



ACÓRDÃO N.º 150/2009 - 22.Set.2009 - 1ª S/SS

(Processo n.º 1145/09)

DESCRITORES: Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade / Apresentação das Propostas / Concurso Internacional / Contrato de Prestação de Serviços / Prazo / Publicação Obrigatória / Publicidade de Concurso / Recusa de Visto / Restrição de Concorrência

SUMÁRIO:

1. O art.º 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, deve ser interpretado em conformidade com as disposições de direito comunitário aplicáveis.
2. A qualificação de uma entidade como organismo de direito público pressupõe que ela tenha sido criada para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial (cfr. Directivas n.ºs 97/52/CE, de 13 de Outubro, e 2004/18/CE).
3. A empresa municipal em causa tem como objecto social a gestão e tratamento de resíduos sólidos que são típicas necessidades de interesse geral, e não exerce a sua actividade em condições normais de mercado.
4. Deve, assim, ser qualificada como um organismo de direito público, sujeita ao regime fixado nas Directivas citadas para a formação dos contratos que celebre. Em consequência, está também abrangida pelo regime constante do n.º 1 do art.º 3.º do Decreto-Lei n.º 197/99.



5. O valor do contrato (€ 928.733,88) é superior ao limiar estabelecido na al. b) do art.º 7.º da Directiva 2004/18/CE, na redacção do Regulamento (CE) n.º 2083/2005 da Comissão, de 19 de Dezembro de 2005, em vigor à data da autorização para a abertura do concurso.
6. Por força do disposto na al. b) do n.º 1 do art.º 191.º, no n.º 1 do art.º 194.º e no n.º 2 do art.º 87.º do Decreto-Lei n.º 197/99, era obrigatório o envio do anúncio de abertura do concurso para publicação no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE).
7. De acordo com o disposto no art.º art.º 95.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, o prazo para entrega das propostas não poderia, no caso, ter sido inferior a 52 dias.
8. A violação dos normativos legais mencionados no ponto anterior 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, o que é susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato. Verifica-se, pois, fundamento da recusa de visto, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. c) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Conselheira Relatora: Helena Abreu Lopes



ACÓRDÃO N.º150 /09-. Setembro.22-1.ª S/SS

Proc. N.º 1145/09

1. A Empresa Intermunicipal *Resíduos do Nordeste, EIM*, remeteu para fiscalização prévia o contrato para “**Prestação de Serviços de Limpeza Urbana na Terra Quente Transmontana**”, celebrado, em 29 de Maio de 2009, entre aquela Empresa e *FOCSA – Serviços de Saneamento Urbano de Portugal, S.A.*, pelo preço de € 928.733,88, 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) A prestação de serviços contratada engloba (vd. artigo 3.º das cláusulas técnicas do caderno de encargos, a fls. 49 dos autos):
 - Todas as tarefas necessárias à completa limpeza e remoção dos resíduos, nomeadamente varredura de arruamentos, desobstrução e desinfecção das bocas de lobo, grelhas e respectivos ramais, e ainda o corte de ervas e monda química;
 - Todas as tarefas necessárias à limpeza dos espaços das feiras, nos dias de feira habituais a realizar durante o mês, bem como na “Festa da Cereja e dos Produtos Biológicos” em Alfândega da Fé, na “Feira da Maçã e do Vinho”, em Carrazeda de Ansiães, e na feira “Terra Flor”, em Vila Flor, estas com periodicidade anual;
 - A recolha, lavagem e desinfecção de papeleiras;



- b) O contrato em causa foi precedido da realização de concurso público, autorizado por deliberação do Conselho de Administração da Empresa de 15 de Outubro de 2007 (vd. fls. 5 do processo);
- c) O anúncio de abertura do concurso foi publicado no *Diário da República*, II Série, n.º 78, de 21 de Abril de 2008, e ainda nos jornais *O Primeiro de Janeiro* e *Jornal de Notícias*, de 14 de Abril de 2008 (vd. fls. 70 a 73 dos autos);
- d) O prazo para apresentação de propostas foi fixado em 30 dias a contar da data da publicação do anúncio do concurso em *Diário da República* (vd. artigo 6.º do Programa de Concurso, a fls. 14);
- e) O Conselho de Administração, em 31 de Março de 2009, deliberou adjudicar o contrato à empresa acima identificada; (fls.170 dos autos).
- f) Questionada sobre a não publicação do anúncio de abertura do concurso no *Jornal Oficial da União Europeia*, veio a Empresa alegar o seguinte, no ofício n.º 503, de 11 de Setembro de 2009, a fls. 193 a 195 dos autos:

