



ACÓRDÃO N.º 16/2007 - 29.Jan.2007 - 1ªS/SS

(Processo n.º 2223/06)

SUMÁRIO:

1. Nos termos da al. b) do n.º 1 do art.º 136.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, o ajuste directo só é admissível, seja qual for o valor estimado do contrato, quando se trate de obras cuja execução, por motivos técnicos (...) só possa ser confiada a uma entidade determinada.
2. Não resultando da fundamentação do acto adjudicatório que a entidade adjudicante considere que a execução da obra apenas pode ser executada por aquela sociedade em concreto, mas apenas a necessidade de garantir que a execução dos trabalhos seja assegurada apenas por uma empresa, não se encontram preenchidos os pressupostos de facto e de direito da previsão e estatuição da al. b) do n.º 1 do art.º 136.º.
3. 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 da adjudicação (art.º 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo); nulidade que se transmite ao contrato (art.º 185.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo) e constitui fundamento de recusa de visto de acordo com o disposto no art. 44.º, n.º 3, al. a), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Conselheira Relatora: Helena Ferreira Lopes



Mantido pelo acórdão nº 07/07, de 07/05/07, proferido no recurso nº 06/07

ACÓRDÃO Nº16 /2007 – 29JAN2007 – 1ª S/SS

Proc. n.º 2 223/2006

1. **A Estradas de Portugal, Entidade Pública Empresarial, (EP, E.P.E.),** remeteu para fiscalização prévia o contrato de empreitada celebrado, em 7 de Dezembro de 2006, com a sociedade **H-TECNIC – Construções, Lda.,** no montante de €480.000,00, acrescido do IVA.
2. O contrato foi celebrado, por ajuste directo, ao abrigo da al. b) do nº 1 do artº 136º do D.L. nº 59/99, de 02.03., e tem por objecto a execução da empreitada designada por **“EN125 – Viaduto de Tavira – Reabilitação – Reparação de Patologias – Trabalhos Complementares”** – vide cláusula 1.ª, n.º 1;
3. Para além dos factos supra referidos, relevam para a decisão os factos que, a seguir, se dão por assentes:
 - A)** Sob proposta n.º 173/2006/COAE, o Conselho de Administração, autorizou, em 3 de Agosto de 2006, o procedimento por ajuste directo, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do art.º 136.º do DL 59/99, de 2/3, com base nos fundamentos que, em síntese, se transcrevem:
“A empreitada em questão foi adjudicada à empresa H TECNIC - Construções, Lda., pelo contrato n.º



512/2005/EMP/DCOA, celebrado em 7 Outubro de 2005, pelo valor de 549.656,00, ao qual acresce IVA à taxa de 21 % no valor de 115.427,76 €.

O prazo previsto para a execução da obra era de 365 dias e a consignação teve lugar a 7 de Outubro de 2005, tendo o adjudicatário ficado de posse de todas as condições indispensáveis à execução da obra, pelo que a data contratual de conclusão da empreitada se verificaria a 6 de Outubro de 2006.

O Viaduto de Tavira, sobre o rio Gilão, encontra-se inserido na Variante a Tavira da E.N.125, situando-se a Norte dessa vila. A obra encontra-se duplamente condicionada, ou seja, está impedida a circulação de veículos com carga superior a 30 toneladas e limitada a velocidade a 30 kms/hora.

A realização desta empreitada teve, em face às deficiências existentes na obra de arte, como objectivos beneficiar e reforçar a estrutura existente com a execução dos seguintes trabalhos:

- Devolver ao betão, e armaduras, das faces inferiores das lajes, e das carlingas no seu todo, as características originais, por intermédio de processo de reabilitação electroquímica, dos materiais aplicados durante a construção;*
- Remover e substituir as armaduras que se apresentavam corroídas (com perda de secção superior a 20 %) e que não cumprissem as suas funções quer estruturais, quer de distribuição, para as quais haviam sido projectadas;*



- *Reparar as fissuras estruturais com o recurso a injeções de resinas epoxídicas;*
- *Retirar o pavimento, construir novos sumidouros junto aos apoios, reconstruir o sistema de drenagem e repavimentar a obra com solução de pavimentação que proteja a impermeabilização e permita o rápido escoamento das águas pluviais precipitadas na obra;*
- *Refechamento das juntas de dilatação e aplicar sistema de impermeabilização;*
- *Pintar todos os elementos estruturais, reparar a pintura de guarda-corpos e os demais trabalhos usuais em obras desta natureza.*

Dos trabalhos projectados na reparação do betão (do projecto patenteado seria previsível que os trabalhos propostos pelo projectista, resultantes de inspecção realizada pela STAP com a colaboração da sua associada Oz como entidade que realizou os ensaios considerados necessários, tivessem traduzido, de forma aproximada os trabalhos de reparação a implementar em pilares, travessas e vigas, quer na face inferior da laje do tabuleiro. Essas quantidades eram as seguintes:

