

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO | ADMINISTRATIVO**Acórdão**

Processo	Data do documento	Relator
0795/10	4 de novembro de 2010	Pais Borges

DESCRITORES

Formação dos contratos > Impugnação > Exclusão de concorrente > Alvará > Adjudicatário de obras públicas > Habilitação

SUMÁRIO

I. A falta de impugnação de um preceito do programa de concurso ou de qualquer outro documento conformador do procedimento de formação de contratos, permitida pelo nº 2 do art. 100º do CPTA, não implica a perda do direito de impugnação de qualquer acto do procedimento, que o interessado entenda lesivo dos seus direitos ou interesses, com fundamento em ilegalidade decorrente da aplicação daquele preceito regulamentar considerado ilegal (art. 52º, nºs 1 e 3 do CPTA, aplicável ex vi nº 1 do art. 100º).

II. No CCP não existe acto público do concurso, estando a matéria relativa à admissão e exclusão de concorrentes e de propostas reservada para o relatório preliminar do júri, após a respectiva análise (art. 70º e segs.).

III. A al. a) do art. 55º do CCP só se aplica aos candidatos, aos concorrentes e aos agrupamentos de candidatos ou concorrentes (todos eles com estatutos jurídicos próprios), não se aplicando aos subcontratados, a não ser em momento e sede de habilitação do adjudicatário, e aí por razões de habilitação técnica necessária à execução da empreitada, adquirida que está a escolha da proposta desse concorrente (cfr. art. 81º, nº 3).

IV. A não apresentação de um alvará exigido no programa de concurso como necessário à execução da obra não pode, por si só, determinar a exclusão preliminar de um concorrente sem análise da respectiva proposta, pois que só em sede de habilitação de adjudicatário está prevista a obrigatoriedade dessa apresentação e eventual substituição por declaração do ICI, IP (art. 81º, nºs 2, 3 e 5).

TEXTO INTEGRAL

Acordam, em conferência, na Secção do Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo:

(Relatório)

I. “A...”, identificada nos autos, intentou no TAF de Mirandela, contra a UNIVERSIDADE DE TRÁS-OS-MONTES E ALTO DOURO, sedeada na Quinta dos Prados, em Vila Real, acção administrativa de contencioso pré-contratual, na qual impugna o Despacho Reitoral de 02.10.2009 que homologou a decisão de exclusão da proposta por si apresentada, e a decisão de adjudicação a favor da contra-interessada “B...”, no âmbito do Concurso Público da Empreitada de Construção “Edifícios das Ciências Veterinárias – Blocos de Laboratórios (Bloco I)”, aberto pela Reitoria da UTAD, terminando por formular os seguintes pedidos:

- a) Deve ser declarada nula ou anulada a decisão impugnada de exclusão da proposta apresentada pela Autora e de adjudicação da empreitada à contra-interessada B....;
- b) Deve a Ré ser condenada a “admitir” a proposta apresentada pela Autora e a proceder à respectiva apreciação;
- c) Deve a Ré ser condenada a abster-se de celebrar o contrato de empreitada com a empresa B..., se o mesmo ainda não estiver formalizado à data de

instauração da presente acção;

d) Se o contrato de empreitada já estiver celebrado à data de instauração da presente acção, deve tal contrato ser declarado nulo ou anulado, por o acto pré-contratual impugnado estar inquinado com os vícios alegados;

e) Deve ser declarado nulo ou anulado o artigo 7º do Programa do Concurso;

f) Deve a Ré ser condenada em custas e procuradoria.

Por saneador-sentença de fls. 08.03.2010, foi decidido “rejeitar a presente acção” por intempestividade da sua instauração, absolvendo da instância a entidade demandada.

Esta decisão veio a ser revogada por acórdão do TCAN, de 01.07.2010, que ordenou a baixa do processo ao TAF para prosseguimento dos termos da acção. Por sentença deste último tribunal, de 12.08.2010, foi julgada improcedente a acção.

Inconformada com tal decisão, dela interpôs a Autora para este Supremo Tribunal, sob invocação do art. 151º do CPTA, o presente recurso de revista per saltum, em cuja alegação formula as seguintes conclusões:

1. Se se entende, como entendeu a douta sentença recorrida, que a ora recorrente pretendeu impugnar directamente e a título principal, a norma do artigo 7º do programa de concurso, e se se entende que a impugnação dessa norma está sujeita ao prazo de um mês previsto no art.º 101º do CPTA, parece que em tal caso estaríamos em presença de um caso de caducidade do direito de accionar que deveria ter sido declarada, pois que implicaria o não prosseguimento da presente acção.

2. Todavia, mesmo em tal caso, não estaria excluída a possibilidade de a recorrente impugnar o acto de exclusão praticado em aplicação dessa norma do artigo 7º do programa de concurso, com fundamento na respectiva ilegalidade, por força do disposto no n.º 3 do art.º 52º do CPTA, aplicável ao caso ex vi do n.º 1 do art.º 100º.

3. A impugnação ou pedido de declaração de ilegalidade do já aludido artigo 7º

do programa de concurso aparece nestes autos de forma incidental, como suporte da impugnação do acto de exclusão da proposta.