“Ao tempo teve-se em conta a aplicação directa das novas directivas comunitárias sobre contratação pública. Referimo-nos à Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004, que entrou em vigor no dia da sua publicação e que, à data, ainda não tinha sido transposta para a ordem jurídica interna, embora previsse já novos meios de anunciar, deixando às entidades adjudicantes a faculdade de decidir quanto aos meios adequados para publicitação dos seus contratos.

A Resíduos do Nordeste, EIM, teve também em conta a comunicação interpretativa da Comissão (2006/C/179/02) – referindo vários casos em que o TCE se pronunciou – donde constam diversos meios de publicitação e a não obrigatoriedade de publicitação no JOUE, desde que os meios utilizados sejam adequados a garantir a concorrência. Aliás, neste sentido dispõe o actual artigo 131.º do CCP.



Ora, se é certo que tal Directiva – que só em Janeiro de 2008 foi transposta para a legislação nacional, através do D.L. n.º 18/2008, de 29 de Janeiro - é de observar, também é certo que o entendimento da aplicação directa já justificava a desnecessidade da publicitação no JOUE.

Assim, a convicção da Resíduos do Nordeste, EIM, é, por um lado, a de que a publicitação no JOUE não era obrigatória, (quando muito o seria o anúncio de pré-informação, embora os valores em causa não o exigissem). E, por outro lado, tratando-se de autarquias com um conhecimento lato de todas as empresas a operar neste mercado, mais convicta ficou pelo facto de ser dado um amplo acesso ao procedimento a todos os interessados em contratar, considerando-se adequada para o objecto do procedimento em questão, a publicitação no Diário da República e nos dois jornais de grande circulação nacional e garantindo-se assim o princípio da concorrência no âmbito dos serviços a adquirir, comprovado pelo número de operadores económicos que apresentaram proposta.”

3. DO REGIME LEGAL APLICÁVEL

- a) A “Resíduos do Nordeste, EIM” é uma empresa intermunicipal, constituída pelas Associações de Municípios da Terra Quente Transmontana, Terra Fria do Nordeste Transmontano e do Douro Superior.

Enquanto empresa intermunicipal está integrada no *Sector Empresarial Local*, conforme resulta do disposto no artigo 2.º da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro.

A empresa tem como objecto social a gestão e tratamento de resíduos sólidos urbanos na área dos concelhos de Alfândega da Fé, Bragança, Carraceda de Ansiães, Freixo de Espada à Cinta, Macedo de Cavaleiros,



Tribunal de Contas

Miranda do Douro, Mirandela, Mogadouro, Torre de Moncorvo, Vila Flor, Vila Nova de Foz Côa, Vimioso e Vinhais¹.

- b) Nos termos do artigo 12.º, n.º 1, desta Lei (já vigente à data da abertura do concurso), as empresas do Sector Empresarial Local estão sujeitas às normas comunitárias aplicáveis em matéria de contratação pública.

Tais normas constam da Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, que, à data da abertura do procedimento relativo ao contrato em apreciação, ainda não se encontrava transposta para a legislação nacional, mas cuja aplicação directa² a empresa admite³.

No entanto, importa sublinhar que, à data do lançamento do concurso, vigorava o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho⁴, que estabelecia, designadamente, o regime da contratação pública relativa à aquisição de serviços (categoria em que se insere o contrato em apreço).

Este Decreto-Lei havia transposto para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 97/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro. Esta Directiva havia alterado as Directivas n.ºs 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE e veio a ser substituída pela referida Directiva 2004/18/CE.

