



Mantido pelo acórdão nº 28/06, de 16/05/06, proferido no recurso nº 14/06

## ACORDÃO Nº 30 /2006 – 27JAN2006 – 1ªS/SS

### Processo nº 2 351/2005

1. O **Município de Ovar** remeteu para fiscalização prévia o contrato de empreitada de “Passagem Superior ao KM 304, 681 da Linha Norte – Arada – Trabalhos Complementares”, celebrado em 02 de Setembro de 2005, com a sociedade “**Manuel Francisco de Almeida, S.A.**”, pelo valor de 390 735,73 €, acrescido de IVA.
  
2. Para além do referido em 1. releva para a decisão a seguinte factualidade, que se dá por assente:
  - A) Em 22/10/03, foi celebrado um contrato de empreitada, que tinha por objecto a “Passagem Superior Rodoviária ao Km 304,681 da Linha do Norte-Arada”, no montante de 718 745,82 €, acrescido de IVA;
  - B) O contrato referido em A) foi precedido de concurso público, a que concorreram 11 empresas;
  - C) Este contrato foi declarado conforme e homologado em sessão diária de visto em 13.01.04;
  - D) Após a consignação da obra, a REFER “*remeteu um novo projecto*” “*com diferenças significativas quer em dimensões, quer*



## Tribunal de Contas

---

*em quantidades de trabalhos” – vide informação subscrita pelo Eng. Civil Rui Silva;*

- E)** Os factos referidos em D) estão na origem da abertura do procedimento que culminou na outorga do contrato em apreço;
- F)** Este contrato foi adjudicado ao empreiteiro inicial por ajuste directo sem consulta, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 136.º do Dec-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e fundamentou-se no dos trabalhos objecto do contrato serem *“trabalhos de complemento dentro da obra inicial em curso”*, pelo que, *“por motivos técnicos”* só podiam ser executados por aquele empreiteiro (cfr. informação de 14 de Junho de 2005, submetida à apreciação da Câmara Municipal de Ovar, e aprovada mediante deliberação datada de 16/06/2005).
- G)** Questionado o Município sobre os motivos de ordem técnica que estiveram na base da adjudicação da empreitada àquela concreta sociedade, pela mesma foi referido o seguinte: *“ A empreitada em referência (empreitada complementar) foi adjudicada à empresa adjudicatária da obra designada por Passagem Superior Rodoviária ao km 304.681 da Linha do Norte-Arada (empreitada inicial) por motivos de ordem técnica, nos termos do disposto na al. b) do nº 1 do art.º 136º do DL nº 59/99, de 2 de Março, porquanto:*
- a) os trabalhos incluídos na empreitada complementar resultaram, essencialmente, da necessidade da subida do “gabarito”, isto é da distância entre os carris e a face inferior do tabuleiro, com todas as alterações daí inerentes, designadamente ao nível estrutural e de movimentação de terras. Por isso, dado que tais trabalhos complementares irão ser executados em simultaneidade com os da empreitada inicial e sendo desta*



*indissociáveis, não é tecnicamente viável a sua execução por mais de um empreiteiro.*

- b) acresce que, ainda que se pudesse admitir a execução dos trabalhos das empreitadas inicial e complementar por empreiteiros distintos — hipótese que se considera sem, todavia, conceder - certo é que tal solução poderia pôr em causa a boa execução das duas empreitadas e não permitiria determinar com a necessária objectividade e rigor a responsabilidade a atribuir a cada um dos empreiteiros.*
- e) por último, na hipótese de coexistência de dois empreiteiros, não sendo possível, como não é, a determinação das responsabilidades de cada um, estariam seriamente prejudicadas as garantias de cada uma das empreitadas.*

*A solução adoptada pela Câmara Municipal é, pelas razões referidas, a que mais se harmoniza com a necessidade de reduzir ao mínimo os inconvenientes e as perturbações que necessariamente adviriam para a execução da empreitada inicial de trabalhos a executar por um novo empreiteiro, no âmbito de uma empreitada complementar. Ou seja, tal solução é a que melhor defende o interesse público uma vez que, permitindo a boa execução dos trabalhos, evita situações de desresponsabilização prejudiciais ao Município, por potenciadoras de atrasos na execução dos trabalhos e de repercussões negativas no aspecto financeiro.”*

### **3. SUBSUNÇÃO DOS FACTOS AO DIREITO**

**Da violação do disposto na alínea b) do n.º 1 do art.º 136.º do DL 59/99, de 2 de Março**

Dispõe o art.º 136.º, n.º 1, alínea b), do DL 59/99, de 2 de Março, que:

*“1- Para além dos casos previstos nas alíneas d) e e) do n.º 2 do art.º 48.º e no art.º 26.º, o ajuste directo só é admissível, seja qual for o valor estimado do contrato, nos seguintes casos:*



## Tribunal de Contas

---

b) *Quando se trate de obras cuja execução, por motivos técnicos (...) só possa ser confiada a uma entidade determinada*” (a aptidão artística e a protecção de direitos exclusivos ou de direitos de autor não estão aqui em causa).

De acordo com a interpretação que temos por correcta, este tipo de procedimento só estaria legitimado se o Município de Ovar demonstrasse que só aquele empreiteiro em concreto estaria tecnicamente habilitado a executar a obra pretendida.

Ora, no caso dos autos, e tal como resulta da fundamentação do acto adjudicatório e até do próprio objecto do contrato, o que justificou o ajuste directo àquele empreiteiro foi a necessidade de “complementar” a empreitada primitiva por aquele iniciada.

Em nenhum ponto da fundamentação do acto adjudicatório se invocam factos através dos quais se possa concluir que só aquele adjudicatário estava tecnicamente habilitado a executar a obra em apreço.