4. Por isso, deveria a douda sentença ter conhecido da questão de fundo e, não tendo em verdade dela conhecido, padece da nulidade prevista na al. d) do n.º 1 do art.º 668º do CPC, que se invoca.

5. No regime jurídico decorrente do CCP, não existe a fase ou sub-fase de habilitação dos concorrentes, que não têm que se habilitar;

6. Mas tão só a habilitação de adjudicatário que tem lugar já depois da adjudicação.

7. A habilitação do adjudicatário, tal como é configurada no art.º 81º, resume-se à verificação da existência dos impedimentos enumerados no art.º 55º e à verificação da posse de alvará adequado à obra a executar.

8. No tocante às propostas, também não existe no CCP a antiga fase inicial de admissão e exclusão de propostas, seja por razões formais, seja por razões materiais;

9. Passando o júri do procedimento de imediato à análise e avaliação das propostas apresentadas pelos concorrentes.

10. A exclusão das propostas só tem lugar na fase da sua avaliação, sendo objecto de apreciação no relatório preliminar.

11. As causas de exclusão das propostas constam do elenco taxativo do n.º 2 do art.º 70º.

12. O acto impugnado excluiu a proposta da recorrente sem a ter avaliado e por a mesma pretensamente violar o disposto na al. a) do art.º 55º, conforme relatórios preliminar e final.

13. Porém, o art.º 55º só se aplica aos **candidatos**, aos **concorrentes** e aos **agrupamentos de candidatos e ou concorrentes**;

14. Não se aplicando aos subcontratados, a não ser em momento e sede de habilitação do adjudicatário, quando se concretiza a subcontratação.

15. Os conceitos de **candidato**, **concorrente**, **agrupamento de**

concorrentes e **subcontratado** são conceitos manifestamente não coincidentes, cada um deles com conteúdo, função e recorte jurídico próprios - art.ºs 52º, 53º e 54º, 288º, 317º, als. b) e c), 318º, n.º 1 e 3, 321º.

16. A sociedade C... no presente procedimento nunca adquiriu a qualidade de candidato, de concorrente ou de membro de um agrupamento de concorrentes.

17. Por outro lado, no regime do CCP não existe a (antiga) fase inicial de admissão ou exclusão das propostas devendo o júri do procedimento, após a apresentação das propostas, proceder à sua análise e avaliação.

18. A proposta da recorrente não chegou a ser avaliada, pois foi liminarmente excluída, por suposta violação da al. a) do art.º 55º.

19. As causas de exclusão das propostas constam do n.º 2 do art.º 70º e do n.º 2 do art.º 146º.

20. A causa de exclusão invocada pelo acto impugnado não consta do elenco das causas legais de exclusão.

21. Julgando como julgou, a douda sentença recorrida violou o disposto nos art.ºs 52º, 53º e 54º, 70º, n.ºs 1 e 2, 77º, n.º 2, 81º, 86º, n.º 1, 122º, 132º, n.º 1, 146º, n.º 1 e 2, e 148º, n.º 1, e fez errada aplicação da al. a) do art.º 55º, pelo que deve ser revogada, com as legais consequências.

22. Contra o que fica alegado, não pode objectar-se com o conteúdo do artigo 7º do programa de concurso que não foi objecto de impugnação directa e a título principal, ao abrigo do n.º 2 do art.º 100º do CPTA.

23. Por um lado, a norma contida no aludido artigo 7º do programa de concurso é manifestamente ilegal, por violação do n.º 1 do art.º 81º, pois exige aos concorrentes a apresentação de documentos que a lei só impõe apresentar ao adjudicatário e em momento da habilitação do adjudicatário.

24. Por outro lado, no CCP não existe a habilitação dos concorrentes e, por isso, não pode a entidade adjudicante, em violação do princípio da tipicidade dos procedimentos adjudicatários estatuído pelos n.ºs 1 e 2 do art.º 16º, introduzir alterações ou desvios na tramitação ou condições estabelecidas pelo CCP.

25. Havendo desconformidade entre as normas dos procedimentos e as normas do CCP na fase de formação e execução dos contratos, prevalecem estas últimas, por imposição do art.º 51º, norma que se mostra violada pelo art.º 7º do programa de concurso.

26. Julgando a acção improcedente, a douta sentença recorrida violou o disposto no art.º 51º, al. a), art.º 55º, al. a), 146º, n.º 2, al. c), art.º 456º, al. a), art.º 81º e art.º 16º, n.ºs 1 e 2, pelo que, ainda a esta luz, merece ser revogada.

27. Finalmente, ainda que, na linha da douta sentença recorrida, se entenda que o prazo para a impugnação dos actos e para a impugnação de normas é o mesmo e único previsto no art.º 101º do CPTA, ainda assim não estava a recorrente impedida de impugnar o acto de exclusão da sua proposta, porque a possibilidade de impugnação directa dos documentos conformadores do procedimento representa um acréscimo de tutela que constitui uma faculdade e não um ónus cujo incumprimento tenha por efeito a preclusão do direito de impugnar o acto final.

