



ACÓRDÃO N.º 46 /06 – 18JUL2006-1.ª S-PL
RECURSO ORDINÁRIO N.º 32/06
(P. n.º 456/2006)

DESCRITORES:

Empreitada de Obras Públicas (modalidade concepção/construção);
Trabalhos a mais (art.º 26.º, n.º 1, e 45.º, n.º 1, ambos do DL 59/99,
de 2 de Março);

Aplicabilidade do art.º 26.º às empreitadas na modalidade
concepção/construção;

Circunstância imprevista;

Nulidade do contrato (art.º 133.º, n.º 1, do CPA);

Fundamentos de recusa do visto (art.º 44.º, n.º 3, al. a), da Lei
98/97, de 26/08).

SUMÁRIO:

1. O art.º 26.º do DL 59/99 é aplicável às empreitadas na modalidade concepção construção; e isto, desde logo, porque as empreitadas naquela modalidade (vide art.º 11.º do DL 59/99) estão inseridas no Capítulo da “Empreitada por preço global” (Capítulo I) e o art.º 26.º é aplicável às empreitadas por preço global (vide Capítulo III));
2. No art.º 26.º, n.º 1, o legislador define o que, para efeitos de empreitadas de obras públicas, se deverá considerar como “Trabalhos a mais”;



3. No art.º 45.º, n.º 1, o legislador proíbe que o decisor público autorize a realização de trabalhos a mais, quer estes sejam ou subsumíveis ao disposto no art.º 26.º, quando o valor acumulado daqueles exceda 25% do contrato inicial.
4. Podemos definir trabalhos a mais como aqueles que, não fazendo parte integrante dos trabalhos inicialmente projectados ou contratados, se tornaram 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;
5. Circunstância imprevista é toda a circunstância que um decisor público normal, colocado na posição do real decisor não podia nem devia ter previsto;
6. A alegação, desacompanhada de qualquer outro facto, de que os trabalhos relativos ao presente adicional resultaram da necessidade de melhorar as condições de funcionamento do objecto da empreitada, exclui a existência de qualquer circunstância imprevista;
7. O concurso público, quando obrigatório e se mostre verificado o circunstancialismo constante dos autos – 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 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)



Tribunal de Contas

e constitui fundamento de recusa de visto de acordo com o disposto no art.º 44.º, n.º 3, al. a), da Lei 98/97, de 26/04.

Relatora: Conselheira Helena Ferreira Lopes



ACÓRDÃO N.º 46 /06-18JUL2006-1.ª S-PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 32/06

(P. n.º 456/2006)

1. RELATÓRIO

1.1.O MUNICÍPIO DE ÍLHAVO, inconformado com o Acórdão n.º 157/2006, que recusou o visto ao contrato adicional ao contrato de empreitada denominado “Construção do Novo Mercado Municipal da Gafanha da Nazaré (Concepção/Construção) pelo preço de 298 522,20€, celebrado, por ajuste directo, com a sociedade “**EUSÉBIO e FILHOS, S.A.**”, do mesmo veio interpor recurso jurisdicional, alegando, em síntese, como se segue:

“(…)”

3. Adjudicar uma obra de acordo com este método (concepção/construção) não é a mesma coisa que contratar um projectista para desenvolver um projecto, e ao longo do mesmo fazer adaptações que se entendam por mais convenientes. Além disso um projecto na fase de “estudo prévio” não está suficientemente desenvolvido para que se possam detectar se todas as “necessidades” em função do uso do edifício estão a ser cumpridas. Convém realçar que o edifício dispunha de elevador e monta-cargas para acesso à galeria situada no 1.º andar.

4. Entende a Câmara Municipal ao decidir introduzir alterações durante a execução da obra, o fez com o “intuito de melhorar as condições de funcionamento do Mercado”, uma vez que se trata de um equipamento de uso público.



5. A possibilidade de abertura de um concurso público para a execução dos trabalhos do presente adicional seria de todo inviável, porquanto são de diversa espécie e ocorreu a necessidade de realização dos mesmos ao longo de toda a obra. Não seria viável a interrupção da obra, por exemplo, para a execução das alterações dos arranjos exteriores.

6. (...)

7. Por outro lado, o valor global dos trabalhos atinge o limite de 18,80 % do valor estimado do contrato inicial, pelo que se cumpre o disposto no art.º 45.º do DL 59/99, de 2 de Março.

8. Não podemos deixar de referir a nossa incompreensão perante entendimentos tão diferenciados (...), quando estamos perante situações análogas e nos são presentes decisões tão divergentes. São, por exemplo, caso disso os processos: 53/06 – visado em 22.02.2006 (% de trabalhos a mais em relação ao contrato inicial 15,35%); 260/06 – declarado conforme e homologado em 07-04-2006 (% trabalhos a mais em relação ao contrato inicial 16,31%); 552/06 – declarado conforme e homologado em 05-05-2006 (% de trabalhos a mais em relação ao contrato inicial de 16,61%).

