

2018

Data: 31/10/2018
Processo: 2752/2018

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

I. Fundamentação

No relatório do Departamento de Controlo Prévio (DECOP) é suscitada uma questão com relevo para efeitos da decisão final sobre a concessão ou recusa de visto: o problema da admissibilidade de avaliação da equipa prevista no artigo 11.º, n.º 1, do programa do procedimento na fase de qualificação dos candidatos em face do disposto no artigo 165.º do Código dos Contratos Públicos (CCP).

O artigo 11.º do programa do procedimento, com a epígrafe *Requisitos mínimos de capacidade técnica*, estabelece no respetivo n.º 1:

«Os técnicos apresentados nas candidaturas nos termos das alíneas g) a i) do n.º 1 do Artigo 7.º devem preencher os seguintes requisitos mínimos de capacidade técnica:

a) O coordenador deve ser licenciado em engenharia ou arquitetura há pelo menos dez anos e ter coordenado pelo menos um projeto de execução (decorrente de um único contrato de prestação de serviços) de EDIFÍCIO DE UTILIZAÇÃO PÚBLICA e de EDIFÍCIO HOSPITALAR com área bruta igual ou superior a 15.000 m² e finalizado nos últimos 8 anos a contar da data de apresentação das candidaturas (sendo a finalização do projeto considerada no momento de aprovação do projeto de execução por parte do dono da obra).

b) O arquiteto deve ser licenciado em arquitetura há pelo menos cinco anos e ter realizado um projeto (como autor ou coautor) de EDIFÍCIO DE UTILIZAÇÃO PÚBLICA e de EDIFÍCIO HOSPITALAR com área bruta igual ou superior a e finalizado nos últimos 12 anos a contar da data de apresentação das candidaturas (sendo a finalização do projeto considerada no momento de aprovação do projeto de execução por parte do dono da obra);

c) O especialista em fundações e estruturas deve ser licenciado em engenharia civil há pelo menos cinco anos e ter realizado pelo menos um projeto de execução [...]

d) O especialista em instalações e equipamentos mecânicos, apresentado na sua candidatura, deve ser licenciado em engenharia há pelo menos cinco anos e ter realizado pelo menos um projeto [...]

e) O especialista em instalações e equipamentos elétricos, apresentado na sua candidatura, deve ser licenciado em engenharia há pelo menos cinco anos e ter realizado pelo menos um projeto [...].»



Interpelada pelo DECOP, no sentido de esclarecer a conformidade legal da citada cláusula do programa do procedimento, a requerente apresentou a seguinte resposta:

«O n.º 1, artigo 165.º do CCP refere nomeadamente que "os requisitos mínimos de capacidade técnica (...) devem ser adequados à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar, descrevendo situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos, designadamente: (...) b) Aos recursos humanos, tecnológicos, de equipamento ou outros utilizados, a qualquer título, pelos candidatos;"

Por outro lado, o n.º 1 do artigo 11.º do Programa de Procedimento define os requisitos de capacidade técnica, em concreto dos recursos humanos que foram apresentados pelos candidatados, designadamente do coordenador, do arquiteto, do especialista em fundações e estruturas, do especialista em instalações e equipamentos mecânicos, do especialista em instalações e equipamentos elétricos.

Para cada um destes técnicos foram definidas condições objetivas e quantificadas tendo em consideração as especificidades do objeto do contrato a celebrar. A definição destes requisitos foi definida com base na definição das seguintes características:

Formação: Engenharia e/ou Arquitetura (adaptada ao perfil em questão);

Experiência na elaboração de projetos, caracterizados por:

Tipo de projeto: Edifício de utilização pública ou Edifício Hospitalar;

Dimensão;

Data de conclusão.

Como se referiu em respostas anteriores, os edifícios hospitalares apresentam especificidades e complexidades próprias. Esta especificidade foi considerada na característica "Tipo de projeto". No caso do coordenador e do arquiteto foi exigida experiência em edifícios hospitalares face à relevância destas funções para a qualidade da solução, considerando, nomeadamente a exigência de conceção do objeto em causa. Para os restantes perfis foi considerada a necessidade de apresentação de experiência em edifícios de utilização pública, cujas especificidades são menores do que as presentes nos edifícios hospitalares, mas maiores do que outros edifícios correntes. Nestes casos e apesar de poder ser vantajoso a apresentação de experiência em edifícios hospitalares, não se considera que a mesma seja essencial (ou crítica) para apresentação de uma solução satisfatória. Assim, não foi considerada como requisito mínimo, mas com característica diferenciadora no âmbito do modelo de avaliação de candidatos.

