



ACÓRDÃO N.º 44 /06-4JUL2006-1.ª S-PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 28/06

(P. n.º 3024/2005)

1. RELATÓRIO

1.1. A CÂMARA MUNICIPAL DE SINES, inconformada com o Acórdão n.º 104/2006, que recusou o visto ao contrato adicional ao contrato de empreitada denominado “Biblioteca Municipal e Centro de Artes de Sines – Construção do Edifício - 2.ª Fase” do Edifício Multi-Serviços na Avenida 5 de Outubro”, pelo preço de 337 322,96 €, a que acresce IVA, celebrado, por ajuste directo, com a sociedade “**ALBERTO MARTINS MESQUITA E FILHOS, S.A.**”, do mesmo veio interpor recurso jurisdicional, concluindo, em síntese, como se segue:

A) Se é certo que as autarquias locais devem exigir projectos rigorosos quando lançam concursos públicos para a realização de empreitadas de obras públicas, no sentido de exercerem sobre os mesmos adequada revisão, de forma a dar a conhecer o que se pretende construir e em que condições, a verdade é que tal constatação, por si só, não se afigura suficiente para concluir pela existência ou não do carácter imprevisível dos trabalhos a mais que tenham sido determinados, ainda que estes decorram de erros ou omissões do projecto, pelo contrário;

B) Tal análise terá de ser efectuada, com o devido respeito, através da ponderação dos vários factores e elementos subjacentes à empreitada e que estiveram na génese da mesma, análise essa que deverá atender ainda ao tipo de obra que é lançada a concurso, à sua



Tribunal de Contas

natureza e especificidades aliadas ao fim visado com a respectiva projecção, atendendo pois às circunstâncias concretas de cada caso;

C) No âmbito das informações prestadas ao digníssimo Tribunal em sede do processo cujo o visto foi recusado, não tendo transmitido de forma clara os fundamentos que determinaram a necessidade de executar os trabalhos a mais que estiveram na origem da recusa do respectivo visto;

D) Confrontada com o projecto patenteado ao concurso inerente à empreitada, a cujo o contrato adicional foi recusado o visto, os serviços competentes procederam a uma análise adequada, tanto quanto lhes era possível, àquela data, considerando as especificidades da obra em apreço, caracterizada pela construção de quatro edifícios ligados entre si quer do ponto de vista estrutural como funcional, do ponto de vista técnico e económico, sendo tal obra caracterizada pela inovação e utilização de tecnologias inovatórias, complexas quer ao nível da projecção como a nível da execução, nomeadamente ao nível da climatização, acústica, estrutura, etc.;

E) Sendo que não lhes era exigível prever com todo o rigor os trabalhos a mais a que aludem os autos n.ºs 38, 39, que determinaram a recusa do visto pelo digníssimo Tribunal, sendo que os trabalhos especificados no auto n.º 41, podendo ser previstos inicialmente, a verdade é que não o foram, pese embora os bons ofícios desta Câmara Municipal na análise do respectivo projecto;

F) Não obstante, tais trabalhos “Jardim e Rede de Rega” afiguram-se imprevisíveis, cuja omissão foi alheia à vontade desta Câmara Municipal, apresentando-se como indissociáveis quer do ponto de vista técnico como económico do contrato inicial, bem como ainda se



Tribunal de Contas

afiguravam essenciais para a conclusão das floreiras, que fazem parte integrante dos quatro edifícios que compõem a obra no seu todo, como se explanou em sede das respectivas alegações (...);

G) Os restantes trabalhos afiguram-se também imprevisíveis, cuja constatação da respectiva necessidade só foi possível durante a execução da obra, quer no que diz respeito aos trabalhos de natureza qualitativa como os de natureza quantitativa, como se explanou em sede das respectivas alegações;

H) Os trabalhos referentes à impermeabilização do terreno das floreiras e alimentação da respectiva rede de rega, afiguram-se absolutamente necessários, estando em causa condições de higiene e salubridade, bem como de segurança (escoamento de águas), bem como a respectiva funcionalidade das floreiras (sob pena de exclusão do projecto das mesmas);