9. Do exposto, concluímos que, não foi violada a alínea a) do n.º 2 do art.º 48.º do já citado diploma legal, porquanto os trabalhos em causa têm sido sempre considerados ao abrigo do n.º 1 do art.º 26.º, como trabalhos a mais.

III. Conclusões.

O “Contrato de trabalhos a mais n.º 1, na Empreitada de Construção do Novo Mercado da Gafanha da Nazaré (concepção/construção), não violou qualquer princípio legal ou norma do DL 59/99, de 2 de Março, já



Tribunal de Contas

que se considera que todos os trabalhos incluídos no contrato devem ser considerados trabalhos a mais à luz do artigo 26.º do diploma legal já referido.

1.2. O Ex.mo Procurador-geral Adjunto pronunciou-se pela improcedência do recurso, por não se ter por demonstrada a ocorrência de qualquer circunstância imprevista, o que obsta ao enquadramento dos trabalhos em causa no n.º 1 do art.º 26.º do DL 59/99, de 2 de Março – vide fls. 22 a 26.

1.3. Foram colhidos os vistos legais.

2. FUNDAMENTAÇÃO.

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

A) O Município de Ílhavo celebrou com a sociedade “Eusébio e Filhos, S.A.” um termo adicional ao contrato de empreitada referente a “Construção do Novo Mercado Municipal da Gafanha da Nazaré (Concepção/Construção)” pelo valor de 298 522,20€, a que acresce o IVA;

B) O termo adicional refere-se a trabalhos não previstos no contrato de empreitada de concepção/construção celebrado em 5/5/2004, pelo valor de 1 587 738,82€, visado por este Tribunal em 3/8/2004;

C) Os trabalhos a que se reporta o presente adicional são os seguintes, com os respectivos valores:



Tribunal de Contas

- Construção de fosso para escadas rolantes e respectivas demolições	5.260,16
- Escadas rolantes Schindler	184.000,00
- Fornecimento e aplicação de cortina de sombreamento	43.750,00
- Alterações à obra em relação ao projecto inicial – ajustamentos ao nível dos arranjos exteriores e redes de saneamento e águas pluviais para compatibilizar os projectos com as condições reais encontradas no terreno.	65.512,04
TOTAL	298.522,20

D) O valor dos referidos trabalhos corresponde a 18,8% do valor do contrato inicial;

E) No decurso da instrução do processo, a autarquia prestou os seguintes esclarecimentos (cfr. Anexo ao ofício n.º 4 573, de 5/4/2006):

a) Quanto às escadas rolantes:

No caso em apreço, os talhos foram posicionados no 1.º andar do mercado; após diversas “discussões” com o projectista, Câmara Municipal, Junta de Freguesia; chegou-se à conclusão que encontrando-se o “público alvo” deste mercado a ficar



envelhecido, seria vantajoso/aconselhável, o recurso a umas escadas rolantes em vez das tradicionais escadas em betão (...). Trabalho enquadrável na alínea a) do n.º 1 do Decreto-Lei 59/99, de 2 de Março.

b) Quanto às “palas de ensombramento”:

Relativamente às placas de ensombramento entendeu a Câmara Municipal que dada a solução arquitectónica apresentada (grande altura dos pilares) e localização sul/poente, seria conveniente proteger “melhor” a zona da feira – sol e chuva (...).

c) Quanto aos restantes trabalhos:

O programa base, bem como os elementos gráficos apresentados aos concorrentes, previam uma grande zona de estacionamento de apoio ao mercado, zona esta localizada paralelamente à nova avenida que passa frente ao mercado – Avenida D. Manuel I, e na parte posterior de uns edifícios previstos no plano elaborado para aquela zona.

Posteriormente à fase de adjudicação, encontrando-se em elaboração o projecto base, a Câmara Municipal por questões de cadastro dos terrenos e para uma mais fácil negociação com os proprietários dos terrenos, reformulou o plano passando o estacionamento a ficar localizado perpendicularmente à Avenida D. Manuel I. Devido a esta alteração surgiram os trabalhos a mais decorrentes da adaptação do projecto inicial para esta nova situação.

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)

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 autarquia aderiu a um projecto que propunha soluções que, afinal, não se adequavam às necessidades.

E nem o facto de estarmos perante uma empreitada de “concepção/construção” dispensava a autarquia de proceder a uma cuidadosa análise do que vinha proposto por forma a verificar se correspondia às necessidades existentes.



Como é bom de ver, o “público – alvo” do mercado não se alterou subitamente durante a construção da obra assim como não se modificaram as condições climáticas. E não foi igualmente de forma súbita e inesperada que surgiram os problemas relativos à disponibilização dos terrenos circundantes.”.

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:

“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, apesar de preencherem os requisitos expostos em (i), (ii) e (iii), não preencham 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.

