



CATÓLICA PORTO
ESCOLA DE DIREITO

A HABILITAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS DE FORMAÇÃO DE CONTRATOS DE EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS

**Análise de alguns requisitos e documentos exigidos por
entidades adjudicantes: Habilitação ou qualificação?**

Filipa Leonor de Oliveira Morais Caridade

Sob orientação da Professora Doutora Raquel Carvalho

Universidade Católica Portuguesa
Escola de Direito

Mestrado em Direito Administrativo

Porto, 29.05.2014

Índice

Introdução	6
Capítulo 1 - Enquadramento do tema	8
Capítulo 2 - As fases do procedimento: qualificação, avaliação e habilitação	14
1. Qualificação dos candidatos	14
2. Avaliação das propostas: breve apontamento.....	17
3. Habilitação do adjudicatário.....	20
Capítulo 3 - Algumas questões em especial.....	24
1. Recurso às habilitações de terceiros.....	24
2. O momento de apresentação do certificado de aptidão profissional e o momento da sua efetiva titularidade	27
2.1. Momento da apresentação do certificado de aptidão profissional e da apreciação ou verificação da habilitação.....	27
2.2. Momento da efetiva titularidade (ou obtenção) do certificado de aptidão profissional pelo concorrente ou adjudicatário	29
3. Requisitos exigidos por algumas entidades adjudicantes: habilitação ou qualificação?.....	34
3.1. Distinção entre documentos para efeitos de habilitação e documentos para efeitos de qualificação	35
3.2. Exigência, em sede de habilitação, de determinados requisitos	37
Bibliografia.....	49
Jurisprudência.....	53
Outras fontes.....	56

Abreviaturas Utilizadas

Ac. (Acs.).....	Acórdão (Acórdãos)
al. (als.)	alínea (alíneas)
art. (arts.).....	artigo (artigos)
CCDR.....	Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional
CCP.....	Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo D.L. n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, retificado pelo D.L. n.º 18-A/2008, de 28 de Março e alterado pelos Decretos-Leis n.ºs. 59/2008, de 11 de Setembro, 223/2009, de 11 de Setembro, 278/2008, de 2 de Outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, pelos Decretos-Leis n.ºs. 131/2010, de 14 de Dezembro, 40/2011, de 22 de Março, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro e pelo D.L. n.º 149/2012, de 12 de Julho
Cfr.	Confrontar
CIRE.....	Código de Insolvência e Recuperação de Empresas
cit.	citado/a
CJA.....	Cadernos de Justiça Administrativa
D.L.	Decreto-Lei
DEUCP.....	Documento Europeu Único de Contratação Pública
Diretiva 2004/18.....	Diretiva 2004/18/CE, de 31 de Março, 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, publicada no JOUE L 134, de 30 de Abril de 2004
Diretiva 2014/24.....	Diretiva 2014/24/EU, de 26 de Fevereiro, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18, publicada no JOUE no dia 28 de Março de 2014
DR.....	Diário da República
InCI.....	Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P.
ISO.....	International Organization for Standardization
JOUE.....	Jornal Oficial da União Europeia
P.	Processo
p. (pp.).....	página (páginas)

ss.seguintes

STA.....Supremo Tribunal Administrativo

TAF.....Tribunal Administrativo e Fiscal

TCAS.....Tribunal Central Administrativo do Sul

TCAN.....Tribunal Central Administrativo do Norte

TContas.....Tribunal de Contas

TJ.....Tribunal de Justiça

TJUE.....Tribunal de Justiça da União Europeia

TRLCSP.....Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público,
aprovado pelo Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Novembro

Introdução

A habilitação do adjudicatário, inovadoramente prevista no CCP e aplicável aos procedimentos de formação de contratos de empreitada de obras públicas, tem suscitado diversos problemas, nomeadamente no que respeita à fronteira – nem sempre fácil de estabelecer – entre habilitação (do adjudicatário) e qualificação (dos candidatos).

A dificuldade advirá do facto de no CCP a qualificação e a habilitação terem lugar em momentos e procedimentos distintos.

O legislador do CCP rompeu com o modelo tradicional, no qual estava prevista, para todos os procedimentos, uma primeira fase de admissão dos concorrentes que era realizada no ato público, na qual era exigido o cumprimento de requisitos de capacidade técnica e financeira, bem assim, a comprovação de que estavam legalmente habilitados para executar o contrato. O CCP veio estabelecer uma fase designada por qualificação (que se destina a avaliar a capacidade técnica e financeira dos candidatos, só sendo apresentadas as propostas num segundo momento), que apenas se encontra prevista para o concurso limitado por prévia qualificação, para o procedimento por negociação e para o diálogo concorrencial, e outra fase que designa por habilitação (que visa a comprovação pelo adjudicatário de que não padece dos impedimentos constantes do art. 55.º do CCP - requisitos negativos - e que possui as habilitações legais necessárias para o exercício de determinada atividade ou profissão - requisitos positivos), que tem lugar (apenas) após a adjudicação.

Pareceu-nos, assim, interessante tratar o tema, já muito estudado pela doutrina, à luz de alguns problemas práticos, frequentes e pertinentes, que se colocam sobretudo no procedimento de concurso público que, como se sabe, não inclui uma fase de qualificação.

Na presente dissertação, começaremos por distinguir os conceitos de habilitação e qualificação, fazendo ainda uma breve referência, porque necessária

àquela distinção, à fase da avaliação das propostas. Referir-se-ão, em especial, as alterações que foram introduzidas com a recente publicação da Diretiva 2014/24, ainda não transposta para o nosso ordenamento, que parece vir esbater a barreira entre os chamados critérios de seleção e os critérios de avaliação das propostas.

Atentas as limitações do presente trabalho, seleccionámos três questões, nas quais fizemos incidir o enfoque da nossa análise: i) o recurso à habilitação de terceiros no âmbito dos contratos de empreitada de obras públicas, designadamente no sentido de aferir da sua admissibilidade e dos seus limites; ii) a questão de saber qual o momento de apresentação do certificado de aptidão profissional (e da apreciação da habilitação) e qual o momento da sua efetiva titularidade (ou obtenção) pelo concorrente ou adjudicatário; e, iii) a exigência pelas entidades adjudicantes, em sede de habilitação, do cumprimento de determinados requisitos, à luz da distinção entre habilitação, qualificação e avaliação das propostas.

Capítulo 1 - Enquadramento do tema

Entre os procedimentos pré-contratuais distinguem-se os abertos (em que a entidade adjudicante «sujeita-se a aceitar *propostas* de quem quer que esteja habilitado a apresentá-las»¹) e os semi-abertos ou restritos² (em que a «entidade adjudicante apenas receberá proposta de alguém que primeiro considerou apto para a apresentar»³).

No CCP, o concurso público é, por excelência, o procedimento pré-contratual aberto, enquanto semi-abertos ou restritos são o ajuste direto, o concurso limitado por prévia qualificação, o procedimento por negociação e o diálogo concorrencial, prevendo-se para estes últimos, com exceção do ajuste direto⁴, uma fase inicial designada por qualificação^{5 6}, além das fases (seguintes) designadas por avaliação das propostas e por habilitação previstas em todos os procedimentos pré-contratuais.

Quanto ao momento nos procedimentos pré-contratuais em que as referidas fases se verificam, é de referir, desde logo, que o legislador do CCP rompeu com o modelo tradicional. Na verdade, até à entrada em vigor do CCP⁷, em todos os procedimentos pré-contratuais estava prevista uma fase inicial de admissão dos concorrentes que era realizada no ato público (antes da avaliação das propostas),

¹ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público», A.A.F.D.L., 2013, p. 449.

² Sobre os procedimentos pré-contratuais em Portugal, v., entre outros, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, «Contratos Públicos. Direito Administrativo Geral», Tomo III, Dom Quixote, 2.ª Edição, 2009, pp. 86 e ss., e MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, «Procedimentos Clássicos no Código dos Contratos Públicos», *CJA*, n.º 64, Julho/Agosto de 2007. Uma breve perspetiva sobre os procedimentos nos ordenamentos espanhol, francês e italiano, v. LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, «Os contratos de direito público da União Europeia no quadro do direito administrativo europeu», Vol. II, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2012, pp. 271 e ss.

³ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «A formação...», cit., p. 449.

⁴ No qual não há qualificação.

⁵ MARIA JOÃO ESTORNINHO refere-se a uma «fase intermédia de qualificação» («Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma contratação pública sustentável», Almedina, 2012, p. 374).

⁶ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS referem-se ao ajuste direto como procedimento «fechado», porquanto apenas podem apresentar propostas as entidades convidadas pela entidade adjudicante («Contratos Públicos...», cit., p. 89).

⁷ Designadamente, no D.L. n.º 59/99, de 2 de Março.

na qual era exigido o cumprimento de requisitos de capacidade técnica e financeira, bem assim, a comprovação de que estavam legalmente habilitados para executar o contrato. No CCP, o legislador optou por proceder à supressão dessa fase de admissão e exclusão de concorrentes⁸ em ato público a ter lugar antes da avaliação das propostas. Ademais, e de acordo com o art. 81.º do CCP, em todos os procedimentos de formação de contratos, a fase da habilitação (que se resume à verificação da existência dos impedimentos elencados no art. 55.º do CCP e à posse de alvará no caso de contratos de empreitada de obras públicas, bem assim, de outros documentos exigidos no programa do procedimento), que antes era realizada naquela fase de admissão e exclusão de concorrentes, passa a ser realizada após a adjudicação.

A terminologia empregue pelo legislador nacional não é coincidente com a adotada na legislação europeia, uma vez que, ao invés de se servir da designação prevista na Diretiva 2004/18⁹ - «critérios de selecção qualitativa»¹⁰ -, optou por

⁸ Diversamente do que consta no CCP, o ordenamento espanhol prevê que as propostas e candidaturas devem, desde logo, ser acompanhadas pelos documentos «que acrediten la clasificación de la empresa, en su caso, o justifiquen los requisitos de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional», os quais são verificados previamente à análise propostas (cfr. arts. 146.º/1/a) e 160.º do TRLCSP). É, porém, interessante fazer referência ao art. 146.º/4 e 5, na redação introduzida pela Lei 14/2013, de 27 de Setembro (que alterou o TRLCSP), em que se prevê a possibilidade de a entidade adjudicante, em substituição da exigência de apresentação daquela documentação, exigir que seja apresentada uma «declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración» e que «en tal caso, el licitador a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación, deberá acreditar ante el órgano de contratación, previamente a la adjudicación del contrato, la posesión y validez de los documentos exigidos». Também distinto do português, no ordenamento francês, nos procedimentos de formação de contratos de empreitada de obras públicas, a entidade pública seleciona, num primeiro momento, candidatos (art. 52.º do Code des Marchés Publics) para, num segundo momento, apreciar as propostas e proceder à adjudicação. Os critérios de seleção de candidatos prendem-se com a capacidade técnica e profissional, bem como financeira, sendo que os documentos exigidos pela entidade adjudicante para o efeito estão previstos no art. 45.º do Code des Marchés Publics.

⁹ Sobre esta, v., entre outros, MARIA JOÃO ESTORNINHO, «A transposição das Directivas nºs. 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de Março, e a elaboração de um Código dos Contratos Públicos», *CJA*, n.º 58, Julho/Agosto 2006.

¹⁰ Sobre este, v. CLÁUDIA VIANA, «Os princípios comunitários na contratação pública», Coimbra Editora, 2007, pp. 484 e ss.

referir-se a duas fases distintas: a habilitação e a qualificação, que mais adiante¹¹ abordaremos.

Por ora, interessará referir que a fase da habilitação, tal como enunciada pelo legislador português, corresponde, na Diretiva 2004/18, aos critérios relativos à «situação pessoal»¹². Daqui decorre que a habilitação abarca a verificação dos impedimentos previstos no art. 55.º do CCP e a «habilitação para o exercício da atividade profissional» (verificação da titularidade das habilitações profissionais necessárias para a execução do contrato). Por sua vez, a fase da qualificação (que, como se disse, apenas se aplica a determinados procedimentos pré-contratuais) corresponde, com referência à Diretiva 2004/18, aos critérios de capacidade económica e financeira e de capacidade técnica, os quais têm por escopo, essencialmente, garantir à entidade adjudicante que o operador económico com quem vai contratar possui os meios (financeiros e técnicos) necessários para assegurar o cumprimento do contrato (ou, pelo menos, que alguém se comprometeu a colocar ao dispor desse operador económico esses meios)¹³.

Há quem coloque dúvidas sobre se as opções do legislador português são conformes ao disposto na Diretiva 2004/18, designadamente no que respeita à inexistência de fase de qualificação no concurso público¹⁴ e ao facto de a

¹¹ Concretamente no capítulo 2.