I) Os trabalhos referentes ao revestimento de pavimentos, degraus e rodapés, deveram-se à necessidade de a final dar ao projecto a projecção arquitectónica e estética que se pretendia quando a obra foi projectada e que só foi possível constatar no decurso da obra, “in loco”;

J) Os trabalhos que concernem ao revestimento do canto entre o arquivo e o auditório, não se referem propriamente ao revestimento em si mesmo, mas antes à sua fixação na respectiva parede, tendo-se constatado, por força da geometria irregular do respectivo local que a estrutura prevista não poderia assegurar a aludida fixação, pelo contrário, estando em causa condições de segurança do edifício;

K) Todos os trabalhos ocorreram, com o devido respeito, por força de circunstâncias imprevisíveis para o dono da obra, e ainda que estas, num juízo de prognose, pudessem ser previsíveis, a verdade é que não



Tribunal de Contas

foram previstas, sendo que os aludidos trabalhos não podiam ser técnica e economicamente separados do contrato inicial, sob pena de tal causar sérios e graves prejuízos para o dono da obra, importando custos bem superiores aos ora constatados com os aludidos trabalhos, incluindo a eventual responsabilização da Câmara Municipal enquanto dono DA OBRA perante o respectivo empreiteiro;

L) Os trabalhos em causa não descaracterizaram a obra, não se caracterizando por trabalhos inerentes a “obra nova” (...), não tendo desfigurado as condições de concorrência na empreitada em apreço (por série de preços), sendo que não alteraram de forma substancial a obra, tal como a mesma foi submetida a concurso;

M) Nem tão pouco, se verifica a descaracterização do equilíbrio económico-financeiro do contrato;

N) Pelo que os trabalhos em causa devem ser entendidos como enquadráveis no âmbito do art.º 26.º, n.º 1, do DL 59/99, de 2 de Março, não sendo, pois, obrigatória a realização de concurso público, inexistindo razões para a recusa do visto requerido.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. O Acórdão recorrido deu como assente a seguinte factualidade:

A) A Câmara Municipal de Sines celebrou com “Alberto Martins Mesquita e Filhos, S.A.” um adicional ao de empreitada referente a “Biblioteca Municipal e Centro de Artes de Sines - Construção de edifícios - 2.ª fase, pelo valor de 337 322,96€, a que acresce o IVA;



Tribunal de Contas

B) De entre os trabalhos a que se refere o presente adicional contam-se os seguintes, com os respectivos valores:

Revestimento pavimentos, degraus e rodapés-Geral	82.053,47€
Revestimento do canto entre o arquivo e auditório	30.146,02€
Jardim e Rede de Rega – Floreiras	24.021,68€
Total	136.221,17€

C) Na sequência de pedidos de esclarecimento formulados durante a instrução do processo, e para os trabalhos constantes no quadro supra, foram apresentadas as justificações constantes do ofício n.º 1883, de 10/3/2006, e das informações n.ºs 27/2005, 28/2005 e 30/2005, enviadas com o processo;

D) No que se reporta ao revestimento de pavimentos, degraus e rodapés, a justificação apresentada alude à “melhoria na qualidade do acabamento”, com utilização de uma “pedra com características superiores” à inicialmente prevista;

E) No que se reporta ao “canto entre o arquivo e o auditório” a justificação apresentada alude “à indefinição construtiva do projecto de execução dos acabamentos”;

F) No que se reporta ao item “jardim e rede de rega” a justificação apresentada alude a trabalhos relativos a “impermeabilização das floreiras”, que estava “omissa no mapa de trabalhos contratuais” – a identificação por alíneas é da nossa autoria.



Tribunal de Contas

1.2. O Ex.mo Procurador-Geral Adjunto emitiu parecer no sentido da improcedência do recurso.

Entende, em síntese, aquele Magistrado que os referidos trabalhos não resultaram de qualquer circunstância imprevista, e que estes surgem na sequência da “necessidade de colmatar deficiências do projecto inicial e para corresponder a alterações pretendidas pelo dono da obra (...)” – vide fls. 32 a 35 dos autos.

