



ACÓRDÃO Nº 23 /06 – 28 Mar. -1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 19/2006

(Processo nº 2752/2005)

## SUMÁRIO DO ACÓRDÃO

- I. De acordo com o disposto no art. 26 nº 1 do Decreto-Lei nº 59/99 de 2 de Março, só pode considerar-se circunstância imprevista factos ou ocorrências relacionados com a execução da obra e que um agente normalmente diligente e competente não estava em condições de prever antes do lançamento do concurso.
- II. A fiscalização prévia (cfr., designadamente, artºs. 5º nº 1 alínea c) e 44º e seguintes da Lei 98/97 de 26 de Agosto) tem por fim a verificação da legalidade dos actos e contratos de que resultem encargos para as entidades públicas, numa perspectiva de interesse público, pelo que podem ser sindicados não só os actos ou contratos em si mesmos mas também os actos preparatórios ou procedimentais dos mesmos, tendo designadamente em vista analisar a sua conformidade ou não com os princípios fundamentais da contratação pública e do direito financeiro.
- III. A falta de concurso limitado sem publicação de anúncios – art. 48º nº 2 alínea b) do Decreto-Lei citado Decreto-Lei 59/99 –, quando obrigatório, é gerador de anulabilidade da adjudicação e do próprio contrato e, porque susceptível de alterar o resultado financeiro (na medida em que é restritiva da concorrência),



# Tribunal de Contas

---

integra o fundamento de recusa do visto previsto no art. 44º nº 3  
alínea c) da Lei 98/97 de 26 de Agosto.

Lisboa, 28 de Março de 2006

O Juiz Conselheiro

(Adelino Ribeiro Gonçalves - Relator)



ACÓRDÃO N° 23 / 06 /28 Mar. – 1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N° 19/2006

(Processo n° 2752/2005)

## ACÓRDÃO

### I. RELATÓRIO

1. Por este Tribunal, em 14 de Fevereiro de 2006, foi proferido o acórdão de Subsecção n° 51/06, que recusou o visto ao **“Contrato adicional de trabalhos imprevistos referentes à empreitada de Construção do Cine – Teatro de Anadia”**, celebrado entre a Câmara Municipal de Anadia e a Sociedade **“SOCERTIMA – Sociedade de Construções do Cértima, Lda.”**, pelo montante de 180.072,52 €, acrescido de Iva.
2. O fundamento para a recusa do visto foi a nulidade (artº 44º n° 3 al. a) da Lei n° 98/97 de 26 de Agosto), por se ter entendido que não podendo os trabalhos objecto do adicional ser qualificados como “trabalhos a mais ”conforme decorre da previsão do art. 26º n° 1 do Decreto-lei 59/99 de 2 de Março, a sua adjudicação devia ter sido precedida de concurso público e, não o tendo sido, verifica-se a preterição de um elemento essencial – artºs 133º n° 1 e 185º n° 1, ambos do Código do Procedimento Administrativo.
3. Não se conformou com a decisão a Sr. Presidente da Câmara, que dela interpôs o presente recurso, tendo formulado, no seu requerimento, as seguintes conclusões:

1. A 1ª Secção do Tribunal de Contas recusou, por Acórdão de 14/02/2006, o visto ao 1º Adicional ao Contrato de Empreitada de “Construção do Cine – Teatro de Anadia”, com



# Tribunal de Contas

---

base na nulidade do contrato, pois que não considerou os trabalhos previstos no Adicional como trabalhos a mais.

2. Contrariamente a esta decisão, entende a Câmara Municipal de Anadia que a instalação do Sistema "Vortek" (ponto C1. dos factos assentes) consubstancia uma situação de verdadeiros trabalhos a mais.

3. A instalação de um tal sistema preenche todos os requisitos exigidos pelo artigo 26º, nº1 do Decreto-Lei Nº 59/99, de 2/03, nomeadamente a ocorrência de uma situação imprevista.

4. Tal situação imprevista consubstancia-se no facto de só no decurso da obra ter esta Câmara Municipal tomado conhecimento da existência de tal Sistema, inclusivamente nunca utilizado em Portugal.