28. Assim, a ausência de impugnação tempestiva do artigo 7º do programa de concurso, não implica nem acarreta a perda do direito ou da possibilidade de a recorrente proceder à impugnação do acto administrativo de exclusão da sua proposta que aplique aquela norma concursória.

29. E se se entender que o acto de exclusão não foi praticado em aplicação daquela norma concursória, por maioria de razão não está impedida a recorrente de impugnar o acto de exclusão da sua proposta.

30. Julgando a acção improcedente, a douta sentença recorrida violou o disposto no nº 3 do art. 52º, aplicável ex vi do art.º 100º, n.º 1, ambos do CPTA, e o art.º 81º e fez errada aplicação ao caso soa autos do disposto nos art.ºs 100º e 101º do CPTA, pelo que também a esta luz merece ser revogada.

A entidade recorrida não contra-alegou.

(Fundamentação)

OS FACTOS

A sentença recorrida considerou provados, com interesse para a decisão, os seguintes factos:

- 1.** Pelo anúncio de procedimento n.º 1233/2009, publicado no Diário da República, II série, n.º 60, de 26 de Março de 2009, Parte L - Contratos Públicos, a Reitoria da Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro publicitou a abertura do concurso público para a construção dos Edifícios das Ciências Veterinárias - Blocos de Laboratórios (Bloco I);
- 2.** Com vista à celebração posterior entre o dono de obra e o adjudicatário de um contrato de empreitada de obras públicas em cujo objecto estão incluídos: trabalhos de construção civil, instalações eléctricas, instalações de águas e esgotos e instalações de AVAC dos referidos Edifícios.
- 3.** Os termos do alegado concurso são regulados pelas respectivas peças do procedimento (que aqui se dão por reproduzidas), nomeadamente pelo programa do concurso (doc n.º 2 junto com a petição inicial) e pelo caderno de encargos.
- 4.** No n.º 8 do referido anúncio de procedimento (doc n.º 1 junto com a petição) e no n.º 7 do referido programa do concurso (doc n.º 2 junto com a petição), exige-se que os concorrentes apresentem os seguintes documentos:

(Anúncio de Procedimento)

8 - DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

- a) Declaração emitida conforme modelo constante do anexo II ao Código dos Contratos Públicos
- b) Documentos comprovativos de que não se encontra nas situações previstas nas alíneas b), d), e) e i) do art 55.º CCP
- c) Documentos previstos no n.º 1 do art 81.º do CCP
- d) Alvará de construção emitido pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, IP, contendo:

A 1ª subcategoria da 1ª categoria em classe que cubra o valor global da proposta, a 4ª, 5ª, 6ª, 7ª e 8ª subcategoria da 1ª categoria, a 6ª e 8ª

subcategoria da 2ª categoria e a 1ª, 2ª, 7ª, 8ª, 9ª e 10ª subcategoria da 4ª categoria, na classe correspondente ao valor dos trabalhos especializados que lhes respeitam e necessários à execução da obra a realizar

(Programa do Concurso)

7 - Habilitação dos concorrentes

7.1 - Os concorrentes devem apresentar os seguintes documentos de habilitação previstos no nº 1 do artigo 81º do CCP:

a) Declaração emitida conforme modelo constante do anexo II ao Código dos Contratos Públicos

b) Documentos comprovativos de que não se encontra nas situações previstas nas alíneas b), d), e) e i) do art 55º CCP

7.2 - Para além dos documentos referidos no número anterior, os concorrentes devem apresentar alvará de construção emitido pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, IP, contendo:

A 1ª subcategoria da 1ª categoria em classe que cubra o valor global da proposta, a 4ª, 5ª, 6ª, 7ª e 8ª subcategoria da 1ª categoria, a 6ª e 8ª subcategoria da 2ª categoria e a 1ª, 2ª, 7ª, 8ª, 9ª e 10ª subcategoria da 4ª categoria, na classe correspondente ao valor dos trabalhos especializados que lhes respeitam e necessários à execução da obra a realizar

7.3 - Podem ser admitidos os concorrentes que cumpram o disposto no nº 5 do artigo 81º do CCP

7.4 - Para efeitos da verificação das habilitações referidas, o adjudicatário pode apresentar alvarás ou títulos de registo da titularidade de subcontratados, desde que acompanhados de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes.

7.5 - De acordo com o disposto no nº 8 do artigo 81º do CCP, podem ser solicitados ao adjudicatário, ainda que tal não conste deste programa do procedimento, a apresentação de quaisquer documentos comprovativos da

titularidade das habilitações legalmente exigidas para a execução das prestações objecto do contrato a celebrar, fixando-se, para o efeito, um prazo de 10 dias.

5. A Autora ("A...") apresentou-se ao concurso em causa com a entrega da sua proposta 16.06.2009 - sem esquecer que levantou as peças do concurso (nas quais se incluem o anúncio do procedimento e o programa do concurso, bem como o respectivo regime aí fixado) a 07.04.2009.

6. E não formulou quaisquer "reservas" nem pediu "esclarecimentos" nomeadamente sobre o conteúdo do n° 7 do programa do concurso.

