



ACÓRDÃO Nº 32 /09 – 14.JUL.09 – 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 14/09

Proc. nº 13/09

CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE BENS OU SERVIÇOS.
CONTRATO DE EMPREITADA.
CONTRATO MISTO.
PUBLICITAÇÃO DO PROCEDIMENTO NO JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA (JOUE).

SUMÁRIO

- I – Ao contrato misto (comportando prestações de aquisição de bens ou serviços e empreitada de obras públicas) aplica-se o regime legal previsto para a componente de maior expressão financeira;
- II – Representando o valor dos trabalhos de construção civil, uma percentagem de 16,42%, relativamente ao valor total da adjudicação, viola o disposto no artigo 5º, nº1, do DL nº 59/99 de 2 de Março o Município que, para o procedimento pré-contratual relativo a um contrato misto, não aplica o regime previsto no DL nº 197/99 de 8 de Junho;
- III - Sendo o valor estimado do contrato, bem como o valor da adjudicação, superiores ao limiar estabelecido na alínea b) do artigo 7º, da Directiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, na redacção dada pelo Regulamento (CE) nº 1422/2007, da Comissão, de 4 de Dezembro, era obrigatória a publicitação do anúncio



Tribunal de Contas

da abertura do procedimento pré-contratual no JOUE, nos termos do disposto nos artigos 194º, nº1 e 87º, nº2, do DL nº 197/99 de 8 de Junho, aplicáveis *ex vi* dos artigos 190º, al. b) e 191º, nº1, al. b), do mesmo diploma legal;

- IV – A publicitação, referida no ponto anterior, aplica os princípios da concorrência e da publicidade, valores fundamentais dos procedimentos de contratação pública e, simultaneamente, dá resposta a imperativos de direito interno e de direito comunitário.
- V – Pelos riscos que adviriam para o Estado Português de uma situação de incumprimento do Direito Comunitário, a omissão da publicitação do procedimento no JOUE - quando legalmente imposta - não permite o uso da faculdade prevista no nº4, do artigo 44º, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto (Lei de organização e Processo do Tribunal de Contas).
- VI – As ilegalidades referidas em II e III, implicando a violação dos princípios da legalidade, da concorrência e da publicidade, são susceptíveis de poder consequenciar a alteração do resultado financeiro do contrato, pelo que preenchem o fundamento de recusa de visto estabelecido no artigo 44º, nº3, al. c) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

Lisboa, 14 de Julho de 2009.

O Juiz Conselheiro

A. M. Santos Soares



ACÓRDÃO Nº 32 /09 – 14.JUL.09 – 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 14/2009

(Proc. nº 13/09)

Acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Plenário:

I – RELATÓRIO

1. Recorreu o **Município de Vila Viçosa** do Acórdão nº 81/09, de 15 de Abril de 2009, da 1ª Secção deste Tribunal, em subsecção, proferido no Processo nº 13/2009, e que recusou o visto ao contrato para “Instalação de um Sistema de Telegestão da Rede de Captação, Adução e Distribuição de Água do Concelho de Vila Viçosa”, celebrado entre o referido Município e a empresa “*Cegelec, Instalações e Sistemas de Automação, Lda,*”, pelo valor de 415.306,82 acrescido de IVA.

Tal decisão foi proferida com fundamento no disposto no artigo 44º, nº3, al. c) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, em virtude de não ter sido publicado, no Jornal Oficial da União Europeia, o anúncio de abertura do concurso público que antecedeu a celebração do contrato, bem como por as cláusulas do Programa de Concurso, do Caderno de Encargos e do Contrato determinarem a aplicação do DL nº 59/99 de 2 de Março, quando, tratando-se de um contrato misto (contendo prestações de aquisição de bens ou serviços e de empreitada de



obras públicas) e, sendo a componente de maior expressão financeira, a respeitante ao fornecimento de bens e serviços, deveria ser aplicável, ao caso, o disposto no DL n° 197/99 de 8 de Junho.

Mais sustentou a decisão recorrida que o Caderno de Encargos contém uma cláusula relativa à inclusão, na empreitada, de trabalhos a mais, a qual é incompatível com o disposto nos artigos 26° e 136°, n°2, do DL n° 59/99 de 2 de Março.

Tais ilegalidades, segundo a decisão recorrida, são susceptíveis de reduzir a concorrência e de introduzir perturbação e conflitualidade na execução do contrato.