Artigo 08.09.12 — Reparação local das zonas de betão que apresentem corrosão de armaduras, delaminação do betão, segregação de inertes, etc., com espessura média de 0,05 m:



- **Artigo 08.09.12.01 — Com uma área individual inferior a 0,10 m² – 3,00m²**
- **Artigo 08.09.12.02 — Com uma área individual superior a 0,10 m² – 380,00m²**

Verificou-se, no entanto, no decorrer da empreitada, que as áreas de intervenção propostas no estudo não reflectiam, de nenhuma forma, as áreas de betão que se apresentavam degradadas, delaminadas desagregadas da sua base. As áreas que foram consideradas em projecto eram 4,17 vezes inferiores às necessárias para a adequada reabilitação estrutural, ou seja, o acréscimo de áreas necessárias para as reparações a implementar foram as seguintes:

Artigo 08.09.12.01 — Com uma área individual inferior a 0,10 m² – 17,00 m²

Artigo 08.09.1 2.02 — Com uma área individual superior a 0,10 m² – 1.200,00 m²

Em face da discrepância verificada entre os valores levantados pela Fiscalização e os previstos no projecto, foram os mesmos remetidos ao Eng^o Câncio Martins, para que se pronunciasse sobre os diferenciais detectados.

Verificaram-se ainda outros contributos para o aumento das quantidades de reabilitação do betão, como seja o facto de crescer a esta situação o facto de se encontrarem



instaladas, em ambos os passeios da obra, 4 condutas da rede de abastecimento de água do Município de Tavira – que possuem roturas em todos os vãos da obra - o que, agravado com as contraflechas existentes em todos os vãos do tabuleiro, encaminhou essa água para as juntas de dilatação existentes em todos os pilares, provocando uma degradação generalizada das zonas sujeitas ao processo de secagem/molhagem, nomeadamente, e de forma mais relevante, em travessas, vigas e pilares, aumentando, de forma muito relevante, as áreas de intervenção de reparação do betão.

Como os encargos adicionais ultrapassam o valor estabelecido no Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, pelo que foi, com o apoio do Dr. Carlos Alberto Mendes Lopes, Director do GADM, analisada a forma de gestão deste contrato.

Assim, e considerando:

- Que os trabalhos a mais se referem a artigos que não podem ser dissociados do trabalho em causa mas apenas em áreas adjacentes às reabilitadas;*
- Que estes trabalhos, por motivos técnicos, sejam executados pela mesma empresa dada a necessidade de se assegurar que a garantia da execução dos mesmos seja assegurada apenas por uma empresa.*

Propõem o seguinte:



O trabalho a mais referente ao Artigo 08.09.12.02 – Reparação local das zonas de betão que apresentem corrosão de armaduras, delaminação do betão, segregação de inertes, com espessura média de 0,05 m - com argamassa pré doseada ou micro-betão, com uma área individual superior a 0,10 m², na quantidade de 1 200 m², seja contratado com a empresa adjudicatária tendo por base o disposto na alínea b) do número 1 do Artigo 136º - “ Casos em que é admissível o ajuste directo, do Decreto-Lei nº59/99, de 2 de Março, no valor de 480.000,00€, acrescido do IVA à taxa legal de 21%, no montante de 100.800,00€.”

- B)** No seguimento da deliberação referida na alínea que antecede, a sociedade adjudicatária, em 21 de Agosto de 2006, apresentou proposta de preço;
- C)** Seguiu-se a deliberação do CA despacho que autorizou a despesa e aprovou a minuta do contrato, de 4 de Outubro de 2006;
- D)** O contrato datado de 7 de Dezembro de 2006, produz efeitos a partir da data da respectiva consignação e os trabalhos deverão estar concluídos o prazo de 120 dias (cláusula segunda) desconhecendo-se se a consignação já ocorreu.



5. O DIREITO

5.1. Da violação do disposto na alínea b) do n.º 1 do art.º 136.º do DL 59/99, de 2 de Março

Dispõe aquele normativo sob a epígrafe “Ajuste directo”:

“1- Para além dos casos previstos nas alíneas d) e e) do nº 2 do artigo 48º e no artigo 26º, o ajuste directo só é admissível, seja qual for o valor estimado do contrato, nos seguintes casos:

b) Quando se trate de obras cuja execução, por motivos técnicos, (...) só possa ser confiada a uma entidade determinada” (os motivos relativos à aptidão artística ou à protecção de direitos exclusivos não estão aqui em causa).

A questão que se coloca consiste em saber se a realização da empreitada em apreço apenas podia ser executada por aquela sociedade em concreto.

