



ACÓRDÃO N.º 118/2007 - 10.Ago.2007 - 1ªS/SS

(Processo n.º 856/07)

SUMÁRIO:

1. Ao abrigo da al. c) do n.º 1 do art.º 136.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, o ajuste directo é permitido, independentemente do valor estimado do contrato, desde que se cumpram cumulativamente os seguintes pressupostos: (i) na medida do estritamente necessário; (ii) urgência imperiosa; (iii) resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra; (iv) circunstâncias invocadas não imputáveis ao donoda obra; e (v) impossibilidade de cumprimento dos prazos exigidos para a realização de concurso público.
2. Não estando reunidos os pressupostos exigidos pela referida alínea, não é legalmente possível o recurso ao ajuste directo pelo que, atento o valor dos trabalhos, a adjudicação deveria ter sido precedida de concurso público.
3. A falta de concurso, quando legalmente exigível, torna nulo o procedimento e o contrato por preterição de um elemento essencial (arts. 133.º, n.º 1 e 185.º do Código de Procedimento Administrativo), nulidade que nos termos da al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, constitui fundamento da recusa do visto.



Transitou em julgado em

20/09/07

Acórdão nº 118 /07-10.Ago-1ªS/SS

Proc. nº 856/07

1. O **Estado Português/Ministério da Defesa Nacional** remeteu para fiscalização prévia deste Tribunal o contrato da empreitada de **“Remodelação dos 5º e 6º Pisos no Edifício da Rua Braamcamp n.º 90, em Lisboa”** celebrado com a empresa **API – Construções, Lda.**, pelo preço de **595.853,12 €**, acrescido de IVA.

2. Dos elementos constantes do processo relevam para a decisão os seguintes factos que se dão como assentes:

- a) O presente contrato, celebrado em 12/07/07, foi precedido de ajuste directo sem consulta ao abrigo da al. c) do nº 1 do artº 136º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março;
- b) Em 01/06/07, foi enviado ofício-convite à empresa API – Construções, Lda., solicitando-lhe a apresentação de proposta para a realização da empreitada supra identificada;
- c) Em 21/06/07 foi elaborada pelo Departamento de Assuntos Jurídicos do Ministério da Defesa Nacional a Informação n.º 15247/2007, onde se refere:

“Por despacho de Sua Excelência o Secretário de Estado da Defesa Nacional e dos Assuntos do Mar, foi determinada a mudança da Estrutura de Missão para os Assuntos do Mar (EMAM) e da Estrutura de Missão para a Extensão da Plataforma Continental (EMEPC) para o edifício sito na Rua Braancamp, n. 90, referindo-se haver urgência na efectivação desta mudança.



Tribunal de Contas

Entretanto, a urgência na prossecução da mudança de instalações, nomeadamente na execução das obras de remodelação, agravou-se em face da verificação das seguintes circunstâncias:

a) Redefinição, pela Resolução do Conselho de Ministros nº 40/2007 de 12 de Março de 2007, do mandato e da composição da EMAM, que constitui organismo de apoio da Comissão Interministerial para os Assuntos do Mar (CIAM) na dependência do Ministro da Defesa Nacional;

b) Colaboração da EMEPC, pedida pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros, no contexto da Presidência Portuguesa da União Europeia;

c) Necessidade de ampliação de espaço de trabalho para a prossecução dos trabalhos instrutores da proposta de extensão da plataforma continental de Portugal.

d) Constatação, por parecer técnico de engenharia, do estado em que se encontram as instalações ocupadas actualmente por ambas as Estruturas de Missão.

e) Necessidade de devolução das actuais instalações à Presidência do Conselho de Ministros.

4. A redefinição do mandato da EMAM até 2009 e da respectiva composição, que passará a integrar pessoal técnico superior e da carreira de assistente administrativo necessários ao cumprimento da missão, obriga à criação das condições físicas adequadas à instalação desta nova estrutura. Actualmente, a EMAM dispõe de uma única sala.

