



ACÓRDÃO Nº 81 /09- 15.ABR-1.ª S/SS

Proc. Nº 13/2009

1. O **Município de Vila Viçosa** remeteu para fiscalização prévia o contrato para “**Instalação de um Sistema de Telegestão da Rede de Captação, Adução e Distribuição de Água do Concelho de Vila Viçosa**”, celebrado, em 23 de Dezembro de 2008, entre aquele Município e a empresa **Cegelec Instalações e Sistemas de Automação, Lda.**, pelo preço de € 415.306,82, acrescido de IVA.

2. DOS FACTOS

Além do referido em 1, relevam para a decisão os seguintes factos, evidenciados por informações e documentos constantes do processo:

a) Por deliberação da Câmara Municipal de Vila Viçosa, de 2 de Janeiro de 2008, foi aprovada uma proposta de abertura de concurso público para a “**Instalação de um Sistema de Telegestão da Rede de Captação, Adução e Distribuição de Água do Concelho de Vila Viçosa**”.

Nessa proposta qualificou-se a aquisição como uma empreitada, estabeleceu-se um valor estimado de € 400.000,00, e propôs-se a realização de um concurso público por aplicação do artigo 48.º do Decreto-Lei n. 59/99, de 2 de Março, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 163/99, de 14 de Setembro¹;

b) O anúncio de abertura do concurso foi publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, de 24 de Janeiro de 2008. Nos *Diários da República*, 2.ª Série, de 14 de Março de 2008 e de 5 de Junho de 2008, foram publicados anúncios de prorrogação do prazo para

¹ Vd. fls 6 dos autos.



Tribunal de Contas

apresentação de propostas, o qual, por força dessas prorrogações, terminou em 2 de Julho de 2008².

Foram ainda publicados anúncios nos jornais *Diário do Sul* e *Diário de Notícias*³;

- c) Nas cláusulas 8 do Programa de Concurso e 2.2.1. do Caderno de Encargos define-se a aquisição como uma *empreitada por série de preços*;
- d) Nas cláusulas 20 do Programa de Concurso e 1.1.1.b) do Caderno de Encargos determina-se a aplicação subsidiária do disposto no Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, diploma seguido ao longo de todo o procedimento;
- e) Na cláusula 9 do contrato refere-se: “*Quanto ao mais e nas partes omissas aplicar-se-á as normas reguladoras das empreitadas de obras públicas, nomeadamente o já referido Decreto-Lei número cinquenta e nove barra noventa e nove de dois de Março.*”;
- f) Do mapa discriminativo dos trabalhos a desenvolver, a fls. 116 e seguintes, consta que os mesmos consistem em:
 - i. Fornecimento e montagem de computadores;
 - ii. Fornecimento e instalação de sistemas operativos, gestores de bases de dados e utilitários;
 - iii. Fornecimento e instalação de licenças;
 - iv. Desenvolvimento de *software* aplicacional;
 - v. Fornecimento, montagem e configuração de impressoras, equipamentos de rede e equipamentos de comunicação;
 - vi. Fornecimento, instalação, programação e colocação em serviço de Autómatos e Consolas;
 - vii. Fornecimento, montagem e colocação em serviço de detectores e medidores de nível, medidores de caudal, sondas, sensores, transmissores e bombas de pressão, sistemas de detecção de intrusão, caudalímetros electromagnéticos, medidores do teor de cloro, bombas doseadoras e depósitos de hipoclorito, analisadores de energia e de rede e válvula motorizada;

² Vd. fls. 8 a 11 e 14.

³ Vd. fls. 12, 15 e 16.



