



ACÓRDÃO N.º 11 /07 - 10.Jul-1.ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 48/2006

(Processo n.º 124/06-SRATC)

SUMÁRIO DO ACÓRDÃO

1. O ajuste directo assume-se como uma excepção ao regime regra da escolha do co-contratante particular na realização de despesas públicas, o concurso público e por isso, a *lei, quando a admite, tanto ao abrigo do art.º 26.º como do art.º 136.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, rodeia-a de fortes condicionalismos impondo a verificação, em regra cumulativa, de apertados requisitos. E mais apertados ainda se o ajuste directo for feito ao empreiteiro que está em obra.*
2. A al. c) do n.º 1 do art.º 136.º faz depender a possibilidade de recurso ao ajuste directo da verificação cumulativa de vários pressupostos: na medida do estritamente necessário; urgência imperiosa; resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra; as circunstâncias invocadas não sejam imputáveis ao dono da obra.
3. Não podem dar-se como verificados os pressupostos exigidos na al. c) do n.º 1 do art.º 136.º quando estão em causa trabalhos cujo valor excede o limite de 25% (fixado no n.º 1 do art.º 45.º do Decreto-Lei n.º 59/99) do contrato inicial e que resultam de projectos deficientemente elaborados.
4. Não sendo legalmente admissível o ajuste directo, em função do valor do contrato deveria o mesmo ter sido precedido da realização de concurso público.
5. A falta de concurso, quando legalmente exigido, torna nulo o procedimento e o contrato subsequente por preterição de um elemento essencial (art.ºs 133.º, n.º 1 e 185.º do CPA).

Lisboa, 10 de Julho de 2007.



ACÓRDÃO N.º 11 /07-10.Jul.-1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 48/2006

(Processo n.º 124/06-SRATC)

ACÓRDÃO

1. Pela Decisão n.º 18/2006-SRTCA, foi recusado o visto ao contrato da “**empreitada de aplicação de vigamento metálico em coberturas e pavimentos no reforço estrutural dos edifícios A e B da EB 2, 3 Roberto Ivens**”, celebrado entre a **Região Autónoma dos Açores** e a empresa “**Teixeira Duarte, Engenharia e Construções, S.A**”, pelo preço de **1.125.863,63 €** mais IVA.

A recusa do visto, decidida ao abrigo da al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, teve por fundamento a nulidade do contrato dada a impossibilidade física do respectivo objecto. Isto porque “*com a celebração do contrato, o empreiteiro obrigou-se, perante o dono da obra, a executar uma obra já realizada. Ou seja, a prestação a que o empreiteiro se obrigou é fisicamente impossível.*”

2. Daquela Decisão recorreu o Presidente do Governo Regional dos Açores pedindo a reapreciação do processo e a concessão do visto.

Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 5 a 19 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, onde formula as seguintes conclusões:

“1. O contrato de empreitada de “(..) aplicação de vigamento metálico em coberturas e pavimentos no reforço estrutural dos edifícios A e B da EB 2,3 Roberto Ivens” emerge do contrato designado por “Empreitada de requalificação e ampliação da Escola Básica Integrada Roberto Ivens” (contrato inicial),



Tribunal de Contas

empreitada esta que foi adjudicada na sequência de concurso público internacional.

2. A requalificação de edifícios antigos em utilização, como é presente caso, em que se encontra em funcionamento uma escola, envolve uma acrescida e específica dificuldade na definição e quantificação dos respectivos trabalhos, razão pela qual a empreitada que constitui objecto do contrato inicial foi contratada em regime de série de preços, uma vez que o respectivo projecto não permitia determinar com exactidão a natureza e as quantidades de trabalhos a realizar.

3. O carácter naturalmente não exaustivo do projecto concursado determinou a necessidade de realização de trabalhos a mais, formalizados através de cinco contratos adicionais, todos visados pelo Tribunal e Contas, e de mais um contrato de empreitada cujo objecto consistia no “(...) reforço estrutural dos edifícios A e B Escola Básica Integrada Roberto Ivens”, adjudicado por ajuste directo com fundamento na urgência imperiosa e igualmente visado pelo Tribunal de Contas.

4. No entanto, o início dos trabalhos de reforço estrutural dos edifícios A e B veio demonstrar a impossibilidade de se conservar o vigamento em madeira, nomeadamente estruturas, forros e soalhos de pavimentos, cuja estabilidade e segurança se encontrava seriamente ameaçada em virtude da sua infestação por térmitas, facto confirmado por relatório técnico que sustentou a necessidade de se proceder à substituição integral de todo o madeiramento.

5. A infestação detectada constitui uma “circunstância imprevista”, um facto inesperado, que surgiu durante a execução do contrato de empreitada, e, por conseguinte, na natureza das coisas, os referidos trabalhos de substituição do vigamento em madeira por estruturas metálicas constituem trabalhos a mais nos termos e para os efeitos do citado artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 e Março, sendo susceptíveis de formalização por contrato adicional ao contrato para “reforço estrutural dos edifícios A e B” e admitindo-se, do mesmo modo, a compensação dos trabalhos a mais com trabalhos a menos.



6. Neste contexto, atenta a premência dos trabalhos de substituição referidos, decorrente, por um lado, das exigências e preocupações de segurança e estabilidade que aquelas estruturas em madeira colocavam e, por outro lado, a sequência temporal e procedimental desses trabalhos, no âmbito da sua relação com a empreitada para reforço estrutural dos edifícios A e B e parte dos trabalhos do contrato inicial, foi a respectiva execução iniciada.

7. Verificou-se, no entanto, que o valor dos mencionados trabalhos, mesmo depois de compensado com os trabalhos a menos, representava 44,23% do valor do contrato da empreitada para reforço estrutural dos edifícios A e B, o que inviabilizava a sua formalização como adicional a esse contrato, por ultrapassar o limite dos 25% do valor daquele contrato, previsto nos artigos 45º e seguintes do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

8. Em todo o caso, estavam reunidos todos os elementos típicos da noção legal de trabalhos a mais, sendo igualmente verdade que estavam também preenchidos os pressupostos de recurso ao ajuste directo com fundamento na urgência imperiosa a que se reporta a alínea c) do n.º 1 do artigo 136.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março. O contrato em apreço foi, pois, precedido de procedimento pré-contratual legalmente admissível e o único adequado às circunstâncias do caso concreto.

9. O supra mencionado contrato foi celebrado, como se sabe, em 19 de Junho de 2006, numa altura em que os mesmos, apesar do que foi descrito, ainda decorriam, por lapso pelo preço de € 580.083,01 (quinhentos e oitenta mil e oitenta e três euros e um cêntimos), sem Imposto sobre o Valor Acrescentado, lapso que decorreu de, numa fase inicial, se ter efectuado a compensação de trabalhos a mais com trabalhos a menos, nos termos supra descritos.

10. Tendo este contrato sido celebrado ainda no decurso da execução dos trabalhos que constituem o seu objecto, conclui-se que a prestação a que o empreiteiro então se obrigou não é fisicamente impossível, não se subsumindo na previsão do n.º 1 do artigo 280.º do Código Civil.



