



ACÓRDÃO N° 5 /06 - 1.Fev-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N° 31/2005

(Processo n° 2352/05)

SUMÁRIO DO ACÓRDÃO

1. Para os efeitos do artº 133º do CPA elementos essenciais do acto administrativo são todos os que, no caso concreto, assumem particular relevância em função dos interesses que visam salvaguardar e proteger;
2. O concurso público quando legalmente obrigatório, por ser a melhor forma de concretizar os princípios que regem a contratação pública, assume uma importância decisiva para o acto de adjudicação integrando um dos seus elementos essenciais;
3. Pelo que, a sua preterição gera a nulidade do acto adjudicatório, nulidade que se transmite ao subsequente contrato de empreitada;
4. Não pode operar o nº 4 do artº 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto quando a ilegalidade de que padece o acto adjudicatório gera a nulidade do contrato.

Lisboa, 1 de Fevereiro de 2006.



ACÓRDÃO N°5 /06-1.Fev.-1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO N° 31/2005

(Processos n° 2352/05)

ACÓRDÃO

1. Pelo Acórdão n° 30/05-15.Nov.-1ªS/PL, foi recusado o visto ao **adicional** ao contrato da empreitada de “**Construção do Pavilhão dos Desportos da Anadia**”, celebrado entre a **Câmara Municipal da Anadia (CMA)** e o Consórcio **Sócertima – Sociedade de Construções do Cértima, Lda. / Pires, Santos & Pinto, Lda.** pelo preço de **301.413,34 €** acrescido de IVA.

A recusa do visto, decidida ao abrigo da al. a) do n° 3 do art° 44° da Lei n° 98/97, de 26 de Agosto, teve por fundamento a ausência do procedimento pré-adjudicatório legalmente exigido.

Isto porque “o que existiu a motivar as alterações em que se consubstanciaram os trabalhos a mais, não foram situações que não pudessem ter sido previstas na fase da elaboração do projecto e do lançamento do concurso, mas a vontade do dono da obra que, por sua iniciativa ou mediante sugestões da entidade fiscalizadora, dos projectistas ou do empreiteiro, entendeu adequar algumas soluções e, essencialmente, alargar as funcionalidades do Centro Cultural para que pudesse comportar, não só a realização de conferências e projecção de filmes, como a de outros eventos culturais, o que obrigou a modificações e ajustamentos quer do projecto de arquitectura, quer dos projectos de especialidades.”.



Tribunal de Contas

2. Daquele Acórdão recorreu o Presidente da CMA, pedindo a reapreciação do processo e a concessão do visto nos termos do nº 4 do artº 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, isto é, com recomendações.

Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 2 a 7 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, onde não formulou conclusões, e donde, em jeito de síntese, se transcreve:

“ A Câmara Municipal de Anadia se fez um ajuste directo, foi inconscientemente, pois estava convicta de que, de acordo com a prévia informação técnica e a interpretação dada nestes serviços ao artigo 26º do DL 59/99, de 2 de Março, estava perante um caso que consubstanciava uma situação de existência de trabalhos a mais, no âmbito de uma empreitada que tinha sido objecto de concurso público;

Pois, a interpretação dada nestes serviços ao artº 26º ia no sentido de que se consideravam trabalhos a mais aqueles que não tivessem sido previstos nem a nível do projecto, nem a nível do contrato (...) e também se consideravam trabalhos a mais aqueles que apesar de terem sido previstos, não tinham sido incluídos no contrato ...;

(...)

Quanto à “circunstância imprevista” o legislador não define tal conceito, como tal a Câmara Municipal considerou que no mesmo poderia ser inserida a omissão de tais trabalhos no mapa de quantidades do projecto (por lapso ou esquecimento dos responsáveis pela sua elaboração, ...) quando esses trabalhos ou materiais tinham sido previstos a nível de projecto ...;

(...)