- c) É certo que o disposto no artigo 2.º, alínea b), do Decreto-Lei n.º 197/99 parecia afastar a aplicação deste diploma às empresas públicas.

Mas, como é entendido pela doutrina e pela jurisprudência, as entidades excluídas do âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 197/99 pela parte final da alínea b) do artigo 2.º podiam vir a estar-lhe sujeitas nos termos do n.º 1 do artigo 3.º.

¹ Cfr. artigo 1.º das cláusulas técnicas do caderno de encargos.

² Em virtude de já ter decorrido o prazo para essa transposição.

³ Cfr. alínea f) do ponto anterior.

⁴ Cfr. alíneas b) e c) do ponto 2 e artigo 16.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.



Ou seja, nos termos do artigo 2.º, alínea b) ⁵, o regime do Decreto-Lei n.º 197/99 não se aplicava, *em regra*, às empresas públicas. No entanto, se se verificassem as circunstâncias definidas no artigo 3.º, n.º 1 ⁶, esse regime já lhes era aplicável.

O n.º 1 do referido artigo 3.º determinava que ficavam sujeitas às disposições do Capítulo XIII do Decreto-Lei n.º 197/99 ⁷ as *pessoas colectivas sem natureza empresarial* criadas com o objectivo específico de satisfazer necessidades de interesse geral, financiadas maioritariamente pelas entidades referidas no artigo 2.º, sujeitas ao seu controlo de gestão ou com um órgão de administração, direcção ou fiscalização cujos membros fossem em mais de 50% designados por aquelas entidades.

A questão estava, então, em determinar quando é que uma empresa pública devia ser considerada como uma pessoa colectiva *sem natureza empresarial*.

Ora, se ao conceito “*pessoas colectivas sem natureza empresarial*” fosse dado um sentido formal ou puramente económico, ficariam excluídas do regime de contratação pública um conjunto variado de empresas do sector empresarial público que, precisamente, as directivas europeias que o diploma transpunha quizeram incluir nesse regime.

Uma vez que o que era determinado pelo referido artigo 3.º, n.º 1, era a aplicação aos casos nele enunciados das “*Disposições especiais de natureza comunitária*” constantes do Capítulo XIII do Decreto-Lei, mas que as normas comunitárias faziam apelo ao conceito de *organismo de direito público* ⁸, aparentemente não coincidente com a expressão “*pessoas colectivas sem natureza empresarial*”, a doutrina e a

⁵ Que define o âmbito de aplicação pessoal do diploma.

⁶ Que trata da “extensão” desse âmbito de aplicação pessoal.

⁷ Que, por sua vez, mandava aplicar as disposições dos capítulos anteriores.

⁸ Cfr. artigo 1.º, alínea b), da Directiva 92/50/CEE.



jurisprudência vieram defender uma interpretação da norma em causa em conformidade com as disposições de direito comunitário aplicáveis⁹.

Nessa linha, foi produzida relevante jurisprudência e doutrina no sentido de incluir no âmbito subjectivo de aplicação do Decreto-Lei n.º 197/99 as entidades que, não obstante serem empresas, eram qualificáveis como *organismos de direito público*, na acepção comunitária¹⁰.

Os Acórdãos deste Tribunal n.ºs 06/07-MAI.02-1.ªS/PL, 110/08-22.SET.2008-1.ªS/SS, 113/08-30.SET-1.ªS/SS e 20/09-2.JUN-1.ªS/PL afirmaram também esse entendimento.

- d) Ora, a qualificação de uma entidade como *organismo de direito público*, tanto para as Directivas que o Decreto-Lei n.º 197/99 visou transpor como para a Directiva n.º 2004/18/CE, pressupõe que ela tenha sido criada *para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial*.

E no Acórdão exarado no processo C-18/01, tal como nos Acórdãos proferidos nos processos C-44/96, C-360/96 e C-373/00, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) afirmou que desde que se comprove que uma entidade foi criada para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, ela deve ser considerada como um organismo de direito público, mesmo que, para além dessa missão, ela tenha a liberdade de exercer outras actividades e

⁹ Ou, no limite, uma invocação do efeito directo vertical da norma comunitária que o Decreto-Lei n.º 197/99 visou transpor e eventualmente transpôs deficientemente.