2. Nas suas alegações de recurso, refere o recorrente:

“1° - Considera que o resultado financeiro do Contrato outorgado é o mesmo que obteria caso tivesse sido aplicado o regime previsto no Decreto-Lei n° 197/99 de 08 de Junho;

2° - Considera que foi realizada a publicitação adequada ao tipo de contrato em causa. Não houve qualquer intenção de omitir a publicidade no JOUE. O mercado empresarial foi suficientemente informado, tendo onze empresas adquirido o processo de Concurso, uma das quais sedeada em Espanha (Vigo);

3° - Apresentaram proposta a Concurso seis empresas, tendo sido admitidas quatro, cuja classificação final se situa entre 4,29 e 4,54, numa escala de 0 a 5;

4° - O atraso na concretização deste Projecto que se está a desenvolverá cinco anos acarretará grandes prejuízos financeiros ao Município, na medida em que um dos



objectivos principais de tal instalação é a detecção automática de fugas de água destinada a abastecimento público, bem como à população calipolense na medida em que se pretende otimizar a gestão da rede de distribuição de água quanto às vertentes de pressão, qualidade e quantidade.”.

Termina, pedindo que seja aceite o presente recurso, concedendo-se o VISTO ao contrato.

3. O Excelentíssimo Magistrado do Ministério Público emitiu douto parecer no sentido de o recuso não merece provimento, referindo, ainda, que o recorrente não alega nem demonstra qualquer razão de facto ou de direito que possa pôr em causa os fundamentos do acórdão recorrido, nem suscita questão relevante que permita a reapreciação da matéria em causa.

4. Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

II – MATÉRIA DE FACTO

Tendo em conta o que consta do Acórdão recorrido, considera-se assente a seguinte matéria de facto:

A) O Município de Vila Viçosa celebrou, em 23 de Dezembro de 2008, com a empresa “*Cegelec, Instalações e Sistemas de Automação, Lda*”, um contrato para a “Instalação de um Sistema de Telegestão da Rede de Captação, Adução e Distribuição de Água do Concelho de Vila Viçosa”, no valor de 415.306,82 €, acrescido de IVA;



Tribunal de Contas

- B)** 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”;
- C)** Na proposta referida na alínea anterior, 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 48º do DL nº 59/99 de 2 de Março, com as alterações introduzidas pela Lei nº 163/99 de 14 de Setembro;¹
- D)** O anúncio de abertura do concurso foi publicado no *Diário da República*, 2ª série, de 24 de Janeiro de 2008, tendo sido publicados, nos *Diários da República*, 2ª série, de 14 de Março de 2008 e de 5 de Junho do mesmo ano, anúncios de prorrogação do prazo para a apresentação de propostas, o qual, por força dessas prorrogações, terminou em 2 de Julho de 2008.
Foram ainda publicados anúncios nos jornais “*Diário do Sul*” e “*Diário de Notícias*”;
- E)** Nas cláusulas 8 do Programa de Concurso e 2.2.1. b) do Caderno de Encargos, define-se a aquisição como uma *empreitada por série de preços*;
- F)** 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 nº 59/99 de 2 de Março, diploma seguido ao longo de todo o procedimento;
- G)** Na cláusula 9 do Contrato, refere-se: “*Quanto ao mais e nas partes omissas aplicar-se-á as normas reguladoras das empreitadas de obras*”

¹ Vide fols. 6 dos autos.



Tribunal de Contas

públicas, nomeadamente o já referido Decreto-Lei número cinquenta e nove barra noventa e nove de dois de Março.”;

H) Do mapa discriminativo dos trabalhos a desenvolver, 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;
- 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.

D) 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;

J) 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. n.º 59/99, de 2 de Março.”;

J) Questionada sobre a qualificação das prestações abrangida 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 fols. 92 e seguinte, 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...”;

K) Questionado sobre a legalidade da cláusula 13.1.5. do Caderno de Encargos, o Município de Vila Viçosa 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.”.

III – O DIREITO

1. Como resulta do que acima se disse, nas partes **I) e II)**, e, designadamente, da matéria de facto dada por assente, o Acórdão recorrido considerou ter o Município de Vila Viçosa violado o disposto no nº1, do artigo 5º, do DL nº 59/99 de 2 de Março e serem ilegais todas as cláusulas do Programa de Concurso, Caderno de Encargos e Contrato que determinam a aplicação do referido DL nº 59/99.

