

Parecer N.º	DAJ 23/20
--------------------	-----------

Data	5 de fevereiro de 2020
-------------	------------------------

Autor	Ana Luzia Lopes
--------------	-----------------

Temáticas abordadas	Empreitada de obra pública Procedimento de concurso público Habilitação dos concorrentes
----------------------------	--

Notas

Através do ofício, com a ref^a, de, foi solicitado pelo Presidente da Câmara Municipal de ... um parecer jurídico sobre as seguintes questões, que se suscitam no concurso público promovido pelo Município para a adjudicação de contrato de empreitada de obras públicas, nos termos do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.^o 18/2008, de 29 de janeiro, na sua atual redação:

“Questão 1. Pode ou não ser excluída de procedimento ao abrigo da alínea d) do n.^o 2 do art.^º 146.^º do CCP, a proposta de concorrente que não possua todas as habilitações suficientes e adequadas para a execução da obra, caso não apresente declaração de compromisso de subempreiteiro nos termos do n.^º 4 do art.^º 60.^º do CCP, ou tal declaração só pode/deve ser exigida na fase de habilitação a que se refere o art.^º 81.^º do CCP?

Questão 2. Quando o júri acolhe as observações apresentadas por concorrente em sede de audiência prévia, que determinem nomeadamente a alteração da ordenação das propostas, deve ser elaborado relatório final fundamentado a que se refere o n.^º 1 do art.^º 148.^º do CCP? E previamente ao seu envio para efeitos de nova audiência prévia, este relatório final deve ser submetido à aprovação do órgão competente para a decisão de contratar, face ao n.^º 2 do mesmo art.^º 148.^º?

Questão 3. A concluir-se que o CCP, na fase de avaliação e ordenação das propostas, não contempla qualquer preceito que determine a exclusão da proposta por falta de indicação ou apresentação do(s) documento(s) a que se refere o n.^º 4 do art.^º 60.^º do CCP, tal significa que nos convites para apresentação de propostas e nos programas de procedimento, o citado dispositivo legal deve deixar de constar nos “Documentos que instruem a proposta” e passar a constar nos “Documentos de habilitação”?”.

Cumpre, pois, emitir o solicitado parecer:

Nos termos do disposto no n.^º 1 do artigo 56.^º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.^º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua atual redação, a seguir designado por CCP, a proposta é “(...) a declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo.”.

Parece daqui resultar que a proposta consiste numa declaração simples que consta de

um documento que se possa qualificar como proposta.

Porém, da conjugação desta norma com o disposto no artigo 57.º do CCP, que se refere aos documentos da proposta, conclui-se que não é assim.

De facto, a proposta é um conjunto de documentos e declarações, variável consoante cada caso, sendo este conjunto que corresponde à declaração da vontade de contratar.

No caso de um concurso público, o respetivo programa do concurso deve, por força do disposto no n.º 1 do artigo 132.º do CCP, indicar, nomeadamente “*f) Os documentos de habilitação, diretamente relacionados com o objeto do contrato a celebrar, a apresentar nos termos do artigo 81.º; (...) h) Os documentos referidos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 57.º e no n.º 4 do artigo 60;*”.

Estes últimos são os documentos da proposta, onde se inclui, portanto, o documento previsto no n.º 4 do artigo 60.º do CCP.

Ora, foram indicados, no ponto 7.1.3. do programa do concurso público promovido pelo Município, os documentos que deviam constituir a proposta, entre os quais: “*(...) documentos que contenham os termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule, nomeadamente*”.

Sendo um deles o indicado no ponto 7.1.3.3. “Documento com a indicação de que os preços parciais dos trabalhos que se propõe executar correspondem às habilitações contidas nos alvarás, ou nos certificados ou nas declarações emitidas pelo Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P. (IMPIC, I.P.), nos termos da portaria referida no n.º 2 do art. 81.º do CCP, para efeitos da verificação da conformidade desses preços com a classe daquelas habilitações.”.

Foi, deste modo, exigido o documento a que se refere o n.º 4 do artigo 60.º do CCP, aplicável aos procedimentos relativos às empreitadas ou concessões de obras públicas, que se destina a permitir à entidade adjudicante verificar da conformidade dos preços

dos trabalhos com a classe das habilitações do concorrente.

