



ACÓRDÃO Nº 94 /06-21MAR2006-1ª S/SS

P. nº 15/06

1. A **Câmara Municipal de Aguiar da Beira** remeteu para efeitos de fiscalização prévia o **primeiro adicional** ao contrato da empreitada celebrado entre aquela Câmara e a sociedade “**Montalvia Construtora, S.A.**” pelo montante de **€ 104.452,85**, acrescido de IVA, denominado de “Requalificação Urbana e Paisagística do Largo do Castelo”.

2. Para além do referido em 1., relevam ainda para a decisão os seguintes factos, que se dão como assentes:

A) O contrato da empreitada inicial foi celebrado pelo valor de € 419.114,60, sem IVA, e foi homologado conforme em sessão diária de visto de 20.12.04 (proc. n.º 2767/04);

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

Descrição:	Trabalhos mais
TRABALHOS MAIS PREÇOS ACORDADOS – 13,72%	57.520,67 €
Levantamento e reposição de lancil em granito	1.998,00 €
Limpeza e reparação muros de granito	4.890,00 €
Fornecimento/colocação corrimão metálico	2.777,50 €



Tribunal de Contas

escadas de acesso ao reservatório	
Construção acesso passadiço com instruções projectista	1.650,00 €
Alteração traçado tubagem rede eléctrica indicações EDP	1.275,00 €
Saneamento solos com transporte terras vegetais (...)	9.698,00 €
Fornecimento/assentamento calçada de granito	7.300,20 €
Escavação na correcção de traneis em arruamentos de modo a cumprirem as cotas de projecto	4.399,97 €
Execução de escadas em betão armado e todos os trabalhos necessários	1.727,00 €
Fornecimento/colocação caleiras com grelha junto casas	2.150,00 €
Escavação em alargamento da plataforma e zona implantação dos muros de suporte previstos	3.900,00 €
Reparação tubagens existentes esgoto e água, danificadas	450,00 €
Remoção terras e entulhos junto aos muros de betão	3.850,00 €
Corte em rocha ao longo arruamento com indicações recebidas	3.150,00 €
Execução da interligação da rede IP nova com a existente	2.640,00 €
Execução de chegadas subterrâneas novas –	2.635,00 €



Tribunal de Contas

normas EDP e CERTIL	
Alimentação subterrânea ao depósito e trabalhos complementares	1.780,00 €
TRABALHOS MAIS PREÇOS DA PROPOSTA – 11,20%	46.932,18 €
Pavimentos – Movimento de terras	41.854,38 €
• Fornecimento/assentamento lajedo granito	4.456,25 €
• Fornecimento/assentamento calçada granito	26.941,00 €
• Levantamento/reposição calçada à fiada ou outra	6.214,00 €
• Fornecimento/assentamento lancis e guias granito de passeio	4.243,13 €
Betão Simples e armados	5.077,80 €
• Execução muros betão à vista ligeiramente	4.447,80 €
• Fornecimento/aplicação betão armado	630,00€
TOTAL – 24,92 %	104.452,85 €

C) Os trabalhos objecto do presente adicional fundamentam-se na informação nº 73/2005/HL de 11 de Agosto de 2005, cujo teor se transcreve:

“(…) 1) De forma sistemática lista-se abaixo as questões causa.

*- **Betões à vista:** foram verificados as deficiências no acabamento do betão nos muros e nas escadas tendo-se concordado que, para rectificar a situação os mesmos seriam*



devidamente rebocados e pintados sem que daí resulte quaisquer mais valias;

*- **Caleira do bebedouro:** foram verificados as deficiências no acabamento do betão na caleira, foram analisadas soluções para o seu devido acabamento tendo-se concluído que o empreiteiro apresentará solução que não poderá nunca implicar mais valias;*

- Lembrou-se o adjudicatário relativamente ao passadiço e escadas metálicas que a aprovação da Ex.^a Câmara do projecto previsto no processo de concurso foi condicionado à apresentação do projecto para as escadas e passadiços que sobem a escada, a apresentação de uma planta geral de implantação do passadiço e ainda a que fosse efectuada vistoria pelo autor do projecto de forma a confirmar a correcta execução de todos os trabalhos;

- Sobre as questões eléctricas expressas na carta de 19 de Julho de 2005 solicitou-se ao adjudicatário para apresentar preços relativamente aos pontos 1, 2 e 4 de forma a que possa ser analisado pelos serviços técnicos e pela fiscalização;

- Sobre o ponto 3 da mesma carta, quando a nova iluminação estiver montada deverá ser contactada a EDP para desmontar a rede aérea existente;

- Sobre a proposta de balizadores que se referem no anexo da mesma carta, concluiu-se que o modelo não é o que está previsto no projecto, devendo ser esclarecida qual a razão para a apresentação de sugestão para a alteração do modelo.”;



D) Notificado o Município para que esclarecesse quais as circunstâncias imprevistas que surgiram após o lançamento da obra e que justificaram a realização dos mesmos, bem como, a sua não inclusão no contrato inicial a fim de poderem ser enquadráveis no conceito do artº 26º do DL nº 59/99, de 2 de Março, pelo mesmo foi dito o que, se transcreve:

”(...) Tal como já foi referido aquando da elaboração do contrato adicional, os trabalhos a mais resultaram essencialmente de erros e omissões do projecto e de imposições da EDP, que obrigaram a rectificações pontuais, pelo que, eram absolutamente necessários e não poderiam, nem deveriam (sob pena de a obra não se concretizar no seu todo e falhar o fim a que se destina) ser separados do contrato inicial.”

3. O DIREITO

3.1. 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,



Tribunal de Contas

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 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 C) e D) do probatório os “trabalhos a mais” resultaram, no essencial, de erros e omissões do projecto inicial.

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 artigo 48º, nº. 2, alínea b) do DL 59/99.



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



Tribunal de Contas

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. artº 130º 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 (artº 48º, nº 2, al. a), do DL 59/99), a publicidade e a concorrência, embora presentes, estão substancialmente mais limitadas.

E se é certo que, no ajuste directo “tout court”, a publicidade e a concorrência estão completamente ausentes, também é verdade que

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, proc. 22



Tribunal de Contas

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, nos 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 artº 135º do CPA).

3.3.1. Afastados que estão os fundamentos previstos nas alíneas a) e b) do nº 3 do artº 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 nº 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 universo concorrencial** e, conseqüentemente, susceptível de alterar aquele resultado.

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



Anote-se, a propósito, que, para efeitos da aplicação da alínea c) do nº 3 do artº 44º 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 nº 4 do artº 44º 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 nos artigos 48º, nº 2, alínea b), e 26º, nº 1, ambos do DL 59/99, de 2 de Março.

São devidos emolumentos (nº. 1, alínea b) do artº 5º do Regime anexo ao Decreto-Lei nº. 66/96, de 31 de Maio)

⁵ Anote-se que o acto nulo, ao contrário do acto anulável, não produz quaisquer efeitos jurídicos, não



Tribunal de Contas

Lisboa, 21 de Março de 2006

Os Juízes Conselheiros

(Helena Ferreira Lopes)

(Lídio de Magalhães)

(Adelino Ribeiro Gonçalves)

O Procurador-Geral Adjunto