7. Em 17 de Junho de 2009 foi realizado o acto público do concurso (conforme resulta da respectiva acta), elaborada e lida a lista dos concorrentes pela ordem de recepção das propostas, lista esta que, devidamente rubricada, ficou constituída conforme relação anexa a fazer parte integrante da referida acta como Anexo I.

8. O júri procedeu depois à análise das propostas e elaborou o Relatório Preliminar no qual, além do mais, propõe a ordenação dos concorrentes e propõe a exclusão da aqui Autora, tendo o fundamento invocado pelo júri para propor a exclusão da concorrente A... sido o seguinte:

«(. . .) por apresentar documento que o habilita para o concurso (Alvará n° 6031) da empresa C..., impedida por se encontrar em estado de insolvência, declarada por sentença judicial (alínea a) do artigo 55º do CCP»

9. Notificada para exercer o seu direito de audiência prévia sobre o teor do aludido Relatório Preliminar, a Autora pronunciou-se em requerimento/parecer subscrito pelos Exmos. Advogados Dr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA e Dra. MARTA FERREIRA DE CARVALHO, no sentido de que "o Relatório Preliminar, na parte em que prevê a exclusão da proposta da concorrente A..., deve ser revisto, "admitindo-se" a respectiva proposta e impondo-se a respectiva avaliação, pois só assim se poderá garantir a legalidade do presente procedimento concursal e, nessa medida, da decisão de adjudicação que no

futuro venha a ser proferida”.

10. "(. . .) ponderadas as observações obtidas em fase de audiência prévia" (cfr acta de 07/09/2009), sendo que "para o efeito a Ré solicitou um Parecer ao ilustre Doutor Miguel Catela" (cfr art 21º da contestação da Ré e art 37º da Réplica), "Em 07/09/2009 o júri elaborou o Relatório Final (que consta anexo à acta da respectiva aprovação - cfr art 13º da petição inicial), daquele Relatório Final (cfr doc nº 5 junto petição) pela relevância para o caso em análise se destacando o seguinte que ora se transcreve:

1.6- As observações da empresa A... referem-se à exclusão que o júri propõe em Relatório Preliminar ao abrigo do art 55º do CCP, contestando-a em motivos expostos no Documento anexo 4, nomeadamente:

1.7- (...) aplicar, como o Exmo. Júri aplicou, o artigo 55º do Código de Contratos Públicos ("CCP") aos subcontratados na fase de análise e avaliação das propostas;

1.8- (...) a questão dos subcontratados, quaisquer que eles sejam, só é juridicamente relevante, nos termos do CCP - e ao contrário do que sucedia antes - na fase da habilitação do adjudicatário (art 81º e ss)

1.9- Ora,

1.10- A concurso, apresentou-se a empresa A... com uma proposta em que incluiu declaração de compromisso firmada com a empresa C..., subcontratada e única detentora de alvará com autorização exigida para execução da empreitada.

1.11- A empresa A..., não possuindo alvará contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar (nº 2 do artigo 81º do CCP), apenas foi concorrente por recorrer ao disposto no nº 3 do mesmo artigo - Para efeitos da verificação das habilitações requeridas, o adjudicatário pode apresentar alvarás ou títulos de registo da titularidade de subcontratados, desde que acompanhados de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações

deles constantes;

1.12- No dia 06-05-2009, no Tribunal do Comércio de Vila Nova de Gaia 2º Juízo, foi proferida sentença de declaração de insolvência do devedor C... e que constitui impedimento para formação de quaisquer contratos públicos;

1.13- Não obstante o CCP ser claro quanto a este impedimento, a 16 de Junho de 2009, data da entrega das propostas, é firmada a declaração de compromisso entre a empresa A... e a empresa C... com o objectivo específico de formação de contrato público relativo à empreitada de construção "Edifícios das Ciências Veterinárias - Blocos de Laboratórios (Bloco I)";

1.14- Por associação ou por qualquer outra ligação meramente fáctica, conforme estabelece o CCP, podem ser concorrentes agrupamentos de pessoas singulares ou colectivas, qualquer que seja a actividade por elas exercida, sem que entre as mesmas exista qualquer modalidade jurídica de associação, e (...) atenta a manutenção da individualidade de cada associada, bastará que uma delas satisfaça os requisitos exigidos pelo aviso do concurso para que se considere que o consórcio formado por todas elas também o satisfaça (Acórdão do S.T.A., de 2002.04.17);

1.15- O que não é o caso, e isto basta para que a proposta do concorrente surja inquinada e impedida, e adequadamente proposta pelo júri para exclusão ao abrigo do artigo 55º do CCP na fase de elaboração do Relatório Preliminar, conforme estabelece ainda o CCP (artigo 70º);

1-16- Sob este quadro, a exclusão da proposta não vem ainda salvaguardar o legalmente estipulado nas alíneas f) e g) do nº 2 do artigo 70º do CCP que previne ser admitida proposta com atributos ilegais ou irregulamentares que em caso de adjudicação se repercutiriam no contrato implicando uma co-autoria da entidade adjudicante.