5. Foi solicitada pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros a colaboração da EMEPC para as consultas informais relativas à Resolução da Assembleia Geral sobre os Oceanos e ainda para as reuniões do grupo COMAR (GT PESC) e Recursos Genéticos Marinhos, o que exige um empenhamento acrescido em termos de recursos humanos e logísticos, verificando-se uma sobrelotação das actuais instalações.

6. Acresce que, na actual fase da preparação da proposta de extensão, tem sido necessária a execução de trabalhos técnicos que exigem um espaço físico adequado e actualmente inexistente. O que se agravará com o final da Campanha Oceanográfica EMEPC/AÇORES/G3/2007, em que serão recolhidas inúmeras amostras geológicas, que serão objecto de análise e recolha de informação instrutora dos estudos. À necessidade de zonas de trabalho acresce a carência de áreas de arquivo.

(...)



Acresce que pelo Ofício nº 82/EMEPC, datado de 25 de Maio de 2007, a EMEPC informou o Exmo. Senhor Secretário-Geral do Ministério da Defesa Nacional que após uma visita às actuais instalações da EMEPC, o Exmo. Senhor Secretário-Geral da Presidência do Conselho de Ministros informou que necessita da devolução das referidas instalações até ao final do próximo mês de Julho, a fim de as recuperar com vista à futura acomodação de outros serviços.

(...)

A qualificação da urgência na realização destas obras como imperiosa decorre da observação cumulativa dos seguintes factos:

a) A redefinição do mandato e composição da EMAM, pela RCM acima referida, em Março de 2007, cuja composição compreende um responsável, e pessoal técnico;

b) A necessidade de apoio ao Governo por ocasião da Presidência Portuguesa da União Europeia, nas matérias relacionadas com os Assuntos do Mar, implica a preparação urgente de gabinetes de modo a permitir o desempenho em tempo de funções, de modo eficaz e eficiente, aos elementos que prestam serviço na EMAM;

c) A EMEPC, Estrutura que irá partilhar as instalações com a EMAM, atingiu uma dimensão que torna inoportáveis as condições de trabalho que presentemente se verificam nas suas instalações situadas na Rua Borges Carneiro, n.º 38-2º Esq., em Lisboa. A falta de condições que presentemente se verificam, atestadas pelo relatório técnico indicado, não serão melhoradas apenas com a disponibilização da sala ocupada pelos dois elementos da EMAM. Urge, pois, o aprontamento urgente de novas instalações, uma vez que no MDN não existem outras em condições de serem utilizadas.

A fase em que se encontra o processo de extensão da plataforma continental, em particular no que respeita à urgência na respectiva apresentação à Comissão de Limites da Plataforma Continental, até ao dia 13 de Maio de 2009, constitui um factor essencial a ter em conta, uma vez que a EMEPC está desde já sem capacidade de alojamento extra. Estas circunstâncias não permitem o alojamento de elementos que venham trabalhar na EMEPC na preparação do processo de extensão, oriundos das entidades com as quais existe protocolo, nem para os elementos a contratar brevemente para efectuar a revisão de texto da proposta.

d) As conclusões constantes do referido parecer técnico de engenharia, emitido em Maio do corrente ano, que vão no sentido de sublinhar que o apartamento onde actualmente estão



instaladas as estruturas de missão EMEPC e EMAM apresenta um estado actual de degradação muito avançado, comprometendo a segurança na sua utilização.

18. A urgência imperiosa não imputável à entidade adjudicante é resultante da conjugação de dois factores/acontecimentos imprevisíveis que, apesar de não relacionados, contribuem como requisito para a aplicação do preceito legal acima referido.

a) A redefinição do mandato e composição da EMAM constitui um acontecimento imprevisível não imputável ao MDN, cuja relevância para o processo em apreço resulta dos seguintes factos:

a) A EMAM, inicialmente criada pela RCM 128/2005, de 10 de Agosto, tinha como missão preparar uma proposta estabelecendo as medidas que devem ser implementadas para o desenvolvimento de uma política integrada do Governo para os assuntos do mar e para uma acção articulada de todas as entidades com competência nas áreas ligadas ao mar. Uma vez cumprida a respectiva missão, a proposta de Estratégia Nacional para o Mar apresentada pela EMAM foi aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n. 163/2006, de 12 de Dezembro. Foi posteriormente decidido, como primeira acção prioritária da referida Estratégia, criar uma estrutura de coordenação destinada a assegurar a articulação e participação de todos os interessados, exigindo a co-responsabilização das diferentes políticas sectoriais relevantes: a Comissão Interministerial para os Assuntos do Mar (CLAM), que é apoiada pela EMAM.