A característica "Dimensão" tenta captar a complexidade inerente à dimensão do edifício a projetar e a característica "Data de Conclusão" que as metodologias utilizadas nos projetos apresentados são razoavelmente recentes.

Cumpra ainda referir que a definição das condições foi baseada no "Manual de Procedimentos para Contratação de Empreitadas e Serviços Associados" da ACSS.

Assim, e pelo exposto, considera-se que o n.º 1, do artigo 11.º do Programa de Procedimento descreve qualidades, características, atributos dos recursos humanos apresentados pelos

candidatos e que são adequados à natureza das prestações objeto do contrato, nomeadamente em consonância com o estabelecido no n.º 1, artigo 165.º do CCP.»

A norma central nesta sede consta do artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP (na redação vigente antes da revisão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto que entrou em vigor em 1-1-2018 que, aliás, subsistiu inalterada na versão do CCP atualmente em vigor): «os requisitos mínimos de capacidade técnica a que se refere a alínea *h*) do n.º 1 do artigo anterior devem ser adequados à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar, descrevendo situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos, designadamente: [...] aos recursos humanos, tecnológicos, de equipamento ou outros utilizados, a qualquer título, pelos candidatos».

A referida norma da legislação portuguesa deve ainda ser articulada com o artigo 58.º, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos.

O n.º 1 do referido artigo 58.º dispõe, nomeadamente, que: «os critérios de seleção podem estar relacionados com [...] a capacidade técnica e profissional». Acrescentando-se que «as autoridades adjudicantes só podem impor aos operadores económicos os critérios referidos nos n.os 2, 3 e 4 a título de condições de participação», e, ainda, que «limitam as condições às que são adequadas para assegurar que um candidato ou proponente disponha da capacidade legal e financeira e das habilitações técnicas e profissionais necessárias para cumprir o contrato a adjudicar», devendo «todos os requisitos» «estar ligados e ser proporcionais ao objeto do contrato». Por outro lado, o n.º 4 do artigo 58.º estabelece «no que respeita à capacidade técnica e profissional» que «as autoridades adjudicantes podem impor requisitos de molde a assegurar que os operadores económicos disponham dos recursos humanos e técnicos e da experiência necessários para assegurar um nível de qualidade adequado na execução do contrato», podendo «exigir, em especial, que os operadores económicos tenham um nível suficiente de experiência, comprovado por referências adequadas de contratos executados no passado».

A questão jurídica suscitada deriva da circunstância de, neste segmento, o artigo 11.º, n.º 1, do Programa de Procedimento compreender exigências relativas à equipa técnica responsável pela execução do contrato.

O problema jurídico-prático suscitado é indissociável da específica dinâmica e etapas autónomas do procedimento pré-contratual adotado, concurso público limitado por prévia qualificação. Tipo de procedimento que compreende, nomeadamente, a seguinte sequência de fases autónomas: apresentação das candidaturas e da qualificação dos candidatos; apresentação e análise das propostas; adjudicação.

No caso *sub judice* a questão da conformidade dos requisitos mínimos de capacidade técnica estabelecidos na cláusula 11.ª, n.º 1 do Programa de Procedimento é indissociável dos mesmos constituírem requisitos de admissão da candidatura suscetíveis de colidirem com os princípios da concorrência, igualdade, adequação e proporcionalidade impostos, nomeadamente, no artigo 165.º, n.º 1, do CCP e artigo 58.º, da Diretiva 2014/24/UE na medida em que limitam candidaturas (numa fase aberta) em termos que não têm suporte nas aludidas normas tendo presente. Limites à admissão de candidaturas e qualificação dos candidatos, com base em fatores que apenas podem ser ponderados como critérios de adjudicação (na fase subsequente em que o universo já está limitado aos candidatos admitidos e se empreende a apresentação e apreciação de propostas).

Com efeito, a controvérsia existente sobre a suscetibilidade de exigências sobre as equipas técnicas sempre se limitou ao momento da adjudicação, podendo referir-se nesse domínio os acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia *Lianakis*, de 24-1-2018 (C-532/06), e *Ambisig*, de

26-3-2015 (C-601/13). Domínio em que, sem embargo das controvérsias jurisprudenciais, se impõe um cânone europeu exigente em sede de critérios de adjudicação relativos às equipas, aliás refletido no disposto pelo atual artigo 75.º, n.º 1 e n.º 2, alínea *b)*, do CCP revisto em 2017, que tem subjacente a inadmissibilidade de restrições com base em elementos que terão de integrar propostas a apresentar apenas numa fase superveniente do procedimento.

