



ACÓRDÃO Nº 166/06-16 Maio/2006-1ª S/SS

P. n.º 417/06

1. A **Câmara Municipal de Mesão Frio** remeteu para efeitos de fiscalização prévia, o **primeiro adicional** ao contrato da empreitada celebrado entre aquela Câmara e a sociedade “**GEOGRANITOS – Pedreiras de Amarante, Lda.**” pelo montante de **€251.781,88**, acrescido de IVA, denominado de “Rede de esgotos e Águas de Vila Marim – 2ª Fase”.

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 €1.007.482,38, sem IVA, e foi visado por este Tribunal em 26.02.04 (proc. n.º 3101/03);

B) De entre os trabalhos a mais “a preços da mesma natureza dos contratuais”, contam-se os seguintes:

- Rede de esgotos de Brunhais:
 - Levantamento e reposição de pavimentos..... €7.989,93
 - Movimento de terras..... €10.777,85
 - Tubagens e acessórios..... €6.599,10
 - Órgãos da rede..... €8.673,60
 - Ligações domiciliárias..... €4.915,04
- TOTAL €38.955,52.



Tribunal de Contas

C) De entre os trabalhos a mais “de outra natureza”, contam-se os seguintes:

- Rede de esgotos de Brunhais:
 - Rede de esgotos€6.647,28;
 - Órgãos da rede€405,88€;
- Total.....€7.053,16;

TOTAL 46.008,68€;

D) Os trabalhos objecto do presente adicional foram aprovados por deliberação de Câmara de 1 de Agosto de 2005;

E) Os trabalhos referidos em B) e C) fundamentaram-se no seguinte:

“Para o troço do Rojão estava projectada a execução da rede de esgotos até ao primeiro reservatório existente. No entanto, as restantes habitações ficariam desprovidas de saneamento e, como tal, optou-se por prolongar a rede deste troço até à escola de Brunhais” (...) aproveitando “a presença das máquinas e restante equipamento para satisfazer as necessidades prementes das populações que se sentiram discriminadas ao ver, bem próximo, os vizinhos a serem servidos por infra-estruturas primárias e essenciais. Assim, dentro dos limites legais, efectuaram-se os trabalhos possíveis sem ultrapassar os 25%” (vide Proposta junta a fls. 3 e informação Ref. 715 junta a fls. 21);



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 estando previstos ou incluídos no contrato, nomeadamente no respectivo projecto, se tenham tornado necessários à execução do contrato. Ponto é que essa necessidade tenha ocorrido na sequência de uma “circunstância imprevista” e que se verifique alguma das condições previstas nas alíneas a) ou b) do art.º 26.º do DL n.º 59/99, de 2 de Março.



Ficam, portanto, fora do conceito de “trabalhos a mais” **(i)** os trabalhos que hajam sido previstos ou incluídos no contrato, nomeadamente no respectivo projecto; **(ii)** os trabalhos que não se destinem a tornar exequível um contrato inicial; **(iii)** os trabalhos que, apesar de preencherem o requisito exposto em (i) e (ii), não tenham como causa a ocorrência de uma circunstância imprevista, e **(iv)** os trabalhos que, apesar de preencherem os requisitos expostos em (i), (ii) e (iii), não preenchem nenhuma das alíneas do n.º 1 do art. 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.

Os trabalhos a mais descritos nas alíneas B) e c) do ponto 2 do probatório, atenta a sua fundamentação – alínea E) do probatório - podiam e deviam ter sido previstos pelo dono da obra.

Na verdade, destinando-se a empreitada à execução da “Rede de Esgotos e Águas de Vila Marim – 2.ª Fase”, e fazendo parte de Vila Marim o lugar do Rojão, o dono da obra, aquando da elaboração do projecto inicial, devia ter previsto que a execução da rede de esgotos “*até ao primeiro reservatório existente*”, deixava de fora algumas habitações daquele lugar, e que tal situação iria provocar um



Tribunal de Contas

sentimento de discriminação daqueles habitantes, que, assim, se viam desprovidos de infra-estruturas primárias e essenciais.

Ou seja, as razões que estiveram na base dos presentes trabalhos foram puras razões de oportunidade e não de necessidade decorrentes de uma qualquer circunstância imprevista.

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, 16 de Maio de 2006

Os Juízes Conselheiros

(Helena Ferreira Lopes)

(Lídio de Magalhães)

(Adelino Ribeiro Gonçalves)

O Procurador-Geral Adjunto