



ACÓRDÃO N.º 71/2008 - 27.Mai.2008 - 1ªS/SS

(Processo n.º 271/2008)

DESCRITORES: Empreitada de Obras Públicas - Ajuste Directo - Urgente
Necessidade - Concurso Público - Nulidade - Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. Na contratação pública, o regime regra da escolha do co-contratante particular na realização de despesas públicas, em geral, e na aquisição de serviços, em particular, é o concurso público, nos termos do art.º 183.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA);
2. O ajuste directo - como excepção àquele regime regra, - apenas é admitido, independentemente do valor estimado do contrato, quando, na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis, não possam ser cumpridos os prazos exigidos pelos concursos público, limitado ou por negociação, desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis ao dono da obra (cfr. art.º 136.º, n.º 1, al. c), do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março.
3. Não podem invocar-se motivos de urgência imperiosa na escolha do procedimento por ajuste directo, quando entre a data do abrandamento dos trabalhos, pelo 1.º empreiteiro, e a data da adjudicação da obra, decorreu um longo período de tempo, durante o qual o município poderia ter diligenciado o lançamento de um concurso público;
4. Não pode considerar-se, ainda, que as circunstâncias invocadas não sejam imputáveis ao dono da obra quando a entidade adjudicante teve todo o



tempo e todas as possibilidades de conceber, planear e implementar o processo conducente à realização da obra.

5. Não se verificando os pressupostos que justificam a escolha do procedimento por ajuste directo, resulta violado o disposto no art.º 136.º, n.º 1, al. c) do Decreto-Lei nº 59/99 de 2 de Março, impondo-se, ao invés, a realização de concurso público, de harmonia com o disposto no art.º 48.º, n.º 2, al. a) do referido diploma legal;
6. A falta de concurso público, quando legalmente exigível, torna nulo o procedimento e o subsequente contrato, por preterição de um elemento essencial (arts. 133.º, n.º 1 e 185.º do Código do Procedimento Administrativo).
7. Tal nulidade é fundamento da recusa de visto, nos termos do artigo 44º, nº 3, al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

Conselheiro Relator: António M. Santos Soares



Transitado em julgado em 23/06/08

ACÓRDÃO Nº 71 /08 - 27. MAI. 08/1ª S/SS

Proc. nº 271/08

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

I – RELATÓRIO

O **Município de Loulé** remeteu, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de empreitada, celebrado em 27-02-2008, com a empresa “**OBRECOL – Obras e Construções, SA**”, pelo valor de € 519.000,00 acrescido de IVA, tendo por objecto a “Construção a custos controlados em Quarteira”.

II – MATÉRIA DE FACTO

Para além do referido acima, relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão por assentes:

- a) O contrato foi precedido de ajuste directo, com convite a cinco empresas, invocando o artigo 136º, nº1, alínea c) do DL nº 59/99 de 2 de Março;
- b) Responderam ao convite e apresentaram proposta, quatro empresas;



Tribunal de Contas

- c) A empreitada é por preço global;
- d) O prazo de execução da obra é de 120 dias;
- e) O preço é o único critério de adjudicação;

- f) O preço base, para efeitos do convite às empresas, foi fixado em € 472.790,00 acrescido do IVA;

- g) A obra foi adjudicada em 16-01-2008;

- h) O contrato de empreitada para a construção a custos controlados em Quarteira, foi originariamente celebrado, em 09-02-2005, entre o Município de Loulé e a empresa “Sociedade de Construções Barão, Lda.”, e visado pelo Tribunal de Contas em 26-04-2005;

- i) O contrato referido na alínea anterior foi resolvido, convencionalmente, por acordo entre as partes, datado de 22-06-2007 (fols. 126 dos autos), acordo este que havia sido aprovado por deliberação camarária de 13-6-2007;

- j) A resolução do contrato mencionado nas alíneas **h)** e **i)**, ocorreu devido a ter-se verificado, no decurso dos trabalhos, a incapacidade financeira do empreiteiro para terminar a obra objecto do contrato de empreitada;

- k) Em 2 de Julho de 2007, foi lavrado Auto de Posse Administrativa, pelo Governo Civil do distrito de Faro, (fols. 122 dos autos), nos termos do qual foi conferida posse administrativa, à Câmara Municipal de Loulé, dos trabalhos em curso das obras executadas e a executar, e que constituíam o objecto da empreitada;