1.17 - A segunda parte da exposição de motivos, construída em bases opinativas (ex. ponto 11, pág. 3), algumas vezes em argumentação sofista (ex. ponto 12 e ss válidos se o concorrente fosse detentor de alvará com as

autorizações exigidas para execução da empreitada; ex. ponto 33, pág. 6 em que abusivamente se escreve que o ponto 7 do Programa de Concurso, sob a epígrafe Habilitação dos concorrentes, vem exigir a todos os concorrentes que apresentem desde logo, nas suas propostas (I) os documentos previstos no n.º 1 do artigo 81.º do CCP quando os documentos exigidos constam do ponto 8 - Documentos da proposta que segue fielmente o preceituado pelo artigo 57.º do CCP), e incorrecções (cf ponto 24, pág. 5, com sentença de declaração de insolvência de 06-05-2009 e publicada em Diário da República, 2.ª Série - N.º 113, de 15 de Junho (Anúncio n.º 4554/2009), cremos tornada irrelevante pelos pontos já aduzidos.

2. Proposta de ordenação

Ponderadas as observações dos concorrentes, considerando a inexistência de suporte legal para a reclamada inclusão da proposta apresentada pela A... conforme bem documenta o PARECER recolhido por esta Universidade, revisto o cálculo das pontuações (Quadro Anexo 1) e corrigida a concomitante posição relativa de alguns concorrentes, por unanimidade, o júri deliberou propor a ordenação seguinte:

Empresa

Pontuação

1.º

B....

100,90

2.º

...

98,39

3º

....

98,14

4º

...

97,37

5º

...

97,22

6º

...

97,19

7º

...

96,38

8º

...

95,43

9º

...

95,36

10º

...

95,35

11º

...

94,79

12º

....

93,91

13º

...

93,72

14º

...

93,19

15º

...

93,04

----- ...

Candidato Excluído

A...

Candidato Excluído

3. Comunicação ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P.

Propõe ainda este Relatório que seja dado conhecimento dos factos ao Instituto da Construção e do Imobiliário, IP, na salvaguarda de qualquer eventual incumprimento do que é legalmente estipulado, conforme recomenda PARECER colhido pela Universidade de Trás- os-Montes e Alto Douro e de acordo com o artigo 68º do CCP - Tendo em conta que a sentença de declaração de insolvência é de 6 de Maio de 2009, e, que o concorrente A... declarou no processo que veio a conhecer este facto antes mesmo da realização da primeira audiência prévia, deve a UTAD comunicar os factos ao InCI-Instituto do Construção e do imobiliário, IP, sem qualificação jurídica, mas reportando estritamente o ocorrido, para que não corra o risco de lhe ser imputado qualquer eventual desrespeito pelas obrigações de informação relativamente a situações anómalas, segundo o Código dos Contratos Públicos e o Decreto-Lei nº 12/2004, de 9 de Janeiro.

11. A coberto do ofício n° 199/Reit, recepcionado nos escritórios da ora Autora em 08/09/2009, foi remetida, para os fins prescritos no n° 2 do art 148º do CCP, isto é, para nova audiência prévia, a cópia da acta e do relatório final (cfr doc n° 5 junto com a petição) no qual consta "a manutenção da exclusão da concorrente A...", bem como a seriação das propostas dos concorrentes à empreitada "Edifícios das Ciências Veterinárias - Blocos de Laboratório (Bloco 1)".

12. A Autora foi notificada da Acta e do Relatório Final relativo ao concurso em mérito em 08.09.2009, com manutenção da sua exclusão do concurso.

13. A decisão de adjudicação à empresa "B...", por Despacho Reitoral de 02/10/2009, foi notificada à "A..." a coberto do ofício n° 221/Reit, sem data, recepcionado nos escritórios da Autora em 08/10/2009, ao qual vinham apendiculadas cópia da acta do relatório final e cópia da comunicação da adjudicação ao concorrente seriado em 1º lugar.

14. A petição inicial da presente acção administrativa de contencioso pré-contratual - mediante a qual a aqui Autora se insurge contra a decisão de exclusão da proposta por si (Autora) apresentada e contra a decisão de adjudicação a favor da empresa indicada como Contra-Interessada, incluindo a impugnação do disposto no art 7º do programa do concurso - foi remetida por correio postal para este TAF de Mirandela através do registo RC358039476 efectuado em 22/10/2009.

O DIREITO

Nos termos do n° 1 do art. 151º do CPTA (Revista per saltum para o Supremo Tribunal Administrativo), "Quando o valor da causa seja superior a três milhões de euros ou seja indeterminável e as partes, nas suas alegações, suscitem apenas questões de direito, o recurso interposto de decisão de mérito proferida por um tribunal administrativo de círculo sobe directamente ao Supremo Tribunal Administrativo, como revista à qual é aplicável o disposto nos números 2 a 4 do artigo anterior."

Estão pois definidos neste preceito, como pressupostos do recurso: (i) que o valor da causa seja superior a três milhões de euros ou indeterminável; (ii) que as partes, nas alegações, suscitem apenas questões de direito; (iii) que a decisão recorrida seja uma decisão de mérito.

No presente caso, verificam-se todos os referidos pressupostos processuais, pelo que o recurso de revista se mostra correctamente admitido para ser apreciado e decidido por este Supremo Tribunal.