¹² Quanto à «situação pessoal», o art. 45.º/1 da Diretiva 2004/18 enumera as situações que levam obrigatoriamente (para as quais, os legisladores nacionais estão obrigados a fixar a exclusão como sanção, só podendo ser afastada por «razões imperativas de interesse geral» – v. art. 45.º/1, 2.º parágrafo, da Diretiva 2004/18) à exclusão do candidato ou do proponente a um contrato e o n.º 2 do mesmo preceito elenca as situações que são suscetíveis de levar a tal exclusão (sobre este assunto, v. Ac. do TJ de 13.12.2012, P. C-465/11). Tratam-se de situações que determinam o impedimento de participar num procedimento de contratação pública e que estão essencialmente ligados à idoneidade, solvabilidade e fiabilidade dos operadores económicos.

¹³ Cfr. arts. 47.º e 48.º da Diretiva 2004/18.

¹⁴ Cfr. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, «O concurso público no Código dos Contratos Públicos», in AA.VV. [org. PEDRO GONÇALVES], *Estudos da Contratação Pública*, vol. I, Coimbra Editora, 2008, pp. 187 e 188, MARCO REAL MARTINS e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Documentos de habilitação e documentos de qualificação nos procedimentos de formação de contratos públicos», in http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MartinsRaimundo.pdf, pp. 13 e 14.

habilitação apenas ter lugar após a adjudicação¹⁵, uma vez que o art. 44.º da Diretiva 2004/18 (argumenta-se) parece apontar no sentido de que, no concurso público, sempre seria imposta a verificação da capacidade técnica e financeira dos concorrentes, bem assim, de que, em todos os procedimentos (e não apenas no concurso público), a adjudicação apenas poderá ter lugar após demonstrada a habilitação.

Todavia, relativamente à inexistência de fase de qualificação no concurso público, apesar de uma leitura da Diretiva 2004/18¹⁶ sugerir que, em sede de concurso público, sempre seria imposta a verificação da capacidade técnica e financeira dos proponentes, entendemos que a inexistência de qualificação no concurso público não está desconforme com o preconizado na Diretiva 2004/18, por duas ordens de razão que passamos a enunciar.

Em primeiro lugar, as entidades adjudicantes, se assim o entenderem, poderão recorrer a procedimento com fase de qualificação (o concurso limitado por prévia qualificação). Com efeito, o legislador do CCP concedeu às entidades adjudicantes a possibilidade, discricionária, de poderem recorrer, em alternativa, ao concurso limitado por prévia qualificação ou ao concurso público. Existindo tal liberdade de opção, parecer-nos-ia despropositada a exigência de uma fase de qualificação nos concursos públicos, pois tal redundaria, no fundo, na existência de dois procedimentos com as mesmas características¹⁷.

Em segundo lugar, não é despiciendo referir que, no que concretamente respeita aos contratos de empreitada de obras públicas, aquando da atribuição de alvará ou título de registo, são devidamente apreciadas as qualidades e aptidões das empresas, designadamente através de um sistema de qualificação que

¹⁵ Cfr. CLÁUDIA VIANA, «A qualificação dos operadores económicos nos procedimentos de contratação pública», in AA.VV. (org. PEDRO GONÇALVES), *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra Editora, 2010, pp. 158 e ss..

¹⁶ Em especial do seu art. 44.º/1, que prevê que «[o]s contratos são adjudicados (...) após verificada a aptidão dos operadores económicos não excluídos ao abrigo dos artigos 45.º e 46.º, pelas entidades adjudicantes de acordo com os critérios relativos à capacidade económica e financeira, aos conhecimentos ou capacidades profissionais e técnicos referidos nos artigos 47.º a 52.º e, eventualmente, com as regras e critérios não discriminatórios referidos no n.º 3».

¹⁷ Em sentido idêntico, v. MARCO REAL MARTINS e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Documentos de habilitação...», cit., p. 14.

certifica a idoneidade, a capacidade técnica e a capacidade económica e financeira das empresas para a realização das obras¹⁸. Por isso pode afirmar-se que nos concursos públicos que visam a celebração de contratos de empreitada de obras públicas, a junção do documento alvará ou título de registo (em sede de habilitação) acaba por implicar «em maior ou menor medida, alguns laivos de uma actividade típica de qualificação»¹⁹. Neste sentido, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL²⁰ refere que a titularidade de uma especial habilitação legal (no caso dos contratos que a exijam) constituirá, em grande parte dos casos, elemento demonstrativo da posse de uma determinada capacidade técnica, e mesmo económico-financeira (requisitos estes apreciados em sede habilitação). Nestas situações, segundo a autora, «a apresentação em concurso dos documentos de habilitação, e ainda da prova dos requisitos de capacidade, poderia constituir uma duplicação inútil».

Sobre a questão da fase de habilitação preconizada pelo legislador português apenas ter lugar após a adjudicação, sufragamos, outrossim, a opinião de CLÁUDIA VIANA que, apesar de entender que há uma desconformidade procedimental com a Diretiva e a jurisprudência do TJUE, refere que tal não viola o direito europeu se se centrar a questão na «salvaguarda dos objectivos e finalidades que se pretendem alcançar com a avaliação da aptidão dos operadores económicos»²¹. Isto porque, e como refere a autora, o que é essencial é que se dê (à entidade adjudicante) a garantia de que o adjudicatário disporá dos meios para executar o contrato, o que é salvaguardado «através da habilitação e da previsão de uma eventual caducidade da adjudicação»²². Outra garantia que a autora refere como relevante é o facto de, ao abrigo da previsão do art. 85.º do CCP (que determina que os concorrentes preteridos são notificados em simultâneo da apresentação dos documentos de habilitação pelo adjudicatário, os

¹⁸ V. D.L. n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, alterado pelo D.L. n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, e alterado e republicado pelo D.L. n.º 69/2011, de 15 de Junho.

¹⁹ MARCO REAL MARTINS e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Documentos de habilitação...», cit., p. 12.

²⁰ MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, «O concurso público...», cit., pp.187 e 188.

²¹ CLÁUDIA VIANA, «A qualificação...», cit., p. 159.

²² *Idem*, p. 159.

quais são disponibilizados, para consulta, na plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante), haver «transparência da verificação da aptidão», já que é concedida aos restantes operadores económicos a possibilidade de «controlar a habilitação»²³.

De referir que esta questão da eventual (des)conformidade com o direito comunitário, estará, em princípio, ultrapassada, na medida em que a Diretiva 2014/24²⁴, recentemente aprovada, vem de algum modo ao encontro da nossa legislação, permitindo que a habilitação tenha lugar em fase posterior à da análise das propostas. De facto, uma importante novidade da nova Diretiva consiste no facto do seu art. 56.º/2²⁵ prever, nos concursos abertos, a possibilidade de as entidades adjudicantes decidirem analisar as propostas antes de verificarem a ausência de motivos de exclusão e o cumprimento dos critérios de seleção, a que acresce a relevante previsão do DEUCP²⁶ como comprovativo preliminar da inexistência de impedimentos e cumprimento das exigências de habilitação e qualificação (tudo isto sem prejuízo de nos parecer que o legislador nacional terá de proceder a uma revisão do regime geral para acolher a mais recente disciplina comunitária, designadamente no que concerne à previsão do DEUCP).

²³ *Ibidem*, p. 160.

²⁴ Sobre as novas Diretivas, apesar de anterior à sua publicação, v. JOSÉ MARIA GIMENO FELIÚ, «Las nuevas directivas – Cuarta generación – En materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», in Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 159, Julio – Septiembre 2013, pp. 39 e ss.

²⁵ Estabelece este preceito legal que: «Sempre que recorrerem a essa possibilidade, as autoridades adjudicantes devem assegurar que a verificação dos motivos de exclusão e dos critérios de seleção seja feita de forma imparcial e transparente, de modo a que nenhum contrato seja adjudicado a um proponente que deveria ter sido excluído ao abrigo do artigo 57.º ou que não satisfaça os critérios de seleção estabelecidos pela autoridade adjudicante».

²⁶ Cfr. art. 59.º/1 da Diretiva 2014/24: o DEUCP é «constituído por uma declaração sob compromisso de honra atualizada, como elemento de prova preliminar, em substituição dos certificados emitidos por autoridades públicas ou por terceiros, confirmando que o operador económico em causa satisfaz qualquer uma das seguintes condições: a) não se encontra numa das situações referidas no artigo 57.º, que determinam a exclusão obrigatória ou facultativa dos operadores económicos; b) cumpre os critérios de seleção relevantes que foram estabelecidos nos termos do artigo 58.º; c) se for o caso, cumpre as regras e critérios objetivos estabelecidos nos termos do artigo 65.º».

Capítulo 2 - As fases do procedimento: qualificação, avaliação e habilitação

1. Qualificação dos candidatos

A fase da qualificação dos candidatos, aplicável, como se disse, aos procedimentos pré-contratuais semi-abertos (com exceção do ajuste direto), destina-se a avaliar a respetiva capacidade técnica e financeira, para estes, num segundo momento, e já na qualidade de concorrentes, serem admitidos a apresentar propostas. Para efeitos de qualificação dos candidatos, a Lei prevê dois modelos distintos: o designado por «modelo simples de qualificação»²⁷, no qual todos os candidatos que preenchem os requisitos são qualificados; e o designado por «modelo complexo de qualificação: sistema de selecção»²⁸, em que a qualificação é efetuada segundo o critério da maior capacidade²⁹.

Analisemos os requisitos exigidos em sede de capacidade técnica e financeira dos candidatos.

No que respeita à capacidade técnica³⁰ dos candidatos é de referir, em primeiro lugar, que os requisitos mínimos exigidos terão de ser adequados à natureza das prestações objeto do contrato que se pretende celebrar, dizendo respeito, por exemplo, à experiência curricular dos candidatos, aos recursos humanos, tecnológicos e de equipamento a utilizar pelos mesmos, ao modelo e à sua capacidade organizacional, bem como à sua capacidade para adoção de medidas de gestão ambiental no âmbito da execução do contrato a celebrar³¹.

²⁷ V. art. 179.º do CCP.

²⁸ V. art. 181.º do CCP.

²⁹ Sobre o regime de ambos os modelos, v. JORGE ANDRADE DA SILVA, «Dicionário dos Contratos Públicos», Almedina, 2010, pp. 383 e 384, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Concursos e outros procedimentos de contratação pública», Almedina, pp. 826-828 e 846-850.

³⁰ Sobre o assunto, v. CLÁUDIA VIANA, «A qualificação...», cit., pp. 171 e ss.

³¹ V. art. 165.º/1 do CCP.

Sobre a eventual taxatividade destes critérios, há autores que entendem que o elenco constante do art. 165.º/1 do CCP é taxativo³², sendo que outros perfilham entendimento diverso³³.

Questão distinta (dos critérios propriamente ditos e da sua taxatividade) é a dos meios comprovativos exigidos. Sobre esta questão, podemos dizer que o art. 48.º/2 da Diretiva 2004/18 prevê o elenco taxativo de meios de prova da capacidade técnica que a entidade adjudicante pode exigir, nos termos do n.º 6 do mesmo normativo. Sobre este assunto, cremos que o nosso legislador não se pronunciou de modo evidente, uma vez que no art. 164.º/1/j) do CCP apenas se refere que o programa do concurso limitado por prévia qualificação deve indicar os documentos destinados à qualificação dos candidatos. Não obstante, entendemos que este preceito deverá ser interpretado em conformidade com o direito comunitário (tendo ainda em consideração o efeito direto das diretivas³⁴), no sentido de que contém um elenco taxativo dos meios de prova indicados na Diretiva 2004/18.

Já no que respeita aos critérios, tendo em consideração o disposto no art. 165.º/1 do CCP³⁵ e no seu n.º 5³⁶, perfilhamos o entendimento de que o elenco enunciado nas alíneas daquele n.º 1 (referente aos requisitos mínimos de capacidade técnica) não é taxativo, no entanto, as entidades adjudicantes, na

³² Como é o caso de GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE, segundo os quais, apesar de nesse preceito a palavra «designadamente» parecer admitir que é possível recorrer a outros critérios que não os ali enunciados, a verdade é que tal não pode ocorrer, porquanto contraria o disposto no art. 48.º/2 da Diretiva 2004/18, que prevê de «forma taxativa o elenco dos critérios a utilizar para efeito de avaliação da capacidade técnica dos candidatos» («Código dos Contratos Públicos», Vol. I, Comentado, Almedina, 2009, p. 424).

³³ É o caso de JORGE ANDRADE DA SILVA, «Código dos Contratos Públicos», Comentado e Anotado, Almedina, 2013, p. 428, bem como de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, que referem que nas alíneas do artigo 165.º/1 do CCP encontra-se um «elenco meramente exemplificativo» atendendo ao vocábulo «designadamente» aí utilizado («Concursos...», cit., pp. 452 e 455).