No entanto, depois de lido o esclarecimento explanado no Acórdão desse digníssimo Tribunal indubitavelmente se percebe quão errada era a interpretação destes serviços ao artº 26º do DL 59/99, de 2 de Março, nomeadamente do conceito de circunstância imprevista (...) e leva a Câmara Municipal a reconhecer que fez uma errada qualificação jurídica dos factos e também



Tribunal de Contas

incoreu em erro de direito ou seja errou quanto à base legal sobre a qual a decisão foi tomada aplicando as normas reguladoras dos trabalhos a mais (artº 26º do DL 59/99, de 2 de Março), quando deveria ter recorrido a concurso público, ou quando muito a concurso limitado com publicação de anúncio (alínea a) e b), nº 2, artº 48 do DL 59/99, de 2 de Março) e isto porque a Câmara deu uma errada interpretação ao artº 26º;

(...)

Acresce que, esta Câmara Municipal entende que elementos essenciais do acto administrativo, para efeitos do disposto no nº 1 do artº 133º do CPA, são os aspectos que integram o conceito de acto administrativo contido no artº 120º do mesmo diploma legal (...) como tal (...) ao acto administrativo em apreço não lhe falta nenhum elemento essencial, senão vejamos: há uma decisão criadora de efeitos jurídicos (adjudicação de trabalhos a mais), proferida por um órgão da administração (Câmara Municipal), ao abrigo de normas de direito público (artº 26º do DL 59/99, de 2 de Março) que visou produzir efeitos numa situação individual e concreta (empregada de “Construção do Pavilhão de Desportos de Anadia”).

Logo, não faltando nenhum elemento essencial ao acto administrativo não podemos afirmar que o mesmo é nulo (...) e existindo um vício de violação da lei (...) seremos forçados a concluir que estamos perante um acto anulável, o que consequentemente se transmite ao contrato de trabalhos a mais por força do artº 185º do CPA.

- 3.** Admitido o recurso foram os autos com vista ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto que emitiu douto parecer no sentido da improcedência do recurso e da confirmação da recusa do visto.

E assim concluiu por entender que “... estando em causa o “princípio do concurso” e não tendo este ocorrido, devendo tê-lo sido, então a única consequência jurídica só poderá ser a da nulidade do procedimento e do contrato



Tribunal de Contas

que dele decorreu, não sendo admissível qualquer outra consequência jurídica, ...”

4. Corridos os demais vistos legais cumpre apreciar e decidir.

4.1. Os factos

O recorrente não contesta os factos relevantes apurados no Acórdão que põe em crise. Mesmo assim recordêmo-los:

1. O contrato inicial da empreitada de “**Construção do Pavilhão dos Desportos da Anadia**”, no valor de 1.734.212,43 € sem IVA, foi visado por este Tribunal em 21 de Maio de 2003 (proc. n.º 771/03).
2. O adicional em apreciação, autorizado por deliberação camarária de 13 de Julho de 2005 e celebrado em 15 de Setembro do mesmo ano, tem por objecto a realização dos seguintes trabalhos:

Descrição	Valor (€)
Preços “contratuais”	
Impermeabilizações e isolamentos	2.787,03
Revestimento de paredes e tectos	4.719,62
Carpintarias	15.056,98
Caixilharias e Serralharias	13.404,80
Funilarias	3.703,16
Louças e Equipamento Sanitário	2.731,32
Rede de defesa contra incêndio	1.131,45
Infra-estruturas eléctricas	13.718,99
Subtotal	57.253,34
Preços “acordados”	
Revestimento de pavimentos	39.963,00
Revestimento de paredes	20.551,00