11. Este contrato, porém, e todos os actos procedimentais que ao mesmo dizem respeito foram objecto de correcção, atenta a necessidade de reformular o respectivo valor, que já não podia ser objecto de compensação, e ao facto dessa mesma alteração implicar, na prática, diferentes competências para a prática dos actos procedimentais referidos. Mas os novos actos foram sempre inseridos numa lógica de correcção do que anteriormente tinha sido praticado no âmbito do procedimento administrativo respectivo, designadamente dos aspectos de forma associados e das regras de distribuição de competências previstas em função do valor do contrato.

12. Assim sendo, o acto de adjudicação materializado na Resolução n.º 112/2006, de 13 de Julho, visou apenas, na prática, sanar a invalidade do acto do Secretário Regional da Educação e Ciência que tinha autorizado, sem competência, a despesa relativa ao contrato de empreitada celebrado em 19 de Junho de 2006, sendo que o mesmo se passa em relação ao próprio contrato de empreitada que foi posteriormente celebrado e que se reporta, naturalmente, a este último. Nesta linha de raciocínio, e ainda que o acto em causa, do ponto de vista formal, não tenha visto atribuída a natureza de acto de ratificação, deve ao mesmo ser reconhecido, por identidade de razão, o regime previsto no n.º 4 do artigo 137º do Código do Procedimento Administrativo, o que basta para que o mesmo não enferme da nulidade que lhe vem assacada por impossibilidade do objecto.

13. O intuito sanatório dos actos mais recentes foi, aliás, reconhecido pela própria Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, na Decisão n.º 18/2006 - SRTCA (ponto 4 da pág. 4): “(...) a reformulação do processo resolveu duas questões que haviam sido suscitadas: por um lado, o preço fixado no contrato passou a corresponder ao valor real do trabalhos e, por outro lado, a despesa foi autorizada pelo Conselho do Governo, que é o órgão competente em razão do valor”.



Tribunal de Contas

14. Nesta linha de raciocínio, não padecendo o acto de adjudicação e o contrato de empreitada que lhe sobreveio de vício passível de determinar a respectiva nulidade, desaparece o fundamento da recusa da concessão de visto.

15. Caso assim não se entenda e se conclua que o referido processo enferma de alguma ilegalidade que de algum modo possa ter alterado o respectivo resultado financeiro, sempre pode o Tribunal de Contas, ao abrigo do n.º 4 do artigo 44º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 87-B/98, de 31 Dezembro, pela Lei n.º 1/2001, de 4 de Janeiro, e pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, em decisão fundamentada nas circunstâncias do presente caso, designadamente na urgência que envolveu a realização da mencionada obra, conceder o visto e fazer recomendações no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades, o que, desde já, se requer.”

3. Admitido o recurso na Secção Regional dos Açores, foram os autos com vista ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto que, após parecer técnico de engenharia prestado, sob sua promoção, por um auditor engenheiro civil deste Tribunal (fls. 90 a 100, dos autos), emitiu douto parecer no sentido da improcedência do recurso e da confirmação da recusa do visto, mas com fundamento diverso do da decisão recorrida (fls. 102 a 108 dos autos) que, em síntese, se transcreve:

“2.2. Quer pela matéria de facto, profusamente descrita nos Processos, quer pela análise técnica, que sobre ela foi emitida no Parecer de fls. 90 e segs., com relevância para a decisão a proferir e, em resumo útil, ficámos a saber o seguinte:

2.2.1. Houve um contrato de empreitada, inicial, no montante de 6.692.731,76 Euros, com prazo de execução de 24 meses, para “requalificação e ampliação” da E.B.I. Roberto Ivens, antecedida do pertinente concurso público.



- 2.2.2. *Na decorrência da execução desta empreitada foram celebrados mais cinco contratos, todos visados pela S.R.A. do Tribunal de Contas com exceção do último que foi, justamente, aquele que deu origem ao presente recurso.*
- 2.2.3. *Sobre a sua caracterização, importa sublinhar, que o contrato imediatamente anterior (o quarto, na ordem sequencial), disse respeito ao denominado “reforço estrutural dos edifícios A e B” e foi da execução deste (4º), que veio a surgir o ora analisado (5º), denominado da “aplicação de vigamento metálico em coberturas e pavimentos”.*
- 2.2.4. *Esta situação ficou a dever-se à circunstância de a empreitada inicial (principal) ter previsto uma comunicação entre o novo edifício, construído de raiz, e os velhos edifícios (A e B), que já ali se encontravam desde tempos muito recuados e obedecendo a técnicas construtivas de há muito totalmente ultrapassadas e inadequadas, em termos estruturais, para a finalidade acima referida, ou seja, a da comunicação física entre o novo e os velhos edifícios; e foi aí que começaram a verificar-se os problemas que vieram a descontrolar os custos previstos para esta empreitada.*
- 2.2.5. *Havendo que atacar a questão do “reforço estrutural dos edifícios A e B”, para a conclusão do projecto inicial concursado, impunha-se uma cuidadosa e exaustiva análise estrutural aos edifícios A e B em face da sua vetustez estrutural, ainda para mais atenta a utilização de vigamentos em madeira antiga (como tal sujeita a previsível deterioração) — o que, aliás, deveria ter sido feito logo no projecto inicial e não já no decurso da execução da empreitada.*
- 2.2.6. *A ligeireza com que se facilitou a intervenção “estrutural” (ao nível do subsolo) nos edifícios A e B, permitiu avanços com o contrato (adicional) acima referido, mas ficou esquecida a questão da verificação dos vigamentos, coberturas e pavimentos do interior dos ditos edifícios; eis senão quando o dono da obra é confrontado com o problema da sua avançada deterioração (que podia e devia ter sido atempadamente*



analisada em termos de engenharia estrutural) e é-lhe proposto proceder á sua integral substituição, o que se veio a traduzir nuns surpreendentes 44,23% do acréscimo de custos em relação ao contrato que lhe era imediatamente anterior.

2.2.7. Como justificar este aumento em face do disposto no artº. 45º do Dec-Lei no 59/99 de 02/03? Tal como veio a ser decidido (e aceite pelo recorrente), embora, substancialmente, este novo contrato (5º) represente, no fundo, um “adicional” em relação ao anterior (4º) — porque diz respeito a um necessário complemento da intervenção global nos velhos edifícios A e B — todavia, o seu custo elevado não permite tal classificação legal; tratou-se, pois, de “obra nova” e autónoma, enxertada em obra em execução, sendo, portanto, individualizável da restante intervenção por força daquele dispositivo legal.

2.2.8. Assim sendo, não é nem factual, nem juridicamente sustentável assumir este contrato (5º) com base em eventual “imprevisibilidade” (que não existiu, de todo), ou com base em eventual “urgência imperiosa” (apenas como forma de justificar a não suspensão dos trabalhos, que se encontravam praticamente todos executados à data da celebração deste contrato).