³⁴ Sobre a teoria do efeito direto, v. VERA EIRÓ, «A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes. Fundamentos e pressupostos», Almedina, 2013, pp. 88 e ss.

³⁵ Prevê este preceito que: «Os requisitos mínimos de capacidade técnica (...) devem ser adequados à natureza das prestações objecto do contrato a celebrar, descrevendo situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos, designadamente (...)».

³⁶ Prevê este preceito que: «Os requisitos mínimos de capacidade técnica (...) não devem ser fixados de forma discriminatória».

escolha dos mesmos, estão adstritas a que estes sejam adequados e proporcionais³⁷ à natureza do objeto a contratar, apenas sendo admitidos requisitos que possam ser devidamente comprovados pelos meios de prova taxativamente enunciados na Diretiva 2004/18. De modo a salvaguardar o princípio da concorrência³⁸, o art. 165.º/1 e 3 do CCP impõe que se verifique uma relação adequada entre os níveis mínimos de capacidades técnica e financeira exigidas e as particularidades, complexidade de execução e dimensão económica do contrato³⁹.

Quanto à capacidade financeira, estabelece o artigo 165.º/3 do CCP que os respetivos requisitos mínimos devem reportar-se à aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar⁴⁰.

Quanto aos meios comprovativos da capacidade financeira, o art. 47.º da Diretiva 2004/18 confere uma ampla liberdade às entidades adjudicantes (ao contrário, como se viu, do que sucede quanto à capacidade técnica), permitindo-se que as entidades adjudicantes escolham as referências comprobatórias que

³⁷ Sobre o assunto, referem MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA que, nestes casos, o princípio da proporcionalidade impõe que «a entidade adjudicante só exija aos candidatos requisitos de capacidade técnica que, atendendo às especificidades ou a complexidade das prestações contratuais, sejam efectivamente justificados e adequados, não podendo portanto servir-se disso para, sem motivo atendível, restringir a concorrência» («Concursos...», cit., p. 454).

³⁸ Sobre o princípio da concorrência, v. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Os princípios gerais da contratação pública», in AA.VV. (org. PEDRO GONÇALVES), *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra Editora, 2008, pp. 65 e ss.

³⁹ Sobre este assunto já se pronunciou a nossa jurisprudência (Ac. do TCAN, de 22.04.2010, P. 01327/09), no sentido de que são desproporcionadas, excessivas e desnecessárias as seguintes exigências: volume de negócios mínimo de 7.500.000€ para um contrato cujo valor era de 92.840,00€; 600 vigilantes inscritos no Ministério da Administração Interna, dos quais 75% efetivos, quando não seriam necessários mais de 8 vigilantes para a execução do contrato; e um capital próprio pelo menos de 15% do ativo líquido.

⁴⁰ Segundo ANA GOUVEIA MARTINS, a preocupação não reside tanto na verificação da «titularidade de capitais ou bens próprios por parte do candidato», mas antes em assegurar que este terá ao seu dispor os «meios e recursos financeiros adequados» para manter a empresa em exercício, desenvolvendo a sua atividade durante o período contratual, para executar integralmente o contrato adjudicado e «satisfazer qualquer demanda indemnizatória decorrente da execução do contrato, designadamente, por incumprimento contratual» («Concurso limitado por prévia qualificação», in AA.VV. [org. PEDRO GONÇALVES], *Estudos da Contratação Pública*, vol. I, Coimbra Editora, 2008, p. 260).

devem ser apresentadas pelos candidatos para justificarem a sua capacidade económica e financeira.

Na Diretiva 2004/18 encontramos também liberdade de escolha quanto aos níveis mínimos de capacidade económica⁴¹, no entanto essa liberdade não é ilimitada. Assim, e tal como sucede quanto aos requisitos da capacidade técnica (anteriormente abordados), também os requisitos de capacidade financeira devem estar subordinados a exigências de proporcionalidade e necessidade^{42 43}.

De referir que a Diretiva 2014/24, recentemente aprovada, impõe como limite que o «volume de negócios anual mínimo que é exigido aos operadores económicos não pode exceder o dobro do valor estimado do contrato», havendo, contudo, exceções, concretamente «em casos devidamente justificados como os que se prendem com os riscos especiais associados à natureza das obras, serviços ou fornecimentos» em que a entidade adjudicante pode impor limites mais elevados, sendo certo, contudo, que terá sempre de indicar as principais razões de tal exigência nos documentos do concurso⁴⁴.

2. Avaliação das propostas: breve apontamento

Nas palavras de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, a avaliação das propostas consiste «na tarefa do júri destinada à

⁴¹ Cfr. art. 44.º/2, que remete para o art. 47.º, ambos da Diretiva 2004/18.

⁴² Cfr. art. 44.º/2 da Diretiva 2004/18: «(...) os níveis mínimos de capacidades exigidos para um determinado concurso devem estar ligados e ser proporcionais ao objecto do concurso (...)».

⁴³ No que concretamente respeita aos limites a que a entidade adjudicante está obrigada, merece referência o Ac. do TCAN de 25.03.2010 (P. 01257/09), no qual consta que, apesar de existir uma margem de livre decisão e apreciação quanto à fixação dos critérios suplementares que permitem avaliar os requisitos mínimos de capacidade financeira, tal liberdade encontra-se todavia limitada pelos princípios da proporcionalidade e da concorrência, sendo que a definição dos requisitos (que não poderá ser feita em abstrato) deverá ter ligação e ser ajustada ao contrato que se visa vir a outorgar, tendo decidido que era desproporcionado exigir um volume de negócios mínimo de 15.000.000,00€ para um contrato cujo valor era de 130.000,00€. Sobre o assunto, também no Ac. do TJ de 18.10.2012 (P. C-218/11) decidiu-se que os requisitos financeiros têm que ser proporcionais, ou seja, os estritamente necessários à execução do concreto contrato.

⁴⁴ V. art. 58.º/3 da Diretiva 2014/24.

apreciação do mérito de cada uma delas, a ajuizar sobre a (maior ou menor) performance dos seus atributos, em função dos factores ou subfactores elementares, com vista à sua classificação e ordenação de acordo com o modelo de avaliação do programa do procedimento (quando a adjudicação deva ser feita à proposta economicamente mais vantajosa) ou de acordo com o mais baixo preço pedido»⁴⁵.

Dado o objeto deste estudo, limitaremos a nossa incursão à discussão sobre a possibilidade (ou impossibilidade) de ponderar a capacidade dos candidatos na avaliação das propostas.

O artigo 75.º/1 do CCP dispõe, acerca dos factores (subjetivos) de avaliação das propostas⁴⁶, que «os factores e eventuais subfactores que densificam o critério da adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa» não podem respeitar, nos contratos previstos no n.º 3 do mesmo preceito (onde se incluem as empreitadas de obras públicas), «directa ou indirectamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes»⁴⁷.

A doutrina e jurisprudência, incluindo a europeia⁴⁸, têm entendido que factores como a «experiência profissional»⁴⁹, a «experiência em serviços similares»⁵⁰ e a

⁴⁵ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Concursos...», cit., p. 975.

⁴⁶ *Idem*, cit., p. 450.

⁴⁷ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO refere que se tem em vista uma «ideia de promoção de uma concorrência *efectiva*», ou seja, «há uma tentativa de *igualizar idealmente* todos os agentes económicos, isolando-se o critério de adjudicação, que avalia a proposta, dos “requisitos de selecção”, se existirem, que avaliam o concorrente» («A formação...», cit., p. 416).

⁴⁸ No Ac. *Lianakis*, de 24.01.2008 (P. 0532/06), conclui-se que o direito europeu obsta a que a entidade adjudicante tenha em conta a experiência dos proponentes, o seu pessoal e o equipamento assim como a capacidade de executarem o contrato no prazo previsto, não a título de critérios de seleção qualitativa, mas a título de critérios de adjudicação. No Ac. *Beentjes*, de 20.09.1988 (P.31/1987), referindo-se especificamente a empreitadas de obras públicas, o TJ entendeu que a tomada em consideração da experiência específica para o trabalho a executar está baseada na capacidade técnica dos proponentes e por isso constitui um fator a ponderar para efeitos de verificação da aptidão dos empreiteiros.

⁴⁹ Ac. do TCAN de 25.01.2013 (P. 01312/11).

⁵⁰ Ac. do TContas n.º 19/2011, da 1.ª S/PL, de 12.07 (P. 1833/2010).

«avaliação da equipa»⁵¹ não podem ser empregues para avaliar propostas, porquanto se tratam de elementos cuja apreciação só pode ser levada a cabo em sede de qualificação (que não existe no âmbito de concursos públicos), por respeitarem, direta ou indiretamente, a situações, qualidades ou características do concorrentes, sendo que no procedimento pré-contratual de concurso público apenas podem estar em causa as propostas e não quem as apresenta⁵².

Merece referência a posição preconizada por LICÍNIO LOPES⁵³, que entende que não deverão inibir-se, em termos absolutos⁵⁴, as entidades adjudicantes de, num concurso público, dirigido à celebração de contratos de empreitada de obras públicas, fazerem exigências relativas aos próprios concorrentes conquanto «cumulativamente», se relacionem, por um lado, «apenas e tão só ou exclusivamente com aspectos da execução do contrato a celebrar, designadamente com o tipo de obra a executar» (nunca com a avaliação da capacidade técnica) e, por outro lado, funcionem como fatores ou subfactores que tenham «um peso relativo (“sensato”), nunca podendo ser sobrevalorizados, sob pena de ilegalidade do respectivo procedimento».

De referir que, neste particular, será muito interessante a pronúncia que o TJUE venha a emitir sobre a questão que lhe foi submetida a título prejudicial pelo STA⁵⁵, já que, relativamente aos efeitos materiais dessa decisão, o tribunal que suscitou a questão, bem como os restantes tribunais nacionais e do espaço da

⁵¹ Acs. do TCAS de 24.01.2013 (P. 09423/11), de 24.01.2013 (P. 09446/12), e de 05.12.2013 (P. n.º 10311/13).

⁵² Assim, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Concursos...», cit., pp. 450-451 e 964-966, e JORGE ANDRADE DA SILVA, «Código dos Contratos...», cit., p. 262.

⁵³ LICÍNIO LOPES, «Alguns aspectos do contrato de empreitadas de obras públicas no Código dos Contratos Públicos», in AA.VV. (org. PEDRO GONÇALVES), *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra Editora, 2010, p. 385.

⁵⁴ Em sentido idêntico, v. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Concursos...», cit., pp. 967 e 968.

⁵⁵ No Ac. de 24.10.2013 (P. 0840/13) foi submetida a seguinte questão (que corre termos no TJ sob o P. C-601/13): «Para a contratação da prestação de serviços, de carácter intelectual, de formação e consultoria, é compatível com a Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, e respectivas alterações, estabelecer, entre os factores que compõem o critério de adjudicação das propostas de um concurso público, um factor que avalie as equipas concretamente propostas pelos concorrentes para a execução do contrato, tendo em conta as respectivas constituições, a experiência comprovada e a análise curricular?».

União ficarão vinculados às conclusões – bem como à fundamentação – do acórdão prejudicial.

Por último, é de referir que a Diretiva 2014/24, recentemente aprovada, vem expressamente prever a possibilidade de, no âmbito do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, constituir fator de avaliação a qualificação e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato, desde que «a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato»⁵⁶. Ou seja, a nova Diretiva 2014/24 vem, de algum modo, quebrar a barreira entre critérios de seleção e critérios de avaliação, permitindo que se avaliem elementos relativos à capacidade técnica (que anteriormente apenas poderiam ser analisados em procedimentos com fase de qualificação), conquanto se revelem decisivos para o bom cumprimento do contrato.

3. Habilitação do adjudicatário

Está enraizado o entendimento de que, com a entrada em vigor do CCP, a fase de habilitação passou a ter lugar após a adjudicação, estando circunscrita ao adjudicatário⁵⁷, diversamente do que sucedia no anterior regime, em que a fase de habilitação tinha lugar no ato público e abrangia todos os concorrentes⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. art. 66.º/2/b) da Diretiva 2014/24.

⁵⁷ Referem JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ que se visa com a habilitação após a adjudicação confirmar que o adjudicatário reúne «as condições imperativas que a ordem jurídica estabelece para a realização das prestações que constituam o objecto do contrato. Daí que a fase de habilitação tenha lugar apenas depois do acto de adjudicação e incida somente sobre o adjudicatário» («Divisão em lotes e o princípio da adequação na escolha do procedimento pré-contratual», *Temas de Contratação Pública I*, Coimbra Editora, 1.ª Edição, Junho de 2011, p. 347).

⁵⁸ BERNARDO DE AZEVEDO realça que a habilitação «de uma exigência aplicável globalmente a todos os concorrentes, se volve numa imposição específica feita apenas àquele dentre eles que venha a assumir a condição de adjudicatário» («Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos», in AA.VV. (org. PEDRO GONÇALVES), *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra Editora, 2010, p. 253, nota rodapé 38).