Com efeito, estabelece o n.º 4 do artigo 60.º do CCP que “*No caso de se tratar procedimento de formação de contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas, o concorrente deve indicar na proposta os preços parciais dos trabalhos que se propõe executar correspondentes às habilitações contidas nos alvarás ou nos certificados de empreiteiro de obras públicas, ou nas declarações emitidas pelo Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P., nos termos da portaria referida no n.º 2 do artigo 81.º*”.

Daqui resulta, portanto, que a apresentação deste documento pelos concorrentes é obrigatória e deve constar da proposta.

A portaria a que alude aquela norma é 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.

Com a alteração ao CCP pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, as matérias respeitantes à habilitação do adjudicatário, designadamente a titularidade de alvará e certificado de empreiteiro de obras públicas e o modo de apresentação desses documentos passaram a constar da referida portaria, prevista no n.º 2 do artigo 81.º do CCP.

À designada “*habilitação profissional ou técnica*” do adjudicatário de contrato de empreitada de obras públicas, é aplicável o artigo 3.º da portaria, cujo n.º 2 prevê como vamos ver a tal declaração de compromisso dos subcontratados.

Nos termos do artigo 3.º da Portaria n.º 372/2017, exige-se ao adjudicatário de contrato de empreitada de obras públicas que apresente os documentos nele indicados.

A saber: “*I - (...) 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 comprometem, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes.”, sublinhado nosso.

Ora, ao concurso público promovido pelo Município de foi apresentada uma proposta que contém uma “*Declaração de Habilidades*” com a indicação dos preços parciais dos trabalhos correspondentes às habilitações contidas no respetivo alvará, correspondentes a cerca de 61% do preço contratual, bem como a indicação de que *“Em caso de adjudicação, os trabalhos correspondentes à 1.ª, 9.ª, 10.ª e 12.ª subcategoria da 4.ª categoria será executada por uma empresa qualificada e especializada sendo que será apresentada uma declaração de compromisso juntamente com os documentos de habilitação.”*, sublinhado nosso.

Em virtude do teor desta declaração, entendeu o júri do concurso que o concorrente não possuía todas as habilitações suficientes e adequadas para a execução da obra e, por isso, propôs a exclusão da proposta, ao abrigo da alínea d) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, “*(...) por não ter apresentado os documentos previstos no ponto 7.1.3.3 do Programa de Procedimento*”.

Dispõe a alínea d) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP que o júri deve propor a exclusão de propostas “*d) Que não sejam constituídas por todos os documentos exigidos nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 57.º;*”¹.

¹ Na redação dada pela Declaração de Retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro.

Neste contexto, passemos então à apreciação das questões suscitadas pela Câmara Municipal de ...

Questão 1

A primeira questão consiste em saber se determina a exclusão da proposta, ao abrigo da alínea d) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, a apresentação pelo concorrente da declaração para efeito do disposto no n.º 4 do artigo 60.º do CCP, da qual consta a intenção do concorrente subcontratar um subempreiteiro para a realização de determinados trabalhos, sem juntar, contudo, declaração de compromisso do subempreiteiro.

Não há dúvida que o concorrente declarou que não detém as habilitações necessárias à execução de todos os trabalhos da empreitada, mas propõe o recurso à subcontratação para os executar.

O que a lei admite expressamente no n.º 2 do artigo 3.º da Portaria n.º 372/2017, quando aí se refere 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 (...)*”, sublinhado nosso.

Para o efeito, diz a lei que essa comprovação pelo adjudicatário deve ser feita “*(...) mediante a apresentação de declaração através da qual estes se comprometem, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes.*”, sublinhado nosso.

Do que na lei se diz parece não suscitar dúvidas de que só o concorrente, na qualidade de adjudicatário, está obrigado por lei a apresentar, se for o caso, a referida declaração de compromisso de subcontratados mediante a qual estes se comprometem a executar os trabalhos.

Esta questão não tem tido, porém, solução jurisprudencial pacífica, como afirma o TCA Norte no seu acórdão, de 04-05-2018, proferido no Proc. n.º 01093/17.7BEAVR,

invocando jurisprudência do STA e do TAC Sul².

Acórdão este invocado, aliás, pela Câmara Municipal de ... no pedido do presente parecer.

