



ACÓRDÃO N.º 04/2007 - 07.Abr.2007 - 1ªS/PL

Recurso Ordinário n.º 03/07

SUMÁRIO:

Quando em razão da natureza dos serviços postos a concurso e do valor dos mesmos, por força da lei interna e das normas comunitárias, seja obrigatória a publicitação a nível comunitário, designadamente, no Jornal Oficial da União Europeia, do aviso de abertura do concurso (ver arts. 80.º, n.º 1, 87.º, 191.º, al. b), 194.º e Anexo V do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, arts. 1.º, n.º 2, al d) e Anexo II, 7.º, 35.º, n.º 2, 36.º e Anexo VIII da Directiva 2004/18/CE, de 31 de Março, art.º 2.º do Regulamento (CE) 1874/04, de 28 de Outubro e ponto 2.1.2. da Comunicação Interpretativa da Comissão 2006/C 170/02), a falta dessa publicitação, pois que é susceptível de restringir a concorrência e, em consequência, de alterar o resultado financeiro do contrato, constitui fundamento de recusa do visto, ao abrigo da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Conselheiro Relator: Amável Raposo



Tribunal de Contas

RO 03/07/1ª Secção

Recorrente: INSTITUTO DA ÁGUA

Acórdão 04/07ABR18/1ª S-PL

Acordam os Juizes do Tribunal de Contas, em plenário da 1ª Secção:

1. O Instituto da Água recorre do Acórdão da 1ª Secção, em Subsecção, que recusou o Visto ao contrato de prestação de serviços referente ao “Controlo de vigilância, manutenção e operacionalidade das obras de adução de água que integram o aproveitamento hidráulico do Baixo Mondego”, celebrado com a “Luságua Ambiente, Serviços ambientais SA”, recusa cujo fundamento residiu na falta de publicação do aviso de lançamento do concurso no Jornal Oficial das Comunidades Europeias (JOCE).
2. Na alegação de recurso formulam-se as seguintes conclusões:
 - A. “A recusa de Visto tem o seu fundamento na falta de publicação do anúncio no JOCE, ilegalidade que é susceptível de determinar menos concorrência e em consequência sair agravado o resultado financeiro do contrato.
 - B. A ilegalidade verificada não configura nulidade absoluta do contrato mas mera anulabilidade.
 - C. Tem sido jurisprudência do Tribunal de Contas que há lugar a recusa de visto sempre que a desconformidade do contrato configurar nulidade.



- D. A sanção-regra da invalidade dos actos é a anulabilidade – cfr artºs 133º e 135º do CPA.
- E. A nulidade dos actos encontra-se consagrada nos artºs 133º e 135º do CPA.
- F. A omissão de publicação do Anúncio no JOCE não se encontra contida no nº 1 do artº 133º do CPA.
- G. Não existe norma jurídica que comine a violação desta disposição procedimental com a nulidade.
- H. No caso sub judicio não foi inviabilizada a concorrência na sua maior amplitude possível.
- I. O objecto do contrato de prestação de serviços é a vigilância e manutenção da obra do Aproveitamento do Baixo Mondego.
- J. E abrange os trabalhos de vigilância de toda a obra, limpeza e manutenção de grelhas e equipamentos hidromecânicos, eliminação da vegetação infestante existente nos taludes e coroamento dos diques e junto ao canal condutor geral, limpeza dos detritos no canal condutor geral (terra, areia, pedras, bivalves, conchas, madeiras, troncos, ramos de árvores ou arbustos).
- K. A maior parte destes trabalhos é executada por pessoal operário indiferenciado, recrutado localmente e com conhecimento da Bacia Hidrográfica do Mondego.
- L. O anúncio foi publicado em dois jornais de grande circulação nacional e regional.
- M. Ao concurso apresentaram-se as grandes empresas com experiência e conhecimento firmados em matéria de exploração e controlo de obras hidráulicas e da Bacia Hidrográfica do Mondego.
- N. A concorrência foi viabilizada.
- O. O resultado financeiro para o contrato foi positivo e foram conseguidas as melhores condições económicas para a prestação do serviço.
- P. O Tribunal de Contas, através de decisão fundamentada, deverá aplicar o nº 4 do artº 44º do Dec-Lei (rectius, da Lei) 98/97 e conceder o Visto com



recomendação expressa ao aqui recorrente no sentido de evitar no futuro a prática de tais ilegalidades.