- viii. Estação de desinfecção de água, com depósito, bombas doseadoras, tubagem de injeção, doseador, controlador e ligação ao sistema de gestão;
- ix. Fornecimento, instalação e colocação em serviço de fontes de alimentação, cabos de alimentação, sinais e armários cablados;
- x. Testes de campo e colocação em serviço dos vários componentes do sistema;
- xi. Fornecimento e montagem de caixas de visita em elementos pré-fabricados, incluindo a escavação em terreno, tampa circular em ferro, degraus de acesso ao interior em ferro e massame de fundo em lâmina de betão;
- xii. Execução de casetas em blocos de cimento, rebocadas e pintadas, cobertura em telha, porta metálica e fenestração para ventilação para albergar equipamentos;
- xiii. Execução e fecho de valas em terrenos para instalação de equipamentos;
- xiv. Instalação e manutenção do estaleiro;
- xv. Formação de operadores e técnicos responsáveis pela gestão informática;
- xvi. Execução de Manual explicativo do funcionamento do sistema de telegestão;

O fornecimento e colocação são feitos na estação de tratamento de água de Vila Viçosa, em reservatórios de água, em postos de captação de água, em postos de cloragem e em postos móveis.

- g)** Na proposta da adjudicatária o valor para o fornecimento e montagem de caixas de visita, para a execução de casetas e para a execução de valas é de € 68.217,03, representando 16,42% do montante da adjudicação;
- h)** A cláusula 13.1.5. do Caderno de Encargos refere:

“Delimitam esta empreitada todos os trabalhos constantes ou resultantes do presente processo de concurso, acrescidos de eventuais “trabalhos a mais”, quando necessários para a total implementação do “projecto” e desde que se conformem com o articulado do D.L. 59/99, de 2 de Março.”;



- i) Questionada sobre a qualificação das prestações abrangidas pelo contrato e sobre o regime jurídico aplicável, o Município de Vila Viçosa, veio invocar, no ofício n.º 003016, de 26 de Março de 2009, junto a fls. 92 e seguintes do processo:

“ (...)De facto, o contrato abrange, simultaneamente, prestações autónomas de empreitada de obras públicas e aquisição de bens, sendo o regime de maior expressão financeira o da aquisição de bens, pelo que o procedimento que deveria ter sido seguido seria o estabelecido no Decreto-Lei n.º 197/99, de 08 de Junho.

No entanto, ponderados alguns aspectos considerou-se vantajosa a adopção dos procedimentos do Decreto-Lei n.º 59/99, de 02 de Março, como segue:

A: O contrato abrange, simultaneamente, trabalhos de construção civil e aquisição com instalação de equipamentos de telegestão, em que esta tem inerentes, igualmente, trabalhos de construção civil;

B: Apesar da empreitada ser composta de diverso equipamento, o mesmo deverá convergir num único sistema de controlo informático que deve ser, nos termos do Concurso, criado exclusivamente para a rede de distribuição de água de Vila Viçosa;

C: Por haver a possibilidade de trabalhos não previstos (dependendo do estado e da situação em que se venha a encontrar tanto a rede como os órgãos), julgou-se conveniente exigir aos concorrentes a posse de alvarás específicos, o que seria difícil através de um procedimento pelo Decreto-Lei n.º 197/99, de 08 de Junho;

D: Contrariamente ao que se encontra previsto no Decreto-Lei n.º 197/99, de 08 de Junho, que no seu Artº 71º estabelece o prazo de 30 (trinta) dias contados do cumprimento de todas as obrigações contratuais por parte do adjudicatário, para libertação pela entidade adjudicante da caução prestada, o Decreto-Lei n.º 59/99, de 02 de Março, estabelece para cumprimento de tal obrigação o prazo de 5 (cinco) anos.

Ora, ao Município de Vila Viçosa afigurou-se muito reduzido o prazo de 30 (trinta) dias para a operacionalização e experimentação de todo o sistema, porquanto tal experimentação



para o equipamento a instalar deverá ser efectuada ao longo de diversos ciclos hidrológicos, tendo como referência o vizinho Município de Estremoz, que promoveu a instalação de sistema idêntico e que não está a funcionar.