2.3. Perante o quadro factual e jurídico acabado de descrever, parece-nos de todo evidente, que a conclusão do Processo de Fiscalização Prévia, deste contrato, só poderá ser aquela que, seguidamente, se propõe:

2.3.1. A não consideração, destes trabalhos, como um mero “adicional” do contrato que lhe é imediatamente anterior, pelas razões acabadas de referir, (...).

2.3.2. Em consequência, a sua qualificação como um contrato de empreitada, autónomo e distinto dos anteriormente executados e dos quais este veio a emanar, em termos lógicos e cronológicos, mas não em termos técnicos e jurídicos.



- 2.3.3. *A não verificação do pressuposto da ocorrência de qualquer “circunstância imprevista” (com o sentido definido pela jurisprudência do Tribunal de Contas, de circunstância inopinada, que surge de repente, devido a causas não susceptíveis de previsão), quer para efeitos da norma do nº 1 do art.º 260, quer para os efeitos da norma da al. c) do nº 1 do art.º 136º do Dec-Lei nº 59/99 de 02/03.*
- 2.3.4. *A não verificação do pressuposto da ocorrência de qualquer “urgência imperiosa”, para os efeitos desta última norma, quer num caso, quer no outro, porque tais requisitos são, claramente, imputáveis ao dono da obra, por indução de um mau projecto — na medida em que lhe cabia verificar da bondade do projecto executado e, designadamente, porque a detecção, atempada, destes problemas estava perfeitamente ao alcance de qualquer decisor normal, medianamente informado e cauteloso, com a sua submissão às regras da concorrência, o que só não sucedeu por exclusiva incúria da sua parte.*
- 2.4. *Por conseguinte, haverá que concluir, dizendo: que o montante desta empreitada (sob recurso), mais do que justificava a abertura de um “concurso público”, o que não foi feito porque o dono da obra resolveu adjudicá-la por “ajuste directo”, ao empreiteiro que já estava no terreno, não querendo, por esta via, assumir uma forçosa paragem na execução do contrato inicial, com todos os incómodos e dilações daí decorrentes; mas não haveria outra solução legal.*
- 2.5. *Assim sendo, a preterição do “concurso público”, quando obrigatório, traduz-se na inobservância de um dos requisitos fundamentais legitimadores dos procedimentos administrativos pré-contratuais (elementos essenciais), inquinando-o com o vício da nulidade, por força do disposto nos art.ºs 133º nº 1, 134º nºs. 1 e 2 e 185º nº 1 do C.P.C., o qual se transmitiu ao próprio contrato.*



Tribunal de Contas

2.6. Nesta conformidade, deveria ter sido recusado o “Visto”, a este contrato, não exactamente pelo fundamento invocado na douta Decisão recorrida, mas sim pela regra da preterição do concurso público, que conduz à solução jurídica prevista na ai. a) do n° 3 do artº.44º da Lei n° 98/97 de 26/08.”

4. Sobre os fundamentos invocados pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto foi ouvido o recorrente, nos termos e ao abrigo do n° 3 do artº 99º da Lei n° 98/97, de 26 de Agosto, que apresentou as alegações de fls. 115 a 129 dos autos, onde não formula conclusões, e que aqui se dão por reproduzidas. Em breve síntese, depois de fazer o enquadramento factual do contrato aqui em causa relacionando-o com a empreitada inicial (“requalificação e ampliação da Escola Básica Integrada Roberto Ivens”, precedida de concurso público internacional e cujo contrato foi visado pela Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas em 22 de Janeiro de 2004) e as vicissitudes que a acometeram (pontos 13 a 26 das alegações), alega o recorrente:

“(…)

44. Importa aqui frisar, mais uma vez, que no projecto da empreitada de “Reforço estrutural dos edifícios A e B”, da qual directamente emana a empreitada sub judice, estava prevista a intervenção de manutenção de todo o vigamento em madeira existente nos edifícios em causa.

45. E que foi a circunstância, absolutamente excepcional e inopinada, de o referido vigamento se encontrar infestado de térmitas, a ponto de se tornar impossível a sua manutenção e de ser imprescindível a respectiva substituição integral, que esteve subjacente à empreitada sub judice. Não deixe de se ter presente que o facto de os trabalhos em causa visarem a requalificação de edifícios antigos em utilização permanente, como é presente caso, onde se encontrava em funcionamento uma escola, envolveu acrescida e específica dificuldade na definição e quantificação dos



respectivos trabalhos, que impediu pois (i) a identificação das deficiências estruturais referidas e (ii) a identificação e localização da infestação de térmitas.

46. Não estava, por isso, ao alcance, nem sequer era exigível que o dono de obra se tivesse apercebido de qualquer erro do projecto da empreitada de “Reforço estrutural dos edifícios A e B”, designadamente no que respeita ao vigamento dos edifícios em causa, porquanto no mencionado projecto estava contemplada a manutenção do referido vigamento, no pressuposto aceitável, em função dos dados conhecidos, de aproveitamento desse vigamento.

47. Acresce que a premência na execução dos trabalhos de substituição a que se fez alusão, decorrente, por um lado, das preocupações de segurança e estabilidade que aquelas estruturas em madeira levantavam e, por outro lado, da sequência natural de tais trabalhos por referência à empreitada de reforço estrutural dos edifícios A e B, levou a que os mesmos fossem rapidamente iniciados, ainda que apenas depois da respectiva adjudicação.

48. A verdade, porém, é que, sem prejuízo do que se deixou referido no recurso previamente interposto, sempre estiveram preenchidos os pressupostos de recurso ao procedimento de ajuste directo com fundamento na urgência imperiosa a que se reporta a alínea c) do n.º 1 do artigo 136.º do Decreto-lei n.º 59/99, de 2 de Março.

49. Com efeito, o referido preceito permite que se eleja esta modalidade procedimental, independentemente do valor do contrato, 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”.



Tribunal de Contas

50. A invocação da urgência imperiosa, enquanto fundamento de recurso ao procedimento de ajuste directo, implica, pois, a verificação cumulativa dos seguintes pressupostos:

a) A urgência invocada terá de resultar necessariamente de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra;

b) A urgência invocada não poderá ser compatível com o cumprimento dos prazos exigidos pelos concursos público, limitado ou por negociação;

c) As circunstâncias de facto invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis ao dono da obra.

51. No caso vertente, não existem dúvidas de que os três pressupostos se encontravam integralmente preenchidos, na medida em que...