Deste modo, uma vez que a aprovação/redefinição destes organismos não constitui uma competência do MDN, nem seria sequer previsível que o Conselho de Ministros, do qual o Ministro da Defesa Nacional é apenas um dos membros com implicação nesta decisão, a iria tomar, não lhe pode ser imputada responsabilidade para os efeitos da aplicação do artigo 136º do DL 59/99.

Assim, até à data da criação da EMAM foi imprevisível o surgimento da EMAM, que tem que entrar rapidamente em funções de modo a assegurar o apoio necessário à Presidência Portuguesa. Importa ainda referir que não seria possível antecipar um concurso público para alojar uma Estrutura de Missão em momento anterior à respectiva criação, por manifesta falta de objecto desse concurso;

b) Do mesmo modo, e em conjugação com a alínea anterior, não é igualmente responsabilidade do MDN o facto de não existirem, na presente data, instalações adequadas



para o funcionamento do órgão recentemente criado, a EMAM. As únicas instalações possíveis são as presentemente utilizadas, cuja inadequação foi já sublinhada.

ii) Ainda como acontecimentos imprevisíveis importa sublinhar a degradação do apartamento em que estão instaladas as Estruturas de Missão, designadamente as infiltrações e abertura de fissuras nos tectos e pavimentos, por virtude das sobrecargas instaladas. A referida degradação tem vindo a acentuar-se nos últimos tempos, não sendo previsível há algum tempo atrás (cerca de seis meses) o mau estado em que presentemente se encontra.

19. Verifica-se, ainda, a impossibilidade de serem cumpridos os prazos exigidos pelos outros procedimentos por concurso, negociação ou consulta, sob pena de o agravamento da situação em que se encontram as actuais instalações das estruturas de missão determinarem a interrupção do funcionamento destas.

(...)

Face ao exposto, crê-se que o procedimento a adoptar para a realização das obras de remodelação dos pisos 5º e 6º do edifício sito na Rua Braancamp, n.º 90 e trabalhos complementares será o ajuste directo, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 136º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, uma vez que estamos perante uma situação de excepção que fundamenta a adopção do referido procedimento.”

d) Na sequência desta informação, em 26/06/07, o Secretário de Estado da Defesa Nacional e dos Assuntos do Mar, proferiu o seguinte Despacho:

“1. Considerando a elevada urgência na instalação das Estruturas de Missão, respectivamente, para os Assuntos do Mar (EMAM) e para a Extensão da Plataforma Continental (EMEPC), em face dos objectivos e atribuições que lhes estão cometidos, designadamente:

a. A EMAM, de acompanhar e desenvolver todas as iniciativas relacionadas com os Assuntos do Mar, quer no âmbito nacional, quer no quadro da Presidência Europeia, bem como apoiar a Comissão Interministerial para os Assuntos do Mar (CIAM):

b. A EMEPC, de conhecer as características geológicas e hidrográficas do fundo submarino de modo a poder vir a fundamentar a pretensão de Portugal de alargar os limites da sua plataforma continental para além das 200 milhas náuticas e definir os limites da plataforma continental de Portugal para submeter à aprovação da Comissão de Limites da Plataforma Continental.