Igualmente, a adopção do procedimento com base no Decreto-Lei n.º 59/99, de 02 de Março, teve em conta que seria aquele o procedimento mais adequado à defesa do interesse público, dele resultando um benefício inequívoco para o Município de Vila Viçosa pelos motivos supra mencionados.(...)”

- j) Questionado sobre a legalidade da cláusula 13.1.5. do Caderno de Encargos o Município refere, no mesmo ofício:

“(...) Nos termos do n.º 2 do art.º 136.º, nos casos em que se trate de obras novas que consistam na repetição de obras similares contratadas pelo mesmo dono da obra com a mesma entidade, desde que essas obras estejam em conformidade com o Projecto Base Comum, em que o anterior haja sido adjudicado mediante Concurso Público e não tenham decorrido mais de 3 anos sobre a data de celebração do contrato inicial, existe a possibilidade de utilizar o ajuste directo para a contratação de obras novas, devendo contudo ser indicada aquando da abertura do concurso para celebração do contrato inicial. Assim, prevê-se no ponto 13.1.5. das cláusulas especiais do caderno de encargos tal possibilidade, devendo sempre cumprir-se as situações previstas no art.º 26.º no que respeita à imprevisibilidade e ao disposto nas respectivas alíneas a) e b) do n.º 1, isto é, quando esses trabalhos não possam ser técnica ou economicamente separados do contrato, sem inconveniente grave para o Dono da Obra e estritamente necessários ao seu acabamento.”

3. DO REGIME LEGAL APLICÁVEL

Como se conclui do referido nas alíneas f), g) e i) do ponto anterior, o contrato em apreciação destina-se ao fornecimento e instalação de equipamentos, que constituem bens móveis, (alínea f) i., v., vi., vii., viii. e ix.), englobando também fornecimento de serviços (alínea f) ii., iii., iv., v., vi., ix., x., xiv., xv., e xvi.) e, ainda, trabalhos de construção civil para a adequada instalação dos equipamentos (alínea f) xi., xii. e xiii.).



Tribunal de Contas

Estamos, assim, perante um contrato misto, ao qual se aplica o disposto no n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, bem como no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.

Ambos os preceitos determinam que em caso de contratos que abranjam simultaneamente prestações de aquisição de bens ou serviços e empreitadas de obras públicas deve aplicar-se o regime previsto para a componente de maior expressão financeira.

Como se conclui do referido nas alíneas g) e i) do ponto 2, os trabalhos de construção civil abrangidos pelo presente contrato representam uma parcela financeiramente minoritária no conjunto do valor adjudicado, não sendo sequer possível aplicar ao caso o disposto no n.º 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 59/99, dado esses trabalhos representarem menos de 40% do valor global do contrato.

Uma vez que a componente de maior expressão financeira é, então, no caso, a que diz respeito ao fornecimento de bens e serviços, o regime aplicável aos procedimentos de contratação que precederam o presente contrato era, assim, inquestionavelmente, o regime próprio da aquisição de bens e serviços, ou seja, o regime constante do Decreto-Lei n.º 197/99.

Conforme se refere na alínea i) do probatório, a autarquia considerou mais vantajosa a aplicação ao caso do regime estabelecido no Decreto-Lei n.º 59/99 para as empreitadas de obras públicas.

Tal opção não estava, no entanto, na sua disponibilidade, já que as normas acima referidas são de natureza imperativa.

Refira-se, ainda assim, que os aspectos referidos pelo Município como menos vantajosos no regime constante do Decreto-Lei n.º 197/99 eram perfeitamente acauteláveis.

Quanto à necessidade de exigência de alvarás, o n.º 3 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 59/99 consigna que, mesmo em caso de os concursos e contratos obedecerem a um regime jurídico diferente, para a execução das obras que deles façam parte será sempre exigível a titularidade de certificado de classificação de empreiteiro de obras públicas com as subcategorias adequadas, ou equivalente.