Mais considerou a decisão recorrida que o citado Município violou o disposto nos artigos 194º, nº1 e 87º, nº2 do DL nº 197/99 de 8 de Junho, aplicáveis *ex vi* dos artigos 190º e 191º do mesmo diploma legal.

Considerou, ainda, o Acórdão recorrido que é a cláusula 13.1.5. do Caderno de Encargos, por considerar abrangidos no objecto da empreitada, eventuais trabalhos a mais, necessários à implementação do projecto, é



incompatível com o disposto nos artigos 26º e 136º, nº2, do DL nº 59/99 de 2 de Março.

2. Ainda que, como refere o Excelentíssimo Magistrado do Ministério Público, o recorrente não tenha alegado qualquer razão de facto ou de direito que ponha em causa a fundamentação da decisão recorrida, sempre se analisará se se verificaram as ilegalidades apontadas no Acórdão recorrido, e se, por outro lado, face à matéria de facto dada por assente, se impõe, ou não, a recusa de visto ao contrato *sub judice*.

Vejamos, pois:

3. Como resulta da matéria de facto dada por assente nas alíneas **H), I) e K)** do probatório, atrás indicado, o contrato, a que se reporta o presente recurso, diz respeito ao fornecimento de bens móveis e equipamentos e, ainda, a trabalhos de construção civil, destinados à instalação dos mencionados equipamentos.

Trata-se, assim, e na expressão do legislador do DL nº 59/99 de 2 de Março, de um *contrato misto*.

Para alcançar o regime legal aplicável aos *contratos mistos*, importa observar o que dispõe o artigo 5º, deste DL nº 59/99 de 2 de Março, e, designadamente, os seus números 1 e 2:

Artigo 5º Contratos mistos

- 1 - Na contratação pública, que abranja simultaneamente prestações autónomas de aquisição de serviços ou de bens e empreitadas de obras públicas, aplica-se o regime previsto para a componente de maior expressão financeira.
- 2 - Quando, por aplicação da regra do nº1, se tenha aberto deter-



Tribunal de Contas

minado concurso, mas se verifique, após conhecimento das propostas dos concorrentes, que se deveria ter aberto concurso diferente, o concurso aberto prosseguirá os seus termos até à celebração do contrato, desde que a componente financeira do tipo de contrato que determinou a abertura do concurso não seja inferior a 40% do valor global do contrato.

3 – Em qualquer caso, para a execução das obras que fazem parte desse contrato será sempre exigível a titularidade de certificado de classificação de empreiteiro de obras públicas com as subcategorias adequadas, de acordo com o estabelecido em diploma próprio, ou de certificado de inscrição em lista oficial de empreiteiros aprovados nos termos previstos no artigo 68º, se for o caso.

No caso vertente, e como se retira da matéria de facto constante das alíneas **A) e C)** do probatório, o contrato tem o valor de € 415,306,82 sendo que a aquisição tivera um valor estimado de 400.000,00 €.

Por outro lado, os trabalhos de construção civil têm um valor de 68.217,03 €, como se deixou assente na alínea **I)** do mesmo probatório, o que significa que tais trabalhos representam 16,42% do montante da adjudicação.

Assim, e porque a aquisição de bens móveis e equipamentos tem, no contexto da adjudicação, uma expressão financeira substancialmente superior ao dos trabalhos de construção civil, manifesto é que se deveria ter seguido o regime previsto para a aquisição de bens e serviços, ou seja o regime do DL nº 197/99 de 8 de Junho, como se refere no Acórdão recorrido.

Aliás, - e como também se acentua na decisão posta em causa pelo presente recurso - tendo em conta que o valor dos trabalhos de construção civil representa uma percentagem de 16,42%, relativamente ao total da adjudicação, nem sequer seria possível observar o regime previsto no nº2, do citado artigo 5º, do DL nº 59/99 de 2 de Março, dado que este normativo exige, para tal, que a componente financeira, que determinara a abertura do concurso, não seja inferior a 40% do valor global do contrato.



Tribunal de Contas

Considera o recorrente que o resultado financeiro do contrato outorgado é o mesmo que obteria caso tivesse sido aplicado o regime previsto no DL n° 197/99 de 8 de Junho.

Porém, no caso dos contratos mistos, estamos perante um regime legal imperativo que, por isso, não consente às entidades adjudicantes, margem de liberdade para escolher o regime que melhor entendam ser aplicável em cada caso.

Não estava, pois, na disponibilidade do recorrente a adopção de um ou outro regime para a contratação em causa.