1.3. Foram colhidos os vistos legais.

2.2. O DIREITO

2.2.1. Do Acórdão recorrido

O Acórdão recorrido, com fundamento no art.º 44.º, n.º 3, alínea a), da Lei n.º 98/97, de 26/8, recusou o visto ao contrato, por ter entendido que acto adjudicatório e consequente contrato estão eivados do vício de violação de lei do disposto nos artigos 48.º, n.º 2, alínea a), e 26.º, n.º 1, ambos do DL 59/99, de 2 de Março.

Entendeu aquele aresto que, *in casu*, não estava preenchido um dos pressupostos necessários para o recurso ao ajuste directo – que os trabalhos se tenham tornado necessários na sequência de uma circunstância imprevista -, e que **o concurso público**, quando obrigatório, **é elemento essencial da adjudicação**, pelo que a sua omissão é geradora de nulidade da adjudicação, bem como do respectivo contrato (artºs 133.º, n.º 1, e 185.º, ambos do CPA)



Tribunal de Contas

Diz, a propósito, o referido Acórdão:

“...de acordo com a informação que a autarquia trouxe ao processo, não ocorreu nenhuma circunstância imprevista (isto é, inesperada, inopinada) susceptível de determinar a necessidade de realizar os presentes trabalhos.

Pelo contrário, o que resulta dos autos é que a obra foi lançada a concurso com um projecto que apresentava deficiências ou propondo soluções que, afinal, não correspondiam à vontade do dono da obra.

O lançamento de obras públicas exige, além do mais, projectos rigorosos.

Só com projectos rigorosos, que definam com clareza o que se quer construir e em que condições, pode funcionar, em termos aceitáveis, a concorrência.

De outra forma, com alterações e obras novas, a empreitada a executar fica diferente da que foi submetida a concurso e não se pode obviamente falar de concorrência em relação à obra que está a executar-se.

(...).”

2.2.2. Da violação do disposto no artigo 26º do DL 59/99, de 2 de Março

Dispõe aquele normativo sob a epígrafe “Execução de Trabalhos a mais”, que:



Tribunal de Contas

“1- Consideram-se trabalhos a mais aqueles cuja espécie ou quantidade não hajam sido previstos ou incluídos no contrato, nomeadamente no respectivo projecto, se destinem à realização da mesma empreitada e se tenham tornado necessários na sequência de uma circunstância imprevista, desde que se verifique qualquer das seguintes condições:

- a) Quando esses trabalhos não possam ser técnica ou economicamente separados do contrato, sem inconveniente grave para o dono da obra;*
- b) Quando esses trabalhos, ainda que separáveis da execução do contrato, sejam estritamente necessários ao seu acabamento.”.*

Podemos definir trabalhos a mais como aqueles que, não estando previstos ou incluídos no contrato, nomeadamente no respectivo projecto, se tenham tornado necessários à execução do contrato. Ponto é que essa necessidade tenha ocorrido na sequência de uma “circunstância imprevista” e que se verifique alguma das condições previstas nas alíneas a) ou b) do art.º 26.º do DL n.º 59/99, de 2 de Março.

Ficam, portanto, fora do conceito de “trabalhos a mais” **(i)** os trabalhos que hajam sido previstos ou incluídos no contrato, nomeadamente no respectivo projecto; **(ii)** os trabalhos que não se destinem a tornar exequível um contrato inicial; **(ii)** os trabalhos que, apesar de preencherem o requisito exposto em (i) e (ii), não tenham como causa a ocorrência de uma circunstância imprevista, e **(iv)** os trabalhos que,



Tribunal de Contas

apesar de preencherem os requisitos expostos em (i), (ii) e (iii), não preenchem nenhuma das alíneas do n.º 1 do art. 26º.

Circunstância imprevista é toda a circunstância que um decisor público normal, colocado na posição do real decisor, não podia nem devia ter previsto.

*

O visto ao presente contrato foi recusado com o fundamento de que os trabalhos constantes da alínea B) não se tornaram necessários na sequência de uma circunstância imprevista, não integrando, por isso, o conceito de trabalhos a mais, a que se refere o art.º 26.º, n.º 1, do DL 59/99, de 2 de Março (vide ponto 2.2.1. do presente Acórdão).

