



ACÓRDÃO Nº 121 /06-04Abril/2006-1ª S/SS

P. nº 2379/05

1. A **Câmara Municipal de Montalegre** remeteu para efeitos de fiscalização prévia o **primeiro adicional** ao contrato da empreitada celebrado entre aquela Câmara e a sociedade “**José Moreira Fernando Filhos, Lda.**” pelo montante de **€ 169.520,60**, acrescido de IVA, denominado de “Circular à Vila de Montalegre – Troço Rolo – Alto da Corujeira”.

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 € 775.194,87, sem IVA, e foi homologado conforme em sessão diária de visto de 21.10.04 (proc. n.º 1016/04);

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

Descrição	Trabalhos a Mais	Trabalhos não Previstos
Ligação ao nó da Rotunda do Rolo	€9.838,54	€887,10
Ligação da rede de esgotos do loteamento da Carvalha	€ 1.465,75	€ 3.178,20
Drenagens longitudinais		€96.875,00
Adaptação da passagem inferior do Avelar	€177,49	€22.559,62
Implantação de colector de saneamento de esgotos domésticos		€13.798,15



Tribunal de Contas

no início da via (Zona Urbana)		
Camada de desgaste no arruamento de encaixe do loteamento da Carvalha	€ 14.212,89	€ 765,00
Correcções diversas da linha de água	€ 2.959,60	
Aquedutos e valas de pé de talude	€ 2.803,27	
Sub-Total	€ 31.457,54	€ 138.063,07
Total	€ 169.520,60	

C) Os trabalhos objecto do presente adicional fundamentam-se na informação do Departamento Técnico, de 12 de Outubro de 2005, (fls. 41 a 43) cujo teor se transcreve:

*“(...)**Ligação ao nó da Rotunda do Rolo (10.725,64 €)**: o perfil 0 (zero) da via da projectada implantava-se a cerca de 20 metros da Rotunda do Rolo, em construção na data de elaboração do projecto. Nessa data encontrava-se também em elaboração o projecto do Loteamento do Cerrado (privado) (a esta data já aprovado), não tendo sido viável a localização exacta, no projecto que originou a empreitada, do perfil de início da via a construir. Os trabalhos adicionais referem-se aos trabalhos de prolongamento da via do perfil 0 (zero) projectado até à Rotunda do Rolo, entretanto concluída, numa distância de cerca de 20 metros medidos ao eixo da via;*

***Ligação da rede de esgotos do Loteamento da Carvalha (4.643,20 €)**: as infraestruturas do Loteamento da Carvalha (privado) foram concluídas durante o prazo de execução da empreitada. Verificou-se então a necessidade de proceder à ligação dos colectores de drenagem de águas residuais e de drenagem de águas pluviais à Rua do Avelar, como melhor solução de drenagem, dada a nova realidade de existência da via agora em construção;*

***Drenagem longitudinais (96.875,00 €)**: a necessidade de proceder à construção de drenos longitudinais apenas foi verificada após realização da terraplenagem projectadas. A não*



existência de um estudo de caracterização geológica do terreno impedia a consideração em projecto de tal necessidade;

Adaptação da passagem inferior do Avelar (22.737,10 €): *esta adaptação tornou-se necessária para garantir acessibilidade adequada a uma moradia confinante com a via em construção.*

Implantação de colector de saneamento de esgotos domésticos no início da via (zona urbana) (13.798,15 €): *julgou-se adequado proceder à construção de um colector de drenagem de águas residuais e de uma conduta de abastecimento que servisse, futuramente, uma área urbana expectante, actualmente sem acesso a essas infraestruturas. Entendeu-se preferível essa instalação nesta data e não apenas quando houvesse interesse dos proprietários dessa área em urbanizar a mesma. Aí, ter-se-ia de proceder aos mesmos trabalhos, com a agravante de haver necessidade de proceder a trabalhos adicionais de demolição.*

Camada de desgaste no arruamento de encaixe do Loteamento da Carvalha (14.977,89 €): *a via em construção, de acordo com o projecto aprovado, tinha o seu limite no topo do arruamento principal do Loteamento da Carvalha (privado). Dadas as características da via (circular à sede do Concelho), que deveria garantir uma capacidade de suporte para o trânsito pesado, julgou-se conveniente o reforço do arruamento em causa com uma camada de desgaste adicional à existente, que lhe conferisse essa capacidade.*

Correcções diversas da linha de água (2.959,60 €): *estes trabalhos referem-se a pequenas intervenções em sistema de drenagem e de rega de algumas propriedades confinantes com a via em construção, de modo a cautelar os direitos dos proprietários. Apenas com o andamento da empreitada foi possível aferir dessas necessidades;*

Aquedutos e valas de pé de talude (2.808,27 €): *relativamente a estes trabalhos, aplica-se a justificação da alínea anterior. (...)*



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, 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



Tribunal de Contas

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.

De entre os “trabalhos a mais” descritos nas alíneas B) e C) do probatório há trabalhos que, manifestamente, não cabem na previsão do n.º 1 do art.º 26.º do DL 59/99.

São eles os seguintes: **(i)** “ligação ao nó da Rotunda do Rolo”; **(ii)** “adaptação da passagem inferior do Avelar”; **(iii)** “camada de desgaste no arruamento de encaixe do loteamento da Carvalha”; e **(iv)** “implantação de colector de saneamento de esgotos domésticos no início da via (zona urbana).



Tribunal de Contas

Os trabalhos referidos em (i) e (ii) são omissões do projecto, que podiam e deviam ter sido previstos, aquando da sua elaboração; os trabalhos referidos em (iii) consubstanciam-se em erros do projecto, que podiam e deviam ter sido previstos, aquando da sua elaboração (erro no dimensionamento das características do pavimento); os trabalhos referidos em (iv) são trabalhos que não são necessários à execução do contrato inicial.

Não sendo tais trabalhos 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, 4 de Abril de 2006

Os Juízes Conselheiros

(Helena Ferreira Lopes)

(Lídio de Magalhães)

(Adelino Ribeiro Gonçalves)

O Procurador-Geral Adjunto