalva inicial constante do citado Art.º 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 por parte da empresa adjudicatária, na medida em que, nos termos do n.º 3 desse Art.º 20.º, «[a] empresa subcontratante aproveita das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas», inutilizaria totalmente o sentido do mesmo Art.º 8.º da Lei n.º 41/2015.
- 73- Na verdade, tal como exposto na jurisprudência assumida por este TdC, que aqui se reitera, a ressalva quanto ao Art.º 20.º não pode ter o alcance de derogar o Art.º 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 Art.º 20.º, para os Art.ºs 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 Art.º 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 Art.º 20.º, n.º 3, da Lei n.º 41/2015.
- 74- Uma interpretação desses preceitos como a que sustenta a entidade fiscalizada (e a doutrina atrás citada), em vez de ter o alcance de «alargar a concorrência» poderia ter o efeito de a 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 e sem as necessárias garantias de qualidade de execução quanto à parte reservada à adjudicatária para além de tais limites.
- 75- Visa o legislador nacional com aquela norma garantir que o adjudicatário esteja habilitado com a categoria correspondente aos “trabalhos mais expressivos” da obra a executar, assim garantindo a qualidade e boa execução do núcleo essencial dos trabalhos.
- 76- Trata-se de uma norma adequada à finalidade pretendida, garantindo que apenas os operadores económicos devidamente habilitados poderão participar no procedimento concursal.

- 77- Não introduz qualquer restrição desproporcionada, uma vez que continua o adjudicatário livre para subcontratar essa parte dos trabalhos e, quanto aos demais trabalhos a executar (os que não são os “mais expressivos”), continua o adjudicatário a poder livremente aproveitar as habilitações de terceiros.
- 78- Em conclusão, a interpretação feita por este tribunal não leva a qualquer restrição da liberdade de celebração de contratos de subempreitada: desde que habilitado para a parte dos trabalhos “mais expressivos” da obra a executar, o adjudicatário pode celebrar todos os contratos de subempreitada que entenda – mesmo para a execução daqueles trabalhos “mais expressivos” – e continua a poder aproveitar as habilitações de todos os terceiros que consigo colaborem, a qualquer título, na execução da obra.
- 79- Não há, pois, qualquer contradição entre a interpretação feita pelo TJUE – nomeadamente no acórdão *Borta* – e a orientação jurisprudencial deste tribunal.
- 80- Da delimitação deste limite qualitativo, aqui suscitada no caso em presença, se destaca a jurisprudência do TJUE sobre os limites quantitativos e que se desemboca numa reflexão sobre a adequação na norma ínsita ao Art.º 383.º, n.º 2, do CCP ao direito europeu da contratação pública e ao ambicionado princípio da concorrência, tal como desenvolvida, por exemplo, nos acórdãos de 14/7/2016, *Wroclaw – Miasto na prawach powiatu* (C-406/14, EU:C:2016:562), e de 26/9/2019, *Vitali SpA* (C-63/18, ECLI:EU:C:2019:787).
- 81- A alteração ao CCP levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 54/2023, de 14 de julho (que revogou os n.ºs 2 e 3 do artigo 383.º do CCP e, consequentemente, alterou a redação do n.º 4 do artigo 385.º) em nada altera a análise vinda de efetuar quanto à existência de limites qualitativos às subempreitadas.
- 82- No preâmbulo daquele diploma, o legislador referiu que a revogação dos n.ºs 2 e 3 do art.º 383.º do CCP visava eliminar os *“limites objetivos às subempreitadas de obras públicas, de forma a garantir o total alinhamento com o Direito da União Europeia, em particular com a Diretiva n.º 2014/24/UE, relativa a contratos públicos”*.
- 83- Ou seja, considerou o legislador que a imposição de limites quantitativos às subempreitadas contrariava o Direito Europeu e pretendeu expressamente eliminar tal limitação.
- 84- Contudo, nada refere o legislador quando aos limites qualitativos nem introduziu, como poderia, nenhuma alteração aos Arts.º 8.º e 20.º da Lei n.º 41/2015.
- 85- Ora, não desconhecendo o legislador a jurisprudência deste tribunal quanto a configurarem tais normas um limite qualitativo às subempreitadas de obras públicas, caso fosse sua intenção que tal limitação deixasse de existir, facilmente teria também alterado as normas em questão, clarificando o regime das subempreitadas e eliminando também aquela limitação qualitativa.

