



ACÓRDÃO Nº 31 /06-1FEV2006-1ª S/SS

P. nº 2559/05

1.A Câmara Municipal de Oliveira do Bairro remeteu para efeitos de fiscalização prévia o **primeiro adicional** ao contrato da empreitada celebrado entre aquela Câmara e a **Construtora da Bairrada, S.A.** pelo montante de **€ 124.725,73**, acrescido de IVA, denominado de **“Arranjos Exteriores da Escola Integrada de Oiã”**;

2. Para além do referido em 1. releva para a decisão a seguinte factualidade que dá por assente:

A) O contrato da empreitada inicial foi celebrado no valor de € 820.000,00, sem IVA, processo nº 1553/04, visado em sessão diária de visto de 22.09.04;

B) Os trabalhos objecto do presente adicional reportam-se a:

Descrição	Trabalhos a mais acordados da resp. do dono da obra	Trabalhos a mais a preços contratuais.	Trabalhos a mais acordados	Trabalhos a menos
Passadiço				€ 22.982,08
Estrutura do Lixo				€ 1.881,76
Muros de Suporte		€ 28.275,25		€ 5.057,54
Redes de Águas		€ 3.617,52		



Tribunal de Contas

Pluviais				
Outros Trabalhos	€ 54.790,18		€ 67.964,16	
Sub – Total	€ 54.790,18	€ 31.892,77	€ 67.964,16	€ 29.921,38
Total	€ 154.647,11			€ 29.921,38

C) Após devolução aos serviços para que indicassem quais as circunstâncias imprevistas que conduziram à contratualização dos trabalhos em apreço, vêm os mesmos, pelo ofício n.º 5612, de 9 de Novembro de 2005, dizer o seguinte:

“ (...) O projecto contém alguns erros e omissões, da responsabilidade dos projectistas, o que implicou a averiguação de uma série de situações.

(...).

Os trabalhos a mais a preços contratuais, são trabalhos que foram previstos em espécie no caderno de encargos da empreitada em epígrafe, mas as suas quantidades excederam a previsão inicial. Estes trabalhos ascendem a 31.892,77 € e correspondem a **3,89%, do valor da adjudicação. Trata-se fundamentalmente de artigos relacionados com **betão em muros de suporte, emulsão asfáltica e rede de águas pluviais.****

Os trabalhos a mais a preços acordados, referem-se a trabalhos que não foram previstos em espécie no caderno de encargos da empreitada. Devem-se a erros e omissões de projecto, mas surgem também da necessidade de melhorar alguns aspectos em obra. Trata-se essencialmente de artigos relacionados com **escavações, aterros, colocação de acrílicos no passadiço, a betonilha para**



Tribunal de Contas

regularização e assentamento das lajetas e caleiras para drenagem. Estes trabalhos ascendem a **122.754,34 €** e correspondem a **14,67%** do valor da adjudicação

(...).

A Câmara Municipal de Oliveira do Bairro entendeu que, tratando-se de trabalhos que não poderiam ser separados dos da empreitada inicial, urgia a sua execução, devido ao prazo estabelecido contratualmente, bem como, à necessidade de concluir os trabalhos com vista à utilização daquele espaço no ano lectivo de 2005/2006. (...).";

D) O valor dos trabalhos a mais foi compensado com o valor dos trabalhos a menos, e, em consequência, foi rectificado o valor do contrato adicional, que passou a ser de 124.725,73 €, a que acresce IVA;

3. O DIREITO

3.1. Da violação do disposto no artigo 26º, n.º 1, 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



Tribunal de Contas

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 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 qualquer das condições previstas nas alíneas a) ou b) do artº. 26º do DL nº. 59/99, de 2 de Março.

Ficam, portanto, fora do conceito de “trabalhos a mais” (i) os trabalhos que não se destinem a tornar exequível um contrato anterior; (ii) os trabalhos que, apesar de preencherem o requisito exposto em i), não tenham como causa a ocorrência de uma circunstância imprevista, e (iii) os trabalhos que, apesar de preencherem os requisitos expostos em i) e ii), não preencham nenhuma das alíneas do nº. 1 do artº. 26º.

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



3.2. Da subsunção da factualidade descrita no ponto 2 ao disposto no artº. 26º, nº. 1, do DL 59/99, de 2/3.

Conforme resulta do ponto 2. alíneas B) e C) do probatório os “trabalhos a mais” resultaram das seguintes circunstâncias: **(i)** trabalhos que, tendo sido previstos em espécie no caderno de encargos, excederam as quantidades aí previstas; **(ii)** trabalhos que não foram previstos em espécie no caderno de encargos e que resultaram de erros e omissões do projecto inicial e **(iii)** trabalhos não previstos no projecto inicial e que resultaram de melhoramentos introduzidos pelo dono da obra.