Ora, pode ser lido no referido acórdão do TCA Norte “*Daqui resulta que o Tribunal tende a defender a ideia de que a fase de habilitação passou a ter lugar após a adjudicação, estando circunscrita ao adjudicatário, i.e., a apresentação de alvará, bem como dos demais documentos comprovativos das habilitações, apenas é legalmente exigida na fase de habilitação, então esta só tem lugar após a adjudicação, o que significa que apenas após ter sido notificada a adjudicatária, aqui autora, para apresentar os documentos de habilitação, ela está obrigada a apresentar os subcontratados.*”.

Veja-se também o que é dito pela doutrina, a propósito da confirmação de compromissos pelo adjudicatário, prevista na alínea c) do n.º 2 do artigo 77.º do CCP.

É dito por Pedro Gonçalves “*Próximos dos compromissos de terceiras entidades em análise neste ponto parecem-nos os documentos de comprovação de habilitações de subcontratados, que o adjudicatário deve apresentar, nos termos dos artigos 2.º, n.º 2, ou 3.º, n.º 2, da Portaria n.º 372/2017:*

(...) A Portaria não alude, neste caso específico, a confirmação de compromissos, porventura porque estará a supor que o agora adjudicatário, enquanto concorrente, não declarou que iria socorrer-se de terceiras entidades para cumprir as exigências relacionadas com a habilitação profissional. Neste sentido, pode dizer-se que se trata da **apresentação da declaração de compromisso (e, portanto, de um “documento de habilitação”) e não tanto da confirmação de um compromisso.**”³, destaque nosso.

Acompanhando este entendimento, consideramos que não está obrigado o concorrente

² Acórdão do TCA Norte, de 04-05-2018, proferido no Proc. n.º 01093/17.7BEAVR, consultado em <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/d3aaced922a77caa802583940036e8d7?OpenDocument>

³ Pedro Costa Gonçalves, Direito dos Contratos PÚblicos, Almedina, 2018, 2.ª Edição, vol. 1, pág. 888.

a incluir na proposta, se for o caso, a tal declaração de compromisso subscrita pelos subcontratados, prevista no n.º 2 do artigo 3.º da Portaria n.º 372/2017, que se refere aos documentos de habilitação.

Está sim obrigado o concorrente, enquanto adjudicatário, a apresentá-la quando for notificado pela entidade adjudicante para apresentar os respetivos documentos de habilitação, com vista a comprovar, nesta fase, que está habilitado à celebração do contrato de empreitada de obras com recurso a subcontratados.

Será nesta fase que o documento da proposta, nos termos do n.º 4 do artigo 60.º do CCP, do qual consta “(...)*os preços parciais dos trabalhos que se propõe executar correspondentes às habilitações contidas nos alvarás*”, permitirá à entidade adjudicante, face aos documentos de habilitação que o adjudicatário apresente, verificar se este tem, ou não, as habilitações necessárias à execução da obra.

Consideramos, portanto, que não determina a exclusão da proposta a não apresentação pelo concorrente da declaração de compromisso de subempreiteiro, devendo esta ser apenas exigida na fase de habilitação, nos termos do artigo 3.º da Portaria n.º 372/2017, por remissão do n.º 2 do artigo 81.º do CCP.

Questão 2

Importa agora apreciar a questão sobre a elaboração do relatório final fundamentado das propostas e a submissão deste relatório à aprovação do órgão competente para a decisão de contratar, nos termos previstos no artigo 148.º do CCP.

Determina o artigo 148.º do CCP, com a epígrafe “*Relatório final*”, que “*I – Cumprido o disposto no artigo anterior, o júri elabora um relatório fundamentado, no qual pondera as observações dos concorrentes efetuadas ao abrigo do direito de audiência prévia, mantendo ou modificando o teor e as conclusões do relatório preliminar, podendo ainda propor a exclusão de qualquer proposta se verificar que, nesta fase, a ocorrência de qualquer dos motivos previstos no n.º 2 do artigo 146.º.*

Deve, assim, o júri do concurso elaborar o relatório final fundamentado após a audiência prévia realizada nos termos do artigo 147.º do CCP.

E, se deste relatório resultar a exclusão de propostas ou a alteração da anterior ordenação das propostas, deve o júri proceder à realização de nova audiência prévia dos interessados, conforme previsto no n.º 2 do artigo 148.º do CCP.

São tarefas da competência própria do júri do concurso designado pelo órgão competente para conduzir o procedimento.