Vejamos.

O revestimento de pavimentos, degraus e rodapés, de acordo com o alegado, assentou nos seguintes factos, a saber:

- Necessidade de dar a dimensão arquitectónica e estética que se pretendia quando a obra foi projectada e que só foi possível constatar no decurso da obra.

O revestimento do canto entre o arquivo e o auditório, de acordo com o alegado, assentou nos seguintes factos, a saber:

- Necessidade de fixar o revestimento à respectiva parede, tendo-se constatado que, por força da **geometria irregular do local**, a



Tribunal de Contas

estrutura prevista não poderia assegurar a aludida fixação, o que, a não ser feito, punha em causa a segurança do edifício.

A impermeabilização do terreno das floreiras e alimentação da respectiva rede de rega, assentou nos seguintes factos, a saber:

- Necessidade de assegurar condições de higiene, salubridade, segurança (escoamento de águas), bem como de funcionalidade das floreiras (sob pena de estas terem que ser excluídas).

Alega ainda a Recorrente que os aludidos trabalhos não podiam ser técnica e economicamente separados do contrato inicial.

Não questionamos que a necessidade de executar os trabalhos supra referidos só tenha sido constatada no decurso da empreitada; também não questionamos a afirmação contida nas alegações de que aqueles trabalhos não podiam ser técnica ou economicamente separados do contrato inicial, sem inconveniente grave para o dono da obra; o que continuamos a questionar é que aqueles trabalhos se tenham mostrado necessários na sequência de uma circunstância imprevista.

Na verdade, a necessidade de dar a dimensão arquitectónica e estética ao projecto inicial, tal como o mesmo foi concebido, devia e podia ter sido prevista no projecto inicial em todos os seus aspectos, incluindo no relativo ao revestimento de pavimentos, degraus e rodapés; a geometria irregular do local relativo ao “canto entre o arquivo e o auditório” e a conseqüente impossibilidade/dificuldade de fixar o revestimento previsto à respectiva parede podia e devia ter sido



Tribunal de Contas

previsto no projecto inicial, já que a irregularidade do referido local, à data daquele projecto, era um dado construtivo no qual devia ter assentado uma solução adequada; a necessidade de impermeabilização das floreiras, bem como a alimentação da rede de rega, são factos que só não foram previstos em toda a sua dimensão, como podiam e deviam, por erros ou omissões inaceitáveis do projecto inicial.

Conclui-se, assim, que a necessidade de executar os referidos trabalhos não resultou de qualquer circunstância imprevista, o que inviabiliza a sua subsunção ao disposto no art.º 26.º, n.º 1, do DL 59/99, de 2/3.

Não sendo os trabalhos realizados subsumíveis ao disposto no art.º 26.º, n.º 1, do DL 59/99, nem a qualquer alínea do art.º 136.º do mesmo diploma – o que, quanto a este último dispositivo, nem sequer foi alegado -, não podia o Município lançar mão daquele tipo de procedimento – o ajuste directo.

O procedimento aplicável era no caso o concurso público ou o concurso limitado com publicação de anúncio, nos termos do art.º 48.º, n.º 2, alínea a), do DL 59/99.

Incorreu, por isso, também a entidade adjudicante na violação do disposto no art.º 48.º, n.º 2, alínea a), do DL 59/99.



2.2.3. Da subsunção da ilegalidade supra identificada – artº 48º, nº. 2, alínea a), e 26.º, nº. 1, ambos do DL 59/99 – **a algum dos fundamentos de recusa de visto** (artº. 44 da Lei 98/97, de 26 de Agosto).

Não estando em causa nenhuma situação subsumível ao disposto na alínea b) do nº. 3 do artº. 44º, da Lei 98/97, a questão que se coloca é a de saber se se verifica algum dos fundamentos previstos nas alíneas a) e c) do referido preceito.

Conforme resulta do ponto 3.2, in fine, o procedimento adoptado para a adjudicação daquela empreitada é ilegal; tal ilegalidade transmite-se ao próprio contrato, conforme resulta do disposto no artº. 185º, nº. 1, do CPA.