(i) . . . a urgência invocada resultou de acontecimento imprevisível, qual seja (i.) a detecção de deficiências estruturais nos edifícios, (i.2) a existência e a extensão dos danos provocados pela referida infestação de térmitas ao longo de todos os madeiramentos dos edifícios, (i. 3.) a impossibilidade de se proceder ao reforço estrutural através da manutenção do madeiramento, reforço estrutural esse que, de acordo com decisão da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, era urgente e decorria de factos imprevisíveis;

(ii) . . . não era possível o cumprimento dos prazos de nenhum dos demais procedimentos adjudicatórios ou pré-contratuais mais concorrenciais, pois (ii.) as preocupações de segurança e estabilidade que aquelas estruturas em madeira geravam, (ii.2) as preocupações de intervenção estrutural urgente e, por fim, (ii. 3) a sequência natural dos trabalhos por referência à empreitada de reforço estrutural dos edifícios A e B, levaram a que os mesmos tivessem que ser rapidamente iniciados, ainda que apenas depois da respectiva adjudicação;



Tribunal de Contas

(iii) . . . as circunstâncias invocadas não são, de forma alguma, imputáveis ao dono da obra, uma vez que, por um lado, está em causa a adopção de uma metodologia de reforço estrutural distinta daquela para a qual o Tribunal de Contas reconheceu existir fundamento de ajuste directo e, por outro lado, por força dos condicionalismos supra descritos e que se prendem com o facto de os edifícios em causa serem antigos e estarem em permanente utilização — neles funcionava uma escola, recorde-se , não foi possível detectar que a extensão dos danos inviabilizava a intervenção de manutenção prevista no projecto e impunha a integral substituição do vigamento em causa.

52. Nestes termos, sendo pois evidente a urgência imperiosa invocada, não pode deixar de se concluir que o contrato sub iudice foi precedido de procedimento adjudicatório legalmente admissível e o único que se afigurava adequado às circunstâncias do caso concreto, não se verificando a preterição de concurso público apontada no parecer em apreço.

53. Acrescente-se, aliás, que, no ponto 7.6 das conclusões do Relatório n.º 16/2006— FP/SRATC, elaborado na sequência de auditoria do Tribunal de Contas ao processo de fiscalização prévia n.º 60/2006, afirma-se o seguinte com relevo para a presente resposta: “(..) a natureza e fase em que se encontra a realização dos trabalhos são adequados ao pressuposto, que foi analisado, do recurso ao ajuste directo ao abrigo da alínea c) do n.º 1 do artigo 136º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, qual seja o da urgência imperiosa na concretização das obras” (o destacado é nosso).

54. Analisando, pois, em maior pormenor o Parecer a que se responde, em função dos factos relevantes, verifica-se que...

a) ... não é posto em causa o procedimento de ajuste directo e, pois, a necessidade premente de reforço estrutural dos edifícios, após a identificação, em escavações, das deficiências de que padeciam;



Tribunal de Contas

b) ... não é posto em causa o contrato de empreitada relativo a tal reforço estrutural através do método de aproveitamento dos madeiramentos existentes, nem questionada a inexistência, para efeitos de celebração desse contrato, que foi visado pelo Tribunal de Contas, de uma prévia análise pormenorizada aos ditos madeiramentos, constantes de zonas em utilização e que se presumiam estar em condições de normalidade;

c) ... não é também posta em causa a excepcionalidade e a imprevisibilidade da infestação de térmitas que veio a ser detectada, que, tivesse sido conhecida, teria levado a uma metodologia diferente da referida na alínea anterior;

d) . . . não é também posta em causa a natureza sucedânea do método em causa no contrato em questão relativamente ao referido em b);

e) . . . as circunstâncias de fundo que permitiram o visto ao contrato a que se alude em b) e que são essenciais para a verificação do cumprimento de todos os requisitos exigidos para o ajuste directo são, pois, as mesmas nesse contrato e naquele que aqui está em causa, não se justificando, por isso, ao contrário do que se pretende no Parecer, um juízo procedimental diferente.

(...)"

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

5.1. Os factos

5.1.1.

Foram os seguintes os factos relevantes apurados na Decisão posta em crise e que o recorrente não impugna:

“3.1. Em 27/06/2006 foi submetido a fiscalização prévia um contrato com o mesmo objecto (aplicação de vigamento metálico em coberturas e pavimentos nos edifícios A e B da EBI de Roberto Ivens) - Proc.º n.º 060/2006.



- 3.2. A análise do processo levantou dúvidas, nomeadamente quanto ao montante da despesa e competência para a sua autorização¹, e ainda sobre a data de início de execução dos trabalhos.
- 3.3. Com o objectivo de aprofundar a análise do processo foi realizada uma auditoria, tendo-se concluído, em suma, o seguinte (Relatório n.º 16/2006 - FP/SRATC, aprovado em 24/07/2006):
- Os trabalhos objecto do contrato encontravam-se concluídos em 13/07/2006²;
 - A cláusula terceira do contrato e o plano de trabalhos apresentado pelo empreiteiro não eram exequíveis, na medida em que previam o início dos trabalhos após a consignação ou após o visto, se este fosse concedido em data posterior, e a sua conclusão no prazo de 12 semanas;
 - O objecto do contrato era fisicamente impossível, uma vez que o empreiteiro obrigava-se a realizar uma obra que já se encontrava executada.
- 3.4. Em 17-07-2006, a Directora Regional da Educação desistiu do pedido de fiscalização prévia, tendo manifestado a intenção de reformular o processo.
- 3.5. Consequentemente, em 08-11-2006 foi submetido a fiscalização prévia o presente contrato.
- 3.6. A empreitada foi agora adjudicada pela Resolução n.º 112/2006, de 13 de Julho, por ajuste directo, com fundamento na alínea c) do n.º 1 do artigo 136.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.
- 3.7. De acordo com o 11.0 1 da Resolução n.º 112/2006, a obra tem um prazo de execução de 12 semanas.

¹ O preço estipulado no contrato foi de 580 083,01 euros, tendo a despesa sido autorizada pelo Secretário Regional da Educação e Ciência. No entanto, de acordo com a proposta do empreiteiro, os trabalhos a executar tinham o valor de 1125 863,63 euros.

² No decurso da auditoria não foi possível apurar a data de início de execução dos trabalhos, estimando-se, no entanto, que tal tenha ocorrido entre Outubro de 2005 e Fevereiro de 2006. Não foi igualmente aferida a data de conclusão dos trabalhos, constatando-se, no entanto, que, à data verificação in loco, parte das estruturas metálicas aplicadas nos edifícios A e B já não se encontravam visíveis.



Tribunal de Contas

- 3.8. A minuta do contrato foi aprovada por despacho do Secretário Regional da Educação e Ciência, de 06-09-2006, no exercício de competência delegada.
- 3.9. O contrato celebrou-se em 09/10/2006.
- 3.10. Nos termos da cláusula terceira do contrato, «Os trabalhos (...) têm o prazo de execução de doze semanas e deverão estar concluídos até 18 de Novembro de 2006»;
- 3.11. Na análise preliminar do processo suscitaram-se dúvidas sobre a «legalidade da celebração, em 9 de Outubro de 2006, de um contrato de empreitada para a execução, no prazo de doze semanas, de uma obra que, de acordo com as conclusões expressas no relatório de auditoria n.º 16/2006 - FP/SRATC, se encontrava concluída em 13 de Julho pp., pelo que o objecto do contrato é impossível, concluindo-se, ainda, que a obra foi realizada sem título contratual»³.
- 3.12. Em resposta, o Serviço informou o seguinte⁴:
- «1.º - O nosso Contrato N.º 10/2006, assinado a 9 de Outubro, destina-se como é do conhecimento de V. Ex.ª a substituir o Contrato n.º 3/2006, datado de 19 de Junho e remetido a esse Tribunal a 22 do mesmo mês (...).
 - 2.º - Através do vosso ofício 235, de 10 de Julho, foi-nos devolvido o processo solicitando esclarecimentos diversos.
 - 3.º - Tendo esta Direcção Regional admitido o erro apontado nas alíneas b) e c) do vosso ofício supra referido e sendo essa questão inultrapassável na pendência daquele processo, optou-se pelo pedido de devolução do processo (...).
 - 4.º - Entretanto ocorrera já a visita à obra, no âmbito da auditoria à mesma, no dia 13 de Julho, pelas 11 horas.