No essencial, a sindicabilidade da legalidade do acto adjudicatório é aferida com base na fundamentação que lhe está subjacente.

Essa fundamentação consta do ponto 3, alínea A), do probatório.

Do ponto 3, alínea A) do probatório, consta, *inter alia*, a alegação dos seguintes factos:

1. “Como os encargos adicionais ultrapassam o valor estabelecido no Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, pelo que foi, com o apoio do



Dr. Carlos Alberto Mendes Lopes, Director do GADM, analisada a forma de gestão deste contrato.”

2. “Que os trabalhos a mais se referem a artigos que não podem ser dissociados do trabalho em causa mas apenas em áreas adjacentes às reabilitadas;”
3. “Que estes trabalhos, por motivos técnicos, sejam executados pela mesma empresa dada a necessidade de se assegurar que a garantia da execução dos mesmos seja assegurada apenas por uma empresa.”

Da análise dos factos referidos, podemos concluir o seguinte:

- Do facto referido em 3 apenas se pode concluir que a entidade adjudicante considera que a sociedade adjudicatária deve executar os trabalhos “*dada a necessidade de se assegurar que a garantia da execução dos mesmos seja assegurada apenas por uma empresa*”; não se pode, contudo, concluir que a própria entidade adjudicante considere que a execução daquela obra apenas pode ser executada por aquela sociedade em concreto;
- Quando, nos factos referidos em 1 e 2, a entidade adjudicante diz que “*Como os encargos adicionais ultrapassam o valor estabelecido no Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março (...)*” e “*Que os trabalhos a mais se referem a artigos que não podem ser dissociados do trabalho em causa mas apenas em áreas adjacentes às reabilitadas*”, está a alegar factos em nada relacionados com os pressupostos de facto e de direito da



previsão e estatuição da alínea b) do n.º 1 do art.º 136.º.

Ou seja, da fundamentação do acto adjudicatório não constam quaisquer factos que permitam ao Tribunal concluir pela subsunção dos mesmos à previsão da alínea b) do n.º 1 do art.º 136.º do DL 59/99, de 2 de Março.

Conclui-se, assim, pela violação do citado normativo.

6. Da subsunção da ilegalidade supra identificada – art.º 136.º, n.º 1, alínea b), do DL 59/99 - a algum dos fundamentos de recusa de visto (art.º 44.º da Lei 98/97, de 26 de Agosto, com a nova redacção que lhe foi dada pela Lei nº 48/2006, de 29 de Agosto)

Não estando em causa nenhuma situação subsumível ao disposto na alínea b) do n.º 3 do art.º 44º, da Lei 98/97, com a nova redacção que lhe foi dada pela Lei nº 48/2006, a questão que se coloca é de saber se se verifica algum dos fundamentos previstos nas alíneas a) e c) do referido preceito.

Conforme resulta do ponto 5.1, o procedimento adoptado para a adjudicação daquela prestação de serviços é ilegal; tal ilegalidade transmite-se ao próprio contrato, conforme resulta do disposto no art.º 185.º, n.º 1, do CPA.



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

A ilegalidade constatada é geradora de nulidade (fundamento previsto na alínea a) do n.º 3 do art.º 44.º, da Lei 98/97, com a nova redacção que lhe foi dada pela Lei nº 48/2006), **se ocorrer uma das seguintes situações:**

- a) O vício supra identificado estiver previsto no n.º 2 do art.º 133.º do CPA;
- b) Existir qualquer outro dispositivo legal que, para aquele vício, comine expressamente essa forma de invalidade (vide n.º 1 do art.º 133.º 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 art.º 133.º, nº 1, 1.ª parte, do CPA);

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

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, n.º 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.



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 (art.º 48.º, n.º 1 e n.º 2, alínea a) do DL 59/99, de 2/3), 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, quando o procedimento aplicável era um procedimento que tem como *ratio* a concorrência, está 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, 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

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).



98/97, de 26/8³, com a nova redacção que lhe foi dada pela Lei n^o 48/2006.

7. DECISÃO

Termos em que, com fundamento no art.^o 44.^o, n.^o 3, al. a), da Lei n^o 98/97, de 26/8, com a nova redacção que lhe foi dada pela Lei n^o 48/2006, de 29/8, se decide recusar o visto ao contrato supra identificado.

São devidos emolumentos (n.^o 3 do art.^o 5.^o do Regime anexo ao Decreto-Lei n.^o 66/96, de 31 de Maio).

Lisboa, 29 de Janeiro de 2007

Os Juízes Conselheiros

(Helena Ferreira Lopes)

(Pinto Almeida)

(Lídio de Magalhães)

O Procurador-Geral Adjunto

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



Tribunal de Contas