5. Ainda que não se entenda que tais trabalhos preencham a previsão do artigo 26º, nº 1 do Decreto-Lei Nº 59/99, sempre se devem incluir no artigo 30º, nº 1 do mesmo Diploma, já que foram sugeridos pelo empreiteiro e cumprem com os demais requisitos deste último preceito legal.

6. Embora os trabalhos referentes à Cobertura da Plateia (ponto C2. dos factos assentes) não sejam trabalhos a mais para efeitos do artigo 26º, nº 1 do Decreto-Lei Nº 59/99, a inclusão dos mesmos no Contrato Adicional não gera a sua nulidade.

7. Tais trabalhos foram projectados mas, por lapso, não foram incluídos no Mapa de Trabalhos levado a concurso.

8. Verificando-se um erro sobre o objecto do contrato, tal é gerador de um vício da vontade, que tem como consequência jurídica a mera anulabilidade (e não a nulidade).

9. Assim sendo, não se verifica o pressuposto de recusa do Visto ao Contrato Adicional pelo Tribunal de Contas previsto no artigo 44º, nº 3 a) da Lei Nº 98/97, de 28/06.

10. Enquadrando-se a situação no fundamento de recusa da alínea c) do mesmo artigo 44º nº 3 pode o Tribunal de Contas optar pela opção do nº 4 do referido preceito, concedendo o Visto ao Contrato em questão com as recomendações que entender adequadas ao caso concreto.



# Tribunal de Contas

---

Nestes termos e melhores de Direito, requiere-se a V. Ex.<sup>a</sup> na procedência da argumentação aduzida, se digne dar provimento ao presente recurso, concedendo o Visto ao 1º Adicional ao Contrato de Empreitada “Construção do Cine – Teatro de Anadia”, celebrado entre o Município de Anadia e a Sociedade “Socértima – Sociedade de Construções do Cértima, Lda.”

4. O recurso foi admitido liminarmente e cumpridas as demais formalidades legais. Ao ter vista do processo o Exmo. Procurador-Geral Adjunto emitiu douto parecer no sentido da manutenção da decisão recorrida.

## II. OS FACTOS

Do processo (e bem assim do acórdão recorrido, cujos factos não foram impugnados) resulta apurada a seguinte factualidade com interesse para a decisão a proferir:

1. O contrato em análise é o 1º adicional ao contrato de empreitada “Construção do Cine – Teatro de Anadia”, celebrado entre a Câmara Municipal de Anadia e a Sociedade “SOCERTIMA – Sociedade de Construções do Cértima, Lda.”, pelo montante de 180.072,52 €, acrescido de IVA.

2. O contrato da empreitada inicial foi celebrado pelo valor de €1.207.164,52, sem IVA, e foi homologado conforme em 17/09/2003 (proc. n.º 1894/03).

3. De acordo com o alegado pelo Município, os trabalhos objecto do presente adicional reportam-se a:



# Tribunal de Contas

---

Trabalhos a mais	€180.072,52
Trabalhos menos (não compensados)	€103.285,21

4. De entre os “ trabalhos a mais”, contam-se os seguintes:

1 *Arquitectura Cénica:*

1.1 Sistema “Vortek” com 2 motores: 141.387,71 €

2 *Cobertura da Plateia:*

2.1 Revestimento: 23.580,86 €

2.2 Tirantes em aço: 5.186,00 €

2.3 Paramentos Interiores: 9.917,95 €

5. Os “ trabalhos a menos”, são constituídos por:

1 *Arquitectura Cénica:*

1.1 Sistema “convencional”: -103.285,21 €

**6. Os “trabalhos a mais” referidos em 4. ponto 1., fundamentam-se no seguinte:**

*“Em virtude de ter sido apresentada pelo empreiteiro uma solução alternativa (Sistema Vortek), foi realizada uma análise comparativa ao sistema previsto no concurso (sistema convencional), que passamos a descrever:*

*(...)*

*Trata-se de um sistema cuja movimentação é essencialmente motorizada com recurso a sistemas electromecânicos informatizados, os quais permitem*



# Tribunal de Contas

---

*uma mais fácil, segura e silenciosa utilização, inclusive durante o decurso do espectáculo. (...).*