³ Ofício n.º 435, de 03-11-2006.

⁴ Ofício com a ref.ª S-DRE/2006/12817, de 06-11-2006.



Tribunal de Contas

- 5.º - Decidida a devolução definitiva do processo n.º 60/2006, na sessão de 24/07/2006 foi o mesmo devolvido junto com o envio do Relatório de Auditoria n.º 1 6/2006-FP-SRATC (...).
- 6.º - Logo que recebemos a devolução provisória do processo n.º 60/2006, foi enviada para agendamento no Conselho do Governo Regional, uma proposta de Resolução, no sentido de serem autorizados os trabalhos objecto do contrato N.º 3/2006, pelo valor total de € 1.125.863,63 (valor diferente do contrato N.º 3/2006 e que ultrapassa a competência do SREC em função do montante da despesa).
- 7.º - Resolução que foi logo aprovada no Conselho do Governo de 12 de Julho e publicada no Suplemento do Jornal Oficial n.º 28, I série, de 13 de Julho.
- 8.º - A ratificação dos actos anteriormente praticados não se afigurava como solução possível, tendo em conta que o valor da adjudicação, logo do contrato, tinha de ser alterado em conformidade com essa alteração de valor, deveria a adjudicatária proceder à prestação de nova caução, ou ao “reforço” da anteriormente prestada.
- 9.º - Assim, perante a existência factual da realização dos trabalhos, já observada na visita à obra anteriormente referida e a impossibilidade de se manter o Contrato N.º 3, teve de se celebrar um novo contrato com o mesmo objecto afim de os trabalhos poderem ser pagos ao empreiteiro.
- 10.º - A assinatura do mesmo foi protelada pela demora no envio do novo seguro caução.
- 11.º - De qualquer modo, mesmo que o (novo) contrato tivesse sido celebrado ainda no mês de Julho, como fora anteriormente verificado, a obra encontrava-se concluída a 13, pelo que a conclusão que a obra foi realizada sem título contratual teria a mesma pertinência.
- 12.º - Como foi verificado na visita à obra, o objecto do Contrato n.º 3 e posteriormente N.º 10, consistia na realização dos trabalhos definidos



no projecto, relativos à aplicação do vigamento metálico em coberturas e pavimentos no reforço estrutural dos edifícios A e B da Escola Roberto Ivens.

- 13.º - Esses trabalhos teriam necessariamente de ser cronologicamente anteriores a parte dos trabalhos do 1.º Ajuste Directo (Reforço Estrutural) e a parte dos trabalhos da empreitada inicial.
- 14.º - A suspensão dos trabalhos (por motivos de ordem meramente formal) faria incorrer o dono da obra na obrigação de indemnizar o empreiteiro pelos danos emergentes, quer se tratasse de suspensão parcial, quer de suspensão por período que permitisse ao empreiteiro rescindir o contrato (...).
- 15.º - Além disso provocaria atrasos irremediáveis no normal funcionamento do ano escolar, uma vez que o prazo previsto para a conclusão de todas as obras era o dia 18 de Novembro e teria de ser muito alargado.
- 16.º - Cumprir-se-iam as formalidades legais em detrimento da prossecução do interesse público e do dever de celeridade e com custos exagerados a onerarem uma obra já de si permanentemente acometida de imprevistos que acarretaram a realização de muitos trabalhos que não se previam e que se foram revelando necessários ao longo dos meses.
- 17.º - Não se tratam de desvios de custos previstos, mas sim de novos trabalhos que levaram a uma obra final conceptualmente diferente, muito mais aprofundada na parte de reabilitação dos edifícios antigos e inevitavelmente mais cara, mas sempre feita com o objectivo de não esbanjar dinheiros públicos.
- 18.º - Crente na boa fé da administração pública, princípio que aliás esta adstrita, o empreiteiro acedeu a realizar os trabalhos pela ordem cronológica dos mesmos, sem ter em conta as questões relacionadas com o objecto dos sucessivos contratos e as suas datas de celebração.

Conclusões:



Tribunal de Contas

- 1.^a - Por tudo o que anteriormente ficou exposto, procedeu-se à assinatura do contrato N.º 10/2006, na data em que foi possível, com a consciência de que o objecto se encontrava executado e de que o Tribunal de Contas tinha disso perfeito conhecimento.
 - 2.^a - Por isso se retiraram do texto contratual determinadas referências habituais em contratos celebrados em condições normais.
 - 3.^a - O período de 12 semanas corresponde ao tempo necessário para execução dos trabalhos previstos no projecto, omitindo-se no contrato a partir de quando seriam contadas.
 - 4.^a - O objectivo da assinatura deste contrato é, atentas as circunstâncias, fundamentalmente permitir pagar ao empreiteiro os trabalhos realizados, em respeito pelo princípio da boa fé.
- (...))».

5.1.2.

Das alegações do recorrente e do relatório n.º 16/2006 – FP/SRATC (auditoria no âmbito do processo de fiscalização prévia n.º 060) emergem factos que se apresentam relevantes para a decisão do recurso, a saber:

- a) Precedido de concurso público internacional, em 19.1.04 a Região Autónoma dos Açores (R.A.A.) celebrou com a empresa Teixeira Duarte – Engenharia e Construções, SA um contrato de empreitada no valor de 6.692.731,16 € mais IVA, para a “remodelação e ampliação da Escola Básica Integrada de Roberto Ivens”, com o prazo de execução de 24 meses, visado pela S.R.T.C.A em 22.1.04 (processo n.º 6/04);
- b) Em 18.8.04 foi celebrado o 1.º contrato adicional, pelo valor de 75.994,14 € mais IVA, representando 1,13% do valor do contrato inicial, visado pela S.R.A.T.C. em 27.1.05 (processo n.º 106/04);