A fase da habilitação⁵⁹ tem por objetivos: i) a comprovação pelo adjudicatário de que não padece de qualquer um dos impedimentos constantes do art. 55.º do mesmo diploma (requisitos negativos)⁶⁰ e ii) a comprovação pelo adjudicatário de que possui as habilitações legais necessárias para o exercício de determinada atividade ou profissão (requisitos positivos).

Destacamos aqui a análise dos impedimentos (requisitos negativos)⁶¹, nomeadamente sobre aquele previsto no art. 55.º/j) do CCP. A redação inicial desta al. j) previa que não podiam ser candidatos, concorrentes ou integrantes de qualquer agrupamento, as entidades que tivessem, a qualquer título, prestado, direta ou indiretamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento. O D.L. n.º 149/2012, de 12 de Julho, alterou a redação da referida al. j), na qual passou a constar que não podem ser candidatos, concorrentes ou integrantes de qualquer agrupamento, as entidades que «tenham, a qualquer título, prestado, direta ou indiretamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento que lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência». Ou seja,

⁵⁹ Prevista nos arts. 81.º a 87.º do CCP.

⁶⁰ No CCP há impedimentos de participação que se prendem com a moralidade e idoneidade profissional que estão ligados i) a condenações criminais (art. 55.º/b) e i)); ii) a aplicações anteriores de sanções administrativas (art. 55.º/c), f), g) e h)), e iii) à existência de dívidas tributárias (art. 55.º/d) e e)). Outros referem-se à fiabilidade e credibilidade das entidades participantes, aqui se incluindo o impedimento de entidades que estejam em situação de insolvência ou em situações próximas (art. 55.º/a)), sendo certo que o D.L. n.º 278/2009, de 2 de Outubro, veio acrescentar à redação inicial do art. 55.º/a) uma secção final para clarificar que o sujeito submetido a um processo de insolvência pode, mesmo assim, apresentar-se a procedimentos, se estiver abrangido por um plano de insolvência (regulado nos termos dos arts. 192.º e ss. do CIRE). Por fim, temos os impedimentos que se prendem com a transparência e a igualdade de tratamento, em que se incluem as situações de dupla participação (art. 54.º/2), de prévia intervenção no procedimento (art. 55.º/j)) e de perpetuação do contratante (art. 113.º/2 e 5). Refira-se que com a nova Diretiva 2014/24 passará a ser obrigatório excluir os operadores económicos que tenham participado ou sido condenados por infrações terroristas, ou relacionadas com atividades terroristas, ou financiamento do terrorismo, ou trabalho infantil e outras formas de tráfico de seres humanos (art. 57.º/1/d), e) e f)). Também o art. 57.º/4 da nova Diretiva apresenta novos critérios suscetíveis de determinar a exclusão, a saber: i) incumprimentos sociais, laborais ou ambientais; ii) incumprimento de contratos anteriores; iii) celebração de acordos entre operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência; iv) conflito de interesses; v) participação na preparação do procedimento de contratação suscetível de distorcer a concorrência.

⁶¹ Sobre o assunto, v. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Concursos...», cit., pp.497 e ss.

presentemente, a assessoria prestada na preparação das peças do procedimento só é motivo de impedimento se conferir ao operador económico uma vantagem que falseie as condições normais da concorrência⁶². Esta alteração veio permitir a conformidade daquela norma com a jurisprudência do TJUE⁶³, nos termos da qual está prevista a ilegalidade das presunções inilidíveis ou impedimentos absolutos em matéria de contratação pública fora dos casos previstos nas diretivas. Importa referir que no que respeita ao «conflito de interesses», a Diretiva 2014/24 parece acolher o que já se encontrava previsto no art. 55.ºj) do CCP⁶⁴.

Como se disse, outro dos objetivos ou finalidades atinentes à fase da habilitação consiste na comprovação pelo adjudicatário de que possui as habilitações legais necessárias para o exercício de determinada atividade ou profissão (carácter positivo)⁶⁵. Trata-se de uma atividade certificativa da verificação da aptidão profissional do concorrente.

Há situações em que o requisito da habilitação profissional obrigatória é legalmente exigido, o que sucede nos contratos de empreitada de obras públicas,

⁶² No mesmo sentido, no ordenamento espanhol, v. art. 56.º/1 do TRLCSP, epígrafado de «Condiciones especiales de compatibilidad», que prevê que não podem concorrer as empresas que tenham participado na elaboração das especificações técnicas ou dos documentos preparatórios «sempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado com respecto al resto de las empresas licitadoras». DAVID BLANQUER CRIADO refere que «esa incompatibilidad no se aplica de forma uniforme, general y mecánica para todos los casos; sólo surge cuando la participación previa aporta datos o informaciones que puedan distorsionar de forma real y efectiva, la igual competencia en la obtención del contrato. Em consecuencia, para afirmar o negar la existencia de incompatibilidad, hay que examinar en detalle las particulares circunstancias concurrentes em cada caso concreto» («Los contratos del sector público», Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 124).

⁶³ V., em especial, o Ac. *Fabricom*, de 03.03.2005 (P. C-21/03 e C-34/03) e também o Ac. *Assitur*, de 19.05.2009 (P. C-538/07).

⁶⁴ O art. 24.º da Diretiva 2014/24 prevê que «[o]s Estados-Membros asseguram que as autoridades adjudicantes tomem as medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de contratação, de modo a evitar qualquer distorção da concorrência e garantir a igualdade de tratamento de todos os operadores económicos». O mesmo preceito determina que o conceito de «conflito de interesses engloba, no mínimo, qualquer situação em que os membros do pessoal da autoridade adjudicante ou de um prestador de serviços que age em nome da autoridade adjudicante, que participem na condução do procedimento de contratação ou que possam influenciar os resultados do mesmo, têm direta ou indiretamente um interesse financeiro, económico ou outro interesse pessoal suscetível de comprometer a sua imparcialidade e independência no contexto do procedimento de adjudicação».

⁶⁵ V. art. 81.º/ 2 a 4 e 6 a 8 do CCP.

de concessão de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços⁶⁶, sendo que, nos demais tipos contratuais, apenas terão de ser preenchidos requisitos de aptidão profissional se constar do programa do procedimento que aos concorrentes é exigida a «titularidade de uma qualquer habilitação indispensável ou adequada à realização das prestações objecto do contrato a celebrar»⁶⁷.

Na situação específica dos contratos de empreitada de obras públicas, a habilitação profissional ou técnica exigida é a da titularidade de alvarás ou títulos de registo emitidos pelo InCI que demonstrem que os concorrentes estão aptos a realizar obras da categoria e classes exigidas no concreto procedimento⁶⁸.

⁶⁶ V. art. 81.º/ 2 e 4 do CCP.

⁶⁷ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Concursos... », cit., p.483.

⁶⁸ V. art. 81.º/ 2 do CCP.

Capítulo 3 - Algumas questões em especial

1. Recurso às habilitações de terceiros

A habilitação, para efeitos de celebração de contratos de empreitada e de concessão de obras públicas, pode ser demonstrada com recurso a subcontratados, apresentando-se os respetivos alvarás ou títulos de registo nos termos exigidos no Programa do Procedimento⁶⁹. Nessas situação, parece-nos que esses concretos documentos de terceiros apenas terão de ser apresentados após a adjudicação, ou seja, pelo adjudicatário, contudo, é de referir que há autores que entendem que, caso se pretenda o recurso às habilitações de subcontratado, o concorrente terá de apresentar, juntamente com os restantes documentos da proposta, a(s) declaração(ões) de subcontratado(s)⁷⁰.

Levanta-se a questão de saber qual a abrangência possível da subcontratação em sede de habilitações profissionais no âmbito dos contratos de empreitada de obras públicas. Isto é, no limite, será aceitável que uma entidade sem qualquer habilitação legal profissional (ou seja, sem alvará ou título de registo) possa vir a ser parte num contrato para cuja execução é exigido determinado alvará ou título de registo (de determinada classe e categoria), recorrendo exclusivamente a habilitações de terceiros?

⁶⁹ V. art. 81.º/2 e 3 do CCP.

⁷⁰ Neste sentido, v. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, que referem que tal decorre do disposto nos arts. 77.º/2/c) e 92.º do CCP, estando expressamente previsto que, após a adjudicação, terão de ser confirmados «os compromissos assumidos por terceiras entidades relativos a atributos ou termos ou condições da sua proposta». Assim, para esses compromissos serem confirmados, já teriam de estar anteriormente firmados pelas entidades terceiras (já que as declarações do concorrente não comprometem terceiros). Esses autores argumentam ainda que, se em sede de qualificação de candidatos se exige, logo com a apresentação da candidatura, a apresentação dos compromissos de subcontratados (art. 168.º/4 do CCP), então, por maioria de razão, até porque a proposta é um ato mais importante do que a candidatura, faz todo o sentido que, aquando da apresentação da proposta, o concorrente tenha de apresentar as declarações de compromisso subscritas pelos subcontratados («Concursos...», cit., p. 493).

Podemos dizer que, aparentemente, é possível aos concorrentes recorrerem às habilitações de terceiros conquanto, no que concerne aos procedimentos que visam a celebração de contratos de empreitada de obras públicas, aqueles sejam titulares de habilitação que lhes permitam executar *per si* pelo menos 25% das prestações do contrato sujeito a concurso, na medida em que é proibido subcontratar prestações objeto do contrato de valor total superior a 75% do preço contratual⁷¹.

Neste particular, encontramos uma interessante sentença do TAF de Leiria⁷² sobre a exclusão de uma proposta com fundamento no facto de o Júri se ter apercebido, na fase de avaliação de propostas, de que o concorrente não tinha habilitação legal (alvará) para todos os trabalhos. Destaca-se a fundamentação na 1.^a instância, em que o Juiz acaba por considerar a exclusão ilegal não tanto porque o momento para a apreciação das habilitações não é o do relatório preliminar, mas porque, querendo suscitar a exclusão nesse momento, o Júri não o pode fazer se o concorrente tiver alvará para pelo menos 25% do preço-base. É uma questão interessante – exclusiva dos contratos de empreitada, claro está, pois que nos outros contratos não se verifica este limite – porque inculca a ideia de que, afinal, quando a habilitação inexistente e disso o Júri toma conhecimento logo na fase da avaliação, poderá a proposta em causa ser excluída, apesar do disposto no art. 81.º do CCP, que prevê que os documentos de habilitação só têm de ser juntos após a adjudicação. De referir que, na sequência de recurso dessa decisão, o TCAS⁷³, sem negar o entendimento da primeira instância no sentido de que o empreiteiro deverá dispor de alvará para, pelo menos, 25% do preço-base, acabou, contudo, por reforçar que o momento para apreciar a habilitação é o pós-adjudicação.

No caso concreto das empreitadas de obras públicas, dispõe o art. 12.º/1 do referido D.L. n.º 12/2004 que, para estar habilitado a subcontratar, o subcontratante terá de ter a classificação de empreiteiro geral ou construtor. Do

⁷¹ Cfr. art. 383.º/2 do CCP.

⁷² De 15.12.2011, P. n.º 974/11.6BELRA.

⁷³ No Ac. de 29.03.2012 (P. 08538/12).

mesmo modo, prevê o art. 27.º/1 do mesmo diploma legal que não é permitida a subcontratação total de qualquer obra, estabelecendo o seu n.º 2 que aquelas empresas «que não detenham todas as habilitações necessárias para a execução da obra» podem recorrer à subcontratação, aproveitando «das habilitações detidas pelas subcontratadas». Já o art. 31.º/1⁷⁴ do mesmo diploma estipula que, nos procedimentos de formação de contratos de empreitada de obras públicas, «deve ser exigida uma única subcategoria em classe que cubra o valor global de obra».

Por sua vez, no que concretamente respeita às subempreitadas, prevê o art. 383.º/3 do CCP que o empreiteiro não pode «subcontratar prestações objecto do contrato de valor total superior a 75% do preço contratual»⁷⁵. Quer isto dizer, como já acima referido, que o empreiteiro deverá dispor, pelo menos, de habilitação para 25%.

Por último, cumpre referir que, além da mencionada sentença do TAF de Leiria e do referido Ac. do TCAS⁷⁶, parece-nos também ter interesse referir que através de parecer datado de 22.06.2010⁷⁷, a CCDR Centro veio dizer que da proibição de subcontratar prestações objeto do contrato de valor total superior a 75% do preço contratual, não resulta a impossibilidade do empreiteiro recorrer à subcontratação para suprir a falta de habilitações próprias, mas apenas que o empreiteiro deve estar habilitado para a execução da obra em, pelo menos, 25%

⁷⁴ Sobre este preceito, consta do Ac. do STA de 05.01.2012 (P. 0939/11) o seguinte: «Ao elaborar o programa de concurso [o Dono de Obra] deve exigir uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra. Se exigir autorização em mais que uma subcategoria em classe que cubra o valor global da obra está a desrespeitar o art. 31.º, n.º 1».

