



ACÓRDÃO Nº 59 /06-21FEV2006-1ª S/SS

P. nº 2 822/05

1. A Câmara Municipal de Tomar remeteu para efeitos de fiscalização prévia o primeiro adicional ao contrato da empreitada celebrado entre aquela Câmara e a Construções Júlio Lopes, S.A. pelo montante de € 110 961,79, acrescido de IVA, denominado de “Reabilitação do Troço entre a E.M. 531 (Carril) e a E.M. 530 (Cêpos)”;

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 € 794.068,74, sem IVA, processo nº 1410/03, homologado conforme em sessão diária de visto de 21.08.03;

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

Descrição:	Trabalhos mais
Fornecimento e aplicação de betão	€15 782,00
Execução de cofragem	€15 043,48
(Novo) Fornecimento aplic. manta drenante	€5 426,24
(Novo) Muros de vedação com sustentação de	€46 832,50



Tribunal de Contas

Terras	
(Novo) Remoção de Vedação em Rede	€4 087,59
(Novo) Ramais de água	€23 790,00
TOTAL	€110 961,79

C) Os trabalhos objecto do presente adicional foram autorizados por deliberação da Câmara Municipal, em 11SET2005, que recaiu sobre a Informação n.º 633/2005 do Departamento de Obras Públicas.

Refere-se naquela Informação:

“(…)

Parte das reclamações apresentadas têm origem em diferentes interpretações de como deverão ser executados os muros de divisão de propriedades e de contenção.

Este assunto foi amplamente discutido entre o adjudicatário, dono da obra e fiscalização (...).

Segundo foi possível apurar, nessa reunião estabeleceu-se consenso relativamente ao tipo de muros a considerar na empreitada, nomeadamente:

a) Muros de divisão de propriedades, correspondentes aos artigos 4.1.1 e 4.1.2 do orçamento. Estes correspondem a muros a reconstruir de acordo com a traça original, ou em alternativa construídos mediante processo, técnica e materiais que não tragam trabalhos a mais à empreitada e desde que acordados entre o empreiteiro, fiscalização e proprietário dos muros a demolir.



*b) **Muros de vedação com sustentação de terras até à altura de 1,80 m** correspondentes ao novo artigo 4.1.4 proposto a preço acordado. Estes correspondem a muros de contenção de terras reconstruídos em substituição de muros existentes, com altura até 1,8 m, realizados em alvenaria de blocos (0,50X0,20X0,20 m), rebocado na face exterior, incluindo fundação em betão ciclópico com mínimo de 0,60X0,40 m, pilares afastados de 2,5 m, lintel em betão armado e com barbacans para drenagem com espaçamento de 1m entre si.*

*c) **Muros de contenção em betão armado**, correspondentes ao artigo 4.1.3 do orçamento. Estes muros correspondem a novos muros de suporte de terras em zonas de aterro necessárias ao alargamento da plataforma da estrada e não foram pormenorizados no projecto lançado a concurso. (...);*

D) Notificada a Câmara para que indicasse quais as circunstâncias imprevistas que conduziram à contratualização dos trabalhos em apreço, vêm os mesmos, pelo ofício n.º 10132, de 6 de Dezembro de 2005, dizer o seguinte:

“Os trabalhos a mais resultam de erros e omissões de projecto, que se julga constituírem circunstâncias imprevistas nos termos do ponto 1 do artº 26º do Decreto-Lei 59/99 de 2 de Março, nomeadamente:

a) Omissões na pormenorização de muros de betão armado;

b) Erros nas medições das quantidades previstas para a construção de muros de contenção de terras em betão armado;



Tribunal de Contas

- c) Impossibilidade técnica de efectuar muros de acordo com a traça original em situações pontuais, o que levou a adopção de processos construtivos alternativos;*
- d) Omissão de drenagem nos muros de suporte;*
- e) Omissão na identificação de conduta de água existente, não cadastrada e implantada a cotas não regulamentares, na qual foi necessário intervir na desactivação e reconstrução dos ramais de abastecimento de água, de modo a poder-se abrir a caixa para a estrada em zona de alargamento. ”*

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 sequência de uma circunstância imprevista, desde que se verifique qualquer das seguintes condições:



Tribunal de Contas

- 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 inicial. 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 o contrato inicial; **(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.

Conforme resulta do ponto 2., alíneas B) e C) do probatório os “trabalhos a mais” resultaram das seguintes circunstâncias **(i)** omissões na pormenorização de muros de betão armado; **(ii)** erros nas medições



Tribunal de Contas

das quantidades previstas para a construção de muros de contenção de terras em betão armado; **(iii)** introdução de alterações no que se reporta ao *modus faciendi* dos muros; **(iv)** omissão de drenagem nos muros de suporte; **(v)** omissão na identificação de conduta de água existente.

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.



3.2. 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 3.1, *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. 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, 21 de Fevereiro de 2006

Os Juízes Conselheiros

Helena Maria Ferreira Lopes

Lídio de Magalhães

Ribeiro Gonçalves

O Procurador-Geral Adjunto