Tribunal de Contas

Águas e Equipamentos	500,00
Diversos	7.800,00
Caixilharias	35.900,00
Caleira de recolha das águas	9.500,00
Remate da cobertura no alçado principal	6.000,00
Carpintarias	550,00
Subtotal	124.494,00
Fornecimento/Montagem de tribuna telescópica motorizada	119.666,00
Subtotal	119.666,00
Valor do contrato	301.413,34
Trabalhos a menos	
Alvenarias	- 7,12
Pavimentos sintéticos	-28.110,04
Tapetes	-372,05
Iluminação Exterior	- 5.836,92
Equipamento de sonorização do recinto desportivo	- 14.694,04
Televisão / TV Cabo	- 3.085,38
Total	-52.105,55

3. A solicitação deste Tribunal, os serviços, pelo ofício n° 8916, de 14 de Outubro de 2005, sobre as circunstâncias imprevistas que ocorreram e que levaram à realização dos trabalhos em apreço, argumentar que:

“1) Quanto à natureza imprevista dos trabalhos a mais a preços contratuais esclarece-se que as quantidades foram medidas em défice no mapa de quantidades do projecto.

2) No tocante aos trabalhos a mais com preços acordados



- *Revestimento de pavimentos — com pintura “Pulastic” reforçada com camada inferior em borracha, porque dá garantias de robustez, durabilidade e resistência ao desgaste em zonas de grande tráfego pedonal.*
- *Revestimento de paredes — aplicação nas paredes de fundo das salas de squash de revestimento em placas fenólicas de cor branca, garantindo a durabilidade e resistência pretendida.*
- *Instalações Eléctricas — aplicação de tubagem e cabos de interligação entre o gerador e o quadro geral, que ficará embutida em obra para evitar a abertura de roços na parede; colocação de blocos de emergência na zona da nave para evitar a paragem de jogo no caso de ocorrer um corte de corrente eléctrica; aplicação de armaduras de iluminação e de armaduras de emergência num dos lados da galeria de público; porque o som da nave deve ser autónomo do resto do edifício foi efectuada uma pré instalação autónoma de som; colocação de UPS; implantação de aparelhos de iluminação nas salas de squash, previsto nas peças desenhadas e não contabilizados no mapa de quantidades; aplicação de iluminação na rampa exterior de acesso ao piso superior não contabilizada no projecto; implantação de armaduras estanques de iluminação nas zonas técnicas, não contabilizadas no mapa de quantidades; implantação de projectores de iluminação exterior nas zonas ajardinadas anexas, nomeadamente na escadaria/bancada panorâmica; implantação de projectores de iluminação nos pilares da zona do bar, não contabilizados no mapa de quantidades.*
- *Águas e Equipamentos — aplicação de um cilindro para aquecimento de águas na zona de trabalho do bar, não contabilizado no projecto.*
- *Diversos — aplicação de tapetes de borracha do tipo “Matador”, não inflamáveis, mais higiénicos e com garantias de durabilidade em zonas de grande tráfego pedonal, que os previstos no projecto.*
- *Caixilharias — aplicação de vidro duplo laminado interior e exterior em todos os vãos do edifício por motivos de segurança dada a sua elevada*



dimensão cujo valor corresponde à diferença na correcção do vidro tendo-se mantido a série de caixilharias prevista; aplicação de pala de vidro para protecção da entrada principal do edifício, não contabilizada no mapa de quantidades; aplicação de porta dupla ventilada no alçado sul para acesso à zona técnica para futura aplicação de gerador, não contabilizada no mapa de quantidades do projecto de arquitectura.

- *Caleira de recolha de águas — porque o volume de água proveniente da cobertura da nave é demasiado elevado e causa problemas no espaço exterior destinado à esplanada do bar.*
- *Remate da cobertura no alçado principal — aplicação de estrutura constituída por chapas de alumínio no fecho dos topos da cobertura da nave, não contabilizada no mapa de quantidades.*
- *Carpintarias — aplicação de armário contador na zona da recepção do edifício para ocultar caixas referentes a instalações eléctricas, telefones e sistemas de alarmes.*
- *Bancada telescópica — prevista no projecto de arquitectura mas não contabilizada no mapa de quantidades”.*

4.2. Apreciando

O recorrente reconhece que os trabalhos objecto do contrato sob apreciação não se enquadram na previsão do artº 26º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, pois não resultaram de qualquer circunstância imprevista surgida no decurso da obra e, como tal, não podiam ter sido adjudicados por ajuste directo. E que, atento o respectivo valor, a adjudicação deveria ter sido precedida da realização de concurso público.