*Relativamente ao sistema convencional, o seu funcionamento obriga, em média, à mobilização de 4 pessoas especializadas e acarreta alguns riscos de acidentes de trabalho, designadamente queda de pesos e/ou varas.*

*Em relação ao sistema "Vortek" a gestão é feita por um computador, permitindo a sua utilização, dependendo do tipo de espectáculos, possa ser efectuado apenas por uma pessoa. O risco de acidentes de trabalho associado ao funcionamento deste sistema é diminuto (...)*

*Trata-se de um sistema que ainda não se encontra implementado em Portugal, mas já com vasta divulgação nos Estados Unidos, não só em recintos de espectáculos como em recintos desportivos e outros equivalentes. (...).*

**7. Os "trabalhos a mais" referidos em 4. ponto 2, fundamentam-se no seguinte:**

### ***"Revestimento***

*O projecto de Arquitectura prevê para a cobertura da Plateia uma solução em curva alongada, revestida a chapa dupla metálica nervurada, integrando isolamento térmico, apoiada em vigas de madeira lameladas e forro interior igualmente em madeira. **Por omissão**, não foi contemplado no Mapa de Trabalhos posto a concurso, o revestimento que estava definido nas peças desenhadas, painéis sandwich metálicos nervurados "Promisol 1001 TS A, da HIRON VILLE, SA", cor cinza metalizada. Deste modo, o empreiteiro apresentou proposta para a execução do trabalho (...)*

### ***Estrutura***

*De modo a anular os esforços horizontais na estrutura de betão, provocados pelas asnas, **o projectista das madeiras lameladas** considera*



*necessário instalar tirantes em aço de 16 mm de espessura, tendo o empreiteiro apresentado proposta para a execução deste trabalho (...).*

### ***Paramentos interiores***

*Em virtude do Mapa de Trabalhos posto a concurso, não ter contemplado a estrutura de apoio do revestimento em régua de madeira dos parâmetros interiores, localizados ao longo das circulações técnicas superiores da plateia, foi apresentado pelo empreiteiro (...)"*

8. Notificado o Município para que indicasse quais as circunstâncias imprevistas que estiveram na base do presente adicional, pelo mesmo foi dito o que, em síntese, se transcreve: *"...a solução apresentada corresponde a um sistema mais evoluído, que irá permitir em termos do futuro funcionamento do Teatro, uma mais fácil, segura e silenciosa utilização, inclusive durante o decurso do espectáculo, envolvendo menores meios humanos."*

9. Notificado o Município para que justificasse por que razão os trabalhos a menos não contaram para efeitos de cômputo na fixação do valor do Contrato Adicional, pelo mesmo foi dito o que, em síntese, se transcreve:

*" - O valor dos trabalhos a mais não previsto inicialmente na empreitada, relativos à cobertura da plateia (trabalhos complementares), totalizam o valor de 38.684,81 € +IVA;*

*- Os trabalhos da mesma natureza e espécie ascendem a 141.387,71 € +IVA.*

*Estes trabalhos previstos na empreitada posta a concurso totalizavam o valor de 103.285,21 €+IVA, resultando daqui um diferencial de 38.102,50 €+IVA.*

*No entanto, a Câmara Municipal ao aprovar estes trabalhos deixa de pagar do contrato de empreitada inicial o valor de 103.285,21 €+IVA, uma*





# Tribunal de Contas

---

*vez que este valor está englobado nos 141.387,71 €+IVA, que irão ser pagos através do contrato adicional em apreço.*

*Assim, o valor do contrato adicional nº23/2005, resulta da seguinte adição:  
(38.684,81 €+ 141.387,71 €) + IVA = 180.072,52 €+IVA”.*

10. Por este Tribunal, em 14 de Fevereiro de 2006, foi proferido o acórdão de Subsecção nº 51/06, que recusou o visto ao contrato adicional em apreço.