Argumenta o Município que a escolha deste tipo de procedimento é “a que melhor defende o **interesse público** uma vez, que, permitindo a boa execução dos trabalhos, evita situações de desresponsabilização prejudiciais ao Município, por potenciadores de atrasos na execução dos trabalhos e de repercussões negativas no aspecto financeiro” (as palavras a negrito são da nossa autoria).



## Tribunal de Contas

---

A alegação do *interesse público*, nos termos supra referidos, como argumento fundamentador deste tipo de procedimento é, aliás, recorrente por parte da Administração Pública.

Trata-se, porém, de um equívoco.

Reportando-nos ao caso em apreço, o *interesse público* subjacente à norma é o de adjudicar a execução de uma determinada empreitada a um concreto empreiteiro por ser ele o único tecnicamente habilitado à sua execução, evitando-se, por esta forma, o recurso ao concurso que se tornaria apenas numa aparência, por se saber à partida que só uma entidade podia ser admitida<sup>1</sup>; ou seja, *in casu*, a satisfação do *interesse público* esgota-se na verificação dos requisitos aí exigidos.

Não tem, por isso, qualquer fundamento a alegação segundo a qual a solução adoptada – o ajuste directo – é, pelas razões aduzidas pelo Município, a que melhor defende o *interesse público*.

Assim, e porque se não verificam os requisitos da norma fundamentadora do procedimento adjudicatório adoptado, concluímos pela violação da supra identificada norma.

E não sendo aqueles trabalhos subsumíveis ao disposto na alínea b) do n.º 1 do art.º 136.º, nem a qualquer outra alínea do mesmo preceito, não podia o Município lançar mão daquele tipo de procedimento – o ajuste directo.

---

<sup>1</sup> Vide Margarida Olabazal Cabral, in “Concurso Público nos Contratos Administrativos”, Almedina, 1997, pág.132.



## Tribunal de Contas

---

O procedimento aplicável era o concurso público ou limitado com publicação de anúncio, nos termos do artº. 48º, nº. 2, alínea a), do DL 59/99.

Incorreu, por isso, também o Município em vício de violação de lei do disposto no artigo 48º, nº. 2, alínea a) do DL 59/99.

**3.2. Da subsunção das ilegalidades supra identificadas – artº 48º, nº. 2, alínea a), conjugado com o art.º 136.º, n.º 1, al. b), 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:**



## Tribunal de Contas

---

- a) O vício supra identificado estiver previsto no n.º. 2 do art.º. 133.º do CPA;
- b) Existir qualquer outro dispositivo legal que, para aquele vício, comine expressamente essa forma de invalidade (vide n.º. 1 do art.º.133.º do CPA);
- 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 adjudicação<sup>2</sup> (vide art.º. 133.º, n.º. 1, 1ª parte, do CPA);

No caso em apreço, o vício de que padece o acto não está previsto em qualquer das alíneas do n.º. 2 do art.º. 133.º, 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.**

Afigura-se que a resposta a esta questão só poderá ser negativa. E isto porque o procedimento aplicável era o concurso público ou, quando muito, o concurso limitado com publicação de anúncios, sendo que o procedimento aplicado foi o ajuste directo.

---

<sup>2</sup> Neste sentido vide: Parecer da PGR, DR, II Série, de 25 de Maio de 2005, e Vieira de Andrade, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º. 43, pág. 46, em anotação ao Ac. Do STA (pleno), de 30/05/2001, proc. 22 251; cfr. também Mário Esteves de Oliveira, Pedro C. Gonçalves e Pacheco Amorim, in Obra citada, Págs 641 e 642.



## Tribunal de Contas

---

Estamos, assim, em presença de um acto de adjudicação que, por ter sido antecedido de um procedimento que primou pela total ausência de concorrência e publicidade, quando o procedimento aplicável era um procedimento que tem como *ratio* a concorrência e a publicidade, está eivado de um vício de tal modo grave que torna inaceitável a produção dos seus efeitos jurídicos, sendo, por isso, nulo.<sup>3</sup>

É, de resto, jurisprudência unânime deste Tribunal o entendimento de que o concurso público, quando obrigatório, é elemento essencial da adjudicação, pelo que a sua ausência é geradora de nulidade da adjudicação (artº. 133º, nº. 1, do CPA); nulidade que se transmite ao contrato (art. 185º, nº, 1, do CPA) e constitui fundamento de recusa de visto de acordo com o disposto no artº. 44º, nº. 3, al. a), da Lei nº. 98/97, de 26/8<sup>4</sup>

### 4. DECISÃO

Termos em que, com fundamento no artº. 44º, nº. 3, al. a), da Lei nº. 98/97, de 26/8, se decide recusar o visto ao contrato supra identificado.

São devidos emolumentos (nº. 3 do artº. 5º do Regime anexo ao Decreto-Lei nº. 66/96, de 31 de Maio)

---

<sup>3</sup> Anote-se que o acto nulo, ao contrário do acto anulável, não produz quaisquer efeitos jurídicos, não precisando, para tanto, de qualquer declaração de nulidade (artigos 134º e 136º do CPA).

<sup>4</sup> Vide Acórdãos do Tribunal de Contas nºs. 8/2004, de 8 de Junho, 1ª.S/PL, e 4/2005, de 22 de Fevereiro, 1ª. S/PL.





# Tribunal de Contas

---

Lisboa, 27 de Janeiro de 2006

## **Os Juízes Conselheiros**

(Helena Ferreira Lopes)

(Lídio de Magalhães)

(Adelino Ribeiro Gonçalves)

O Procurador-Geral Adjunto