O que alega é que, para além de a Câmara sempre ter estado de boa fé em todo o processo de realização da empreitada (o que não se põe em dúvida, mas é irrelevante para a decisão do mérito do processo), o vício de violação de lei em



Tribunal de Contas

que incorreu e de que padece o acto adjudicatório do contrato adicional em causa não é gerador de nulidade, pois contém todos os elementos essenciais, mas antes de anulabilidade e, por isso, enquadrável na al. c) do n.º 3 e no n.º 4, ambos do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

E entende ainda o recorrente que *elementos essenciais do acto administrativo, para efeitos do disposto no n.º 1 do art.º 133.º do CPA, são os aspectos que integram o conceito de acto administrativo contido no art.º 120.º do mesmo diploma legal*, onde não caberia, portanto, a exigência da realização prévia de concurso público.

Ora, esta tese é rejeitada pela generalidade da doutrina e pela jurisprudência, em especial a deste Tribunal.

Quanto à doutrina é suficiente invocar Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim que no Código do Procedimento Administrativo, 2ª edição, Almedina escrevem a págs. 642 em anotação ao art.º 133.º: “... é claro que “*elementos essenciais*” do acto administrativo não podem ser os elementos da respectiva noção contidos no art. 120.º, que, aí, do que se trata é de uma situação de inexistência de acto administrativo”. E mais: “é líquido que os elementos essenciais a que se refere o artigo 133.º, n.º 1 não são os elementos ou referências que, nos termos do artigo 123.º, n.º 2 “*devem sempre constar do acto*”, ou seja, o elenco das referências que devem conter-se no documento por meio do qual o acto se exterioriza”.

Na jurisprudência o assunto foi exaustivamente tratado por este Tribunal no acórdão n.º 8/04-8.Jun-1ªS/PL, publicado na Internet em www.tcontas, que seguimos de perto e para onde, desde já, se remete.

Ali se defende que, sendo a regra em direito administrativo a da anulabilidade (art.º 135.º do CPA) e dada a natureza exemplificativa do n.º 2 do art.º 133.º do mesmo Código, a nulidade há-de resultar, nos termos do n.º 1 deste mesmo artigo, das



ilegalidades de tal modo graves que atenta a dignidade e o interesse prosseguido pelo legislador e por aquelas postergado não é de admitir que um acto assim viciado pudesse produzir efeitos jurídicos.

É pois com este pano de fundo, isto é, tendo em conta a relevância do interesse protegido pela norma violada, que deve ser encontrada a noção de elemento essencial para os efeitos do nº 1 do artº 133º do CPA.

É assim que os autores antes citados, na mesma obra e local, entendem que *“elementos essenciais no sentido do nº 1 do art. 133º do Código — cuja falta determina a nulidade do acto administrativo — seriam pois todos aqueles que se ligam a momentos ou aspectos legalmente decisivos e graves dos actos administrativos além daqueles a que se refere já o seu nº 2”*. Referindo em outro passo que *“pode considerar-se, ..., serem nulos os actos administrativos que careçam de elementos que, no caso concreto, devam considerar-se essenciais, em função do tipo de acto em causa ou da gravidade do vício que o afecta ...”*

Para o caso que nos ocupa importa avaliar qual a relevância que o concurso público tem no regime da contratação pública para determinar-se se a sua ausência, quando legalmente obrigatório – ilegalidade de que enferma o contrato sob apreciação – se assume como elemento essencial no procedimento adjudicatório cuja preterição afecta o acto de adjudicação e se transmite ao subsequente contrato de empreitada.