¹⁰ Vejam-se os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 17 de Janeiro de 2006 e de 14 de Março de 2006, no processo n.º 980/05, e os Acórdãos do Tribunal Central Administrativo do Norte, no processo n.º 1004/04, e do Tribunal Central Administrativo do Sul, nos processos n.ºs 560/05 e 559/05, afirmando que o âmbito pessoal de aplicação do Decreto-Lei n.º 197/99 se devia considerar ampliado aos casos em que as entidades se devessem qualificar como *organismos de direito público* para os fins das directivas europeias que esse diploma visou transpor.

No mesmo sentido podem citar-se, designadamente, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, em *Sociedade Anónima, A Sedutora*, Cláudia Viana, em *Contratação Pública e empresas públicas: direito nacional e direito comunitário* e em *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Maria João Estorninho, em *“Direito Europeu dos Contratos Públicos”*, João Amaral e Almeida, em *“Os organismos de direito público e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu”*, Alexandra Leitão, em *“Contratos de prestação”*, João Caupers, em *“Âmbito de aplicação subjectiva do Código dos Contratos Públicos”* e Rui Medeiros, em *“Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”*.



mesmo que a satisfação das necessidades de interesse geral constitua apenas uma parte relativamente pequena das actividades efectivamente exercidas¹¹.

- e) Como referimos acima, a “*Resíduos do Nordeste, EIM*” tem como objecto social a gestão e tratamento de resíduos sólidos, o que inclui, como se refere nos documentos do procedimento em causa, a sua recolha e remoção e a promoção da limpeza e da higiene pública.

Trata-se de objectivos que se enquadram nas atribuições dos Municípios¹², típicas finalidades públicas, estabelecidas em benefício da colectividade, que estas entidades públicas optaram por satisfazer através de uma pessoa colectiva que criaram para o efeito e relativamente à qual mantêm uma influência determinante.

A empresa foi, pois, criada para satisfazer necessidades que, nos termos da jurisprudência exarada pelo TJCE no processo C-18/01, são configuráveis como de interesse geral.

Ora, esses interesses não se prestam a um intuito mercantil ou ao jogo da concorrência.

De resto, a procura de lucros não poderia, em caso algum, constituir o objectivo principal da sociedade. A Lei n.º 53-F/2006, que define o regime da empresa em causa, proíbe expressamente, no seu artigo 5.º, n.º 1, a criação de empresas intermunicipais com um intuito predominantemente mercantil.

Por outro lado, o artigo 31.º da mesma Lei estabelece que os sócios de direito público destas empresas estão legalmente obrigados a suportar integralmente o seu eventual défice de exploração, pelo que se deve considerar que elas não suportam o risco da sua actividade, e, portanto, não a exercem em condições normais de mercado.

¹¹ Atendendo a que “a condição constante do primeiro travessão do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da directiva, de que o organismo deve ter sido criado para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, não implica que o mesmo esteja unicamente encarregado de satisfazer essas necessidades.”

¹² Vd. Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro.



Assim, deve concluir-se que as necessidades de interesse geral postas a cargo da “Resíduos do Nordeste, EIM” são desprovidas de carácter industrial ou comercial¹³.

Consequentemente, e porque os restantes requisitos também se verificam, a empresa “Resíduos do Nordeste, EIM” deve ser qualificada como um *organismo de direito público* para os fins das directivas acima indicadas.

Como tal, estamos perante uma entidade adjudicante sujeita de pleno ao regime fixado nessas directivas para a formação dos contratos que celebre.

E isso implica considerar que a empresa estava também abrangida pelo regime constante do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 197/99.

- f) Nessa medida, por força do estabelecido nessa norma, aplicavam-se ao caso os artigos 191.º, n.º 1, alínea b), 80.º, n.º 1, 87.º, n.ºs 1 e 2, e 194.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99.