- 86- Não o tendo feito, tem a alteração legislativa de ser interpretada como tendo apenas e só por finalidade a eliminação dos limites quantitativos às subempreitadas, mas deixando intocado os limites qualitativos.
- 87- Esta é uma interpretação que tem respaldo, do mesmo modo, na jurisprudência nacional de cariz administrativo, quando nela se defende amiúde que seria irrazoável, e até violador dos princípios da concorrência e da igualdade, assim como do dever geral de boa administração, que uma entidade adjudicante prosseguisse todo um procedimento tendente à contratação da execução de obra pública, admitindo uma proposta em que, patentemente, dela constam expressas referências de que a concorrente/proponente não é titular de alvará numa concreta subcategoria/categoria, que é exigido no Programa do Procedimento.
- 88- Apesar de nos acórdãos do STA de 14/1/2021, processo n.º 0955/19.1BEAVR, do TCA Norte de 4/5/2018, processo n.º 01093/17.7BEAVR, e do TCA Norte de 5/2/2021, processo 00233/20.3BECTB, em linha de argumentação genérica, se defender que não pode ser excluída a possibilidade de recurso a terceiros titulares da habilitação (sub-contratação), desde que os mesmos tenham sido indicados na proposta pois terão de ser eles a assegurar o contrato na parte em que este exige a titularidade da habilitação (do que resulta do disposto no citado Art.º 2.º, n.º 2, da Portaria n.º 372/2017).
- 89- Mas, como vimos anteriormente, esta discussão é, na verdade, nesta situação particular, irrelevante para a decisão a tomar, porquanto, em primeira linha, o consórcio adjudicatário não tinha habilitação com classe que cobrisse o valor global das propostas, como exigido no programa de procedimento.
- 90- E, nessa decorrência, tais factos deveriam ter determinado a caducidade da adjudicação, por aplicação conjugada das normas contidas nos Art.ºs 132.º n.º 1 alínea f), 81.º n.º 2, e 86.º, todos do CCP.

III.3 Da ilegalidade ou invalidade do contrato de empreitada em vista da caducidade da adjudicação

- 91- 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.
- 92- No presente caso, as empresas que constituem o consórcio adjudicatário não apresentaram, nem podiam apresentar, por não serem detentoras dos mesmos, alvarás com as habilitações necessárias à execução da obra a realizar.
- 93- A apresentação de um documento de habilitação insuficiente equivale, para efeitos do disposto no citado Art.º 81.º, n.º 2, do CCP, à falta de apresentação do documento necessário.

- 94- Tendo como consequência a caducidade da adjudicação realizada. E caducada a adjudicação, não persistia qualquer fundamento para a celebração do contrato.
- 95- 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».
- 96- Sem decisão de adjudicação o contrato carece de um elemento essencial, sendo, consequentemente, nulo (cf. Art.ºs 284.º n.º 2, primeira parte, e 96.º n.º 1, alínea b), ambos do CCP).

III.4 Efeitos da ilegalidade ou invalidade do mesmo contrato de empreitada no processo de fiscalização prévia: recusa de visto

- 97- Sendo o processo de fiscalização prévia, na sua própria finalidade, vinculado à decisão final sobre concessão ou recusa de visto, a identificação de ilegalidades (num sentido alargado) tem de ser complementada pelo respetivo enquadramento em face das tipologias estabelecidas no Art.º 44.º, n.º 3, da LOPTC.
- 98- A nulidade contratual verificada (pontos III.2 e III.3 *supra*) é fundamento absoluto de recusa de visto, que não permite a sua concessão ainda que acompanhada de eventuais recomendações, atento o disposto no Art.º 44.º, n.º 3, alíneas a) e b), e n.º 4 (este *a contrario sensu*), da LOPTC.