Tratam-se, por isso, de trabalhos que podiam e deviam ter sido previstos pelo dono da obra e que, por isso, não integram o conceito de “circunstância imprevista”.

Não sendo os trabalhos realizados subsumíveis ao disposto no artº. 26º, nº. 1, do DL 59/99, nem a qualquer alínea do artº. 136º 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 limitado sem publicação de anúncios, nos termos do artº. 48º, nº. 2, alínea b), do DL 59/99.

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



3.3 Da subsunção da ilegalidade supra identificada – artº 48º, nº. 2, alínea b), conjugado com o art.º 26.º, n.º 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);



Tribunal de Contas

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 adjudicação⁴ (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.

Conforme atrás referimos o procedimento aplicável era o concurso limitado sem publicação de anúncio.

Este procedimento (cfr. art.º 130.º do DL 59/99) inicia-se com o convite para apresentação de proposta a empresas seleccionadas “*de acordo com o conhecimento e experiência que delas tenha*”.

Trata-se, por isso, de um procedimento em que, ao invés do que acontece com o concurso público ou limitado com publicação de anúncio (art.º 48.º, n.º 2, al. a), do DL 59/99), a publicidade e a concorrência, embora presentes, estão substancialmente mais limitadas.

⁴ 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,



Tribunal de Contas

E se é certo que, no ajuste directo “tout court”, a publicidade e a concorrência estão completamente ausentes, também é verdade que **os princípios da contratação pública** (v.g. princípios da concorrência, da transparência, da publicidade e da igualdade), no procedimento denominado de “concurso público sem publicação de anúncios”, **não assumem uma importância de tal modo relevante que**, da violação do preceito que impõe este tipo de procedimento, nas termos supra descritos, **se possa concluir pela verificação de um vício que, pela sua acentuada gravidade, torne inaceitável a produção de quaisquer efeitos jurídicos**⁵.

Ou seja, **o vício de que padece o acto adjudicatório é apenas e tão só gerador de anulabilidade** (vide art.º 135.º do CPA).

3.3.1. Afastados que estão os fundamentos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 3 do art.º 44 da Lei 98/97, e tendo nós dado por assente que a violação de lei ocorrida é geradora de anulabilidade, importa, agora, analisar se a situação em análise é enquadrável no disposto na alínea c) do n.º 3 do mesmo normativo.

Afigura-se-nos que a resposta só pode ser positiva.

Muito embora não resulte dos autos que da violação daqueles preceitos tenha resultado a alteração efectiva do resultado financeiro, não temos dúvidas em afirmar que **aquele vício é susceptível de restringir o**

proc. 22 251; cfr. também Mário Esteves de Oliveira, Pedro C. Gonçalves e Pacheco Amorim, in Obra citada, Págs 641 e 642.

⁵ Vide, por todos, Acórdãos do Tribunal de Contas n.º 8/2004, de 8 de Junho, 1.ª S/PL, e 4/2005, de 22 de Fevereiro, 1.ª S/PL.



Tribunal de Contas

universo concorrencial e, conseqüentemente, susceptível de alterar aquele resultado.

Anote-se, a propósito, que, para efeitos da aplicação da alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei 98/97, quando aí se diz “*ilegalidade que... possa alterar o respectivo resultado financeiro*” pretende-se significar que **basta o simples perigo ou risco** de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro.

Porém, não estando adquirida a ocorrência efectiva de uma alteração do resultado financeiro e não constando dos autos que a entidade adjudicante tivesse sido objecto de qualquer recomendação anterior relativa aos normativos em causa, afigura-se-nos oportuno fazer uso da faculdade prevista no n.º 4 do art.º 44.º da Lei 98/97, de 26 de Agosto.

4. DECISÃO

Termos em que se decide:

- a) Visar o contrato em apreço;
- b) Recomendar à entidade adjudicante o rigoroso cumprimento, em empreitadas futuras, do que legalmente se encontra estatuído no artigo 48.º, n.º 2, alínea b), e 26.º, n.º 1, ambos do DL 59/99, de 2 de Março.

São devidos emolumentos (n.º 1, alínea b) do art.º 5.º do Regime anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio).



Tribunal de Contas

Lisboa, 1 de Fevereiro de 2006

OS JUIZES CONSELHEIROS

Helena Maria Ferreira Lopes

Lídio de Magalhães

Ribeiro Gonçalves

O Procurador-Geral Adjunto