- l) Solicitado um parecer técnico de engenharia a um perito engenheiro deste Tribunal, sobre a fase da execução da obra no momento do seu abandono, bem como sobre uma eventual duplicação de trabalhos, relativamente aos que foram outorgados inicialmente, concluiu este o seguinte e em síntese:

“Compulsados os elementos disponíveis, verifica-se que, em termos gerais, à presente empreitada, destinada declaradamente a concluir os trabalhos deixados



incompletos pelo abandono do empreiteiro inicial, corresponde de facto e, basicamente, a trabalhos de acabamentos (serralharia, equipamentos, pinturas, carpintaria, cantarias, num total parcial de cerca de 400.000 €) e de redes de serviço (águas, esgotos, telefone, electricidade, etc., num total parcial de 90.000 €), correspondendo apenas cerca de 25.000 € a trabalhos preparatórios (limpeza da obra) e a movimentação de terras, o que perfaz um total de 515.000 €, indicia, de facto a prevalência de trabalhos em conclusão.

A análise dos autos já pagos ao anterior adjudicatário também não indicia qualquer duplicação.”.

- m)** Em reunião de Câmara, ocorrida em 05-09-2007, foi deliberada, por unanimidade, a aprovação da abertura do procedimento por ajuste directo, por preço global, relativamente aos trabalhos objecto do presente contrato;
- n)** Questionada a Autarquia sobre o tempo que a obra estivera *por acabar e abandonada*, até a Câmara Municipal optar pela resolução e sobre o decurso de mais de dois meses, entre a data do auto de posse administrativa e o envio dos convites aos concorrentes, bem como sobre a opção pelo procedimento por ajuste directo, respondeu o seguinte, em síntese:

“... Embora desde o último trimestre do ano de 2006 se tenha verificado um significativo abrandamento dos trabalhos e pontualmente a sua quase total ausência, só a partir de 30 de Junho de 2007 cessaram todos e quaisquer trabalhos na obra.

(...)

Os dois meses foram utilizados para realizar o procedimento do concurso, novas vistas à obra para confirmar o seu levantamento rigoroso (incluindo materiais e equipamentos deixados na obra).

Embora a resolução tenha sido amigável, durante os últimos meses os responsáveis técnicos da empresa raramente estavam disponíveis para prestar esclarecimentos e colaborar com a fiscalização. O prenúncio do abandono da obra era iminente. Refira-se que a fiscalização encontrou e teve de ultrapassar na avaliação correcta do estado da obra (como por exemplo, portas fechadas de alguns compartimentos para os quais não existia chave, etc.).

Adicionalmente, verificaram-se nesse curto período, actos de vandalismo que obrigaram a reavaliar as condições da obra pelo menos por duas ocasiões.”

- o)** Questionado o Município de Loulé sobre as razões pelas quais entendia que se verificava uma urgência imperiosa na conclusão da obra,



justificativa da adopção do procedimento por ajuste directo, informou a Autarquia:

“ Na sequência dos esclarecimentos requeridos por V. Exas., formulou o Departamento de Obras e Gestão de Infra-estruturas Municipais e a Divisão de Acção Social, Saúde e Família ambas da Edilidade, informações que respondem ao requerido e que se remetem em anexo, acrescentando que o realojamento pretendido com estes vinte fogos e que se remetem em anexo, se destinam a três famílias a viver no denominado “bairro dos pescadores”, além de outras dezassete, tem uma ligação directa às obras a decorrer no Porto de Pesca de Quarteira promovidas pelo IPTM, pois estas famílias moram na zona de intervenção da obra no que respeita à chamada “doca seca” do Porto, sendo essencial a sua desocupação para o normal decorrer dos trabalhos e a sua conclusão dentro dos prazos previstos e observados na candidatura a fundos comunitários efectuada por aquele instituto.

Neste âmbito e por estas razões se considerou existir uma urgência imperiosa, motivada pelo decorrer das obras do Porto de Pesca de Quarteira, 2ª Fase, e a essencialidade do realojamento destas famílias para que aquelas obras pudessem decorrer sem problemas, sabendo-se que é uma obra promovida pela Administração Central com todos os condicionamentos de prazos e candidaturas que a mesma encerra, pois tais obras são impossíveis de terminar sem que se efective os realojamentos referidos e que estavam regularmente programados para o OM 176/07 designado por “Construção a Custos Controlados em Quarteira” que infelizmente não foi possível terminar no prazo previsto por impossibilidade do empreiteiro inicial a realizar até ao seu “terminus” tendo existido uma rescisão do contrato conforme já havíamos descrito”.