Q. A obra do Aproveitamento Hidráulico do Mondego é uma obra hidráulica muito extensa, de grande complexidade e de risco para as populações ribeirinhas.

R. Toda esta obra necessita de vigilância e manutenção apertadas.

S. E não se compadece com delongas processuais.

T. É do maior interesse público o Tribunal de Contas conceder o “*Visto*” com a recomendação já referida”.

3. O Ministério Público pronuncia-se no sentido da improcedência do recurso por ter havido diminuição da concorrência e porque os fundamentos que o Recorrente invoca em favor da concessão do Visto com recomendações não são de molde a motivar o uso dessa faculdade.

4. Partimos dos seguintes factos, dados como assentes e tomados em consideração no Acórdão recorrido e não postos em crise no recurso:

4.1 Por anúncio publicado no Diário da República, III Série, de 20 de Agosto de 2004 e nos jornais Correio da Manhã e Diário de Coimbra de 13 do mesmo mês e ano, o Instituto da Água lançou concurso público para a prestação dos serviços descritos em 1.

4.2 Tais serviços foram adjudicados pelo preço de € 1 498 459,00, mais IVA.

4.3. O concurso não foi publicitado no JOCE.

4.4. Apresentaram-se a concurso 3 concorrentes, todos admitidos, havendo os serviços sido contratados com a sociedade identificada em 1.



5. A obrigação de dar publicidade ao concurso no JOCE mostra-se fundada, na decisão recorrida, nos artºs 80º, 1, 87º, 191º, 1, b) e 194º do DL 197/99, 08JUN, entendimento que, em razão da natureza dos serviços contratados, que se incluem no anexo V desse diploma, e do valor dos serviços a adjudicar, que é superior a € 200 000, se afigura pacífico e que o próprio Recorrente não questiona.
6. Quanto à consequência da omissão dessa publicidade, o acórdão recorrido, considerando que se trata de ilegalidade susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato, sanciona-a com a recusa de Visto, ao abrigo da al. c) do nº 3 do artº 44º da Lei 98/97, o que mostra que tratou a situação, não em sede de nulidade (al. a) do referido nº 3), como o Recorrente erroneamente supõe (supra 2, conclusões B a G, que, no contexto dado, surgem como excrescentes), mas em sede de anulabilidade.

E é por se tratar de uma situação de anulabilidade, prevista na referida al. c), que pode colocar-se, como o Recorrente houve por bem, a questão da substituição da recusa do Visto pelo Visto com recomendações, faculdade que a lei defere ao Tribunal no nº 4 do artº 44º.

Esta é, pois, a questão que é objecto do recurso.

7. O que o nº 4 exige para, existindo ilegalidade susceptível de alterar o resultado financeiro, poder dar o Visto com recomendações, é que o Tribunal fundamente a decisão.

Vejamos o que nesse sentido o Recorrente oferece.

Diz-se (conclusão H) que “não foi inviabilizada a concorrência na sua maior amplitude possível”.

Mas é óbvio que foi.



Tribunal de Contas

Ao omitir-se a publicidade no JOCE, os potenciais interessados, sediados nos diversos Países da União Europeia, que se socorrem desse meio de divulgação para acederem aos concursos, ficaram, por plausível falta de conhecimento, impedidos de se apresentarem, não podendo, em consequência, sustentar-se que existiu a mais ampla concorrência possível, a qual só poderíamos dar como assente se ao concurso houvesse sido dada publicidade com a amplitude que a lei exige.

Prejudicadas ficam, em razão disso, as ilacções que se pretendem retirar das conclusões enunciadas em L, M, N, O (supra, 2).

A conclusão K, atinente ao pessoal operário a recrutar localmente, é inócua, pois que se essa fosse, o que não se invoca, exigência constante do programa do concurso, qualquer empresa concorrente a ela ficaria vinculada.

Restam as conclusões que se ligam ao objecto do contrato (I, J) e à extensão, complexidade, risco e exigências da obra (Q, R, S, T), aspectos que o Recorrente aborda numa vertente de urgência e de interesse público que seria incompatível com a manutenção da recusa e a necessidade de reiterar o procedimento a partir do momento em que ocorreu o vício que a fundamenta.