2. Considerando que as instalações onde aquelas entidades, actualmente, prosseguem as respectivas atribuições, não se encontram afectas ao Ministério da Defesa Nacional e que a muito curto prazo, previsivelmente até final de Julho de 2007, facto apenas conhecido recentemente, terão de abandonar as mesmas;

3. Considerando, finalmente, a inexistência de tempo útil para abrir um procedimento de concurso público para remodelar os pisos 5.º e 6.º do edifício sito na Rua Braamcamp, n.º 90, afecto ao Ministério da Defesa Nacional, neste momento sem quaisquer condições de habitabilidade e único espaço equacionado para permitir a instalação das referidas entidades;

Determino, em complemento aos fundamentos contidos na Informação n.º 152472007 (Processo n.º 527/2006/DeJur de 21-05-2007) objecto de despacho concordante do Senhor Secretário-Geral do Ministério da Defesa Nacional, o seguinte:

a. Os trabalhos a desenvolver devem circunscrever-se ao rigorosamente indispensável e, nessa medida, devem ser retirados do âmbito deste procedimento todos os trabalhos que não observem este requisito;

b. A execução de quaisquer trabalhos apenas deverá ter lugar após accionados os mecanismos e obtido o visto do Tribunal de Contas, condição indispensável para a respectiva exequibilidade.”

e) Dado o teor da alínea a) acabada de transcrever, em 29 de Junho de 2007, foi elaborada a Informação n.º 16088/2007, explicitando o seguinte:

“(…) 2. Considerando a proposta apresentada para a realização dos trabalhos pela empresa API — Construções Lda. e o parecer do engenheiro que tem acompanhado o processo, quer-nos parecer que as obras inicialmente propostas são todas consideradas imprescindíveis, pois não obstante algumas (de carácter minoritário e com um peso pouco relevante) se reportarem às caves, cobertura e fachadas, também estas estão directamente relacionadas com as obras e utilização dos 5.º e 6.º pisos. Senão vejamos.

3. A realização de obras nas caves torna-se necessária com vista a permitir o acesso ao estacionamento.



4. Por sua vez, a execução de obras na cobertura justifica-se pela necessidade de reparar as constantes e cada vez mais graves infiltrações de água, com inevitáveis repercussões nos pisos acima mencionados.

5. E por último, a realização das obras nas fachadas justifica-se pelo facto de também envolverem os referidos pisos e ainda porque a sua reparação em momento posterior iria causar graves perturbações ao bom funcionamento dos serviços a instalar por ambas as Estruturas de Missão.

(...) Nestes termos, quer-nos parecer que a adjudicação deveria abranger a totalidade dos trabalhos inicialmente propostos, pelo que se mantém o parecer anteriormente emitido na Informação n.º 15247...”

f) Finalmente, em 29 de Junho de 2007, o Secretário de Estado da Defesa Nacional e dos Assuntos do Mar autorizou, por ajuste directo, a adjudicação da empreitada à empresa API – Construções, Lda. e a consequente despesa no montante de 595.835,12 €, acrescida de IVA e ainda a aprovação da minuta do contrato assim como subdelegou no Secretário-Geral a competência para a outorga do contrato.

3. Questionados os serviços sobre a verificação, *in casu*, dos requisitos exigidos pela al. c) do nº 1 de artº 136º, esclareceram, através do ofício nº 18931, de 1 de Agosto do ano corrente, como se segue:

“2- Urgência imperiosa

2.1. A redefinição de mandato da Estrutura de Missão (EM) para os assuntos do Mar (EMAM) levou a um acréscimo de competências e, conseqüentemente, a um aumento dos elementos que a compõem. A EMAM funcionava até à data numa sala com capacidade para duas pessoas (elementos nomeados antes da redefinição do mandato). Actualmente estão afectos: um responsável, um assessor, dois técnicos e uma assistente administrativa, os quais não têm condições de trabalho na referida sala.

A questão que se coloca – à semelhança do exposto na fundamentação do Acórdão n.º05 07-24ABR 1ª S/PL – é a de analisar se o interesse público subjacente à realização da empreitada em causa, através de ajuste directo, se sobrepõe ao interesse público em realizar aquela obra através de concurso público, sob pena de se causarem prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação.



Efectivamente, o desenvolvimento de um concurso público obrigaria a um atraso no início da adequada prossecução do novo mandato pela EMAM, a ponto de comprometer a Política dos Assuntos do Mar, nomeadamente, no contexto da Presidência Portuguesa da União Europeia.