- p)** O Município de Loulé remeteu, também, uma informação da Divisão de Edifícios e Equipamentos Municipais, sobre as razões pelas quais se verificou uma urgência imperiosa na conclusão da obra, justificativa da adopção do procedimento por ajuste directo, na qual referiu, em síntese, o seguinte:

“... 1. O período temporal de abandono da obra, quer pela acção do tempo, quer por actos de vandalismo, é directamente proporcional ao aumento da sua degradação, com o incremento dos correspondentes custos para a sua conclusão;

2. O aumento do período temporal da suspensão da obra diminui e poderá mesmo inviabilizar as possibilidades de manutenção do funcionamento anteriormente aprovado e em curso;

3. As condições actuais de precariedade dos utentes que estão identificados para virem a ocupar as habitações em construção, são extremamente



degradantes e poderão ser insustentáveis durante mais um Inverno, conforme descrito na informação da Divisão de Acção Social, Saúde e Família, em anexo.”

III - O DIREITO

1. Como resulta da matéria de facto dada por assente, o contrato celebrado entre o **Município de Loulé** e a empresa “**OBRECOL – Obras e Construções, SA**”, foi precedido de um procedimento por ajuste directo, ao abrigo do artigo 136º, nº1, alínea c) do DL nº 59/99 de 2 de Março.

A questão que se suscita no presente processo é, pois, a de saber se, tendo em conta a matéria de facto provada, se encontra justificada a utilização do procedimento por ajuste directo, a preceder a celebração do contrato atrás referido.

2. Por ser a melhor forma de promover a concorrência e de observar os demais princípios que regem a contratação pública, consagrados nos artigos 7º a 15º do DL nº 197/99 de 8 de Junho, - aplicáveis às empreitadas de obras públicas *ex vi* do artigo 4º, nº1, al. a) deste diploma legal - o *concurso público* é o regime regra da escolha do co-contratante particular, na realização de despesas públicas em geral e na contratação de serviços em particular (artigo 183º do Código do Procedimento Administrativo – CPA).

Outra regra básica é a estabelecida no artigo 48º, nºs 1 e 2 do DL nº 59/99 de 2 de Março, onde se define o procedimento pré-contratual a adoptar, em função do valor estimado do contrato.

O **ajuste directo**, ao abrigo do disposto no artigo 136º do mesmo diploma legal – seja qual for o valor estimado do contrato – assume-se, assim, como uma excepção a essas regras.

E, por se tratar de um excepção à regra geral, a lei, quando o admite, rodeia-o de fortes condicionalismos e submete-o a apertados requisitos.



Ora, de acordo com o disposto no citado artigo 136º, nº1, al. c), do citado DL nº 59/99, o **ajuste directo** pode ter lugar, independentemente do valor estimado do contrato, *na medida do estritamente necessário quando, por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra, não possam ser cumpridos os prazos exigidos pelos concursos público, limitado ou por negociação, desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis ao dono da obra.*

Para suportar o ajuste directo, exige, pois, a citada norma, a verificação cumulativa dos seguintes pressupostos:

- a) Ser na medida do estritamente necessário;
- b) Urgência imperiosa;
- c) Que a urgência imperiosa seja resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra;
- d) Não possam ser cumpridos os prazos exigidos para a realização, no caso, do concurso público;
- e) Que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis ao dono da obra.

2. 1. Como é jurisprudência pacífica deste Tribunal ¹ não basta a ocorrência de uma qualquer urgência para se poder recorrer ao ajuste directo, seja no âmbito das empreitadas de obras públicas, seja no âmbito da contratação relativa à locação e aquisição de bens ou serviços.

Exige-se que a urgência seja *imperiosa*, isto é, uma urgência categórica, imposta por uma situação a que não possa deixar de se acorrer com *rapidez*.

Trata-se, pois, de uma situação de *urgência impreterível*, significando-se com isto que a prestação não pode ser “adiada”, sob pena de não ser mais possível realizá-la, ou que a sua não realização imediata venha a causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação.