⁷⁵ Em Espanha, prevê o art. 227.º do TRLCSP, sob a epígrafe «subcontratación», que o co-contratante da Administração poderá subcontratar a realização parcial da prestação contratual, prevendo a al. e) do n.º 2 dessa disposição que a mesma será limitada ao valor fixado no caderno de encargos, sendo que, caso aí não conste limite, o valor máximo permitido é de 60% do valor do contrato adjudicado. Em França, o Code des Marchés Publics limita-se a prever, ainda que implicitamente, que a subcontratação não pode ser total, conforme decorre do seu art. 112.º, nos termos da qual o adjudicatário «peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché (...)». Em Itália, o Codice dei Contratti Pubblici e o respectivo Regolamento di Esecuzione ed Attuazione autorizam a subcontratação, nomeadamente no art. 118.º/2 do primeiro (com a epígrafe «subappalto e attività che non costituiscono subappalto») e no art. 170.º do segundo («subappalto e cottimo»), impondo, todavia, um limite máximo de 30% para os contratos de lavori.

⁷⁶ De 29.03.2012 (P. 08538/12).

⁷⁷ Cfr. https://www.ccdrc.pt/index.php?option=com_pareceres&view=details&id=2060&Itemid=45&lang=pt.

do respetivo preço contratual. Apesar de se tratar de um parecer, a verdade é que, do ponto de vista prático, demonstra alguma relevância, uma vez que os Municípios acabam por acatá-lo.

Em suma, somos da opinião que, no caso das empreitadas, o adjudicatário terá de possuir alvará para, pelo menos, 25% do preço contratual, contudo entendemos que apenas terá de apresentar prova da habilitação aquando da notificação para apresentação dos documentos de habilitação, devendo, nesse mesmo momento, apresentar também as habilitações de subcontratados que preencham as restantes habilitações exigidas.

2. O momento de apresentação do certificado de aptidão profissional e o momento da sua efetiva titularidade

2.1. Momento da apresentação do certificado de aptidão profissional e da apreciação ou verificação da habilitação

Segundo a jurisprudência maioritária⁷⁸, uma vez que a apresentação de alvarás (bem como dos demais documentos comprovativos das habilitações) apenas é legalmente exigida na fase de habilitação, que tem lugar após a adjudicação, não pode determinar-se a exclusão de um concorrente, sem análise da sua proposta, com fundamento na não apresentação desse(s) documento(s), ainda que exigido(s) por peças do procedimento em momento anterior (pois essa exigência não pode ser aplicável a todos os concorrentes, mas tão-somente ao adjudicatário).

⁷⁸ Nesse sentido, a título exemplificativo, v. Acs. do STA, de 04.11.2010 (P. 795/10), de 30.01.2013 (P. 0846/12), do TCAS, de 29.03.2012 (P. 08538/12), e do TContas n.º 30/2010, 27.07.2010, 1ªS/SS (P. n.º 698/2010 e 820/2010).

Os autores MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA⁷⁹ perfilham, todavia, posição diversa. Em síntese, defendem estes autores que se a falta do certificado de aptidão profissional (alvará ou título de registo) for detetada antes da adjudicação, tal deverá levar à exclusão da proposta do concorrente faltoso. Subscrevendo a tese destes autores, um recente Ac. do TCAS⁸⁰ veio dizer que os requisitos de habilitação não são exigíveis apenas ao adjudicatário, mas a todos os concorrentes e que «a falta de alvarás, certificados, títulos de registo, etc., exigidos no programa do procedimento em razão de previsão normativa legal ou regulamentar, que habilitam ao exercício da actividade inerente à execução das prestações contratuais detectada antes da adjudicação ou, mesmo, antes da conclusão da fase de análise e avaliação de propostas, implica a exclusão da proposta do concorrente em falta».

Não obstante, certo é que a jurisprudência do STA⁸¹ vai no sentido de que «[a] não apresentação de um alvará exigido no programa do 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 InCI, IP»⁸².

A nossa posição alinha-se com o entendimento da jurisprudência maioritária, na medida em que entendemos também que a exigência da apresentação de alvarás (bem como dos demais documentos comprovativos das habilitações) apenas ocorre na fase pós-adjudicatória, sendo que tais documentos não podem ser exigidos a todos os concorrentes mas apenas ao adjudicatário, por ser essa a

⁷⁹ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Concursos...», cit., pp. 490 e ss.

⁸⁰ De 07.11.2013 (P. 10404/13), no qual era exigido «comprovativo da credenciação da concorrente no grau confidencial nas marcas Nacional e NATO em conformidade com a SEGNAC 2 – Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/89, de 24 de Outubro», no âmbito de um concurso público destinado à celebração de um contrato de desmaterialização dos processos relativos aos «serviços de desenvolvimento e implementação do repositório de informação digital sobre armas e proprietários» no domínio do Departamento de Armas e Explosivos da PSP.

⁸¹ V. Ac. de 04.11.2010 (P. 0795/10).

⁸² Igual entendimento, de que a habilitação só pode ser apreciada após a adjudicação, consta do Ac. do TCAS, de 29.03.2012 (P. 08538/12).

solução legal contemplada no CCP. Distintamente do português, o ordenamento jurídico francês⁸³ prevê que um dos elementos a apresentar inicialmente é o certificado de qualificação profissional (equivalente ao alvará ou título de registo em Portugal), que se trata de um dos documentos que é apreciado logo no (primeiro) momento de seleção dos candidatos e que, caso não seja apresentado, determina a exclusão do candidato, não sendo apreciada a sua proposta.

Sintetizando, no âmbito do CCP, podemos dizer que a prova da habilitação só tem de ser feita após a adjudicação, concretamente na fase da habilitação, e apenas pelo adjudicatário.

2.2. Momento da efetiva titularidade (ou obtenção) do certificado de aptidão profissional pelo concorrente ou adjudicatário

Como acima se disse, entendemos que (só) o adjudicatário está obrigado a apresentar, na fase da habilitação (isto é, após a adjudicação) o certificado de aptidão profissional (alvará ou título de registo).

Questão diversa (mas conexa), e que pode revelar algum interesse prático, é a de saber se, não obstante o adjudicatário apenas estar obrigado a apresentar certificado de aptidão profissional no momento de habilitação ou pós-adjudicação, não deverá o mesmo (na veste de concorrente ou candidato) ser dele titular (ou tê-lo obtido) em momento anterior, nomeadamente, logo aquando da apresentação da proposta ou da candidatura.

Esta questão, bastante complexa, apenas se coloca após a entrada em vigor do CCP. Na verdade, no regime anterior, todos os concorrentes tinham de se habilitar (provando possuir as qualificações necessárias para concorrer e para que as suas propostas fossem apreciadas), enquanto no CCP o ónus da habilitação

⁸³ Cfr., por remissão do art. 45.º do Code des Marchés Publics, o art. 1.º do Decreto de 28 de Agosto de 2006, que estabelece a lista de informações e documentos que podem ser exigidos para os candidatos aos contratos celebrados por entidades adjudicantes.

recai apenas sobre o adjudicatário, sendo que é em sede de habilitação (após a adjudicação) que são juntos e apreciados os documentos de habilitação.

Os autores MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA⁸⁴ pronunciam-se no sentido de que o concorrente deve ser titular de certificado de aptidão profissional no momento da apresentação da proposta, referindo que não se admite a participação de um concorrente que só venha a ter alvará à data da adjudicação ou da apresentação dos documentos de habilitação⁸⁵, pelo que se em momento anterior à adjudicação a entidade adjudicante vier a verificar que determinado concorrente não dispõe das habilitações necessárias, a sua proposta não será ordenada, nem objeto de adjudicação, devendo antes ser excluída. O mesmo entendimento foi perfilhado no Ac. do TCAS a que já fizemos menção *supra*⁸⁶.

Em sentido diverso pronunciou-se o TContas⁸⁷, defendendo que, tendo em consideração que no atual CCP o alvará deve ser apresentado pelo adjudicatário e apenas após a adjudicação, podem concorrer a concursos para a realização de obra pública concorrentes que não sejam titulares de habilitação exigida, mas que considerem que a poderão obter, dispondo do tempo do decurso do procedimento para diligenciar pela sua obtenção.

Poderão aportar-se argumentos a favor de uma e outra posição.

Com efeito, se por um lado se pode defender que só no momento da apresentação do certificado de aptidão profissional é que é verdadeiramente necessário ser seu titular, assim se deixando aos concorrentes o risco, mas

⁸⁴ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Concursos...», cit., pp. 490 e ss.

⁸⁵ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA referem que «[o]s requisitos de habilitação (...) – embora nos arts. 81.º e ss. do Código venham sempre referidos ao “adjudicatário” – reportam-se, isso é inquestionável, ao direito de acesso ao procedimento, constituindo condicionantes deste e obstando portanto a que participe aí quem não possua as habilitações exigidas para o efeito, (...), se a falta dos alvarás, (...), que habilitam ao exercício da actividade inerente à execução das prestações contratuais for detectada antes da adjudicação, ou antes, mesmo, da conclusão da fase de análise e avaliação de propostas, entendemos que deverá levar inexoravelmente à exclusão da proposta do concorrente faltoso» («Concursos...», cit., nota 283, pp. 490 e 491).

⁸⁶ De 07.11.2013 (P. 10404/13).

⁸⁷ No Ac. n.º 08/2011, de 22.02.2011, 1ª S/SS (P. 1831/2010).

também a responsabilidade, de, em momento prévio ao da obtenção de certificado de aptidão profissional, agirem com base em meras expectativas (mas ficando, também, sujeitos a sanções caso elas não se verifiquem, nomeadamente à aplicação do disposto nos arts. 456.^{o88} e 460.^{o89}, ambos do CCP, como se aponta no referido Ac. do TContas), por outro lado, não é menos verdade que, em momento anterior ao da comprovação dessa titularidade, os concorrentes já têm de efetuar declarações que a pressupõem, nomeadamente, aquando da apresentação da proposta, como sucede, por exemplo, com as declarações dos modelos dos anexos I e II ao CCP e também com a comumente designada «declaração de subcategorias», prevista no art. 60.º/4 do CCP⁹⁰, assim se colocando a questão de saber se, no momento em que estão a prestar tais declarações, os concorrentes que não sejam titulares das habilitações em questão, não estarão a incorrer em ilícito de falsidade de declarações (embora possa sustentar-se, no que respeita a esta última declaração, até tendo em consideração o artigo em que se insere - sob a epígrafe «Indicação do preço» -, que a mesma servirá tão-somente para averiguação da conformidade que deve verificar-se entre o valor dos preços parciais dos trabalhos a executar e a classe da habilitação exigível e não para verificar se o concorrente possui as habilitações necessárias para a execução da empreitada).

Ora, apesar de, *de iure condito*, tendermos a considerar mais correta a segunda posição (no caso acima referido, a lei refere-se a «habilitações contidas» e a «declarações emitidas», sendo certo que a existência de um facto e a prova de um facto [ou o momento em que se o faz] são realidades distintas), não tivemos dúvidas em considerar, num caso concreto, que não poderia ser aplicada outra que não a primeira posição, na medida em que a falta de título no momento da

⁸⁸ Passível de contra-ordenação com aplicação de coima.

⁸⁹ Aplicação de sanção acessória.

⁹⁰ Nos termos do qual «o concorrente deve indicar na proposta os preços parciais dos trabalhos que se propõe executar correspondentes às habilitações contidas nos alvarás ou nos títulos de registo ou nas declarações emitidas pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., nos termos do disposto na alínea a) do n.º 5 do artigo 81.º, para efeitos da verificação da conformidade desses preços com a classe daquelas habilitações».

apresentação da proposta não podia, de modo algum, ser imputada ao concorrente.

No caso, tratava-se de um agrupamento concorrente a um concurso público, tendo por objeto um contrato de empreitada de obra pública, que era constituído por uma sociedade portuguesa e uma sociedade espanhola. Esta última, não sendo titular de alvará ou de título de registo emitido pelo InCI, deveria apresentar, no momento da habilitação, a declaração prevista no art. 81.º/5/a) do CCP, a emitir pelo InCI, «comprovativa de que [poderia] 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».

Procurou-se, assim, junto do InCI, obter tal declaração em momento anterior ao da apresentação da proposta. Porém, por motivos procedimentais (totalmente alheios ao agrupamento e à empresa em causa), tal obtenção não foi possível, porque o InCI perfilhava o entendimento segundo o qual tal declaração só poderia solicitar-se após a adjudicação⁹¹.

O agrupamento em causa veio efetivamente a ser adjudicatário no procedimento em causa e só após a adjudicação se requereu e se obteve a referida declaração junto do InCI, por forma a ser apresentada para efeitos de habilitação.