Por outro lado, deve referir-se que, conforme estipula o n°3, do mencionado artigo 5°, em qualquer caso, e para a execução das obras contempladas no contrato, é sempre exigível a titularidade de certificado de classificação de empreiteiro de obras públicas com as subcategorias adequadas.

Nenhuma censura merece, assim, a decisão recorrida, neste aspecto.

4. No Acórdão proferido em subsecção, considerou-se ainda que o município recorrente havia violado o disposto nos artigos 194°, n°1 e 87°, n°2, do DL n° 197/99 de 8 de Junho, aplicáveis por força dos artigos 190° e 191°, do mesmo diploma legal.

Como resulta da matéria factual constante da alínea **D)** do probatório, o anúncio de abertura do concurso que antecedeu o contrato, bem como as prorrogações do prazo para a apresentação de propostas, foram publicados no *Diário da República* e, ainda, nos jornais “*Diário de Notícias*” e *Diário do Sul*”.

Não houve, pois, qualquer publicação no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)*.



4. 1. Como se disse acima, e emerge da matéria de facto dada por assente, a aquisição tinha tido um valor estimado de € 400.000,00 e a adjudicação foi efectuada pelo valor de 415.306,82.

Qualquer destes valores é superior ao limiar estabelecido no artigo 7º, al. b) da Directiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, na redacção dada pelo Regulamento (CE) nº 1422/2007, da Comissão, de 4 de Dezembro,² limiar este que é de 206.000,00 €.

Ora, em razão deste limiar e do disposto nos artigos 190º, al. b) e 191º, nº1, al. b) do DL nº 197/99 de 8 de Junho, e em face do valor estimado do contrato e do valor da adjudicação, era plenamente aplicável o disposto nos artigos 194º, nº1 e 87º, nº2, do mesmo DL nº 197/99.

Ou seja, era obrigatória a publicação, no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)*, do anúncio do concurso que precedeu o contrato a que respeita o presente recurso.

Como resulta do probatório (nomeadamente da alínea **D**)), o anúncio da abertura do concurso apenas foi publicado no *Diário da República* e nos jornais “*Diário de Notícias*” e “*Diário do Sul*”.

Uma dos valores fundamentais, característicos dos procedimentos pré-contractuais, é o da observância do *princípio da concorrência*.

E isto porque, só com um procedimento que assegure a concorrência, é possível obter a satisfação do interesse público.

Como refere LUÍS S. CABRAL DE MONCADA³ o objectivo das leis de defesa da concorrência é o de assegurar uma estrutura e comportamento concorrenciais dos vários mercados no pressuposto de que é o mercado livre que, seleccionando os mais capazes, logra orientar a produção para os sectores susceptíveis de

² Publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, série L, de 5 de Dezembro de 2007.

³ In “*Direito Económico*”, 5ª edição, Revista e Actualizada, Coimbra Editora, pág. 486 e seg.



Tribunal de Contas

garantir uma melhor satisfação das necessidades dos consumidores e, ao mesmo tempo, a mais eficiente afectação dos recursos económicos disponíveis, que é como quem diz, os mais baixos custos e preços.

A concorrência é, assim, e segundo este Autor, encarada como o melhor processo de fazer circular e orientar livremente a mais completa informação económica, quer ao nível do consumidor quer ao nível dos produtores, assim esclarecendo as respectivas preferências. É por isso que a sua defesa é um objectivo de política económica.

Um dos instrumentos necessários para assegurar o princípio da concorrência é, por outro lado, a observância de um outro princípio fundamental neste âmbito: *o princípio da publicidade*.

Para que se obtenha a participação do maior número possível de concorrentes aos procedimentos pré-contratuais, necessário é que o mercado da contratação pública seja o mais aberto possível, o que pressupõe que as entidades adjudicantes publicitem pelo modo mais adequado a sua vontade de contratar.

Assim, poderá dizer-se que sem publicidade não haverá uma verdadeira concorrência.

É essa, pois, a *ratio legis* que preside às normas legais que impõem a publicitação dos procedimentos concursais no *Diário da República* e no *Jornal Oficial da União Europeia*: Só com tal publicidade é possível dar conhecimento às empresas nacionais e comunitárias da intenção de contratar, o que, por outro lado, possibilita potenciar a igualdade de oportunidades entre todos os operadores económicos do espaço comunitário.⁴

⁴ O Acórdão Telaustria, de 7 de Dezembro de 2000, do Tribunal de Justiça (Proc. N.º C-324/98, Colect.2000, p. I-10745), a propósito da aplicação das regras fundamentais do Tratado e do princípio da não discriminação em particular declarou que, independentemente das directivas, este princípio implica, nomeadamente, uma obrigação de transparência, consistindo essa obrigação “em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequada para garantir a abertura da concorrência dos



Tribunal de Contas

Ora, ao omitir-se a publicidade no JOUE, prejudicou-se a realização da mais ampla concorrência possível e da igualdade de oportunidades entre os agentes económicos do espaço comunitário.