2. 2. Por outro lado, exige-se que tal urgência imperiosa seja resultante de **acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra.**

¹ Vejam-se, a título de exemplo, o Acórdão nº 4/2005, de 22-2-2005, proferido, em Plenário da 1ª Secção, no Recurso Ordinário nº 20/04; o Acórdão nº 7/07, de 7-5-2007, proferido em Plenário da 1ª Secção, no Recurso Ordinário nº 6/07; o Acórdão nº 4/08, de 12-2-2008, proferido em Plenário da 1ª Secção, no Recurso Ordinário nº 29/07; o Acórdão nº 6/08, de 10-3-2008, proferido em Plenário da 1ª Secção, no Recurso Ordinário nº 27/08 e o Acórdão nº 120/07 de 18-9-2007, proferido em Subsecção da 1ª Secção, no Processo nº 831/07.



Tribunal de Contas

Por “*acontecimentos imprevisíveis*”, relevantes para efeitos da previsão da al. c) do nº1, do artigo 136º do DL nº 59/99 de 2 de Março, e como também é jurisprudência pacífica deste Tribunal, devem entender-se as situações que surgem de forma inopinada e que um normal decisor, colocado na posição de um real decisor, não seja capaz de prever e de prevenir.

2. 3. Também se exige que as circunstâncias invocadas, para a adopção do procedimento por ajuste directo, **não sejam imputáveis ao dono da obra.**

Bem se compreende esta exigência:

É que, tratando-se de uma iniciativa da responsabilidade do dono da obra, em que este teve a possibilidade de a conceber e planear, e em que dispôs dos tempos necessários para a sua concretização e implementação, só circunstâncias que, de todo em todo, escaparam ao seu controlo e que, por isso, não lhe podem ser imputáveis, é que poderiam justificar a adopção do ajuste directo.

2. 4. Segundo resulta da matéria de facto dada por assente, o Município de Loulé, celebrou, **em 27-02-2008**, um contrato com a empresa “OBRECOL – Obras e Construções, SA”, tendo por objecto a “Construção a custos controlados em Quarteira”.

Resulta, também, da matéria de facto dada por assente (**alínea i**) do probatório), que o contrato de empreitada para execução da obra, - anterior ao que ora é submetido a fiscalização prévia - foi resolvido, convencionalmente, **em 22-6-2007**, por acordo entre o Município de Loulé e a empresa “Sociedade de Construções Barão, Lda.”, por esta empresa ter abandonado as obras, por falta de capacidade financeira.

Por outro lado, tendo, **em 02-07-2007**, sido conferida a posse administrativa dos trabalhos à Câmara Municipal de Loulé (**alínea k**) do probatório), veio a Câmara Municipal de Loulé, em reunião havida **em 05-09-2007**, a deliberar, por unanimidade, a aprovação da adopção do procedimento por ajuste directo, para a execução dos trabalhos necessários para a conclusão da obra (**alínea m**) do probatório).



Resulta, ainda, da matéria de facto dada como assente, (**alínea n**) do probatório) que, desde o último trimestre de 2006, se verificava um significativo abrandamento dos trabalhos que estavam sendo levados a cabo pela anterior adjudicatária sendo certo que, pontualmente, se verificava a sua quase total ausência.

Igualmente emerge da matéria de facto tida por provada (**alínea g**) do probatório), que a adjudicação da obra, a que se reporta o presente contrato, só veio a ocorrer **em 16-01-2008**.

Verifica-se, assim, que entre a data em que começou a verificar-se o abrandamento dos trabalhos e, por vezes, a sua quase total paralisia (último trimestre do ano de 2006), passando pela rescisão convencional do anterior contrato de empreitada, (em 22-06-2007), pela posse administrativa dos trabalhos (em 02-07-2007) até à adjudicação da obra em 16-01-2008, decorreu um longo período de tempo, durante o qual o Município de Loulé poderia ter encetado as diligências que legalmente se impunham, - lançamento de um concurso público ² - com vista a obter solução para a situação com que se confrontava.

Esta demora, de **longos meses**, até à celebração do contrato de empreitada, não se compagina, como é evidente, com a urgência imperiosa invocada para justificar a adopção do procedimento por ajuste directo.

Efectivamente, tudo pôde ser preparado e planeado atempadamente, por forma a que pudessem ser cumpridos os prazos exigidos pelo concurso público, procedimento que era o que cabia no caso em apreço.

2. 5. Por seu turno, além de não se verificarem, assim, os motivos de urgência imperiosa que fundamentassem a escolha do ajuste directo, também não se mostra, manifestamente, que a invocada urgência fosse decorrente de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra.