### III. O DIREITO

Conforme resulta do que já ficou dito o fundamento da recusa do visto ao contrato adicional em apreciação foi a nulidade – art. 44º nº 3 al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto –, por se ter entendido que não podendo os trabalhos em causa ser qualificados como “trabalhos a mais”, tal como definidos pelo nº1 do art. 26º do Decreto-Lei 59/99 de 2 de Março, a sua adjudicação deveria ter sido precedida de concurso público (ou limitado com publicação de anúncio) como, atento o seu valor, o exige o art. 48º do mesmo diploma, verificando-se assim a preterição de um elemento essencial – artºs 133º nº1 e 185º nº 1, ambos do Código do Procedimento Administrativo.

E, o que levou a considerar-se que os trabalhos não se enquadravam na referida disposição legal foi o facto de os mesmos não se terem tornado “necessários na sequência de uma circunstância imprevista” e, em relação aos atrás descritos em 4. ponto 1 e 6., também pelo facto de não poderem ser considerados trabalhos necessários à execução do contrato inicial.



## Tribunal de Contas

---

O recorrente não concorda e distinguindo, ele também, os trabalhos relativos ao “Sistema Vortek” dos trabalhos relativos à “Cobertura da Plateia”, alega, em síntese, o seguinte:

– Quanto aos relativos ao “Sistema Vortek” preenchem todos os requisitos exigidos pelo art. 26º nº 1 do citado Decreto-Lei 59/99, nomeadamente a ocorrência de uma circunstância imprevista, consubstanciada no facto de só no decurso da obra ter a Câmara Municipal tomado conhecimento da existência de tal Sistema, inclusivamente nunca utilizado em Portugal. E, ainda que se entenda que estes trabalhos não preenchem a previsão da referida disposição legal, sempre se devem incluir no art. 30º nº 1 do mesmo diploma, já que foram sugeridos pelo empreiteiro e cumprem com os demais requisitos deste último preceito legal;

– Quanto aos trabalhos de “Cobertura da Plateia”, considera que, de facto, os mesmos não são trabalhos a mais para efeitos do referido art. 26º nº 1 do Decreto-lei 59/99. Os mesmos foram projectados mas, por lapso, não foram incluídos no Mapa de Trabalhos levado a concurso. Verificando-se um erro sobre o objecto do contrato tal é gerador de um vício da vontade, que tem como consequência jurídica a mera anulabilidade (art. 251º do Código Civil, aplicável ex vi do art. 185º nº 2 do CPA), integrando o fundamento de recusa do visto previsto no art. 44º nº 3 alínea c) da Lei 98/97 de 26 de Agosto, pelo que o Tribunal, ao abrigo do nº 4 da mesma disposição, pode conceder o visto com recomendações, o que requer.

Passamos agora a apreciar os argumentos apresentados pelo recorrente e desde já adiantamos que, não obstante a decisão que irá ser proferida neste recurso (favorável ao concorrente), os mesmos não são procedentes.

Assim:



## Tribunal de Contas

---

— Quanto aos trabalhos relativos ao “Sistema Vortek” os mesmos não podem considerar-se verdadeiros trabalhos a mais, tal como definidos no art. 26º nº 1 (do Decreto-Lei 59/99) por os mesmos não se terem “tornado necessários na sequência de uma circunstância imprevista”.

Sobre esta problemática, da caracterização do que se deve entender por circunstância imprevista, tem sido entendimento pacífico deste Tribunal que o dono da obra tem obrigação de ser diligente (cfr. art. 10º do referido Decreto-Lei 59/99) e por isso, antes do lançamento das empreitadas, deve verificar se tudo quanto é necessário à sua realização está ou não previsto. E se quer introduzir melhorias no projecto deve fazê-lo antes do lançamento do concurso. É que, só a título excepcional (art. 136º do mesmo diploma) a lei permite o recurso ao ajuste directo. Pelo que este não pode estar dependente da vontade do dono da obra. O concurso, na medida em que visa a realização de princípios fundamentais de direito e da contratação pública, como os da concorrência, da igualdade e da transparência (cfr. art. 7º e seguintes do Decreto-Lei 197/99 de 8 de Junho, também aplicáveis às empreitadas como decorre do art. 4º nº 1 alínea a) do mesmo diploma legal), tem prevalência sobre o ajuste directo e só pode ser afastado nos casos previstos na lei.

