



Transitou em julgado em 27/06/06

## ACÓRDÃO Nº 190 /06-6JUN2006-1ª S/SS

### P. nº 323/06

1. A **Câmara Municipal de Gondomar** remeteu para efeitos de fiscalização prévia o primeiro adicional ao contrato da empreitada celebrado entre aquela Câmara e a **sociedade FERREIRA CONSTRUÇÕES, S.A.** pelo montante de **€ 122 143,84**, acrescido de IVA, denominado de “Construção das Piscinas de Valbom – Concepção/Construção de piscina coberta e respectivos arranjos exteriores”;

2. Para além dos factos referidos 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 € 1 825 415, 47, sem IVA, e foi visado em sessão diária de visto de 29.05.05 (proc. n.º 796/05);
- B)** Este contrato adicional, foi adjudicado através do procedimento denominado de “ajuste directo”;
- C)** De acordo com o alegado pelo Município, os trabalhos objecto do presente adicional reportam-se a:



# Tribunal de Contas

---

| Descrição                                    | Valor               |
|--|---------------------|
| <b>Trabalhos a Mais a Preços do Contrato</b> | <b>28 718, 37€</b>  |
| <b>Trabalhos a Mais a Preços Acordados</b>   | <b>48 397, 46 €</b> |
| <b>Mais Valia</b>                            | <b>45 028,01 €</b>  |
| <b>Total</b>                                 | <b>€ 122.143,84</b> |

**D)** Os trabalhos objecto do presente adicional fundamentam-se na informação de 03 de Novembro de 2005, cujo o teor se transcreve:

*“No decorrer da empreitada a fiscalização foi colocada perante situações, que, não estando previstas no caderno de Encargos, julga fundamental que sejam efectuados por forma a colmatar lacunas, tomando ainda mais relevante toda a intervenção”*

**E) De entre os “trabalhos a mais” contam-se os seguintes:**

**Ginásio (IND)**

1. Fornecimento e montagem da porta de fole em napa a colocar na separação dos ginásios.... – no montante **6.390,80 €**

**Balneários do ginásio (IND)**

1. Execução de paredes em madeira fenólica (..)
2. etc... - ..... - no montante total de **8.525,83 €**

**Diversos**

1. Fornecimento e instalação de rede de rega automática (...)



## Tribunal de Contas

---

2. Fornecimento e instalação de válvula redutora de pressão FFD (...)
  3. Fornecimento e aplicação de redutor CCH50 no PRM
  4. Fornecimento e aplicação de bebedouro público para apoio do parque infantil (...)
  5. Execução de escadas à piscinas de hidroterapia (...)
  6. Fornecimento e aplicação de sinalética nos acessos aos balneários e WC's
  7. Aplicação em betão em poços para execução de fundações indirectas – .... tudo no montante total de **33.480.83 €**
- Mais Valia (substituição dos dois desumidificadores) - .....**  
.....no montante de **45.028,01€**

F) O Município foi notificado para proceder aos seguintes esclarecimentos:

*(...) Tratando-se de uma empreitada de concepção/construção, se justifique e fundamente quais as razões que resultaram nas deficiências dos dados fornecidos pelo dono da obra aos concorrentes e, que deram origem aos presentes trabalhos a mais (...)*

*Complementarmente ao solicitado no ponto anterior, e estando previstos no objecto da empreitada inicial os arranjos exteriores, esclareça, atento a sua natureza, se efectivamente os trabalhos a mais com preços acordados - Diversos, nomeadamente no que concerne à rede de rega automática, já haviam sido previstos pelo dono da obra na referida empreitada, consistindo apenas em alterações.*

*Relativamente aos Trabalhos a Mais – Mais-Valia, e considerando, que houve uma alteração do equipamento a utilizar (desumidificador), se concretize a necessidade dessa alteração.*

*Se fundamente que as “situações, que não estando previstas no Caderno de Encargos” e detectadas pela fiscalização, não eram*



*passíveis de se encontrarem previstas na empreitada inicial, quer pelo dono da obra, quer pelo adjudicatário aquando do desenvolvimento do programa colocado a concurso (...)*

**F)** Na sequência daquela notificação, pela Câmara foi dito, em síntese, o seguinte:

*“(...)<sup>3</sup>. No Programa Base inicial, definido pelo dono de obra, estava previsto a construção de balneários/vestiários dimensionados para a dimensão da piscina, no pressuposto que os utentes do ginásio poderiam utilizar as mesmas instalações dos utentes da piscina. O Instituto de Desporto de Portugal (IDP) por ofício registado com o n.º 11502 de 1 de Junho de 2005, conforme cópia anexa, emitiu o parecer em que considerou observações a corrigir no projecto/obra nomeadamente na zona de cais, serviços anexos e serviços complementares; nos serviços anexos refere a previsão de vestiários/balneários para os utentes dos ginásios, uma vez que os propostos devem servir exclusivamente a piscina.*

*O dono de obra perante as observações acima descritas, exigidas pelo IDP, apenas considerou como trabalhos a mais os não previstos no Programa Base, que deram origem à execução dos mesmos.*

*4. Os trabalhos referentes à instalação da rede de rega automática não haviam sido previstos pelo dono de obra na empreitada inicial.*

*5. Por informação datada de 14 de Junho de 2005, do Sr. Assessor do Desporto Prof. Jaime Sousa, bem como do parecer do técnico responsável pela instalação e desenvolvimento do projecto, Eng. Matos Campos (juntos em anexo), relativos à melhoria da qualidade de aquecimento e desumidificação do ar da piscina, foi tido em consideração a troca do equipamento previsto por outro de melhor qualidade e de menor consumo energético evitando que futuramente houvesse custos acrescidos para o Município.*