Por último, importa referir que o dono da obra não pode, em caso algum, autorizar a realização de mais trabalhos – quer estes sejam ou não subsumíveis ao art.º 26.º do DL 59/99, de 2/3 –, quando o valor acumulado daqueles exceda 25% do contrato inicial (vide art.º 45.º, n.º 1, do referido diploma).

Há, portanto, uma distinção que importa fazer:



Tribunal de Contas

- No art.º 26.º, n.º 1, o legislador define o que, para efeitos de empreitadas de obras públicas, se deverá considerar como “Trabalhos a mais”;
- No art.º 45.º, n.º 1, o legislador proíbe que o decisor público autorize a realização de trabalhos a mais, quer estes sejam ou não subsumíveis ao disposto no art.º 26.º, quando o valor acumulado daqueles exceda 25% do contrato inicial.

Não faz, por isso, qualquer sentido alegar a existência de similitude entre a situação vertida nos autos - contrato com visto recusado - e a dos processos identificados no ponto 8. das conclusões da alegação – contratos declarados conformes ou visados; e isto porque, de acordo com o alegado, a similitude existente diz apenas respeito ao valor acumulado dos trabalhos a mais, ou seja, ao disposto no art.º 45.º, n.º 1, do DL 59/99, e não à sua subsunção na previsão do n.º 1 do art.º 26.º do DL 59/99.

Aquela alegação seria, de resto, inconsequente, já que não existe oposição de julgados; na verdade, para que esta se verificasse seria necessário que ocorressem os pressupostos contidos no artigo 101.º da Lei 98/97, de 26/08, o que não é manifestamente o caso.

*

O visto ao presente contrato foi recusado com o fundamento de que os trabalhos constantes da alínea C) 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.

Preliminarmente, importa referir que o DL 59/99, de 2 de Março, não exclui as empreitadas na modalidade concepção/construção da previsão do n.º 1 do art.º 26.º do referido diploma.

Acresce que as empreitadas na modalidade concepção/construção estão inseridas no Capítulo relativo à “Empreitada por preço global” (vide art.º 11.º do DL 59/99), sendo que o art.º 26.º, sob a epígrafe “Execução de trabalhos a mais”, está inserido no Capítulo relativo às “Disposições comuns às empreitadas por preço global e por séries de preços”, o que é, claramente, demonstrativo de que àquelas empreitadas se aplica o art.º 26.º do DL 59/99.

O art.º 26.º é, por isso, aplicável às empreitadas na modalidade concepção construção.

*

O Recorrente não alega quaisquer factos através dos quais se possa concluir que os trabalhos objecto do presente adicional se tenham tornado necessários na sequência de uma circunstância que ele, dono da obra, não pudesse ou devesse ter previsto.

O que a Recorrente alega é que, tratando-se de uma empreitada na modalidade concepção/construção, em que o projecto não está suficientemente desenvolvido, não é possível detectar todas as necessidades da obra tendo em vista a função e o uso do edifício, sendo que as alterações verificadas tiveram como objecto melhorar as condições de funcionamento do Mercado.



Tribunal de Contas

A Recorrente admite, assim, inexistir o pressuposto em que se fundou o Acórdão recorrido para recusar o visto ao contrato; e isto porque, como diz o Recorrente, os trabalhos objecto do presente adicional resultaram da necessidade de melhorar as condições de funcionamento e de uso do Mercado, o que, não acompanhado de qualquer outro facto, exclui a existência de uma qualquer circunstância imprevista.

Ora, as funcionalidades do mercado e o público a que se destina são, para além do mais, elementos inerentes ou constitucionais a qualquer empreitada, pelo que, a este nível, são inaceitáveis quaisquer omissões ou erros de concepção do projecto, estando, nesta situação, os trabalhos resultantes da introdução de escadas rolantes.

Quanto aos restantes trabalhos cumpre dizer o seguinte:

- Introdução de placas de ensombramento – deveu-se ao facto de, no decorrer da obra, se ter chegado à conclusão que a solução arquitectónica apresentada (grande altura dos pilares) e a localização sul/poente aconselhava a realização de tais trabalhos, sendo certo que uma análise cuidadosa do projecto base, por parte do dono da obra, poderia ter obstado a tais trabalhos; estamos, assim, perante um melhoramento, efectuado em obra, que podia e devia ter sido previsto no projecto inicial;
- Alterações ao nível dos arranjos exteriores e redes de saneamento e águas pluviais – deveram-se ao facto de, no decorrer da obra, se ter chegado à conclusão de que, com aquelas alterações, seria mais fácil resolver as questões relativas



Tribunal de Contas

à disponibilização dos terrenos circundantes, o que significa que a obra em causa foi lançada a concurso sem que, previamente, tais questões estivessem resolvidas, como podiam e deviam ter sido;

Conclui-se, assim, que a execução dos 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



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, 18 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).



Tribunal de Contas

(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.