Admite-se que a natureza jurídica da declaração prevista no art. 81.º/5/a) do CCP possa ser diversa, para efeitos da titularidade (substantiva) das concretas habilitações, da natureza jurídica de um alvará ou de um título de registo (sendo certo que as entidades estrangeiras, para obter a referida declaração, têm de ser previamente titulares de documento habilitante para o exercício da atividade de

⁹¹ Ao que sabemos, tal entendimento continua a ser perfilhado, sendo certo que i) um dos elementos instrutórios exigidos pelo InCI para requerer a declaração em causa consiste na «fotocópia do documento comprovativo do prazo concedido pela entidade adjudicante, para entrega dos documentos de habilitação» (<http://www.inci.pt/Portugues/Construcao/EmDestaque/Paginas/ReqDeclaracao.aspx>), e ii) no formulário de requerimento disponibilizado pelo InCI deve indicar-se (e comprovar-se) a data concreta em que o documento de habilitação deverá ser apresentado junto da entidade adjudicante, o que só é possível de saber-se após a adjudicação (http://www.inci.pt/Portugues/Construcao/Documents/ReqDecl_ALV.pdf).

construção emitido no país de origem)⁹², mas a verdade é que, no caso acima relatado, a entidade estrangeira em questão não detinha no momento da apresentação da sua proposta, face ao que exige o CCP, documento comprovativo de habilitação. No entanto, parece-nos evidente que, no circunstancialismo acima apontado, não poderia ser-lhe exigido que já fosse titular de tal documento.

A par desse caso concreto que acompanhámos, poderiam referir-se outros casos hipotéticos que nos colocam algumas reservas em perfilhar o entendimento de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA em termos absolutos. Imagine-se que determinada empresa tem, junto do InCI, procedimento devidamente instruído e pendente de decisão para elevar uma subcategoria do seu alvará (por exemplo da 5ª para a 6ª) e que, ante o término do prazo para apresentar propostas no âmbito de um procedimento que visa a celebração de contrato de empreitada de obra pública (em que é necessária a titularidade da 6ª subcategoria), a referida empresa se apresenta a concurso, na expectativa de que a decisão do InCI será favorável à sua pretensão. Deverá aplicar-se inexoravelmente antes da adjudicação, ou antes, mesmo, da conclusão da fase de análise e avaliação de propostas a sanção de exclusão? Parece-nos, com todo o devido respeito, que tal sanção não seria equilibrada.

De referir, por fim, que o InCI (em entendimento aparentemente contraditório com a sua prática no que respeita a entidades estrangeiras, conforme *supra* assinalado) veio dizer, através de ofício⁹³ que fez circular por diversas entidades adjudicantes, que «apesar de, por aplicação do disposto nos aludidos arts. 77º, n.º

⁹² No entanto, o CCP não distingue ambas as situações, sendo certo no Ac. do TContas n.º 08/2011, de 22.02.2011, 1ª S/SS (P. 1831/2010) se pode ler que: «De resto, mesmo no caso de concorrentes nacionais de outros Estados, que não sejam possuidores dos alvarás emitidos pelo Instituto referido, exige-se uma declaração, emitida pelo mesmo Instituto da Construção e do Imobiliário, comprovativa de que podem executar a prestação objecto do contrato a celebrar por preencherem os requisitos que lhes permitiriam ser titulares de um alvará ou de um título de registo contendo as habilitações adequadas à execução da obra. Ou seja, mesmo nesse caso, a efectiva posse do alvará só pode ser substituída por um juízo sobre a detenção dos requisitos necessários para o obter, quando esse juízo seja efectuado e formalizado pelo Instituto da Construção e do Imobiliário».

⁹³ Com o assunto «Interpretação do normativo do CCP, nomeadamente do disposto nos respetivos artigos 57º, 77.º e 81º».

2, al. a) e 81º, n.º 2, do CCP, só ser exigida prova da titularidade do alvará ou registo após adjudicação – só podem concorrer empresas devidamente habilitadas».

Em suma, apesar de nos parecer correta, *de iure condito*, a posição perfilhada por MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, parece-nos também que, atentas as particularidades que cada caso concreto pode revelar (e não podendo a Lei responder a todas), só no momento da apresentação do certificado de aptidão profissional (portanto, na habilitação, após a adjudicação) é que poderá aplicar-se (com segurança jurídica) a sanção de exclusão, caso o adjudicatário não apresente tal documento. Se, no momento próprio da sua apresentação, o adjudicatário já for titular do documento em causa (quando o não era antes, no momento da apresentação da proposta), parece-nos que a falta anteriormente cometida (a considerar-se que foi cometida alguma) perde toda a relevância na economia do procedimento concursal e do contrato a celebrar. Parece-nos, pois, que este momento (o da habilitação), é que é o relevante (ou, pelo menos, o mais relevante) para deter certificado de aptidão profissional. Pense-se, aliás, no caso de um concorrente que, no momento da apresentação da proposta até é titular de alvará mas, entretanto, na pendência do procedimento concursal, tal alvará vem a caducar. Neste caso, é certo que a adjudicação caduca⁹⁴, devendo ser adjudicada a proposta ordenada em lugar subsequente⁹⁵, sendo que, tratando-se de um procedimento de formação de um contrato de empreitada ou concessão de obras públicas, a entidade adjudicante deve ainda comunicar ao InCI a caducidade da adjudicação⁹⁶.

3. Requisitos exigidos por algumas entidades adjudicantes: habilitação ou qualificação?

⁹⁴ Cfr. art. 86.º/1 do CCP.

⁹⁵ Cfr. art. 86.º/3 do CCP.

⁹⁶ Cfr. art. 86.º/4 do CCP.

3.1. Distinção entre documentos para efeitos de habilitação e documentos para efeitos de qualificação

Sob a epígrafe «Documentos de habilitação», o art. 81.º do CCP enuncia quais os documentos que devem ser apresentados pelo adjudicatário de um procedimento pré-contratual, sendo certo que aqui apenas faremos referência àqueles que devem ser apresentados quando se trate de contratos de empreitada de obras públicas.

Assim, dispõe o art. 81.º/1 do CCP que, desde logo, está o adjudicatário de contratos de empreitada de obras públicas obrigado a apresentar a declaração conforme modelo constante do anexo II ao Código (al. a)) e documentos comprovativos de que não se encontra em nenhuma das situações previstas no art. 55.º/b)/d)/e) e i) do CCP (al. b) [impedimentos]).

Já o art. 81.º/2 do CCP prevê que, além dos documentos referidos no parágrafo anterior, o adjudicatário de contratos de empreitada de obras públicas está obrigado a apresentar o alvará ou título de registo emitido pelo InCI «contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar», sendo que, ao abrigo do disposto no n.º 3 do mesmo preceito legal, pode aquele apresentar alvarás ou título de registo que sejam de subcontratados (tema sobre o qual já nos pronunciamos *supra*), necessariamente acompanhados de declarações de compromisso destes últimos de que, incondicionalmente, executarão os trabalhos correspondentes às habilitações deles constantes.

Em nosso entender, ao abrigo do disposto no art. 81.º/6 do CCP⁹⁷, só terão de se apresentados documentos relativos «à titularidade de habilitações profissionais, académicas ou outras que as leis ou os próprios documentos do concurso exijam para o exercício das actividades pressupostas nas respectivas prestações

⁹⁷ A doutrina e jurisprudência têm-se pronunciado sobre o alcance deste preceito legal, designadamente MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA («Concursos...», cit., p. 484), MARGARIDA OLAZABAL CABRAL («O concurso público...», cit., pp. 186 e 187), MARCO REAL MARTINS e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO («Documentos de habilitação...», cit., pp. 15 e 16), e Ac. do STA de 30.01.2013 (P. 0993/12).

contratuais»⁹⁸, nunca podendo ser exigidos, em sede de habilitação, documentos que se destinem a aferir a capacidade técnica ou económica do concorrente, que só pode ter lugar em sede de qualificação de candidatos.

No que respeita aos documentos de qualificação dos candidatos, os mesmos terão de ser expressamente indicados no programa do concurso⁹⁹ e terão de estar ligados ou terem por finalidade aferir a capacidade técnica e/ou financeira dos candidatos, sendo que, e como já se disse, serão elementos destinados à avaliação dos candidatos e não à avaliação das propostas.

Para distinguir os documentos de habilitação dos documentos de qualificação, MARCO REAL MARTINS e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO¹⁰⁰ apresentam quatro critérios distintos, com os quais concordamos na medida em que facilmente se descortina o seu alcance, a saber: 1) o do sujeito; 2) o do momento procedimental da apresentação; 3) o do fim; 4) o da natureza da atividade de análise dos documentos.

Quanto ao primeiro dos critérios – o do sujeito –, temos que os documentos de habilitação são apenas apresentados pelo adjudicatário, ao passo que os documentos de qualificação são apresentados por todos os candidatos.

No que respeita ao segundo critério – o do momento procedimental da apresentação –, referem aqueles autores que enquanto os documentos de habilitação apenas são apresentados após a notificação da adjudicação, os documentos de qualificação são apresentados juntamente com a candidatura (isto é, em momento prévio à fase de apresentação e análise/avaliação das propostas).

Relativamente ao terceiro dos critérios - o do fim – os mesmos autores referem que os documentos de habilitação têm por finalidade certificar tanto a permissão para exercer a atividade em causa, como a inexistência de quaisquer

⁹⁸ Neste sentido, v. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Agrupamentos de entidades adjudicantes e de candidatos e concorrentes em procedimentos de contratação pública», in AA.VV. (org. PEDRO GONÇALVES), *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra Editora, 2010, p. 139.

⁹⁹ Cfr. art. 164.º/1/j) do CCP.

¹⁰⁰ MARCO REAL MARTINS e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Documentos de habilitação...», cit., pp. 17 e ss.

impedimentos à contratação, ao passo que os documentos de qualificação têm por finalidade aferir a capacidade técnica e/ou financeira dos candidatos.

No que concerne ao quarto, e último, dos critérios enunciados, o qual, segundo aqueles autores, é o critério decisivo, ou seja, o da natureza da atividade de análise dos documentos, afirmam eles que «o limite inultrapassável para se considerar um documento de habilitação será a desnecessidade da existência de um juízo avaliativo (a priori, e não a posteriori) por parte do júri, mas meramente certificativo», em que a habilitação, e citando ANA GOUVEIA MARTINS¹⁰¹, apenas pressupõe «uma verificação do preenchimento dos requisitos gerais respeitantes ao cumprimento de obrigações fiscais e sociais e dos requisitos (negativos) de falta de idoneidade profissional ou pessoal, bem como dos requisitos concernentes ao exercício de uma determinada profissão ou actividade».

3.2. Exigência, em sede de habilitação, de determinados requisitos

Em alguns concursos públicos, tem-se verificado a exigência, em sede de habilitação, de determinados requisitos de legalidade duvidosa, face à temática que vimos desenvolvendo. Por exemplo, a PSA-SINES-TERMINAIS DE CONTENTORES, S.A.¹⁰² lançou um concurso público destinado à celebração do contrato para execução da «Empreitada de Construção para a expansão do terminal XXI, em Sines – Fase 2», no qual exigia, entre outros, os seguintes documentos de habilitação: i) certificado comprovativo da qualificação para cumprimento dos requisitos da norma NP EN ISO 9001, emitido por organismo acreditado para o efeito, nacional ou estabelecido em qualquer Estado da União

¹⁰¹ ANA GOUVEIA MARTINS, «Concurso limitado...», cit., p. 240.

¹⁰² Cfr. Anúncio n.º 3848/2013, publicado no DR N.º 143, II Série, de 26.07.2013. De referir que, posteriormente, a entidade adjudicante anulou a cláusula que determinava a necessidade de apresentação de documento comprovativo da execução nos últimos 10 anos de uma obra de construção de terminal portuário.

Europeia; ii) documento comprovativo da execução nos últimos dez anos de uma obra de construção de terminal portuário, de valor igual ou superior a 40% do preço base estabelecido no Caderno de Encargos, contendo expressamente a identificação, local, tipo da obra, prestação realizada pela empresa concorrente, forma de prestação (em consórcio, subcontratado, etc.), montante da prestação, data de execução da obra e declaração de que a mesma foi executada de acordo com as regras da arte e regularmente concluída, assinado por representante do dono da obra.

Quanto ao recurso a certificados (normas europeias¹⁰³), a doutrina e o STA já se pronunciaram no sentido de que é ilegal a sua solicitação em sede de habilitação.