Circunstância imprevista é pois algo de inopinado, de inesperado, que surge no decurso da obra e que um agente normalmente diligente e competente não estava em condições de prever antes do lançamento do concurso.

Ora, não foi isto que aconteceu com o “Sistema Vortek” dado que, se a Câmara só tomou conhecimento da sua existência no decurso da obra, como alega, a verdade é que, se tivesse sido diligente, podia ter tomado conhecimento do mesmo em momento anterior pois, conforme a mesma reconhece (vide supra, matéria de facto, 6.), o sistema em causa já tinha vasta divulgação nos Estados Unidos.



## Tribunal de Contas

---

Ainda quanto a estes “trabalhos” é de referir que também não colhe a argumentação do recorrente de que os mesmos se podem incluir no art. 30º nº 1 do mesmo diploma. E isto pela simples razão de que as alterações propostas pelo empreiteiro, a que alude o art. 30º, não podem violar o disposto no art. 26º nº1. O que parece óbvio e por isso não carece de mais explicações.

— Quanto aos trabalhos de “Cobertura da Plateia” a argumentação do recorrente, com base no disposto nos artºs. 185º nº 2 do Código do Procedimento Administrativo e 251º do Código Civil, também não colhe. Estas disposições visam regular os eventuais conflitos que surjam entre as partes, no decurso da execução de um contrato, no caso entre o concorrente e o adjudicatário. São os interesses das partes contratuais e só esses que se visam regular.

Outra coisa muito diferente (cfr., designadamente, artºs. 5º nº 1 alínea c) e 44º e seguintes da Lei 98/97 de 26 de Agosto) visa a fiscalização prévia, a qual tem por fim a verificação da legalidade dos actos e contratos de que resultem encargos para as entidades públicas, mas numa perspectiva do interesse público e daí que se possa sindicar não só os actos ou contratos em si mesmos mas também os actos preparatórios ou procedimentais dos mesmos, tendo designadamente em vista analisar a sua conformidade ou não com os princípios fundamentais da contratação pública e do direito financeiro.

Porém, não obstante improceder a argumentação do recorrente, tal não significa que o recurso seja improcedente, conforme aliás já referimos supra.

Ainda antes de ser proferido o acórdão recorrido (cfr. matéria de facto 9.) foi o recorrente notificado para que justificasse por que razão os trabalhos a menos não contaram para efeitos de cômputo na fixação do valor do Contrato Adicional em apreço.



## Tribunal de Contas

---

E o que resulta da resposta do Município é que este não entendeu e ao que parece não entendeu até hoje o alcance de tal notificação.

Ora, o que resulta com toda a clareza da matéria de facto é que o “Sistema Vortek” substituiu o “Sistema Convencional”, pelo que ao valor do primeiro há que subtrair o do segundo para se alcançar o valor real e efectivo deste adicional, dado que se trata de trabalhos da mesma natureza.

Sobre esta questão escreveu-se no acórdão deste Tribunal de 21 de Fevereiro de 2006, proferido no recurso ordinário nº 25/2005:

1. *“Trabalhos a menos são todos aqueles trabalhos que, estando contratualizados, não foram efectivamente realizados, e que, portanto, não serão (ou não deverão ser) objecto de qualquer contraprestação por parte do dono da obra;*

2. *A não realização de tais trabalhos pode dever-se, inter alia, a diversas circunstâncias:*

*a) Trabalhos que, estando contratualizados, foram substituídos, em obra, por outros da mesma natureza ou com o mesmo fim; ou seja, foi porque se substituiu um determinado trabalho (“trabalho a menos”) por outro da mesma natureza ou com o mesmo fim (“trabalho a mais”) que se deixou de fazer o trabalho inicialmente contratualizado; há, aqui, uma relação directa de causa e efeito entre o “trabalho a menos” e o “trabalho a mais”.*

*b) Trabalhos que, estando contratualizados, foram substituídos, em obra, por outros de que tenha resultado a desnecessidade de efectuar aqueles trabalhos; ou seja, foi porque se substituiu um determinado trabalho (“trabalho a menos”) por outro (“trabalho a mais”) que se tornou desnecessária a realização de determinado (s) trabalho (s), que estava (m) inicialmente contratado (s); há, aqui, uma relação, pelo menos, indirecta de causa e efeito entre o “trabalho a menos” e o “trabalho a mais”;*