*6. As situações verificadas não previstas no Caderno de Encargos têm a ver com várias situações de pormenor não facilmente detectáveis num Programa Base de uma obra com esta complexidade e deste âmbito de execução (Concepção/Construção).*



## Tribunal de Contas

---

*8. Em relação ao trabalhos a mais com preços acordados, os mesmos surgiram essencialmente devido ao parecer do IDP, e ao parecer do Sr. Assessor do Desporto conforme referido nos itens 3 e 5, tendo a fiscalização promovido os encaminhamentos normais que lhe competem com vista à sua realização (...)*

**G)** Em sessão diária de visto foi o contrato devolvido a fim de que o município *“esclareça por que razão não teve em conta, no projecto inicial, os trabalhos relativos à melhoria da qualidade do aquecimento e desumidificação do ar das piscinas, bem como os demais trabalhos que foram introduzidos em consequências do parecer do senhor assessor do desporto do Município;*

**H)** Em resposta vem a Edilidade, pelo ofício n.º 8443 de 27 de Abril de 2006, argumentar que: *“A empreitada foi executada no âmbito Concepção/Construção não tendo havido por isso projecto de execução inicial, mas apenas um programa base genérico que não contemplava aspectos de pormenor de dimensionamento do equipamento e desumidificação do ar das piscinas.*

*Relativamente aos demais trabalhos a mais, estes forma introduzidos em consequência do parecer do Instituto do Desporto de Portugal (I.D.P.), para a construção dos balneários/vestiários do ginásio...”*

**I)** A área total de planos de água é de 494, 70 m<sup>2</sup>, integrando-se as piscinas na tipologia denominada *“instalações desportivas de base formativa”* - vide parecer do Instituto Nacional do Desporto (IND,) junto a fls. 107, e art.º 4.º, n.º 2, alínea e), do DL n.º 317/97, de 25/11;

**J)** Através do Acórdão n.º 98/04 – 15.JUN.04 – 1ª S/SS, transitado em julgado, a entidade adjudicante já havia sido objecto de uma recomendação anterior no sentido de, em empreitadas futuras,



# Tribunal de Contas

---

observar o que se acha estabelecido no artigo 26., n.º 1, do DL 59/99, de 2/3;

L) A deliberação que aprovou a adjudicação dos “trabalhos a mais” objecto deste adicional data 9 de Dezembro de 2005;

## 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



## Tribunal de Contas

---

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 “a preços acordados” identificados na alínea E) do probatório do ponto 2. do probatório, atenta a sua fundamentação – alíneas D), F) a H) do ponto 2. do probatório - podiam e deviam ter sido previstos pelo dono da obra.



## Tribunal de Contas

---

Na verdade, destinando-se a empreitada à construção de instalações desportivas de base formativa (art.º 4.º, n.º 2, alínea e), do DL 317/97, de 25/11), o dono da obra devia ter aguardado o parecer do Instituto Nacional do Desporto (IND), e só depois aprovar os projectos, atento o disposto no art.º 11.º, n.º 1, do DL 317/97, de 25 de Novembro<sup>4</sup> – cfr. também alínea I) do probatório; se o tivesse feito, como devia, teria obstado aos “trabalhos a mais” relativos ao “Ginásio” e “Balneários do ginásio”, no montante total de 14.916,63 €.

Também os “trabalhos a mais” relativos à substituição dos dois desumidificadores eram evitáveis, se, “ex ante”, o dono da obra tivesse tido o cuidado de programar quais os equipamentos que, de facto, pretendia ver instalados; se o tivesse feito, como devia, teria obstado à realização de “trabalhos a mais” no valor de 45.028,01€; do mesmo modo se poderiam evitar os “trabalhos a mais” relativos ao item “Diversos”, se, “ex ante”, o dono da obra tivesse tido o cuidado de programar todos os trabalhos que pretendia ver realizados em termos de arranjos exteriores e outros; se o tivesse feito, como devia, teria obstado à realização de “trabalhos a mais” no valor de 33.480.83 €.

Ou seja, as razões que estiveram na base dos presentes “trabalhos a mais” não decorreram de qualquer circunstância que o dono da obra não pudesse ou não devesse ter previsto.

---

<sup>4</sup> A aprovação pela câmara municipal do projectos de arquitectura e das especialidades carecia de parecer favorável do Instituto Nacional do Desporto; e isto porque as piscinas eram constituídas por tanques polivalentes ou desportivos com área total de planos de água superior a 166 m<sup>2</sup> (art.º 11.º, n.º 1, e 3.º, al. d), do DL 317/97, de 25/11 (vide alínea I) do probatório)



## Tribunal de Contas

---

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.



## Tribunal de Contas

---

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 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>5</sup> (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.

---

<sup>5</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, nº. 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

---

**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 **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**<sup>6</sup>.

---

<sup>6</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).



## Tribunal de Contas

---

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.

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.

O facto da ilegalidade cometida ser susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato, acrescido do facto de o Município já ter sido objecto de uma recomendação anterior relativamente à violação do art.º 26.º, n.º 1, do Dec-Lei n.º 59/99, é fundamento suficiente de recusa do



# Tribunal de Contas

---

visto ao contrato (alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º, da Lei 98/97, de 26/08).

## 4. DECISÃO

Termos em que se decide recusar o visto ao contrato em apreço, ao abrigo do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

São devidos emolumentos (n.º 3 do art.º 5.º do Regime anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio).

Lisboa, 6 de Junho de 2006.

Os Juízes Conselheiros

(Helena Ferreira Lopes)

(Lídio de Magalhães)

(Ribeiro Gonçalves)

O Procurador-Geral Adjunto