Os actos administrativos ilegais são geradores de nulidade (artº. 133º. Do CPA) ou de anulabilidade (art. 135º. Do CPA).

A ilegalidade constatada é geradora de nulidade (fundamento previsto na alínea a) do nº. 3 do artº. 44º, da Lei 98/97), **se ocorrer uma das seguintes situações:**

- a)** O vício supra identificado estiver previsto no nº. 2 do artº. 133º do CPA;
- b)** Existir qualquer outro dispositivo legal que, para aquele vício, comine expressamente essa forma de invalidade (vide nº. 1 do artº.133º do CPA);
- c)** O acto de adjudicação não contiver todos os elementos essenciais, considerando-se “elementos essenciais” todos os elementos cuja falta



Tribunal de Contas

se consubstancie num vício do acto que, por ser de tal modo grave, torne inaceitável a produção dos respectivos efeitos jurídicos, aferindo-se essa gravidade em função da *ratio* que preside àquele acto de adjudicação¹ (vide artº. 133º, nº. 1, 1ª parte, do CPA);

No caso em apreço, o vício de que padece o acto não está previsto em qualquer das alíneas do nº. 2 do artº. 133º, e não existe qualquer outra disposição legal que comine expressamente essa forma de invalidade.

Resta, pois, saber se o acto de adjudicação em apreço contém todos os elementos essenciais, no sentido proposto na alínea c) que antecede.

Afigura-se que a resposta a esta questão só poderá ser negativa. E isto porque o procedimento aplicável era o concurso público com publicação de anúncios, sendo que o procedimento aplicado foi o ajuste directo.

Estamos, assim, em presença de um acto de adjudicação que, por ter sido antecedido de um procedimento que primou pela total ausência de concorrência e publicidade, quando o procedimento aplicável era um procedimento que tem como *ratio* a concorrência e a publicidade, está

¹ Neste sentido vide: Parecer da PGR, DR, II Série, de 25 de Maio de 2005, e Vieira de Andrade, in Cadernos de Justiça Administrativa, nº. 43, pág. 46, em anotação ao Ac. Do STA (pleno), de 30/05/2001, proc. 22 251; cfr. também Mário Esteves de Oliveira, Pedro C. Gonçalves e Pacheco Amorim, in Obra citada, Págs 641 e 642.



Tribunal de Contas

eivado de um vício de tal modo grave que torna inaceitável a produção dos seus efeitos jurídicos, sendo, por isso, nulo².

É, de resto, jurisprudência unânime deste Tribunal o entendimento de que o concurso público, quando obrigatório e se mostre verificado o circunstancialismo supra referido – adopção do procedimento denominado de ajuste directo quando o procedimento a adoptar deveria ser o concurso público - , é elemento essencial da adjudicação, pelo que a sua ausência é geradora de nulidade da adjudicação (art.º 133.º, n.º 1, do CPA); nulidade que se transmite ao contrato (art.º 185.º, n.º 1, do CPA) e constitui fundamento de recusa de visto de acordo com o disposto no art.º 44.º, n.º 3, al. a), da Lei n.º 98/97, de 26/08³.

3. DECISÃO

Termos em que, com fundamento no artigo 44.º, n.º 3, al. a), da Lei n.º 98/97, de 26/08, se decide julgar improcedente o recurso interposto, mantendo-se, em consequência, a recusa do visto ao contrato.

São devidos emolumentos

Lisboa, 4 de Julho de 2006

Os Juízes Conselheiros

² Anote-se que o acto nulo, ao contrário do acto anulável, não produz quaisquer efeitos jurídicos, não precisando, para tanto, de qualquer declaração de nulidade (artigos 134.º e 136.º do CPA).



(Helena Ferreira Lopes)

(Ribeiro Gonçalves)

(Pinto de Almeida)

O Procurador-Geral Adjunto

³ Vide Acórdãos do Tribunal de Contas n.ºs 8/2004, de 8 de Junho, 1.ª S/PL, e 4/2005, de 22 de Fevereiro, 1ªS/PL.