Tribunal de Contas

- c) A 3.12.04 foi celebrado o 2º adicional, pelo valor de 520.768,29 € mais IVA que, conjuntamente com o anterior representavam um acréscimo de 8,92% do valor do contrato inicial, visado pela S.R.A.T.C em 18.3.05 (processo nº 18/05);
- d) Em 4.3.05 foi celebrado o 3º adicional, pelo valor de 237.254,15 € mais IVA que, conjuntamente com os anteriores representavam um acréscimo de 12,46% do valor do contrato inicial, visado pela S.R.A.T.C em 28.4.05 (processo nº 40/05);
- e) Em 17.6.05 foi celebrado o 4º adicional, pelo valor de 169.791,95 € mais IVA que, conjuntamente com os anteriores, representavam um acréscimo de 14,998% do valor do contrato inicial, visado pela S.R.A.T.C em 18.7.05 (processo nº 79/05);
- f) Em 31.10.05 foi celebrado o 5º adicional, pelo valor de 624.043,89 € mais IVA que, conjuntamente com os anteriores representavam um acréscimo de 24,32% do valor do contrato inicial, visado pela S.R.A.T.C em 30.11.05 (processo nº 134/05);
- g) Em 3.8.05 foi celebrado, por ajuste directo com fundamento na alínea c) do nº 1 do art. 136º do Decreto-Lei nº 59/99, de 3 de Março, um contrato com a mesma empresa Teixeira Duarte – Engenharia e Construções, SA designado de “empreitada de reforço estrutural dos edifícios A e B” (da mesma Escola Básica Integrada de Roberto Ivens) pelo preço de 1.311.592,00 € mais IVA, visado pela S.R.A.T.C em 27.9.05 (processo nº 104/05);
- h)
- 1) Em 19.6.06 foi celebrado, por ajuste directo com fundamento na alínea c) do nº 1 do art.136ª do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, um contrato com a



Tribunal de Contas

mesma empresa Teixeira Duarte – Engenharia e Construções, SA designado de “empreitada de aplicação de vigamento metálico em coberturas e pavimentos no reforço estrutural dos edifícios A e B da EB 2,3 Roberto Ivens”, pelo preço de 580.083,01 € mais IVA;

- 2) Este preço, de acordo com o que vem alegado no ponto 15 do requerimento de interposição do recurso *“corresponde, (...), ao resultado da compensação desses trabalhos a mais com trabalhos a menos que a substituição em causa determinou no âmbito de trabalhos anteriormente contratados, ou seja, nos trabalhos de conservação integral do madeiramento, na importância de € 545.780,62 (quinhentos e quarenta e cinco mil setecentos e oitenta euros e sessenta e dois cêntimos), que, assim, deixavam de ser realizados. O cálculo que está subjacente a tal proposta reporta-se, pois, aos trabalhos a mais relativos às estruturas metálicas, no valor de € 977.410,58 (novecentos e setenta e sete mil quatrocentos e dez euros e cinquenta e oito cêntimos), acrescido de trabalhos não previstos no valor de € 148.453,05 (cento e quarenta e oito mil quatrocentos e cinquenta e três euros e cinco cêntimos), deduzido ou compensado a partir dos trabalhos a menos referentes à conservação integral do madeiramento, no valor de € 545.780,62 (quinhentos e quarenta e cinco mil setecentos e oitenta euros e sessenta e dois cêntimos)”*;
- 3) Este contrato foi remetido, para fiscalização prévia, à S.R.A.T.C em 27.6.06, ali registado como processo nº 60/06;
- 4) Em 10.7.06 (ofício nº 235) a S.R.A.T.C solicitou à Direcção Regional da Educação esclarecimentos relacionados com os fundamentos do recurso ao ajuste directo, à competência do Secretário Regional da Educação e Ciência para autorizar a despesa e ainda com o apuramento do valor do contrato, “considerando que o presente contrato não constitui um adicional ao contrato



Tribunal de Contas

- 4/05 (empreitada de reforço estrutural dos edifícios A e B da EB 2,3 Roberto Ivens)”;
- 5) Em 11.7.06 foi determinada uma auditoria relativa ao processo de fiscalização prévia nº 60/06 com vista ao aprofundamento da sua análise e a esclarecer as dúvidas suscitadas no ofício referido no nº anterior e ainda sobre a data do início da execução dos trabalhos;
- 6) Por ofício de 17.7.06 a Directora Regional da Educação, por considerar inultrapassáveis as questões suscitadas nas alíneas b) e c) desiste do pedido de visto ao contrato, informando desde logo que “o processo irá ser reformulado desde a origem, sendo então novamente solicitado o visto prévio a esse Tribunal”;
- 7) Em 24.7.06 foi aprovado o relatório da auditoria referida em 5) que concluiu, entre outros, que no dia 13.7.06 os trabalhos objecto do contrato já se encontravam executados e, por isso, que a cláusula 3ª do contrato e o plano de trabalhos eram inexequíveis pois naquele se determinava que os trabalhos nunca poderiam começar antes da concessão do visto.
- i)
- 1) Em 9.10.06, mediante ajuste directo com fundamento na alínea c) do nº 1 do art. 136º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, é celebrado com a mesma empresa Teixeira Duarte, Engenharia e Construções, SA, o contrato designado de “empreitada de aplicação de vigamento metálico em coberturas e pavimentos no reforço estrutural dos edifícios A e B da EB 2,3 Roberto Ivens”, pelo valor de 1.125.863,63€ mais IVA, remetido à S.R.A.T.C em 18.10.06 (processo nº 124/06);



2) Os fundamentos para o recurso ao ajuste directo constam da Resolução do Conselho de Governo nº 112/06, de 13/7 e são:

“A empreitada de “Requalificação e Ampliação da EB 2,3 Roberto Ivens, em Ponta Delgada” adjudicada à firma Teixeira Duarte, Engenharia e Construções S.A. pelo valor global de € 6.692.731,16, acrescidos de IVA, por despacho do Secretário Regional da Educação e Cultura, de 16 de Janeiro de 2004, após o concurso público internacional N. 4/DRE/2003, consignada em Fevereiro de 2004, previa numa 1ª fase a construção de todos os edifícios novos projectados e readaptação do antigo ginásio e numa segunda fase, a intervenção nos edifícios antigos, efectuando-se a remodelação dos espaços interiores e a substituição das redes;

Considerando que pela Resolução nº 117/2005, de 7 de Julho foi adjudicada por ajuste directo à mesma empresa, a Empreitada de Reforço Estrutural dos Edifícios A e B daquela Escola e que em sequência foi celebrado o Contrato N. 4/2005, visado pelo Tribunal de Contas em 27 de Setembro de 2005;

Considerando que no decurso dos trabalhos da empreitada de reforço estrutural, se verificou que todos os elementos em madeira, nomeadamente, o vigamento de pavimentos e cobertura e os vãos se encontravam seriamente contaminados por térmitas, sendo tecnicamente aconselhável a sua substituição;

Considerando que por proposta da comissão de acompanhamento da obra e com a concordância do Secretário Regional da Educação e Ciência, foi solicitado à equipa projectista a elaboração de nova solução conceptual com recurso a elementos metálicos;

Considerando que seguidamente se solicitou ao empreiteiro em obra, a apresentação de orçamento e que o mesmo obteve a concordância da fiscalização;

Considerando que o referido projecto foi despachado favoravelmente pelo Secretário Regional da Educação e Ciência em 8 de Maio de 2006;



Considerando a necessidade imperiosa de não parar a obra que tem sido sucessivamente acometida de imprevistos que a prolongam;

Considerando que o empreiteiro se encontra em obra dotado de meios humanos e técnicos para a execução dos trabalhos previstos, justifica-se o ajuste directo destes trabalhos por forma a que a empreitada seja levada a bom termo, de modo a não prejudicar a escola na componente pedagógica por tempo superior ao necessário, assim como possibilitar a sua normal abertura no próximo ano escolar.”