Ao júri compete, por força da lei, a apreciação das propostas e a elaboração dos respetivos relatórios de análise das propostas (cfr. n.º 1 do artigo 69.º do CCP e, no caso do concurso público, nos artigos 146.º e 148.º), bem como a realização da audiência prévia (cfr. artigos 147.º e 148.º do CCP).

Daí que, nos termos do n.º 3 do artigo 148.º do CCP, o júri só esteja obrigado a remeter o relatório final das propostas ao órgão competente para a decisão de contratar, após proceder à(s) audiência(s) prévia(s), para efeitos de adjudicação.

Face ao que antecede, consideramos que deve o júri elaborar o relatório final fundamentado a que se refere o n.º 1 do artigo 148.º do CCP e, se dele resultar a alteração da ordenação das propostas constante do relatório preliminar, deve proceder à realização de nova audiência prévia, por força do disposto no n.º 2 do artigo 148.º do CCP.

Consideramos, ainda, que não decorre do n.º 2 do artigo 148.º do CCP que o júri esteja obrigado a submeter esse relatório final à aprovação do órgão competente para a decisão de contratar, antes de realizar a nova audiência prévia.

Questão 3

Fomos ainda questionados sobre a inclusão do documento previsto no n.º 4 do artigo 60.º do CCP entre os “*Documentos que instruem a proposta*” ou os “*Documentos de habilitação*”.

Como já dissemos no presente parecer, o documento previsto nesta norma é um documento da proposta, como nela se lê “(...) ***o concorrente deve indicar na proposta os preços parciais dos trabalhos que se propõe executar correspondentes às habilitações (...)***”, destaque nosso.

Em conformidade, este documento está previsto na alínea h) do n.º 1 do artigo 132.º do CCP, que se refere aos documentos da proposta que devem ser indicados no programa do concurso.

Nela está previsto que devem ser indicados no programa do concurso “***h) Os documentos referidos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 57.º e no n.º 4 do artigo 60;***”, destaque nosso.

Já quanto aos documentos de habilitação, é na alínea f) do n.º 1 do mesmo artigo que está prevista a sua indicação no programa do concurso: “***f) Os documentos de habilitação, diretamente relacionados com o objeto do contrato a celebrar, a apresentar nos termos do artigo 81.º;***”.

Consideramos, assim, que o documento previsto no n.º 4 do artigo 60.º do CCP deve ser um dos documentos que deve instruir a proposta.

Recordando o que já dissemos, este documento visa permitir à entidade adjudicante verificar da conformidade entre o valor dos preços parciais dos trabalhos a executar e a classe da habilitação exigível.

Na fase de habilitação, a entidade adjudicante, tendo em conta este documento e os documentos de habilitação que o adjudicatário apresente, pode verificar se este tem, ou não, as habilitações necessárias à execução da obra, podendo para o feito recorrer a subempreiteiros.

Em síntese:

1. Não determina a exclusão da proposta, ao abrigo da alínea d) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, a não apresentação pelo concorrente da declaração de compromisso de subempreiteiro, devendo esta ser apenas exigida na fase de habilitação, nos termos do artigo 3.º da Portaria n.º 372/2017, por remissão do n.º 2 do artigo 81.º do CCP.
2. Deve o júri do concurso elaborar o relatório final fundamentado a que se refere o n.º 1 do artigo 148.º do CCP e, se dele resultar a alteração da ordenação das propostas constante do relatório preliminar, proceder à realização de nova audiência prévia, por força do disposto no n.º 2 do artigo 148.º do CCP.
3. Não decorre do n.º 2 do artigo 148.º do CCP que o júri esteja obrigado a submeter esse relatório final à aprovação do órgão competente para a decisão de contratar, antes de realizar a nova audiência prévia.
4. O documento previsto no n.º 4 do artigo 60.º do CCP deve ser um dos documentos que deve instruir a proposta, permitindo à entidade adjudicante verificar da conformidade entre o valor dos preços parciais dos trabalhos a executar e a classe da habilitação exigível.
5. Na fase de habilitação, a entidade adjudicante, tendo em conta este documento e os documentos de habilitação que o adjudicatário apresente, pode verificar se este tem, ou não, as habilitações necessárias à execução da obra, podendo para o feito recorrer a subempreiteiros.