Quanto ao prazo para liberação da caução prestada para garantir o exacto e pontual cumprimento do contrato, importa referir que as partes podiam acordar em prazos mais alargados do que o estabelecido no artigo 71.º do Decreto-Lei n.º 197/99, para além de que esse prazo é contado a partir do cumprimento de *todas* as obrigações contratuais por parte do adjudicatário.



Ora, em face da especificidade dos equipamentos e necessidades em causa, nada impedia o estabelecimento de obrigações contratuais de acompanhamento da implementação do sistema.

Devendo aplicar-se ao caso o disposto no Decreto-Lei n.º 197/99, são, assim, ilegais todas as cláusulas do Programa de Concurso, Caderno de Encargos e Contrato que determinam a aplicação do Decreto-Lei n.º 59/99.

4. DO ÂMBITO DO CONCURSO REALIZADO

Como se referiu na alínea a) do ponto 2 deste Acórdão, para a aquisição em apreço foi estimado um valor de € 400.000,00.

Por sua vez, a adjudicação foi feita por € 415.306,82.

Ambos os valores são superiores ao limiar estabelecido na alínea b) do artigo 7.º da Directiva 2004/18/CE, na redacção do Regulamento (CE) n.º 1422/2007 da Comissão, de 4 de Dezembro de 2007, limiar que é de € 206.000,00⁴.

Por força desse limiar, do disposto nos artigos 190.º e 191.º do Decreto-Lei n.º 197/99, e atendendo tanto ao valor estimado do contrato como ao valor da adjudicação, era aplicável ao procedimento em apreço o disposto no n.º 1 do artigo 194.º e no n.º 2 do artigo 87.º do Decreto-Lei n.º 197/99.

De acordo com estes preceitos legais, era obrigatório o envio do anúncio de abertura do concurso para publicação no *Jornal Oficial da União Europeia* (JOUE).

A obrigação desta publicitação deriva também do estabelecido na Directiva 2004/18/CE, como pode ver-se dos respectivos artigos 1º, n.º 2, alíneas a) e c), e n.º 9, 7º, alínea b), 35º, n.º 2, 36º e Anexo VIII.

A publicação no JOUE não foi realizada, apenas tendo tido lugar a publicação do anúncio de abertura do concurso em *Diário da República* e em jornais, de âmbito nacional e regional (cfr. alínea b) do ponto 2 deste Acórdão).

Ao omitir-se a publicidade no JOUE prejudicou-se a realização da mais ampla concorrência possível e da igualdade de oportunidades entre os operadores económicos do espaço europeu.

⁴ Cfr. Portaria 701-C/2008, de 29 de Julho, que publicita a actualização dos limiares para aplicação das Directivas Europeias de Contratação Pública, a qual esclarece, no entanto, no seu preâmbulo, que os regulamentos comunitários que alteram os referidos limiares são de aplicação directa, não carecendo da publicação de portarias nacionais.



A exigência de publicidade no JOUE responde a imperativos de direito interno e também de direito comunitário, como referimos. Nas Directivas aplicáveis não existe norma a autorizar a derrogação dessa publicidade e o seu incumprimento prejudica a realização do mercado único a que Portugal se encontra obrigado pela vinculação aos Tratados Europeus.

Como bem se referiu no Acórdão n.º 119/2007, da 1ª Secção do Tribunal de Contas, essas situações podem dar origem a acções de incumprimento e a condenações por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia, nos termos previstos nos artigos 226º a 229º do Tratado CEE.

E a jurisprudência desse Tribunal tem sido invariável no sentido de que, relativamente aos contratos abrangidos pelas directivas comunitárias e relativamente às entidades sujeitas ao seu âmbito de aplicação, não há fundamento a não ser que expressamente previsto nas próprias directivas para, situando-se os contratos em causa acima dos limiares comunitários, não proceder à realização de concurso público de âmbito internacional e à sua publicação no JOUE, por forma a assegurar a concorrência comunitária e a concretização do mercado interno. Este Tribunal vem mesmo afirmando que, independentemente das directivas, as regras e princípios fundamentais do Tratado impõem um grau de publicidade adequada para garantir a abertura da concorrência aos contratos públicos e o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação.