*

A sentença recorrida julgou improcedente a acção administrativa de contencioso pré-contratual intentada pela ora recorrente “A...” contra a UNIVERSIDADE DE TRÁS-OS-MONTES E ALTO DOURO, na qual a A. impugnou a decisão de exclusão da proposta por si apresentada, e a decisão de adjudicação a favor da contra-interessada, no âmbito do Concurso Público da Empreitada de Construção “Edifícios das Ciências Veterinárias - Blocos de Laboratórios (Bloco I)”, aberto pela Reitoria da UTAD.

A recorrente, após invocar a nulidade da sentença por omissão de pronúncia, imputa a essa decisão, sob a forma de erro de julgamento, diversas ilegalidades.

1. Começa por alegar (conclusões 1 a 4) que a impugnação ou pedido de declaração de ilegalidade do art. 7º do programa de concurso aparece nestes autos de forma incidental, como suporte da impugnação do acto de exclusão da proposta, alicerçado no conteúdo dessa norma, com fundamento na respectiva ilegalidade.

E que, por isso, mesmo considerando intempestiva a impugnação da norma, nunca estaria excluída a possibilidade de impugnação do acto de exclusão da proposta, pelo que deveria a sentença ter conhecido da questão de fundo, o que não fez, padecendo pois da nulidade prevista na al. d) do n.º 1 do art. 668º do CPCivil.

Não lhe assiste qualquer razão, pois que foi precisamente isso que a sentença

fez, em cumprimento do acórdão do TCAN atrás referido.

Como se deixou relatado, este acórdão revogou o saneador-sentença que rejeitou a acção com fundamento em intempestividade, considerando que, mesmo que se entenda ultrapassado o prazo de impugnação do art. 7º do programa de concurso, à luz do art. 101º do CPTA, “não está excluída a possibilidade do interessado impugnar os actos administrativos praticados em aplicação dessas normas, com fundamento na respectiva ilegalidade (cfr. art. 52º, nº 3 do CPTA, aplicável por força do art. 100º, nº 1”).

Ora, a sentença sob recurso, acatando tal decisão, como lhe competia, acaba por dizer que, se a falta de impugnação tempestiva dessa norma do programa de concurso não inviabiliza o prosseguimento da acção, o certo é que o incumprimento do disposto nessa norma (não apresentação, em termos válidos, de documento exigido no art. 81º do PC) é que “esteve na base da exclusão da proposta da Autora, não tendo permitido a sua avaliação em conjunto com as demais propostas”.

E conclui, com esse fundamento, ser correcta a impugnada exclusão da proposta da A., referindo não serem “imputáveis à decisão final constante do despacho reitoral tempestivamente impugnado qualquer das invocadas ilegalidades”.

É, assim, evidente que a sentença não deixou de pronunciar-se sobre a matéria, da qual efectivamente conheceu (bem ou mal é questão de mérito, para aqui irrelevante), não incorrendo pois na invocada nulidade por omissão de pronúncia.

Improcede, assim, esta alegação.

2. Alega ainda a recorrente (conclusões 5 a 30), que a ausência de impugnação tempestiva do artigo 7º do programa de concurso (ao abrigo do n.º 2 do art.º 100º do CPTA), não implica a perda do direito à impugnação do acto administrativo de exclusão da sua proposta que aplique aquela norma concursória, a seu ver ilegal.

E que no regime jurídico do CCP não existe a antiga fase inicial de admissão e exclusão das propostas, só podendo estas ser excluídas, pelas causas enumeradas nos arts. 70º, nº 2, e 146º, nº 2, na fase da sua avaliação, ou seja, em sede de habilitação de adjudicatário (art. 81º e segs.)

Pelo que, ao excluir a proposta da recorrente sem a ter avaliado, e com fundamento em pretensa violação do disposto na al. a) do art.º 55º do CCP, que efectivamente não ocorre, o acto impugnado, contrariamente ao que foi decidido, teria violado as citadas disposições do CCP.

E assiste-lhe razão.

2.1. No que concerne à primeira questão, é por demais evidente que a não impugnação tempestiva do art. 7º do programa de concurso, que a Autora poderia ter formalizado tempestivamente, não implica a perda do direito de impugnação de qualquer acto posterior do procedimento, que a interessada entenda lesivo dos seus direitos ou interesses.

A jurisprudência deste STA tem entendido que o prazo de um mês previsto no art. 101º do CPTA se aplica a todos os casos de impugnação previstos no nº 2 do artigo anterior, e que, por ser assim, ocorre a excepção de caducidade do direito de impugnação de quaisquer documentos conformadores do procedimento que não tenham sido especificamente impugnados no referido prazo (cfr. Ac. de 26.08.2009 – Rec. 471/09).

Mas isso não pode condicionar, e muito menos precluir, o direito de impugnação dos actos praticados posteriormente no procedimento (designadamente o acto de exclusão de candidatos ou propostas ou o acto de adjudicação), com fundamento na respectiva ilegalidade, decorrente da aplicação daquele preceito regulamentar considerado ilegal, por força do disposto nos nºs 1 e 3 do art.º 52º do CPTA, aplicável ao caso ex vi n.º 1 do art.º 100º.