2.2. Também a conclusão da Campanha Oceanográfica EMEPC/Açores/G3/2007, em JUN07 determinou uma necessidade urgente acrescida de ampliação do espaço de trabalho da Estrutura de Missão para a Extensão da Plataforma Continental (EMEPC), para efeitos de preparação e tratamento para análise do elevado volume de amostras de rocha recolhidas - cuja quantidade não era previsível dada a inexistência de estudos na comunidade científica sobre a constituição dos fundos marinhos nas áreas objecto de dragagem.

Estes trabalhos constituem um dos elementos fundamentais para a instrução da proposta de extensão da plataforma continental (a apresentar pela Comissão de Limites da Plataforma Continental (CLPC) nas Nações Unidas até 13MAIO9).

É manifesta a sobreposição, relativamente ao interesse público na realização de concurso público da empreitada em causa, do interesse público da prevenção do eventual prejuízo decorrente de uma impossibilidade de conclusão dos estudos técnicos instrutores da proposta de extensão da plataforma continental de Portugal, por forma a posteriormente decorrerem as fases do processamento de dados, compilação e respectiva análise bem como integração dos estudos jurídicos em tempo de apresentação da proposta final junto das Nações Unidas em MAIO9.

2.3. Do parecer técnico de engenharia elaborado em 02MAIO7, conclui-se que é inadequado o estado actual do edifício onde se encontram instaladas a EMAM e EMEPC, sendo urgente a reinstalação destes serviços, sob pena de se manter uma situação de funcionamento destes serviços públicos em sobrelotação e grave violação das medidas de segurança contra incêndios.

Também aqui o interesse público da integridade do equipamento das EM bem como a salvaguarda da integridade física dos restantes habitantes do edifício, visto que estamos perante um edifício Habitacional, é manifestamente superior ao interesse público da realização de concurso público desta empreitada.

3- Acontecimentos irreparáveis e inimputáveis ao MDN das circunstâncias geradoras da urgência

A Resolução do Conselho de Ministros é da responsabilidade deste órgão, não sendo da iniciativa do MDN, pelo que não lhe poderá ser imputável, nem a previsibilidade deste facto.

Não poderá., igualmente, ser imputável ao MDN o estado actual de degradação das instalações em apreço, porquanto, para além do edifício não ser da propriedade do MDN, a sua degradação recentemente agravada não era previsível há cerca de seis meses.

Dado o exposto, não seria sequer equacionável o MDN proceder à realização das obras nestas actuais instalações.



Sublinhe-se a divergência entre a actual situação justificativa de recurso ao procedimento excepcional por ajuste directo e a situação relatada no Acórdão 3/07-15JAN-1ºS/SS, mantido pelo Acórdão 5/07-24ABR07, no âmbito do Proc. nº 1774/06, a saber:

a) No processo a que se refere a jurisprudência citada pelo despacho de 25 de Julho de 2007, estava em causa a realização da empreitada de construção de um núcleo museológico, considerando o Tribunal que o direito dos cidadãos à fruição da cultura poderá ser ainda ser assegurado no futuro, na sequência de um concurso público com financiamento em fundos comunitários posteriores a 2007.

b) Na situação em apreço, o interesse público de prossecução do novo mandato da EMEM e instrução pela EMPEC da proposta PEPC no prazo determinado pelas Nações Unidas, é manifestamente superior ao interesse público em realizar a obra de recuperação das instalações através de concurso público, que à data de conclusão das mesmas não teriam utilidade para este efeito, podendo inclusivamente pôr-se em causa os referidos interesses.

c) Acresce aos fundamentos supra expostos, o facto de as actuais instalações das estruturas de missão, não estando afectas ao MDN deverão ser disponibilizadas até 15AGO, data em que a PCM comunicou que iniciará obras para futuras instalações deste organismo - (Doc. 1). Até que esteja concluído o processo de realização das obras na Braamcamp, 5º e 6º pisos, as estruturas de missão ficarão com a actividade interrompida.”