MARCO REAL MARTINS e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO¹⁰⁴ levantam a questão de saber se podem os comprovativos da certificação de uma empresa por normas de qualidade ou de gestão ambiental ser solicitados a título de documentos de habilitação, bem assim, a título de documentos destinados à qualificação, tendo em consideração as manifestações do princípio da proporcionalidade expressas no art. 165.º/1 e 3 do CCP. Sobre a primeira situação – se podem ser solicitados a título de documento de habilitação –, entendem aqueles autores que em regra as entidades adjudicantes não deverão solicitá-los, já que esses documentos «não ser[ão], em princípio legalmente exigido[s] para titular (e conceder) as habilitações necessárias à prestação dos serviços em causa»¹⁰⁵. Entendem, contudo, que tal limitação não abrange «a situação em que a certificação diz respeito, não propriamente ao prestador, mas ao processo de fabrico de certo bem ou ao modo de prestação de certo serviço, pois nesses casos, o pedido de certificação é ainda referente à avaliação do bem e não à

¹⁰³ Sobre as normas de garantia da qualidade e de gestão ambiental, DAVID BLANQUER CRIADO trata-as como «requisitos adicionales a la solvencia». Sobre a exigência dos certificados de cumprimento dessas normas, refere o autor que «la aportación de esse tipo de certificados no pode imponerla la Administración a sua antojo; sólo puede reclamarse cuando sea un requisito congruente y lógico en atención a las concretas prestaciones que son objeto de un específico contrato» («Los contratos...», cit., p. 131).

¹⁰⁴ MARCO REAL MARTINS e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Documentos de habilitação...», cit., pp. 19 e ss.

¹⁰⁵ *Idem*, cit., p. 20.

avaliação do prestador»¹⁰⁶. Do mesmo modo, são da opinião que «também não é de afastar a hipótese de em qualquer sector de actividade económica, devidamente regulado por lei, se prever a obrigatoriedade de os respectivos operadores económicos terem de ser detentores de certificação por quaisquer normas de qualidade ou ambientais», situações em que «já se admitiria a hipótese de qualquer entidade adjudicante exigir a apresentação desse comprovativo de certificação em sede de habilitação, nos termos dos arts. 81.º, n.º 6 e 132.º, n.º 1, al. f) do CCP, desde que esse documento esteja directamente relacionado com o objecto do contrato a celebrar»¹⁰⁷.

Quanto à segunda questão – se podem aquele tipo de certificações ser solicitadas a título de documentos destinados à qualificação, tendo em consideração as manifestações do princípio da proporcionalidade expressas no art. 165.º/1 e 3 do CCP -, os mesmos autores referem que, em princípio, a resposta será afirmativa. Tal decorre desde logo do disposto no art. 165.º/1/c), *in fine*, do CCP, quando menciona «sistemas de controlo de qualidade», bem assim, da al. d) desse mesmo preceito legal que se refere à «capacidade dos candidatos adoptarem medidas de gestão ambiental no âmbito da execução do contrato a celebrar», sendo certo, contudo, que deverá ter-se «sempre em observância [a] exigência de conexão interna entre os elementos exigidos, os requisitos de capacidade técnica e financeira e o objecto do contrato», bem assim, «a entidade adjudicante não poderá exigir um documento que ateste a certificação por determinado conjunto de normas (...) se esse documento não for adequado e proporcional à natureza das prestações objecto do contrato a celebrar»¹⁰⁸.

Por sua vez, num recente Ac., o STA¹⁰⁹ decidiu que: «I - A apresentação dos certificados ISO/IEC20000:2005, ISO/IEC27001:2005, ISO9001:2008 e ISO 14001:2004, constitui uma exigência que não se relaciona com os requisitos legalmente exigidos para o exercício da actividade, mas que se relaciona com competências ou padrões de qualidade, ou seja, com a qualidade ou capacidade

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 20 e 21.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 21.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 21.

¹⁰⁹ De 30.01.2013 (P. 0993/12).

técnica das empresas. II - Não pode ser exigida num procedimento de concurso público em sede de habilitação a apresentação dos indicados certificados».

Também o TContas¹¹⁰ já se pronunciou pela ilegalidade da exigência com as propostas de certificados que atestem que o concorrente respeita determinadas normas de garantia de qualidade e de segurança ou normas de garantia de qualidade e gestão ambiental, tendo concluído que «nos termos em que foi formulada a regra, os documentos exigidos mais parecem respeitar à aptidão dos concorrentes do que às qualidades das propostas», porquanto «nos termos do Programa, não se exige a prova de que serão aplicados em obra processos certificados mas sim a prova de que o concorrente detém determinadas certificações, independentemente dos processos que aplique». Invocando o art. 164.º/2 do CCP¹¹¹, o TContas concluiu que esta disposição legal permite que as entidades adjudicantes poderão, no Programa de Concurso, «exigir a apresentação destes certificados (...) enquanto documentos destinados à qualificação dos candidatos no âmbito de um concurso limitado por prévia qualificação», sendo que se está perante «elementos destinados à avaliação dos concorrentes e não à avaliação das propostas».

Mais se refere nesse Ac. que, «[p]or outro lado, as certificações exigidas não estão referenciadas a qualquer exigência legal, e, conseqüentemente, não são documentos de habilitação», sustentando que os documentos de habilitação, na

¹¹⁰ Cfr. Ac. n.º 61/11, de 28.09, 1ª S/SS (P. n.º 1266/2011), em que, no âmbito de um procedimento de concurso público lançado pelo Município de Vila Franca de Xira para celebração de um contrato de empreitada («Pavimentações e Recargas de Pavimentos 2011- Póvoa de Santa Iria, São João dos Montes, Vialonga e Vila Franca de Xira»), no n.º 11.3. do Programa de Concurso exigia-se que fossem juntos às propostas «Certificados emitidos por organismos independentes, nacionais ou estabelecidos noutros estados membros da União Europeia, que atestem que o concorrente respeita determinadas normas de garantia de qualidade e de segurança ou normas de garantia de qualidade e gestão ambiental». A falta de apresentação desta documentação determinou a exclusão de várias propostas.

¹¹¹ O qual prevê que «[q]uando, nos termos do disposto na al. j) do número anterior, o programa do concurso exigir a apresentação de certificados emitidos por organismos independentes, nacionais ou estabelecidos noutros Estados membros da União Europeia, que atestem que o interessado respeita determinadas normas de garantia de qualidade ou normas de gestão ambiental, deve referir-se, respetivamente, aos sistemas de garantia de qualidade ou aos sistemas de gestão ambiental baseados no Sistema Comunitário de Ecogestão e Auditoria (EMAS) ou no conjunto de normas europeias, e certificados por organismos conformes com as séries de normas europeias respeitantes à certificação».

aceção do CCP, e como refere MARGARIDA OLAZABAL CABRAL¹¹², «são apenas aqueles que se reportam à titularidade de documento legal que permita a execução de um determinado contrato, quando seja o caso, ou à demonstração de não se estar em qualquer situação de impedimento», pelo que «a exigência feita só pode referir-se a requisitos ou aptidões de capacidade técnica, os quais não podem ser exigidos num concurso público, mas apenas no quadro de um concurso limitado por prévia qualificação».

Questionou ainda o TContas se, no caso em concreto, uma vez que a exigência dessas certificações do concorrente aparecia incluída no n.º 11.3 do Programa de Concurso, que expressamente se reportava a documentos da proposta, não se tratariam de «[d]ocumentos relativos a aspectos de execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule»¹¹³ e, como tal, diriam respeito às qualidades da proposta. Entendeu o TContas que aquela exigência de certificações «foi ilegalmente formulada, por violação do disposto no art. 57.º, n.º 1, al. c), do CCP, uma vez que não tem correspondência com quaisquer exigências técnicas do caderno de encargos», mais referindo que, «mesmo que fosse considerada como um requisito ou critério de qualificação técnica dos concorrentes (o que seria mais consentâneo com a sua formulação), ainda assim seria ilegal, por não ser possível no quadro de um concurso público¹¹⁴», por violação do princípio da concorrência.

Perfilhamos o entendimento do STA¹¹⁵, quando refere que a apresentação desses certificados (ligados à qualidade, ambiente e segurança) constituem «uma exigência que não se relaciona com os requisitos legalmente exigidos para o exercício da actividade, mas que se relaciona com competências ou padrões de qualidade, ou seja, com a qualidade ou capacidade técnica das empresas» e, como tal, não podem ser solicitados em sede de habilitação, mas apenas de qualificação.

¹¹² MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, «O concurso público...», cit., p. 186.

¹¹³ Cfr. art. 57.º/1/c) do CCP.

¹¹⁴ Cfr. arts. 81.º e 132.º e ss. do CCP.

¹¹⁵ No já referido Ac. de 30.01.2013 (P. 0993/12).

Do mesmo modo, somos da opinião que os documentos de habilitação são, na aceção do CCP, e como refere MARGARIDA OLAZABAL CABRAL¹¹⁶, «apenas aqueles que se reportam à titularidade de documento legal que permita a execução de um determinado contrato, quando seja o caso, ou à demonstração de não se estar em qualquer situação de impedimento», pelo que os certificados (normas europeias) de qualidade, segurança, ambiente, etc., respeitam a requisitos ou aptidões de capacidade técnica, que apenas podem ser solicitados em sede de qualificação, designadamente nos concursos limitados por prévia qualificação e não no âmbito de concursos públicos em sede de habilitação. Vejam-se neste particular as als. c) – quando menciona «sistemas de controlo de qualidade» – e d) – que se refere à «capacidade dos candidatos adoptarem medidas de gestão ambiental no âmbito da execução do contrato a celebrar» – do art. 165.º/1 do CCP que estão previstas para a fase de qualificação e não de habilitação. Também se dirá que a apresentação de certificados que atestem que o interessado respeita determinadas normas de garantia de qualidade ou normas de gestão ambiental estão previstas no art. 164.º/2 do CCP¹¹⁷ (que remete para a al. j) do n.º 1 do mesmo preceito), onde está expressamente referido que são documentos destinados à qualificação dos candidatos, pelo que se é a própria Lei que os classifica como tal, nunca poderão ser solicitados, em nosso entender, em sede de habilitação.

De resto, aceitar a exigência desses certificados em sede de habilitação, parecer-nos-ia violador do princípio da concorrência. Isto porque o concurso público é um «procedimento de iniciativa pública aberto à livre competição dos interessados admitidos a fazer valer a sua pretensão de contratar com a Administração em condições de plena igualdade entre as respectivas propostas, para que aquela possa escolher a que melhor satisfaça o interesse público»¹¹⁸ e no qual não existe uma fase de qualificação, podendo «todos aqueles que preenchem os requisitos enunciados no programa de concurso (...) concorrer e

¹¹⁶ MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, «O concurso público...», cit., p. 186.

¹¹⁷ Ou seja, no capítulo respeitante ao concurso limitado por prévia qualificação.

¹¹⁸ DIOGO FREITAS DO AMARAL, «Curso de Direito Administrativo», vol. II, Almedina, 2012, p. 592.

apresentar propostas»¹¹⁹. Mais se dirá o seguinte, de um ponto de vista prático: se é verdade que, hoje em dia, é relativamente comum as empresas serem titulares de certificação referentes à qualidade, ambiente e segurança, todavia, já assim não é quanto a outro tipo de certificações, por exemplo, gestão do risco (ISO DIS 31000:2009), responsabilidade social (SA 8000), e gestão da investigação, desenvolvimento e inovação (NP 4456:2007 [IDI]). Ora, a exigência destas últimas certificações (ou de outras menos frequentes) poderia condicionar em muito a apresentação de propostas caso fossem exigidas em sede de habilitação, violando (em maior medida) o princípio da concorrência. Assim, por princípio, parece-nos que tais certificações (umas ou outras) não poderão ser exigidas em sede de habilitação.

No que concerne à exigência, em sede de habilitação, de documentos comprovativos da execução de obras de determinada natureza e valor em determinado período, somos da opinião que tal é manifestamente violador da Lei, porquanto são documentos que devem ser solicitados em sede de qualificação, designadamente para aferir a capacidade técnica dos candidatos¹²⁰. Na verdade, entendemos que a exigência, em sede de habilitação, de que o adjudicatário tem de comprovar a execução de, por exemplo, pelo menos a execução de uma obra de valor não inferior ao preço base, não se prende com a titularidade de habilitações legalmente exigidas, porquanto trata-se de um requisito destinado à qualificação do candidato e, como tal, apenas poderá ser exigido e apreciado nos procedimentos em que esteja prevista uma fase de qualificação que permita avaliar a capacidade técnica dos concorrentes, para além da verificação da titularidade das habilitações legais (na fase de habilitação). Trata-se, pois, em nossa opinião, de uma exigência que excede a mera obrigatoriedade de apresentação de documentos de habilitação.

Por fim, uma referência à nova Diretiva 2014/24, que, no que respeita aos certificados de execução de obras, prevê, à semelhança da Diretiva 2004/18¹²¹,

¹¹⁹ *Idem*, cit., p. 593.

¹²⁰ V. art. 48.º/2/a)i) da Diretiva 2004/18.