IV. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- Recusar o visto ao contrato de empreitada denominado *“Contrato n.º 14/2024/E – Empreitada de Concessão-Construção das Ações Previstas no Projeto de Investimento n.º 76 – Parque Empresarial de Área de Acolhimento Empresarial de Nova Geração – (Aviso n.º 02/C7-101/2021 - PRR, Componente 7-Infraestruturas)”*, objeto de fiscalização prévia nos presentes autos.

Fixam-se emolumentos legais, ao abrigo do Art.º 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/5.

Registe e notifique.

Lisboa, 10 de dezembro de 2024.

Os Juízes Conselheiros,

(Maria de Fátima Mata-Mouros - Relatora)

(Nuno Ribeiro Coelho – com declaração de voto)

(Miguel Pestana de Vasconcelos)

SUMÁRIO

1. Da interpretação conjugada dos Art.ºs 8.º e 20.º da Lei n.º 41/2015 de 3/6 (Regime Jurídico da Atividade de Construção) resulta que:
 - uma empresa de construção à qual tenha sido adjudicada uma obra deve ser titular de alvará na subcategoria respeitante ao tipo de trabalhos mais expressivos;
 - a subcategoria respeitante ao tipo de trabalhos mais expressivos terá de ser de classe que cubra o valor global da obra;
 - deve ser exigida habilitação noutras classes e subcategorias relativas às restantes obras e trabalhos a executar; e
 - recorrendo a adjudicatária à subcontratação, aproveita das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas.
2. Não sendo a adjudicatária detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global da obra é irrelevante que a adjudicatária e as subcontratadas em conjunto possuam as habilitações exigidas e necessárias para o desenvolvimento dos trabalhos especializados em função dos respetivos valores parcelares.
3. A alteração ao CCP levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 54/2023, de 14 de julho (que revogou os n.ºs 2 e 3 do artigo 383.º do CCP e, consequentemente, alterou a redação do n.º 4 do artigo 385.º) em nada altera a consideração da existência de limites qualitativos às subempreitadas.
4. Considerou o legislador que a imposição de limites quantitativos às subempreitadas contrariava o Direito Europeu e pretendeu expressamente eliminar tal limitação, mas nada referiu quanto aos limites qualitativos nem introduziu, como poderia, nenhuma alteração aos Arts.º 8.º e 20.º da Lei n.º 41/2015.
5. Não desconhecendo o legislador a jurisprudência do TdC quanto a configurarem tais normas um limite qualitativo às subempreitadas de obras públicas, caso fosse sua intenção que tal limitação deixasse de existir, facilmente teria também alterado as normas em questão, clarificando o regime das subempreitadas e eliminando também aquela limitação qualitativa. Não o tendo feito, tem a alteração legislativa de ser interpretada como tendo apenas e só por finalidade a eliminação dos limites quantitativos às subempreitadas, mas deixando intocados os limites qualitativos.
6. A apresentação de um documento de habilitação insuficiente equivale, para efeitos do disposto no Art.º 81.º, n.º 2, do CCP, à falta de apresentação do documento necessário, tendo como consequência a caducidade da adjudicação realizada.

7. Sem decisão de adjudicação o contrato carece de um elemento essencial, sendo, consequentemente, nulo (cf. Art.ºs 284.º n.º 2, primeira parte, e 96.º n.º 1, alínea b), ambos do CCP).
8. A nulidade contratual verificada é fundamento absoluto de recusa de visto, não permitindo a sua concessão ainda que acompanhada de eventuais recomendações, atento o disposto no Art.º 44.º, n.º 3, alíneas a) e b), e n.º 4 (este *a contrario sensu*), da LOPTC.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acompanha-se o acórdão no que respeita ao sentido da decisão (recusa de visto) e à sua fundamentação com exceção da parte em que se trata da qualificação da ilegalidade ou invalidade do contrato de empreitada em presença.