4. Apreciando.

Como já se referiu, o contrato foi celebrado mediante ajuste directo ao abrigo da al. c) do nº 1 do artº 136º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 Março, segundo o qual o ajuste directo é permitido, independentemente do valor estimado da empreitada, “*na medida do estritamente necessário quando, por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra, não possam ser cumpridos os prazos exigidos pelos concursos público, limitado ou por negociação, desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis ao dono da obra*”.

Esta norma, para suportar o ajuste directo, exige o preenchimento cumulativo dos seguintes pressupostos: (i) na medida do estritamente necessário; (ii) urgência imperiosa; (iii) resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra; (iv) circunstâncias invocadas não imputáveis ao dono da obra; e (v) impossibilidade de cumprimento dos prazos exigidos para a realização de concurso público.



Tribunal de Contas

No caso em apreço, perante os factos enunciados em 2. e as justificações complementares apresentadas, transcritas em 3., salvo o primeiro dos requisitos – “*na medida do estritamente necessário*” – em que o processo não oferece elementos para avaliar com rigor da sua verificação e que, por isso, se não questiona, não podem dar-se por verificados os demais.

Notemos que, como abundantemente se evidencia das longas justificações apresentadas na Informação n.º 15247/2007 [al. c) do probatório] e no ofício n.º 18931, de 1 de Agosto (anterior n.º 3), o que se visa alcançar com a empreitada em questão é a reparação de parte de um edifício criando aí condições físicas para a instalação de serviços públicos a transferir de outras instalações que se pretendem livres para nelas instalar outros serviços públicos. E tudo isto resultante de decisões do poder público, o Governo, relativas à criação, reorganização e alteração das atribuições e competência dos seus serviços e gestão das instalações.

Assim sendo, não pode, desde logo, dar-se por verificada a urgência exigível pela citada al. c). É que não basta a simples urgência que, em regra, todas as obras públicas têm, já que visam a satisfação, directa ou indirecta, de necessidades colectivas e que aqui também se aceita. Tem que ser uma urgência imperiosa, ou seja, impreterível, significando com isso que a obra tem que realizar-se naquele momento (em sentido amplo) sob pena de ou não ser mais possível realiza-la ou a sua não realização causar prejuízos irreparáveis. E a instalação de serviços públicos, por importantes que sejam, nas circunstâncias descritas não é susceptível de preenchimento daquele requisito.

Por “acontecimentos imprevisíveis” relevantes para efeitos da al. c) citada vem este Tribunal entendendo, de forma pacífica, constante e uniforme, situações que surgem de forma inopinada e que um normal decisor não seja capaz de prever e prevenir. Como já se disse, a invocada “urgência imperiosa” (que não se concedeu) teve como origem actos de gestão corrente praticados pelo próprio Governo, seus membros e funcionários do Estado que tudo programaram, planearam e decidiram. Não só todos os factos invocados eram previsíveis como foram previstos.



Tribunal de Contas

Não estão, também, preenchidos os requisitos “resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra” e “circunstâncias invocadas não imputáveis ao dono da obra”.

Não estando reunidos os pressupostos exigidos pela invocada al. c) do nº 1 do artº 136º do Decreto-Lei nº 59/99, não era legalmente possível o recurso ao ajuste directo pelo que, atento o valor dos trabalhos, a sua adjudicação deveria ter sido precedida de concurso público (cfr. artº 48º, nº 2 do mesmo diploma).

5. Concluindo.

A falta de concurso público, quando legalmente exigível, torna nulo o procedimento e o subsequente contrato por preterição de um elemento essencial (artºs 133º, nº 1 e 185º do Código de Procedimento Administrativo), nulidade que, nos termos da al. a) do nº 3 do artº 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto constitui fundamento da recusa do visto.

Face ao exposto acordam os Juízes da 1ª Secção deste Tribunal, em Subsecção em recusar o visto ao contrato em apreço.

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

Lisboa, 10 de Agosto de 2007

Os Juízes Conselheiros

(Pinto Almeida – Relator)

(Sousa Ribeiro)

(Lia Olema Correia)



Tribunal de Contas

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)