Essa é uma incompatibilidade que não está demonstrada, sendo que a própria enunciação das situações de cheias e de excessos de caudal que são invocadas para afirmá-la vêm, como o Recorrente informa, ocorrendo ao longo dos anos, com especial incidência a partir de Dezembro de 2000 e mais recentemente em Janeiro passado, o que não impediu de gerir a situação mediante concurso público, sem necessidade, portanto, de, por imperiosa urgência, lançar mão do ajuste directo.



8. É, todavia, plausível que a gestão da recusa do Visto, neste como na generalidade dos casos, crie dificuldades, mas isso não basta a fundar o uso da faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º, pois se assim fosse, seguramente que o legislador ou não autorizaria a recusa com a latitude vertida nas várias alíneas do n.º 3 ou, ao invés do que prevê no n.º 1 do art.º 45.º, só autorizaria o início de execução dos contratos após a concessão do Visto.
9. No caso em apreço, dado o fundamento da recusa, sendo certo que a falta de conhecimento e de participação de eventuais interessados no concurso é susceptível de agravar o seu resultado financeiro, o que constitui fundamento de recusa do Visto, nos termos do art.º 44.º, 3, c) da Lei 98/97, 26AGO, não se reconhecendo nas razões invocadas pelo Recorrente suficiente suporte para alterar o decidido ¹, considerando que a recusa responde a um imperativo de direito interno, mas também de direito comunitário ², inexistindo nas directivas aplicáveis norma

¹ Sobre as consequências da falta de publicidade no JOCE, ver, no sentido que no texto se preconiza, os Acórdãos 63/05ABR05-1.ªS/SS e 148/05AGO05-1.ª S/SS. Os Acórdãos 79/00NOV21-1.ªS/SS e 76/02OUT01-1.ªS/SS, subsumindo a recusa do Visto na al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei 98/97, consideram haver nulidade, ao abrigo dos art.ºs 133.º, 1 e 185.º, 1 do Código do Procedimento Administrativo. Já os Acórdãos 167/05OUT18-1.ªS/SS e 260/06JUL06-1.ªS/SS, convergindo na sanção da anulabilidade, ao abrigo da al. c) do n.º 3, entendem valorar em favor da faculdade prevista no n.º 4, “a circunstância de não ser segura a alteração do resultado financeiro” (Ac. 167/05) ou “o facto de o agravamento do resultado financeiro não estar adquirido” (Ac. 260/06).

² A matéria, antes versada na Directiva 92/50/CEE, de 18/06/92, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, consta hoje da Directiva 2004/18/CE, de 31/03/04, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitadas de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, que revogou aquela, bem como as demais Directivas sectoriais que integra (empreitadas e fornecimentos), a partir de 31/01/06, data até à qual os Estados-Membros estavam adstritos a transpô-la para o direito interno, o que Portugal ainda não concretizou. A obrigação de, do concurso ora em apreço, dar publicidade ao nível comunitário, que a anterior Directiva contemplava, mantém-se na nova, como pode ver-se dos art.ºs 1.º, 2, d) e Anexo II e 7.º (novos limiares, entretanto revistos pelo art.º 2.º do Regulamento (CE) 1874/04, de 28/10/04), 35.º, 2 (anúncio do concurso) e 36.º (conteúdo do anúncio e publicação) e Anexo VIII, embora a publicação não haja necessariamente que ser levada ao, agora designado, JOUE (ver Comunicação Interpretativa da Comissão 2006/C 179/02, ponto 2.1.2.).



Tribunal de Contas

a autorizar a derrogação da publicidade, ao nível comunitário, nos casos em que, em razão da natureza e do valor dos contratos, a ela haja lugar, visto o elevado valor do contrato (€ 1 498 459) por referência ao limiar da exigência comunitária (€ 200 000, valor elevado na Directiva 2004/18/CE para € 236 000), não se vê fundamento para, usando da faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º, conceder o Visto com recomendação.

NESTES TERMOS, julgando improcedente o recurso, confirmam a recusa do Visto.

Emolumentos legais.

Lisboa, 18ABR07

Amável Raposo (Relator)

Helena Ferreira Lopes

Manuel Mota Botelho