Como se disse no Acórdão n° 119/2007, de 30 de Agosto de 2007, a exigência de publicidade no JOUE, responde não só a um imperativo de direito interno, mas também de direito comunitário, sendo que, inexistindo nas directivas aplicáveis, qualquer norma a autorizar a derrogação dessa publicidade, a sua violação é susceptível de fazer incorrer Portugal, enquanto país membro da União Europeia numa acção de incumprimento, nos termos previstos nos artigos 226° a 229° do Tratado CEE, e consequente prolação de acórdão condenatório por parte do Tribunal de Justiça Europeu.⁵

Acentua, ainda, este Aresto que as situações de incumprimento de directivas comunitárias na área da contratação pública, desencadeadas pela Comissão contra Estados Membros, e decididas pelo Tribunal de Justiça Europeu, têm sido frequentes.

E a jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, quer em sede de acções de incumprimento, quer em sede de questões prévias e prejudiciais suscitadas pelos juízes nacionais, enquanto primeiros aplicadores e garantes da aplicação do Direito Comunitário tem sido invariável no sentido de que, relativamente aos contratos abrangidos pelas directivas comunitárias, bem como relativamente às entidades sujeitas ao seu âmbito de aplicação, não há fundamento - a não ser que expressamente previsto nas directivas - para, situando-se os contratos em causa acima dos limiares comunitários, não proceder à realização de concurso publico internacional e à sua publicação no JOUE ou através de qualquer outro

contratos de serviços, bem como o controle da imparcialidade dos processos de adjudicação”. Neste Acórdão conclui-se que as obrigações de transparência e publicidade decorrem do princípio da igualdade e ainda que a sua aplicação em concreto não está dependente da existência de regulação específica; sendo certo que a lei portuguesa regula especificamente esta situação, como decorre do supra referido.

⁵ Sobre a Acção de incumprimento e as consequências jurídicas dos Acórdãos do Tribunal de Justiça Europeu, veja-se FAUSTO QUADROS e ANA M. GUERRA MARTINS, in “*Contencioso Comunitário*”, ed. Almedina, Coimbra, 2002, pág. 186.





Tribunal de Contas

meio idóneo ao nível da União Europeia, por forma a assegurar a concorrência comunitária e a concretização do mercado interno. ⁶

São, assim, isentas de censura, as considerações feitas, a este respeito, pelo Acórdão recorrido.

5. O mesmo se dirá acerca do que foi vincado, na decisão recorrida, sobre a cláusula 13.1.5. do Caderno de Encargos, a que se reporta a alínea **J)** do probatório.

Efectivamente, nesta cláusula, consideram-se abrangidos no objecto da empreitada, eventuais trabalhos a mais necessários ao desenvolvimento do projecto.

Com tal cláusula visou o Município recorrente acautelar a possibilidade de ajuste directo de possíveis obras novas que se tornassem necessárias, para os efeitos do disposto no artigo 136º, nº2, do DL nº 59/99 de 2 de Março.

Cabe aqui dizer, como também acentuou o Acórdão recorrido, que o artigo 136º, nº2 se refere a situações diferentes daquelas que são previstas no artigo 26º, do mesmo diploma legal: Enquanto no artigo 26º se está perante trabalhos que se destinam à *realização da mesma empreitada*, no artigo 136º, nº2, está-se perante a execução de *obras novas*, que consistem na *repetição de obras similares*.

⁶ Conf., neste sentido, designadamente, ANN LAWRENCE DURVIAUX, in “*Logique de marche et marché publique en droit communautaire : Analyse critique du système*”, Bruxelles, 2006, Larcier, pág. 407 a 427 ; PHILIPPE FLAMME, MAURICE-ANDRÉ FLAMME, CLAUDE DARDENNE, in « *Les Marchés Publiques Européens et Belges, L'Irrésistible Européanisation du Droit de la Commande Publique* », 2005, Bruxelles, Larcier, pág. 89 a 110 e MARIA JOÃO ESTORNINHO, in « *Direito Europeu dos Contratos Públicos, um Olhar Português*», ed. Almedina, Coimbra, 2006, pág. 61 a 105.