Isto é, não se podem impor na fase de apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos requisitos mínimos que apenas podem ser exigidos para a fase posterior de análise das propostas como eventuais critérios de adjudicação.

A entidade adjudicante apresenta argumentos que legitimam não só os moldes da opção pelo concurso público limitado por prévia qualificação, como ainda a especial exigência técnica do contrato e a sua conexão com requisitos de qualificação previstos. Sem embargo, entende-se que a limitação concretizada na cláusula 11.ª, n.º 1, quanto à preparação técnica e experiência curricular dos membros da equipa logo na fase da prévia qualificação é violadora dos princípios da proporcionalidade e adequação em face do objeto do concreto contrato. Com efeito, essas exigências implicam um impedimento, sem justificação, de participação no concurso de operadores que poderiam estar suficientemente habilitados para o efeito, em violação dos princípios da transparência, igualdade e concorrência, que constituem a base axiológica do direito da União Europeia, invocada de forma expressa no artigo 1.º, n.º 4, do CCP. Desta forma, a violação do disposto no artigo 165.º, n.º 1, do CCP e no artigo 58.º, da Diretiva 2014/24/EU, quanto aos critérios da proporcionalidade e adequação na fixação dos requisitos em face do objeto do contrato, implicou uma proibição de se apresentarem concorrentes habilitados para a concreta prestação de serviço o que afeta o princípio da concorrência e atinge o interesse financeiro das entidades públicas associado ao mesmo.

Relativamente à *interpretação conforme* por referência ao artigo 58.º da Diretiva 2014/24/EU deve reiterar-se algumas das considerações do acórdão n.º 13/2018-10.JUL-1.S/PL¹: «corolários principais derivados do *princípio do primado*: (1) inaplicabilidade de qualquer regra ou ato de direito interno incompatível com regra ou ato de Direito da União Europeia, anterior ou posterior (efeito ab-rogatório do primado); (2) proibição de os Estados-membros aprovarem regras ou atos contrários ao Direito da União Europeia (efeito bloqueador do primado)» (§ 20 do aludido aresto). Acórdão em que também se sublinhou que a «circunstância de o valor do procedimento concursal ficar abaixo do limiar estabelecido no artigo 4.º, n.º 1, alínea *a)* [no presente caso alínea *c)*] da Diretiva [...] não constitui um limite à ponderação do direito da União Europeia pelos tribunais de Estados-membros, os quais são tribunais funcionalmente europeus no exercício da respetiva função jurisdicional no quadro do designado *princípio da autonomia processual*» (§ 22 do acórdão).

Sendo fundamental sublinhar que a Diretiva 2014/24/UE se enquadra num sistema axiológico europeu conformado pelos princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como dos princípios deles resultantes, incluindo os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência, prosseguindo a finalidade primacial de garantir a abertura dos contratos públicos à concorrência.

Retornando ao acórdão n.º 13/2018-10.JUL-1.S/PL deve atender-se, por fim, a que «a restrição da competência por prévia comprovação da capacidade técnica aí prevista [no artigo 58.º da Diretiva 2014/24/EU] encontra-se “sujeita a uma aplicação exigente do critério de proporcionalidade” (Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU competition rules*, Hart, Oxford, 2.º ed., 2015, p. 317) — cânone central no acórdão do TJUE de 14-1-2016 “*Ostas celtnieks*” SIA (proc. C-234/14) no

¹ O qual pode ser consultado em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos.shtm>.

qual, depois de se relembrar a “jurisprudência constante do Tribunal de Justiça” sobre “o direito de qualquer operador económico recorrer, para um contrato determinado, às capacidades de outras entidades, ‘independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas’, desde que prove à entidade adjudicante que o proponente disporá dos meios necessários para a execução desse contrato”, o acórdão concluiu: “o proponente tem a liberdade de escolher, por um lado, a natureza jurídica dos vínculos que pretende estabelecer com outras entidades a cujas capacidades recorre para a execução de um determinado contrato e, por outro, o modo de prova da existência desses vínculos” (§ 28 do acórdão *Ostas*)» — § 28.1 do acórdão n.º 13/2018-10.JUL-1.S/PL.