Na verdade, após reponderação do nosso posicionamento antecedente sobre esta matéria, consideramos que a falta de apresentação de documentos de habilitação no prazo fixado no programa de procedimento e de acordo com as exigências legais não determina, só por si, a caducidade da adjudicação, como concluiu o acórdão recorrido. Pelo que não se poderá concluir pela demonstração da inexistência da adjudicação, o que seria, por seu turno, fundamento da nulidade do contrato por carecer de um elemento essencial (cfr. Art.ºs 284.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos [CCP], e 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo).

Esta invalidade ou esta nulidade não se encontra, porém, assim configurada pela lei. Ela terá de passar necessariamente por uma declaração de caducidade, após as interpelações para apresentar dos documentos de habilitação ou para justificar a sua não apresentação, tal como se consagra expressamente nos n.ºs 2 e 3, do Art.º 86.º do CCP. Assim, nos termos conjugados dos Art.ºs 86.º, n.º 2 e 3 e 187.º, n.º 3 e 4, ambos do CCP, a caducidade da adjudicação só ocorre após a audiência prévia do adjudicatário e após a prolação de uma decisão da entidade adjudicante que decida pela referida imputabilidade da causa da não adjudicação ao adjudicatário.

Ora, a previsão destes passos procedimentais diferenciados e necessários para a ocorrência da situação geradora desta invalidade, correspondente à nulidade, não deixa de conferir a esta mesma nulidade um carácter específico ou atípico, que suscita a questão do seu regime jurídico e, do mesmo modo, a sua qualificação para as finalidades de apuramento da sua legalidade para efeitos de fiscalização prévia e de concessão ou não do visto pelo Tribunal de Contas.

Nesta situação, tendo em conta o sentido teleológico da fiscalização prévia a cargo do Tribunal de Contas e a distinção essencial de outras situações de nulidade atípica que fundamentam do ponto de vista necessário (ou absoluto) de recusa de visto, na aplicação estrita da alínea a), do n.º 3 do Art.º 44.º da LOPTC, temos como mais adequado proceder a uma degradação desta específica ilegalidade, em vista do desvalor aqui em causa e na atenção à composição dos diversos interesses aqui protegidos, fazendo-lhe corresponder o regime aplicável às demais ilegalidades que não impliquem a nulidade (no

sentido estrito, aqui incluindo as anulabilidades), que alterem ou possam alterar o resultado financeiro do contrato, enquanto fundamento de recusa de visto mas com possibilidade de concessão de visto condicionado à formulação de recomendações, tal como se pode retirar da conjugação da alínea c) do n.º 3 e do n.º 4, do mesmo Art.º 44.º da LOPTC.

Esta linha de fundamentação foi hoje mesmo sufragada no acórdão proferido no recurso ordinário 5/2024, processo 0126/2024, discutido e aprovado em sessão plenária desta 1.ª Secção, para a qual fundamentação e argumentação detalhada agora se remete, sobre este ponto, para melhor síntese deste nosso posicionamento.

Acompanhamos a recusa de visto em vista da ponderação do desvalor presente na ilegalidade praticada (a falta de apresentação de documentos de habilitação no prazo fixado no programa de procedimento e de acordo com as exigências legais) de acordo com a sua própria repercussão financeira para o contrato de empreitada em questão (que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro) e não havendo razões justificativas, neste caso, para a concessão de visto condicionada a eventuais recomendações, em conformidade com os parâmetros normativos salientados na alínea c) do n.º 3 e do n.º 4, ambos do Art.º 44.º da LOPTC.

De acordo com a jurisprudência constante deste Tribunal de Contas, para valorar a aptidão da ilegalidade se repercutir no resultado financeiro deve se ponderado o relevo da mesma na fase procedimental em que ocorre e da específica etapa na decisão final, a adjudicação do contrato, não se exigindo a demonstração de um nexo causal entre o vício e um imediato impacto financeiro, daí se falar de uma aptidão ou de um perigo abstrato-concreto de impacto financeiro.

Mas a verdade é que a alteração do resultado financeiro estaria sempre latente por via dos riscos de inadequada execução técnica da obra em apreço, por empreiteiro não habilitado.

Nuno Miguel P. R. Coelho