Na verdade, nada se encontra - nem se refere - que possa consubstanciar a ocorrência de qualquer circunstância que tenha surgido inopinadamente e com a qual não pudesse contar o dono da obra.

² Vide o ponto 3 deste Acórdão.



Bem pelo contrário, tudo decorreu algo arrastadamente, sem a ocorrência de qualquer imprevisto, e, por isso, de forma nada compatível com a invocada urgência na execução da obra.

2. 6. Por sua vez, e como se viu, para a adopção do procedimento por ajuste directo, necessário é que as circunstâncias invocadas *não sejam imputáveis ao dono da obra*.

Ora, no caso vertente, o Município de Loulé teve o tempo suficiente e todas as possibilidades de conceber, planear e implementar o processo conducente à realização da obra, tendo, até, uma recente experiência na condução de concursos públicos decorrente do anterior concurso realizado para a execução da obra.

Se tal não aconteceu, isso deveu-se, seguramente, ao modo como foram desenvolvidas as diligências no âmbito desse processo e, quiçá, ao facto de, nele, não ter sido posto um empenho correspondente à celeridade que vieram a invocar para justificar o ajuste directo.

3. É, deste modo, evidente, que se não verificaram, no caso *sub judice*, os pressupostos que pudessem justificar a escolha do procedimento por ajuste directo, com o que resulta violado o disposto no artigo 136º, nº1, al. c) do DL nº 59/99 de 2 de Março.

Ao invés, atento o valor estimado do contrato, deveria este ter sido precedido da realização de *concurso público*, de harmonia com o disposto no artigo 48º, nº 2, al. a), do DL nº 59/99 de 2 de Março.

A falta de concurso público, quando legalmente exigível, como é o caso dos autos, torna nulo todo o procedimento e o subsequente contrato, por preterição de um elemento essencial (artigos 133º, nº1 e 185º do Código do Procedimento Administrativo – CPA).

Tal nulidade é, nos termos do artigo 44º, nº3, al. a), da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, fundamento de recusa de visto.

IV – DECISÃO



Tribunal de Contas

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em subsecção, em recusar o visto ao contrato ora em apreço.

São devidos emolumentos (artigo 5º, nº 3, do Regime jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao DL nº 66/96 de 31 de Maio).

Lisboa, 27 de Maio de 2008.

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares, relator)

(Helena Ferreira Lopes)

(José L. Pinto Almeida)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto



ACÓRDÃO n.º 71/08-27-MAIO-08-1ªS/SS

P. n.º 271/08

Declaração de voto:

Na pág.9 do Acórdão diz-se: “*A falta de concurso público, quando legalmente exigível, torna nulo todo o procedimento e o subsequente contrato, por preterição de um elemento essencial (artigos 133.º, n.º 1 e 185.º do Código do Procedimento Administrativo – CPA).*”

Tal nulidade é, nos termos do artigo 44.º, n.º 3, al. a), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, fundamento de recusa de visto.”.

Trata-se de uma **afirmação genérica** que pode induzir o leitor do acórdão de que todos os Juízes subscritores do Acórdão estão todos de acordo com a afirmação de que “*A falta de concurso público*”, qualquer que seja a situação análise, “*quando legalmente exigível, torna nulo todo o procedimento e o subsequente contrato, por preterição de um elemento essencial....*”.

Por entender dever demarcar-me desta possível leitura do Acórdão entendo que o parágrafo deveria conter os seguintes dizeres (ou dizeres de conteúdo semelhantes): “*O concurso público ou limitado com publicação de anúncio (art.º 48.º, n.º 1, alínea a), do DL 59/99, de 2 de Março), quando obrigatório e se mostre verificado*”



Tribunal de Contas

o circunstancialismo constante dos autos – adopção do procedimento denominado de ajuste directo quando o procedimento a adoptar deveria ser o concurso público ou limitado com publicação de anúncio – é elemento essencial da adjudicação (art.º 133.º, n.º 1, do CPA e 185.º do Código do Procedimento Administrativo), o que constitui fundamento de recusa do visto, nos termos da alínea a) do n.º 3 do art.º 44.º, da Lei 98/97, de 26/04”.

Com efeito, nem sempre a omissão de concurso público ou limitado com publicação de anúncio é susceptível de constituir um vício gerador de nulidade; **tudo dependerá, *inter alia*, das circunstâncias do caso concreto e do tipo de procedimento adoptado e o legalmente exigível.**

A Juíza Conselheira

Helena Ferreira Lopes