5. DA CLÁUSULA 13.1.5 DO CADERNO DE ENCARGOS

Como se referiu nas alíneas h) e j) do ponto 2, o Caderno de Encargos do procedimento que precedeu o contrato em apreciação contém uma cláusula que considera *abrangidos no objecto da “empreitada”*, e, conseqüentemente, do contrato celebrado, eventuais trabalhos a mais necessários à implementação do projecto.

Pretendeu a autarquia que tal cláusula não afastava a apreciação da admissibilidade desses trabalhos face ao disposto no artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 59/99 e visava acautelar a possibilidade de ajuste directo de eventuais obras novas necessárias, para efeitos do disposto no artigo 136.º, n.º 2, do mesmo diploma.

Importa referir que os preceitos citados se referem a situações completamente distintas. No caso dos trabalhos a mais previstos no artigo 26.º, estamos perante trabalhos necessários à realização da *mesma* empreitada, enquanto no caso do artigo 136.º, n.º 2, estamos perante a



realização de *obras novas*, em repetição de obras similares anteriores. Não pode, pois, a cláusula controvertida pretender referir-se a ambas as situações.

Mas, de qualquer forma, e em ambos os casos, estaríamos sempre perante trabalhos que *não estão abrangidos no objecto inicial da empreitada*, e que devem ser analisados em função dos normativos aplicáveis e dos montantes envolvidos, de forma autónoma, e apenas *se e quando* se tornarem necessários.

O disposto na cláusula em causa é, pois, incompatível com o regime legal das situações que se pretendiam acautelar.

6. DA RELEVÂNCIA DAS ILEGALIDADES VERIFICADAS

A ilegalidade identificada no ponto 4 é susceptível de reduzir a concorrência, de limitar o universo das propostas apresentadas e, conseqüentemente, de prejudicar o interesse financeiro em dispor de condições para a obtenção da melhor proposta. É, assim, susceptível de conduzir à alteração do resultado financeiro do procedimento adoptado e do subsequente contrato.

As ilegalidades referidas nos pontos 3 e 5 são susceptíveis de introduzir perturbação e conflitualidade na execução do contrato, nomeadamente em matérias que dão origem a obrigações financeiras, as quais poderiam ser indevidas.

Ora, as ilegalidades que alterem, ou possam alterar, o resultado financeiro dos contratos constituem fundamento da recusa de visto a contratos sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

Refira-se, a propósito, que, para efeitos desta norma, quando aí se diz *“Ilegalidade que (...) possa alterar o respectivo resultado financeiro”* pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro.

Em particular, no que se refere à falta de publicidade do concurso no JOUE, e à semelhança do que foi considerado nos Acórdãos n.ºs 63/05ABR05-1.ªS/SS, 148/05AGO05-1.ª S/SS, 04/2007-7.Abril.2007- 1.ª S/PL, 115/2007-02.Ago.2007-1.ªS/SS, 119/1.ªS/SS/2007, 115/08-30.SET-1.ªS/SS e 36/2009-18.FEV-1.ªS/SS, entende-se que a possibilidade de alteração do resultado financeiro por falta de concorrência alargada ao espaço europeu, o imperativo de direito comunitário e os riscos para o Estado Português do



Tribunal de Contas

incumprimento das suas vinculações externas justificam que não se use da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC.

7. DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto na alínea c) do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, e respectivas alterações.

Lisboa, 15 de Abril de 2009

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(João Figueiredo)

(Helena Ferreira Lopes)

(Procurador Geral Adjunto)

(Jorge Leal)