4. DO ÂMBITO DO CONCURSO REALIZADO

Como se conclui do referido no ponto 1 e na alínea a) do ponto 2, o contrato em apreciação é um contrato de aquisição de serviços, que envolve a recolha de resíduos e a limpeza de arruamentos, no valor de € 928.733,88.

Este valor é superior ao limiar estabelecido na alínea b) do artigo 7.º da Directiva 2004/18/CE, na redacção do Regulamento (CE) n.º 2083/2005 da Comissão, de 19 de Dezembro de 2005, em vigor à data da autorização para a abertura do concurso. Este limiar era, nessa data, de € 211.000,00¹⁴.

Por força desse limiar, do disposto na alínea b) do nº1 do artigo 191.º do referido Decreto-Lei n.º 197/99, e atendendo ao valor da adjudicação, era

¹³ À semelhança do que se decidiu no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo proferido no processo n.º 980/05 e do que se preconizou no Acórdão do TJCE sobre o processo C-18/01.

¹⁴ O limiar vigente a data da publicação do anúncio do concurso era já o resultante do Regulamento (CE) n.º 1422/2007, da Comissão, de 4 de Dezembro de 2007, fixado em € 206.000,00. Vd. também Portaria n.º 701-C/2008, de 29 de Julho.



aplicável ao procedimento de formação do contrato o estabelecido 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, e ao contrário do que pretende a empresa¹⁵, era obrigatório o envio do anúncio de abertura do concurso para publicação no *Jornal Oficial da União Europeia* (JOUE).

E, também ao invés do invocado pela entidade, a obrigação desta publicitação resulta igualmente do estabelecido na Directiva 2004/18/CE, nos respectivos artigos 1º, n.º 2, alínea d), e n.º 9, 7º, alínea b), 35º, n.º 2, 36º, categoria 16 do Anexo II A e Anexo VIII.

Assim, das normas aplicáveis, tanto nacionais como comunitárias, resultava a obrigatoriedade de publicitação do concurso no JOUE.

Não tinha a entidade adjudicante qualquer faculdade de postergar essa publicitação, já que nem no Decreto-Lei n.º 197/99 nem nas Directivas aplicáveis existe norma a autorizar a derrogação dessa publicidade¹⁶.

No caso, 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 (cfr. alínea c) do ponto 2 deste Acórdão).

Ao omitir-se essa publicitação prejudicou-se a realização da mais ampla concorrência possível e da igualdade de oportunidades entre os operadores económicos do espaço europeu.

Como vimos, a exigência de publicidade no JOUE responde a imperativos de direito interno e também de direito comunitário, sendo que o seu incumprimento prejudica a realização do mercado único a que Portugal se encontra obrigado pela vinculação aos Tratados Europeus.

A jurisprudência do TJCE 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,

¹⁵ Cfr. alínea f) do probatório.

¹⁶ De resto, e também ao contrário do que vem invocado pela empresa, a mesma situação se verifica no âmbito do novo Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.



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.

E, como se tem referido nos Acórdãos do Tribunal de Contas já mencionados, essas situações podem mesmo dar origem a acções de incumprimento e a condenações por parte do TJCE, nos termos previstos nos artigos 226º a 229º do Tratado CEE.

Acresce que, havendo lugar à publicação do anúncio no JOUE, e por força do disposto no n.º 1 do artigo 95.º do Decreto-Lei n.º 197/99, o prazo estabelecido para entrega das propostas não poderia ter sido inferior a 52 dias. No caso, foi apenas de 30 dias (cfr. alínea d) do ponto 2 deste Acórdão).

5. DA RELEVÂNCIA DA ILEGALIDADE VERIFICADA

A ilegalidade identificada no ponto anterior 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.

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 Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

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.



E como tem sido jurisprudência deste Tribunal, entende-se, no que se refere à falta de publicidade do concurso no JOUE, que a gravidade da ilegalidade, 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 incumprimento das suas vinculações externas justificam que não se use da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97.

6. DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto na alínea c) do n.º 3 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, 22 de Setembro de 2009

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)



Tribunal de Contas

(João Figueiredo)

(Helena Ferreira Lopes)

(Procurador Geral Adjunto)
(Jorge Leal)