- 3) Ao contrato foi recusado o visto pela Decisão nº 18/2006 – S.R.T.C.A, aqui sob recurso.

5.2. Apreciando

Recordemos que ao contrato foi recusado o visto por se ter entendido que a prestação a que o empreiteiro se obrigou é fisicamente impossível acarretando, por isso, a nulidade do contrato. Isto porque o empreiteiro obrigou-se, perante o dono da obra, a executar uma obra já realizada.

O recorrente alegou que o *contrato emerge do contrato inicial “Empreitada de requalificação e ampliação da Escola Básica Integrada Roberto Ivens” e os referidos trabalhos de substituição do vigamento em madeira por estruturas metálicas constituem trabalhos a mais ..., sendo susceptíveis de formalização por contrato adicional ao contrato para “reforço estrutural dos edifícios A e B” e admitindo-se, do mesmo modo, a compensação dos trabalhos a mais com trabalhos a menos, mas que mesmo depois de compensado com os trabalhos a menos, representava 44,23% do valor do referido contrato, ... o que inviabilizava a sua formalização como adicional a esse contrato, por ultrapassar o limite dos 25% do valor daquele contrato, previsto nos artigos 45º e seguintes do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.* E que o contrato foi, em rigor, celebrado em 19 de Junho de 2006, altura em que os trabalhos que constituem o seu objecto ainda



Tribunal de Contas

decorriam, sendo que o contrato (formal) aqui em causa visou apenas sanar a invalidade do acto autorizador da despesa praticado pelo Secretário Regional da Educação e corrigir o valor do contrato celebrado em 19 de Junho de 2006, não podendo, assim falar-se em prestação impossível.

Já o Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto defende que deve ser recusado o visto ao contrato mas por ausência de concurso público dado não se encontrarem verificados os requisitos invocados, permissíveis do ajuste directo.

Ao que o recorrente contra-alegou reafirmando que se encontravam preenchidos tais requisitos: a urgência resultava de acontecimento imprevisível – sobretudo a *infestação de térmitas* nas madeiras dos vigamentos; não era possível o cumprimento dos prazos de outros procedimentos – sobretudo pela *sequência natural dos trabalhos por referência à empreitada de reforço estrutural dos edifícios A e B*; as circunstâncias não eram imputáveis ao dono da obra – sobretudo porque *não foi possível detectar que a extensão dos danos inviabilizava a intervenção de manutenção prevista no projecto* (do vigamento de madeira existente) e *impunha a integral substituição do vigamento em causa* (cfr. pontos 50 e 51 das contra-alegações transcritos em 4.).

*

A sequência factual apurada, de que se dá conta em 5.1.2., revela com clareza que o contrato em apreciação se insere na realização da empreitada, em sentido amplo, de “Requalificação e Ampliação da EB 2,3 Roberto Ivens, em Ponta Delgada”, para que foi aberto concurso público internacional e que viria a ser adjudicada à firma Teixeira Duarte, Engenharia e Construções, SA pelo valor global de 6.692.731,16 € acrescidos de IVA.

E revela também, como já se assinalava no relatório da auditoria nº 16/2006-FP/SRATC, que para esta empreitada, em sentido amplo, foram já celebrados além do contrato inicial mais sete contratos (não considerando o contrato celebrado em



Tribunal de Contas

19/6/06, substituído pelo aqui em apreciação), todos adjudicados à empresa Teixeira Duarte, Engenharia e Construções, SA por ajuste directo.

E mais se constata que uma empreitada, em sentido amplo, adjudicada por 6.692.731,16 € vai já em 10.212.258,58 € (aceitando-se a compensação entre “trabalhos a mais” por “trabalhos a menos” que havia sido feita no contrato de 19/6/06). Ou seja, apresenta já um desvio para mais de 52,6 %. O que permite concluir que despesa no valor de 3.519.527,43 € foi adjudicada fora da concorrência.

Outra evidência, aliás assumida pelo recorrente, é a de que quando esgotado o limite de 25% do valor do contrato inicial fixado no nº 1 do artº 45º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março⁵ (o que aconteceu com os cinco contratos adicionais), os “trabalhos a mais” excedentes passaram a ser autonomizados em novos contratos de empreitada, como se de obras novas se tratassem, o que não sucedia. Recorde-se, por exemplo, que o contrato aqui em causa chegou, num primeiro momento (19.6.06), a ser celebrado pela compensação de trabalhos nele previstos com trabalhos contratualizados em 3.8.05 no denominado contrato de “*empreitada de reforço estrutural dos edifícios A e B*” e não realizados.

*

Também ficou provado que o contrato aqui em causa, mantendo o objecto, substituiu o contrato celebrado em 19.6.06 remetido à SRATC e ali registado com o nº de processo 60/06, tendo em vista corrigir e sanar as deficiências apontadas pela própria SRATC.

No relatório de auditoria nº 16/2006-FP/SRATC, aprovado no âmbito do processo de visto 60/06, conclui-se que “*não foi possível aferir a data de início de execução dos trabalhos, estimando-se, no entanto, que tal tenha ocorrido entre Outubro de 2005 e Fevereiro de 2006*” (conclusão 7.4), e que “*não foi igualmente apurada a data de conclusão dos trabalhos*” (conclusão 7.5), sendo certo que em 13 de Julho de 2006, data da verificação *in loco*, estavam já concluídos (conclusão 7.1).



Tribunal de Contas

O recorrente, por sua vez, afirma que em 19.6.06, data da celebração do contrato que o agora em causa substitui, os trabalhos que constituíam o seu objecto (os mesmos do presente contrato) ainda decorriam (ponto 20 e conclusão 10 do requerimento de interposição do recurso).

Assim, atenta a relação de substituição formal e correctiva existente entre o contrato de 19.6.06 (substituído) e o contrato em causa (substituto) e a impossibilidade de determinar, com rigor, as datas de início e termo dos trabalhos em questão, não pode, com absoluta certeza, falar-se em objecto impossível, pelo menos na sua totalidade.

*

O presente contrato (bem como o contrato celebrado em 19.6.06, por aquele substituído), só não foi celebrado ao abrigo do artº 26º – “trabalhos a mais” (não se faz aqui qualquer juízo de legalidade ou ilegalidade sobre essa hipotética qualificação), apenas porque o seu valor, mesmo aceitando a compensação entre trabalhos “a mais” e “a menos”, ascendia a 44,22% do contrato de que directamente emana (contrato de “*empreitada de reforço estrutural dos edifícios A e B*”, celebrado em 3.8.05 e visado pela SRATC em 27.9.05) excedendo, portanto, o limite de 25% fixado no nº 1 do artº 45º (conclusão 7 do recurso). E se reportado ao contrato inicial, conjuntamente com os demais “adicionais” já celebrados, o valor acumulado ascenderia a 52,6 %, como já se deixou dito antes.