¹²¹ Cfr. *idem*.

uma disposição legal (art. 58.º/4 e Anexo XII) que estabelece que esses certificados são meios comprovativos da capacidade técnica.

Já no que se refere às normas de garantia de qualidade e ambiente, a nova Diretiva prevê uma disposição legal autónoma (art. 62.º) para a exigência de certificados que atestem o cumprimento daquelas normas, não as incluindo nos «critérios de seleção» previstos no seu artigo 58.º (que se relacionam com a habilitação para o exercício da atividade profissional, com a capacidade económica e financeira e com a capacidade técnica e profissional), não resolvendo, assim, o problema acima exposto de forma definitiva.

Conclusões

Já formuladas, ao longo do presente trabalho, é tempo de sistematizar e sintetizar as seguintes conclusões:

1. A fase designada por qualificação (que se destina a avaliar a capacidade técnica e financeira dos candidatos, para, num segundo momento, apresentarem propostas que serão objeto de avaliação) apenas se encontra prevista para o concurso limitado por prévia qualificação, para o procedimento por negociação e para o diálogo concorrencial.
2. Por sua vez, o legislador português prevê em todos os procedimentos pré-contratuais a existência de uma fase que se designa por avaliação das propostas (em momento anterior à adjudicação) e outra por habilitação (que tem lugar apenas após a adjudicação).
3. A nova Diretiva 2014/24 vem de algum modo ao encontro do previsto no CCP, permitindo que a habilitação tenha lugar em fase posterior à da análise das propostas, mediante a previsão expressa da possibilidade de as entidades adjudicantes decidirem analisar, nos concursos abertos, as propostas antes de verificarem a ausência de motivos de exclusão e o cumprimento dos critérios de seleção, bem como da previsão do DEUCP como comprovativo preliminar da inexistência de impedimentos e cumprimento das exigências de habilitação e qualificação.
4. A barreira entre o que são critérios de seleção e critérios de avaliação foi quebrada com a recente Diretiva 2014/24, admitindo-se agora que elementos relativos à capacidade técnica (que anteriormente apenas poderiam ser analisados em procedimentos com fase de qualificação), possam ser tomados em conta para a avaliação e ordenação das

propostas, conquanto se revelem decisivos para o bom cumprimento do contrato.

5. A habilitação visa a comprovação pelo adjudicatário de que não padece dos impedimentos constantes do art. 55.º do CCP (requisitos negativos) e que possui as habilitações legais necessárias para o exercício de determinada atividade ou profissão (requisitos positivos).
6. É possível aos concorrentes recorrerem às habilitações de terceiros conquanto, no que concerne aos procedimentos que visam a celebração de contratos de empreitada de obras públicas, aqueles sejam titulares de habilitação que lhes permitam executar *per si* pelo menos 25% das prestações do contrato sujeito a concurso, na medida em que é proibido subcontratar prestações objeto do contrato de valor total superior a 75% do preço contratual.
7. Apesar de, *de iure condito*, se poder sustentar que o concorrente já tem de ser titular de certificado de habilitação profissional (alvará ou título de registo) no momento da apresentação da proposta, só no momento próprio da apresentação do certificado de aptidão profissional (portanto, na habilitação, após a adjudicação) é que poderá aplicar-se (com segurança jurídica) a sanção de exclusão, caso o adjudicatário não apresente tal documento.
8. Segundo os critérios sugeridos pela doutrina para distinguir os documentos de habilitação dos documentos de qualificação (do sujeito, do momento procedimental da apresentação, do fim e da natureza da atividade de análise dos documentos), i) os documentos de habilitação são apenas apresentados pelo adjudicatário, ao passo que os documentos de qualificação são apresentados por todos os candidatos, ii) os documentos de habilitação apenas são apresentados após a

notificação da adjudicação e os documentos de qualificação são apresentados juntamente com a candidatura, iii) os documentos de habilitação têm por finalidade certificar tanto a permissão para exercer a atividade em causa, como a inexistência de quaisquer impedimentos à contratação, ao passo que os documentos de qualificação têm por finalidade aferir a capacidade técnica e/ou financeira dos candidatos, iv) os documentos de habilitação não carecem da existência de um juízo avaliativo por parte do júri, mas meramente certificativo.

9. A exigência de certificados ligados à qualidade, ambiente e segurança, à gestão do risco, à responsabilidade social e à gestão da investigação, desenvolvimento e inovação reconduzem-se ao conceito de documentos de qualificação e não de habilitação (não podendo como tal ser exigidos nesta sede), já que não se relacionam com os requisitos legalmente exigidos para o exercício da atividade, mas que se relacionam com a qualidade ou capacidade técnica das empresas.
10. De igual modo, afigura-se-nos violar o CCP a exigência, em sede de habilitação, de documentos comprovativos da execução de obras de determinada natureza e valor em determinado período, na medida em que se tratam de documentos que devem ser solicitados em sede de qualificação, designadamente para aferir a capacidade técnica dos candidatos.
11. A nova Diretiva 2014/24 mantém a previsão de que os certificados de execução de obras são meios comprovativos da capacidade técnica. Quanto às normas de garantia de qualidade, a mesma prevê uma disposição legal autónoma para a exigência de certificados que atestem o cumprimento daquelas, não as incluindo nos «critérios de seleção», pelo que não resolve a questão se aquelas se relacionam com os requisitos

legalmente exigidos para o exercício da atividade ou com a capacidade técnica das empresas.

Bibliografia

1. ALMEIDA, JOÃO AMARAL E e SANCHEZ, PEDRO FERNÁNDEZ, «Divisão em lotes e o princípio da adequação na escolha do procedimento pré-contratual», *Temas de Contratação Pública I*, Coimbra Editora, 1.^a Edição, Junho de 2011
2. AMARAL, DIOGO FREITAS DO, «Curso de Direito Administrativo», vol. II, Almedina, 2012
3. AZEVEDO, BERNARDO, «Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos», in AA.VV. (org. PEDRO GONÇALVES), *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra Editora, 2010
4. BLANQUER CRIADO, DAVID, «Los contratos del sector público», Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
5. CABRAL, MARGARIDA OLAZABAL, «O concurso público no Código dos Contratos Públicos», in AA.VV. (org. PEDRO GONÇALVES), *Estudos da Contratação Pública*, vol. I, Coimbra Editora, 2008
6. CABRAL, MARGARIDA OLAZABAL, «Procedimentos Clássicos no Código dos Contratos Públicos», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, Julho/Agosto de 2007
7. EIRÓ, VERA, «A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes. Fundamentos e pressupostos», Almedina, 2013
8. ESTORNINHO, MARIA JOÃO, «A transposição das Directivas n.os 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de Março, e a elaboração de um Código

- dos Contratos Públicos», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, Julho/Agosto 2006
9. ESTORNINHO, MARIA JOÃO, «Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma contratação pública sustentável», Almedina, 2012
 10. FREITAS, LOURENÇO VILHENA DE, «Os contratos de direito público da União Europeia no quadro do direito administrativo europeu», Vol. II, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2012
 11. GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARIA, «Las nuevas directivas – Cuarta generación – En materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *in* Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 159, Julio – Septiembre 2013
 12. LOPES, LICÍNIO, «Alguns aspectos do contrato de empreitadas de obras públicas no Código dos Contratos Públicos», *in* AA.VV. (org. PEDRO GONÇALVES), *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra Editora, 2010
 13. MARTINS, ANA GOUVEIA, «Concurso limitado por prévia qualificação», *in* AA.VV. (org. PEDRO GONÇALVES), *Estudos da Contratação Pública*, vol. I, Coimbra Editora, 2008
 14. MARTINS, MARCO REAL e RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, «Documentos de habilitação e documentos de qualificação nos procedimentos de formação de contratos públicos», *in* http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MartinsRaimundo.pdf

15. OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE, «*Agrupamentos de entidades adjudicantes e de candidatos e concorrentes em procedimentos de contratação pública*», in AA.VV. (org. PEDRO GONÇALVES), *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra Editora, 2010
16. OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE e OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE, «Concursos e outros procedimentos de contratação pública», Almedina
17. OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE, «Os princípios gerais da contratação pública», in AA.VV. (org. PEDRO GONÇALVES), *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra Editora, 2008
18. RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, «A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público», A.A.F.D.L., 2013
19. SILVA, JORGE ANDRADE DA, «Dicionário dos Contratos Públicos», Almedina, 2010
20. SILVA, JORGE ANDRADE DA, «Código dos Contratos Públicos», Comentado e Anotado, Almedina, 4.^a Edição, 2013
21. SOUSA, MARCELO REBELO DE e MATOS, ANDRÉ SALGADO, «Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral», Tomo III, Dom Quixote, 2.^a Edição, 2009
22. TAVARES, GONÇALO GUERRA e DENTE, NUNO MONTEIRO, «Código dos Contratos Públicos», vol. I, Comentado, Almedina, 2009
23. VIANA, CLÁUDIA, «A qualificação dos operadores económicos nos procedimentos de contratação pública», in AA.VV. (org. PEDRO

GONÇALVES), *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra Editora, 2010

24. VIANA, CLÁUDIA, «Os princípios comunitários na contratação pública», Coimbra Editora, 2007

Jurisprudência

Supremo Tribunal Administrativo:

Ac. do Supremo Tribunal Administrativo, de 04.11.2010 (Proc. n.º 0795/10), disponível em www.dgsi.pt

Ac. do Supremo Tribunal Administrativo, de 05.01.2012 (Proc. n.º 0939/11), disponível em www.dgsi.pt

Ac. do Supremo Tribunal Administrativo, de 30.01.2012 (Proc. n.º 0846/12), disponível em www.dgsi.pt

Ac. do Supremo Tribunal Administrativo, de 30.01.2013 (Proc. n.º 0993/12), disponível em www.dgsi.pt

Ac. do Supremo Tribunal Administrativo, de 24.10.2013 (Proc. n.º 0840/13), disponível em www.dgsi.pt

Tribunal Central Administrativo do Norte:

Ac. do Tribunal Central Administrativo do Norte, de 25.03.2010 (Proc. n.º 01257/09), disponível em www.dgsi.pt

Ac. do Tribunal Central Administrativo do Norte, de 22.04.2010 (Proc. n.º 01327/09), disponível em www.dgsi.pt

Ac. do Tribunal Central Administrativo do Norte, de 25.01.2013 (P. n.º 01312/11), disponível em www.dgsi.pt

Tribunal Central Administrativo do Sul:

Ac. do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 29.03.2012 (P. n.º 08538/12), disponível em www.dgsi.pt

Ac. do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 24.01.2013 (P. n.º 09423/11), disponível em www.dgsi.pt

Ac. do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 24.01.2013 (P. n.º 09446/12), disponível em www.dgsi.pt

Ac. do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 07.11.2013 (P. n.º 10404/13), disponível em www.dgsi.pt

Ac. do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 05.12.2013 (P. n.º 10311/13), disponível em www.dgsi.pt

Tribunal de Contas:

Ac. do Tribunal de Contas n.º 30/2010, de 27 de Julho, 1ªS/SS (Proc. 698/2010 e 820/2010), disponível em www.tcontas.pt

Ac. do Tribunal de Contas n.º 08/2011, 22 de Fevereiro, 1ª S/SS (Proc. 1831/2010), disponível em www.tcontas.pt

Ac. do Tribunal de Contas n.º 19/2011, da 1.ª S/PL, de 12 de Julho (Proc. 1833/2010), disponível em www.tcontas.pt

Ac. do Tribunal de Contas nº 61/11, de 28 de Setembro, 1ª S/SS (Proc. 1266/2011), disponível em www.tcontas.pt

Comunitária:

Ac. *Beentjes*, de 20 de Setembro de 1988, Proc. 31/1987, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>

Ac. *Fabricom*, de 3 de Março de 2005, Procs. C21/03 e C-34/03, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>

Ac. *Lianakis*, de 24 de Janeiro de 2008, Proc. 0532/06, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>

Ac. *Assitur*, de 19 de Maio de 2009, Proc. C-538/07, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>

Ac. do Tribunal de Justiça, de 18 de Outubro 2012, Proc. C-218/11, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>

Ac. do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), de 13 de Dezembro de 2012, Proc. C-465/11, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>

Outras Fontes

1. Ofício do InCI sob o assunto «Interpretação do normativo do Código dos Contratos Públicos, nomeadamente do disposto nos respectivos arts. 57.º, 77.º e 81.º»
2. Parecer da CCDR Centro, datado de 22.06.2010, *in* https://www.ccdrc.pt/index.php?option=com_pareceres&view=details&id=2060&Itemid=45&lang=pt
3. Requerimento de declaração (al. a) do n.º 5 do art. 81.º do CCP), *in* http://www.inci.pt/Portugues/Construcao/Documents/ReqDecl_ALV.pdf
4. Sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria, de 15.12.2011, proferida no Proc. 974/11.6BELRA