Até porque, como sustenta a recorrente, havendo desconformidade entre as normas dos procedimentos e as normas do CCP na fase de formação e

execução dos contratos, prevalecem naturalmente estas últimas, por imposição do nº 1 do art. 51º.

A recorrente impugnou o acto que a excluiu do concurso com fundamento, nomeadamente, na ilegalidade do disposto num preceito do programa de concurso que, em seu entender, directamente viola o art. 81º do CCP.

A sua impugnação é pois inteiramente legítima.

2.2. Importa então averiguar se a sentença julgou acertadamente ao dar por inverificada a apontada invalidade do acto.

O Código dos Contratos Públicos (doravante, CCP), aprovado pelo DL nº 18/2008, de 29 de Janeiro, operou a transposição das Directivas nºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, estabelecendo “a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo”, procedendo “a uma sistematização racional e a uma uniformização de regimes substantivos dos contratos administrativos atomizados até agora” (preâmbulo).

Neste novo regime jurídico, o CCP afasta-se significativamente do modelo conformador do anterior regime, estatuído nos diplomas que têm constituído a matriz da nossa contratação pública (DLs nº 59/99, de 2 de Março, 197/99, de 8 de Junho e 223/2001, de 9 de Agosto).

E algumas das alterações mais evidentes ocorrem em sede de admissão e exclusão de concorrentes e de propostas, no âmbito dos procedimentos para a formação de contratos.

No RJEOP, a admissão e exclusão de concorrentes e de propostas era objecto de deliberação da comissão de abertura do concurso, tomada no acto público do concurso (arts. 92º e 94º), o mesmo sucedendo no domínio do RJRDPCP (arts. 100º e 101º).

No CCP não existe acto público do concurso, estando a matéria relativa à admissão e exclusão de concorrentes e de propostas reservada para o relatório

preliminar do júri, após a respectiva análise.

No caso dos autos, e como decorre da matéria de facto provada – que aqui não pode discutir-se –, constata-se que após a elaboração e leitura pública da lista dos concorrentes, que ficou a constituir o Anexo 1 da respectiva acta, o júri procedeu à verificação das propostas apresentadas a concurso e, de seguida, elaborou o relatório preliminar, no qual propõe a ordenação dos concorrentes e a exclusão da Autora, ora recorrente, «(...) por apresentar documento que a habilita para o concurso (Alvará nº 6031) da empresa C....., impedida por se encontrar em estado de insolvência, declarada por sentença judicial [álínea a) do artigo 55º do CCP]».

Donde linearmente se infere que a proposta da recorrente, ao contrário das demais, não chegou a ser materialmente apreciada, tendo sido excluída por razões formais: não ser validamente acompanhada do aludido alvará, exigido pelo art. 7º do PC, ou, melhor dizendo, ser acompanhada de um alvará pertencente a uma empresa declarada em estado de insolvência.

É, aliás, o que nos diz a sentença recorrida, ao afirmar que tal circunstância “esteve na base da exclusão da proposta da Autora, não tendo permitido a sua avaliação em conjunto com as demais propostas”.

Esta decisão do júri, confirmada no relatório final, após audiência da concorrente excluída, veio a ser definitivamente acolhida pela entidade demandada no acto impugnado – o despacho reitoral de 02/10/2009 – que procedeu à adjudicação da empreitada à contra-interessada “B...”.

Ora, contrariamente ao que foi decidido pela sentença sob revista, esta exclusão da concorrente Autora, nos termos e com os fundamentos dela constantes, é ilegal, por violar concretamente os arts. 55º, al. a), 70º, nºs 1 e 2, al. a), 81º e 146º, , nºs 1 e 2, al. c), todos do CCP, como sustenta a recorrente. Basicamente por três razões:

(i) Em primeiro lugar, porque de todas as disposições do CCP citadas ressalta com clareza que a exclusão de propostas só é possível em sede de análise das

mesmas, o que pressupõe naturalmente a sua apreciação in substantia.

Dispõe o art. 70º (“**Análise das propostas**”), no seu nº 1, que “as propostas são analisadas em todos os seus atributos representados pelos factores e sub-factores que densificam o critério de adjudicação”. E o nº 2 prevê a exclusão das propostas “cuja análise revele: ...”.

Também o art. 146º (“**Relatório preliminar**”) prevê a elaboração fundamentada de um relatório preliminar com a eventual proposta de exclusão “após a análise das propostas”.

(ii) Em segundo lugar, porque as causas de exclusão de propostas são, como alega a recorrente, as que estão previstas no art. 70º, nº 2 e no art. 146º, nº 2, que reportam situações de impedimento referentes aos concorrentes ou, em caso de agrupamentos, a qualquer dos seus membros.

O que in casu se não verifica, pois que a empresa sob declaração de insolvência referida no acto impugnado não é concorrente nem membro de agrupamento concorrente, sendo apenas um sub-contratado.