O artº 45º proíbe o dono da obra de, *em caso algum*, autorizar a realização de *trabalhos a mais previstos no artº 26º*, para além de outros, caso o seu valor acumulado exceda 25% do valor do contrato de empreitada de que são resultantes (nº 1), determinando o seu nº 4 que os trabalhos a mais que excedam aquela

⁵ Pertencem a este Dec.-Lei os artigos que, de agora em diante, forem invocados sem referência a diploma legal



percentagem só poderão adjudicados mediante a aplicação do procedimento que ao caso couber nos termos do artº 47º e demais legislação aplicável.

O artº 26º, nº 1 permite a adjudicação por ajuste directo ao empreiteiro que está em obra de “trabalhos a mais”, definindo-os como sendo 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.”*

Assim sendo, trabalhos a mais que excedam o limite de 25% do valor do contrato inicial, mesmo que necessários e resultantes de circunstâncias imprevistas, não poderão ser adjudicados por ajuste directo se o seu montante exigir, nos termos do artº 48º, nº 2, outro tipo de procedimento.

Face a este impedimento legal o dono da obra, aqui recorrente, para adjudicar por ajuste directo ao empreiteiro que estava em obra os trabalhos “ a mais”, invocou o artº 136º, nº 1 al. c) que dispõe:

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

...

c) 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”

*

Por ser a melhor forma de promover a concorrência e observar os demais princípios que regem a contratação pública, consagrados nos arts 7º a 15º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, aplicáveis às empreitadas de obras públicas por força do artº 4º, nº 1, al a) do mesmo diploma, o concurso público é o regime regra da escolha do co-contratante particular na realização de despesas públicas em geral e na contratação das empreitadas em particular [artº 183º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) e nº 1 do artº 47º do Decreto-Lei nº 59/99]. Assim, o ajuste directo, quer ao abrigo do artº 26º quer do artº 136º, assume-se como uma excepção a esta regra. E por se tratar de uma excepção à regra geral a lei, quando a admite, rodeia-a de fortes condicionalismos impondo a verificação, de apertados requisitos. E mais apertados ainda se o ajuste directo for feito ao empreiteiro que está em obra.

Vejamos se se encontram preenchidos os requisitos impostos pela invocada al. c) do nº 1 do artº 136º.

Este normativo faz depender a possibilidade de recurso ao ajuste directo da verificação cumulativa de vários pressupostos: na medida do estritamente necessário; a existência de urgência imperiosa; urgência resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra; que as circunstâncias invocadas não sejam imputáveis ao dono da obra; que não possam ser cumpridos os prazos para a realização de concurso público.

Para tanto tomemos em linha de conta não só o que vem alegado pelo recorrente, mas sobretudo os fundamentos do ajuste directo constantes da Resolução do Conselho de Governo Regional nº 112/06, de 13 de Julho transcrita em 5.1.2.– i) 2.



Tribunal de Contas

Na medida do estritamente necessário. Significa este requisito que, verificados os demais (que a seguir se analisam), o ajuste directo deve ser utilizado para adjudicar apenas os trabalhos indispensáveis para sustentar ou impedir o risco eminente. Ora, a adjudicação em causa foi autorizada *para não parar a obra* em curso e concluí-la, extravasando-se, assim, o campo de utilização do ajuste directo.

Urgência Imperiosa. Não basta que haja urgência, esta tem que ser 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.

O que, reportado a este requisito, se invoca é que é *tecnicamente aconselhável a substituição do vigamento de madeira* e que *para não parar a obra, foi solicitado à equipa projectista a elaboração de nova solução conceptual*.

Não pode, pois, falar-se em urgência imperiosa tal como a exige a norma invocada.

Resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra. Por acontecimento imprevisível, tem este Tribunal entendido, de forma constante e pacífica, ser algo inesperado que surge e que um agente normalmente diligente não estava em condições de prever antes do lançamento do concurso.

Vem invocado como acontecimento imprevisível a descoberta durante a realização dos trabalhos que o madeiramento se encontrava contaminado por térmitas e que *o facto de o vigamento estar ocultado por estuques, soalhos e forros e a circunstância de ... os edifícios A e B se encontrarem em utilização impediram ... o levantamento exaustivo e rigoroso do estado das estruturas antigas* (ponto 22 das contra-alegações).

Convém lembrar que para a realização da “empreitada de reforço estrutural dos edifícios A e B”, cujo contrato foi celebrado em 3.8.05 e visado pela SRATC, contrato de que emana o aqui em apreciação, foi elaborado um projecto que



propunha a manutenção do vigamento em madeira existente (ponto 44 das contra-alegações) e também que esse projecto foi elaborado na sequência dos trabalhos de escavação para implantação dos novos edifícios integrados no objecto do contrato inicial (*ampliação da Escola Básica*). Sendo a contaminação das estruturas de madeira dos edifícios antigos por térmitas um problema recorrente nos Açores, não se concebe que um projecto de reforço estrutural de um edifício antigo não o avalie e solucione, caso exista. E não é aceitável a justificação de o madeiramento se encontrar escondido por soalhos ou forros ou coberto por estuque. Qualquer projecto desta natureza implica uma peritagem prévia da área de intervenção.

A este propósito deve lembrar-se que, por força do artº 10º, é obrigação do dono da obra apresentar nos procedimentos adjudicatórios projectos onde “*definirá, com a maior precisão possível, nos elementos escritos e desenhados do projecto ... as características da obra e as condições técnicas da sua execução, ...*”. Ou seja projectos correctamente elaborados. E isto em nome e defesa dos já referidos princípios da contratação pública.

Não pode, pois, dar-se por verificado este pressuposto.

As circunstâncias invocadas não sejam imputáveis ao dono da obra. Se os trabalhos têm como causa um projecto deficientemente elaborado que ao ser aceite e aprovado pelo dono da obra transfere para este a responsabilidade dos erros e omissões que comporte, não pode dar-se, também por verificado tal pressuposto.

*

Não estando reunidos os pressupostos exigidos pelas invocadas alíneas a) e c) do nº 1 do artº 136º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Maio, 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, cuja não realização torna nulo o acto adjudicatório e o subsequente contrato por preterição de um elemento essencial (cfr. artºs 133º, nº 1 e 185º do CPA), o que constitui



Tribunal de Contas

fundamento de recusa do visto nos termos da al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

6. Assim, com os novos fundamentos expostos, acorda-se em Plenário da 1.ª Secção em negar provimento ao recurso, mantendo a recusa do visto ao contrato em questão.

São devidos emolumentos (al. b) do n.º 1 do art.º 16.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/5.

Diligências necessárias.

Lisboa, 10 de Julho de 2007.

(Cons. Pinto Almeida - Relator)

(Cons. Helena Ferreira Lopes)

(Cons. Amável Raposo)

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)