Concluindo: a entidade requerente no caso concreto violou o disposto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 165.º do CCP.

Identificada a ilegalidade exige-se uma segunda operação conformada pela vinculante teleológica do processo de fiscalização prévia, reportada a uma alternativa dicotómica entre a concessão e a recusa de visto, atendendo a que os fundamentos de recusa de visto são tipificados de forma taxativa no artigo 44.º, n.º 3, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), apenas podendo ser recusado o visto quando se detete «a desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor que implique: *a*) nulidade; *b*) Encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras; *c*) ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro.»

A ilegalidade verificada não preenche a alínea *b*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, pois enquanto relativa a contratação pública apenas pode ter relevo financeiro mediato, apesar de ser o corolário de um sistema axiológico conformado pela finalidade primacial de garantir a abertura dos contratos públicos à concorrência de acordo com os princípios da liberdade de circulação de mercadorias, estabelecimento e prestação de serviços, igualdade de tratamento, não discriminação e transparência suportados no pressuposto ideológico de que essa via é tendencialmente a melhor para o interesse público (incluindo a respetiva dimensão financeira). A adjetivação *direta* quanto à *violação de normas financeiras* na alínea *b*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC pressupõe, além da dimensão funcional, uma componente estruturalmente financeira das normas abrangidas pela previsão, a qual, pelo menos, tem de compreender o núcleo da política pública prosseguida e/ou o contexto regulativo em que opera — perspectiva exigente que também se afigura a única compatível com uma interpretação sistemático-teleológica do sentido das normas das alíneas *b*) e *c*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

Desta forma, a ilegalidade verificada pode apenas ser enquadrada na alínea *c*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC desde que esteja preenchido um segundo requisito constante da previsão dessa norma: concluir que a ilegalidade altera ou *pode alterar o resultado financeiro*. Plano em que existe uma jurisprudência constante do TdC no sentido de que se verifica o impacto financeiro potencial previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC quando no âmbito de procedimento concursal público se estabelece uma restrição infundada da suscetibilidade de concorrência que impede potenciais concorrentes de participar.

Pelo que, a ilegalidade acima identificada preenche o disposto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC, sendo, enquanto tal, suscetível de determinar a recusa de concessão de visto.

A ponderação judicial prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC tem uma dimensão holista sobre o caso devendo ser empreendida com respeito dos princípios da adequação e proporcionalidade e atenta, em particular, a natureza e gravidade da lesão do interesse público, bem como a eventual existência de remédios jurídicos alternativos. Nessa medida, a operação de concordância prática para que o tribunal é convocado exige uma valoração integrada de todas as ilegalidades identificadas

de forma articulada com outros fatores relevantes para o juízo sobre a alternativa dicotómica entre a recusa e a concessão de visto ao concreto contrato.

No caso concreto, atendendo ao relevante interesse público do concurso, nomeadamente no plano temporal, a aparente boa-fé da entidade adjudicante, complexidade do procedimento e respetiva urgência e natureza singular da ilegalidade com potencial impacto financeiro indiciada, opta-se pela emissão de recomendação ao abrigo das disposições conjugadas do artigo 44.º, n.º 3, alínea c), e n.º 4, da LOPTC visando um efeito preventivo conformador da atuação futura da entidade requerente.

II. Dispositivo

Em face do exposto, decide-se:

1. Visar o contrato submetido a fiscalização prévia.

2. Recomendar, ao abrigo do disposto no artigo 44.º, n.º 4, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, que a entidade fiscalizada em futuros procedimentos deve atender na interpretação e aplicação do n.º 1 do artigo 165.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) à fundamentação da presente decisão, abstendo-se, nomeadamente, de impor requisitos mínimos sobre capacidade técnica relativos às equipas que devem ser apenas indicadas na fase das propostas, e a respetiva valoração das mesmas apenas pode, eventualmente, integrar critérios de adjudicação previstos, nomeadamente, ao abrigo do artigo 75.º do CCP.

*

Emolumentos conforme proposto.

*

Registe e notifique. DN.

Lisboa, 31 de outubro de 2018

(o presente documento foi processado em computador e integralmente revisto pelo relator),




Juiz Conselheiro
PAULO DÁ MESQUITA

Juiz Conselheiro
ALZIRO CARDOSO

NOTIFICADO EM 5/11/2018
O Procurador-Coral Adjunto