## Tribunal de Contas

---

*c) Trabalhos que, estando contratualizados, foram suprimidos, no decurso da obra, àquele contrato.*

**3.** *Na situação referida em 2. c), há um elemento essencial do objecto do contrato que dele deixou de fazer parte; nas situações referidas em 2. a) e b), está-se ainda perante todos os elementos essenciais ao objecto contratual,*

**4.** *Na situação referida em 2. c) os trabalhos a menos, porque retirados ao objecto do contrato inicial, terão necessariamente que ser subtraídos ao valor daquele contrato; nas situações referidas em 2. a) e b), os trabalhos a menos, porque, na sua essencialidade, em nada alteram o objecto do contrato inicial, podem ser deduzidos aos trabalhos a mais;...”*

Ou seja, no caso, estamos perante trabalhos que estando contratualizados, foram substituídos, em obra, por outras da mesma natureza ou com o mesmo fim. E, assim sendo, como já referido, para cálculo do valor do adicional pode e deve subtrair-se o valor dos trabalhos a menos.

Pelo que o valor real ou efectivo do adicional em apreço não é o indicado pelo recorrente mas sim € 38.102,50 (resultante da substituição do “Sistema Convencional” pelo “Sistema Vortek”) + € 38.684,81 (Cobertura da Plateia) + IVA = € 76.787,00 + IVA.

E, sendo assim, o procedimento que era exigível para a celebração do adicional em apreço deixou de ser o previsto no art. 48º nº 2 alínea a) do Decreto-Lei 59/99 para ser o previsto na alínea b) da mesma disposição legal – concurso limitado sem publicação de anúncios.

Ou seja, o adicional continua a sofrer de ilegalidade mas de ilegalidade diferente e menos grave.

Conforme tem sido jurisprudência deste Tribunal a falta de concurso público ou limitado com publicação de anúncio, quando legalmente obrigatório, traduz-se na preterição de um elemento essencial, que conduz à nulidade da adjudicação e do próprio contrato – artºs. 133º nº 1



# Tribunal de Contas

---

e 185º nº 1, ambos do Código do Procedimento Administrativo – e, consequentemente, à recusa do visto – art. 44º nº 3 alínea a) da Lei 98/97 de 26 de Agosto.

Por seu turno a falta de outro procedimento, ainda que também legalmente obrigatório, como é no caso em apreço o concurso limitado sem publicação de anúncios, em que a publicidade e o livre acesso à contratação ficam bastante limitados (quando comparados com o concurso público ou limitado com publicação de anúncio), considera-se que gera apenas anulabilidade, que em Direito Administrativo é regra – artºs. 133º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo. Por todos, cfr. acórdão desta Secção nº8/2004 de 8 de Junho, proferido no recurso ordinário nº35/03 e publicado no D.R., II Série, de 9 de Fevereiro de 2006.

A referida ilegalidade, na medida em que é restritiva da concorrência, é susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato e, por isso, integra o fundamento de recusa do visto previsto no art. 44º nº 3 alínea c) da citada Lei 98/97.

Porém, não estando demonstrado que, no caso, tal alteração efectivamente ocorreu, considera-se oportuno fazer uso da faculdade prevista no nº 4 da mesma disposição legal.

## IV. DECISÃO

**Pelos fundamentos expostos, acordam os Juizes da 1ª Secção em conceder provimento ao recurso e, consequentemente, revogar o acórdão recorrido e conceder o visto ao contrato em apreço, com a recomendação ao Município que, de futuro, não volte a incorrer na prática da referida ilegalidade.**



# Tribunal de Contas

---

São devidos emolumentos pelo visto – art. 5º nº 1 al. b) do Regime anexo ao Decreto-Lei nº 66/96 de 31 de Maio.

Diligências necessárias.

Lisboa, 28 de Março de 2006

OS Juízes Conselheiros,

Ribeiro Gonçalves (Relator)

Pinto Almeida

Lídio de Magalhães

O Procurador-Geral Adjunto