Tribunal de Contas

Além de a mencionada cláusula se referir a ambas as situações, o certo é que se está perante trabalhos que não estão abrangidos pelo objecto inicial da empreitada, o que é incompatível com a disciplina legal aplicável.

6. Vejamos, de seguida, as consequências jurídicas das violações de lei atrás referidas.

As ilegalidades cometidas poderão ser geradoras de nulidade ou de mera anulabilidade, sendo que o visto poderia ser recusado, na hipótese em apreço, com fundamento em *nulidade*, atento o disposto no artigo 44º, nº3, al. a) da Lei nº98/97 de 26 de Agosto.

Ora, não estamos, seguramente, perante casos de nulidade:

Efectivamente, os vícios atrás mencionados não se encontram previstos no artigo 133º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), dispositivo este que se refere aos actos administrativos feridos de nulidade.

Efectivamente, nem se encontram incluídos no elenco dos actos indicados no nº2 daquele normativo, nem, por outro lado, existe qualquer norma que, para tais vícios, comine expressamente tal forma de invalidade dos actos administrativos (vide o nº1, do mesmo artigo 133º do CPA).

Por outro lado, o acto de adjudicação contém todos os seus elementos essenciais, considerando-se como “elementos essenciais” os elementos cuja falta se consubstancie num vício do acto que, por ser de tal modo grave, torna inaceitável a produção dos respectivos efeitos jurídicos, aferindo-se essa gravidade em função da *ratio* que preside àquele acto de adjudicação (vide o nº1, 1ª parte, do citado artigo 133º do CPA).⁷

⁷ Neste sentido, v. g., os Acórdãos nºs 30/05, de 15-11-2005, 27/07, de 13-2-2007 e 108/07, de 24-7-2007, da 1ª Secção, em subsecção, deste Tribunal.



Tribunal de Contas

Não sendo as ilegalidades verificadas, geradoras de nulidade, só podem as mesmas conformar mera **anulabilidade**, o que afasta o fundamento de recusa de visto enunciado na alínea a), do nº3, do artigo 44º da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

7. Por outro lado, como, no caso vertente, não estão em causa encargos sem cabimento em verba orçamental própria, nem violação directa de norma financeira, afastado está, também, o fundamento de recusa de visto mencionado na alínea b) do citado normativo, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

8. Importa, então, cuidar de saber se as ilegalidades atrás referidas preenchem o fundamento de recusa de visto indicado na alínea c) do nº3, do citado artigo 44º da Lei nº 98/97.

A resposta a esta questão só pode ser positiva:

8. 1. De acordo com o artigo 44º, nº3, al. c) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, constitui fundamento de recusa de visto, a ocorrência de uma ilegalidade que altere ou *possa alterar* o resultado financeiro do contrato submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

Ora, as ilegalidades acima apontadas, pondo em causa os princípios da concorrência e da transparência, que devem estar presentes na contratação pública, além de corporizarem uma fonte de potencial conflitualidade na execução do contrato, têm a virtualidade de poder consequenciar a alteração do resultado financeiro do contrato.

Anote-se, a propósito, que, para efeitos da aplicação da alínea c) do n.º 3 do artigo 44º, da Lei 98/97, quando aí se diz “*Ilegalidade que... possa alterar o respectivo resultado financeiro*” pretende-se significar que **basta o simples**



Tribunal de Contas

perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro.

Por outro lado, e no que se refere à omissão da publicitação do procedimento no JOUE, os riscos que adviriam para o Estado Português de uma situação de incumprimento do Direito Comunitário são suficientemente fortes, a par da limitação da concorrência comunitária, para não permitir ao Tribunal de Contas usar da faculdade prevista no nº 4 do artigo 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

Nesta conformidade, não merece censura a decisão recorrida, a qual fez correcta aplicação do direito à situação em apreço.

IV – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Plenário, em negar provimento ao recurso e em confirmar a decisão recorrida.

São devidos emolumentos (artigo 16º, nº1, al. b) do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao DL nº 66/96 de 31 de Maio).

Lisboa, 14 de Julho de 2009.

Os Juízes Conselheiros





Tribunal de Contas

(António M. Santos Soares, relator)

(Carlos A. Morais Antunes)

(Manuel R. Mota Botelho)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(António Cluny)