(iii) Finalmente, porque, mesmo a entender-se que não está em causa a exclusão da proposta, mas sim a exclusão ou não admissão do próprio concorrente (previsão correspondente à do art. 55º, nº 1 do RJEOP, que tinha a ver com a inidoneidade do concorrente para o procedimento de contratação), mesmo nessa perspectiva a exclusão foi ilegal por incorrecta aplicação do art. 55º, al. a) do CCP.

Dispõe este normativo, sob a epígrafe “**Impedimentos**”:

“Não podem ser candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento, as entidades que:

a) Se encontrem em estado de insolvência, declarada por sentença judicial, em fase de liquidação, dissolução ou cessação de actividade, sujeitas a qualquer meio preventivo de liquidação de patrimónios ou em qualquer situação análoga, ou tenham o respectivo processo pendente;”

Ora, e como se deixou já referido, a empresa C..., cujo alvará foi entregue pela

Autora como documento de habilitação, não detém qualquer dos atributos ou estatutos de impedimento referidos neste preceito. Não é candidato, não é concorrente e não integra qualquer agrupamento. É um mero sub-contratado.

Como bem sustenta a recorrente, a al. a) deste art. 55º só se aplica aos candidatos, aos concorrentes e aos agrupamentos de candidatos ou concorrentes (todos eles com estatutos jurídicos próprios), não se aplicando aos subcontratados, a não ser **em momento e sede de habilitação do adjudicatário**, justamente quando se concretiza a subcontratação, e aí por razões de habilitação técnica necessária à execução da empreitada, adquirida que está a escolha da proposta desse concorrente (cfr. art. 81º, nº 3 do CCP).

E o regime de apresentação dos documentos de habilitação do adjudicatário, concretamente dos alvarás exigidos no programa do concurso, pelo concorrente escolhido ou por sub-contratado, e da sua permitida substituição por declaração emitida pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, IP, é o constante do art. 81º do CCP, preceito inserido na fase de habilitação do adjudicatário, e que conforta com toda a clareza a tese de que a eventual irregularidade do alvará apresentado com a proposta não é, só por si, causa de exclusão preliminar do concorrente ou da respectiva proposta.

Com efeito, o art. 81º do CCP dispõe que “No caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas, o adjudicatário, para além dos documentos referidos no número anterior, deve também apresentar os alvarás ou os títulos de registo emitidos pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar”.

E dispõe ainda que “Para efeitos da verificação das habilitações referidas no número anterior, o adjudicatário pode apresentar alvarás ou títulos de registo da titularidade de subcontratados, desde que acompanhados de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes”.

Acrescenta ainda que “O adjudicatário, ou um subcontratado referido no n.º 3..., que não seja titular do alvará ou do título de registo referidos nos n.ºs 2 ou 3, consoante o caso, ou do certificado referido no número anterior deve apresentar, em substituição desses documentos: a) No caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas, uma declaração, emitida pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., comprovativa de que pode executar a prestação objecto do contrato a celebrar por preencher os requisitos que lhe permitiriam ser titular de um alvará ou de um título de registo contendo as habilitações adequadas à execução da obra a realizar...”

E o regime de habilitação do adjudicatário contido neste preceito vai ao ponto de permitir uma última oportunidade de regularização concedida pela entidade adjudicante, ao dispor que “O órgão competente para a decisão de contratar pode sempre solicitar ao adjudicatário, ainda que tal não conste do programa do procedimento, a apresentação de quaisquer documentos comprovativos da titularidade das habilitações legalmente exigidas para a execução das prestações objecto do contrato a celebrar, fixando-lhe prazo para o efeito”.

(sublinhados nossos)

O que se constata é que o citado preceito do programa de concurso exige, em sede de habilitação de concorrentes, a apresentação de documentos previstos no art. 81º do CCP, ou seja, documentos que o CCP só declara exigíveis em sede de habilitação de adjudicatário.

Não pode, pois, deixar de concluir-se pela ilegalidade da exclusão preliminar da Autora, pois que o fundamento invocado pelo júri, confirmado pela decisão reitoral impugnada, traduz incorrecta aplicação das disposições legais citadas, designadamente do ali invocado art. 55º, al. a) e do art. 81º do CCP.

A anulação do Despacho impugnado implica, naturalmente, a anulação de todos os actos de procedimento posteriores, designadamente o de adjudicação da empreitada à contra-interessada.

Ao decidir em sentido diverso, a sentença sob revista fez incorrecta aplicação da lei.

Termos em que procede a referida alegação.

(Decisão)

Com os fundamentos expostos, acordam em:

- a) Conceder provimento ao recurso jurisdicional, revogando a sentença impugnada;
- b) Julgar procedente a acção, anulando o Despacho Reitoral impugnado e a decisão de adjudicação da obra, e condenando a Ré a admitir a proposta apresentada pela Autora, retomando o procedimento nessa fase, e abstendo-se de celebrar contrato de empreitada com a contra-interessada.

Custas pela Ré no tribunal recorrido.

Lisboa, 4 de Novembro de 2010. – Luís Pais Borges (relator) – Rui Manuel Pires Ferreira Botelho - José Manuel da Silva Santos Botelho.

Fonte: <http://www.dgsi.pt>