Como é sabido, na realização de despesas públicas em geral e na contratação das empreitadas em particular a regra quanto à escolha do co-contratante particular é a da obrigatoriedade da realização prévia de concurso público (cfr. o artº 183º do CPA e o nº 1 do artº 47º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março).

De acordo com o nº 2 do último dos preceitos invocados o concurso é público quando todas as entidades que se encontrem nas condições gerais estabelecidas por lei podem apresentar propostas. Ou, dito de outra forma, quando todos os que



Tribunal de Contas

preenham os requisitos legais são convidados a contratar com o ente adjudicante devendo, se assim o quiserem, apresentar a sua melhor proposta.

Assim sendo, facilmente se compreende que o concurso público é a forma de melhor observar e cumprir os princípios que regem a contratação pública, consagrados nos artºs 7º a 15º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho (aplicáveis directamente às empreitadas de obras públicas por força do nº 1 do artº 4º do mesmo diploma legal) e de entre os quais, para o caso, se destacam: o da prossecução do interesse público (artº 7º), o da transparência (artº 8º), o da publicidade (artº 8º), o da igualdade (artº 9º), o da concorrência (artº 10º) e o da imparcialidade (artº 11º).

Ao publicitar a intenção de contratar e as condições em que o fará, designadamente tornado públicos o programa do concurso e o caderno de encargos e, especialmente, os factores de avaliação dos concorrentes e das propostas, aos quais se auto-vincula, o dono da obra está a cumprir em pleno os princípios da transparência, da publicidade, e da imparcialidade.

Ao convidar e permitir que todos os que reúnem as condições legais de candidatura apresentem propostas, garantindo que todos os concorrentes e propostas serão avaliadas de acordo com os mesmos factores, está a concretizar os princípios da igualdade e da imparcialidade.

Ao possibilitar que todos os que preenchendo os requisitos legais de candidatura apresentem a sua melhor proposta, está a promover a mais ampla, a máxima, concorrência, ficando, assim, habilitado a escolher a proposta mais vantajosa, tanto do ponto de vista técnico como financeiro, na prossecução e defesa do interesse público.

Ainda que em traços sintéticos, ficou evidenciada a superior relevância de que se reveste o concurso público sendo forçoso concluir que o mesmo, quando legalmente obrigatório, como no caso, é decisivo para a conformação legal do acto adjudicatório assumindo-se como um dos seus elementos essenciais.



Tribunal de Contas

Sobre a razão de ser e a importância que o legislador conferiu ao concurso público no âmbito da contratação pública discorreu também e longamente o acórdão deste Tribunal antes referido (para onde mais uma vez se remete) tendo, após vasta, aprofundada e sólida fundamentação, igualmente concluído pela sua enorme relevância e pela sua qualificação como elemento essencial do acto administrativo de adjudicação.

E assim, sobre o *tema decidendi*, concluímos como no citado acórdão se concluiu: “do que não parece possível duvidar é de que a falta do procedimento de concurso público, pela sua gravidade e pela relevância dos interesses que são atingidos, deve ser fundamento de nulidade do acto adjudicatório”.

*

Gerando a ilegalidade de que padece o acto adjudicatório a nulidade do contrato sob apreciação, não pode operar o nº 4 do artº 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

Bem andou, pois, o Acórdão recorrido.

5. Assim, pelos fundamentos expostos, acorda-se em Plenário da 1ª Secção em negar provimento ao recurso, mantendo, na integra, o Acórdão recorrido e, consequentemente, a recusa do visto ao contrato em questão.

São devidos emolumentos nos termos da al. b) do n.º 1 do artº 16º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio.

Diligências necessárias.

Lisboa, 1 de Fevereiro de 2006.



Tribunal de Contas

(Cons. Pinto Almeida - Relator)

(Cons. Lídio de Magalhães)

(Cons. Ribeiro Gonçalves)

O Procurador-Geral Adjunto

(Daciano Pinto)