

**CAAD:** Arbitragem Administrativa

**Processo n.º:** 87/2017-A

**Tema:** Contrato Administrativo de empreitada - O direito da Demandante ver reconhecida a execução em benefício do Demandado dos trabalhos por si discriminados e a condenação do Demandado ao pagamento da quantia de € 56.790,42.

### **Decisão Arbitral**

**Demandante:** A... S.A., pessoa coletiva n.º..., com sede na Rua ..., ...-... ..

**Demandado:** MUNICÍPIO B..., pessoa coletiva de direito público com o n.º ... e com sede na Rua ..., ...-... ..

\*

Fixa-se à causa o valor de € 77.896,62, atribuído pela Demandante sem oposição do Demandado e de consonância com os artigos 296.º n.º 1, 297.º n.º 1 e 299.º n.º 1, todos do CPC.

\*

Na diligência do passado dia 20-04-2018, agendada para a produção de prova testemunhal requerida por ambas as partes, o Ilustre Mandatário do Demandado aceitou e reconheceu como verdadeiros os factos alegados pela Demandante na sua petição inicial sob os artigos 10.º, 11.º, 12.º, 13.º, 14.º, 16.º e 17.º, o que ficou consignado em ata.

Uma vez que tal confissão de factos feita pelo Ilustre mandatário, não o foi no seu articulado de contestação, não podia ter-se por vinculada a própria parte Demandada, afastando-se a aplicação do disposto no artigo 46.º do CPC, *ex vi* artigo 1.º do CPTA.

Notificado o Ilustre Mandatário “ad litem” para juntar aos autos procuração com poderes suficientes para o efeito, foi pelo mesmo junta procuração a seu favor com poderes para confessar, desistir e transigir, com a mesma data, outorgada pelo Senhor Presidente da Câmara Municipal do Demandado.

Sendo este titular de órgão competente e incidindo as declarações confessórias sobre factos atinentes a direitos disponíveis, encontra-se legitimado aquele reconhecimento que o Demandado faz da realidade de factos que lhe são desfavoráveis e favorecem a parte contrária, de consonância com o disposto no artigo 353.º do Código Civil.

E essa declaração confessória espontânea feita em juízo não recai sobre atos administrativos ou normas, em que poderia estar em causa a indisponibilidade do direito do Demandado, impeditiva da confissão, nos termos previstos no n.º 4 do artigo 83.º do CPTA, mas sim sobre factos que traduzem uma atuação informal e desprocedimentalizada das partes, geradora de um dever de prestar.

Assim, julgo válida a referida confissão, a qual tem força probatória plena contra o confitente, nos termos do n.º 1 do artigo 358.º do Código Civil.

\*

Ainda na mesma diligência convocada para produção de prova testemunhal, seguidamente tomou a palavra o Ilustre Mandatário da Demandante que no seu uso declarou aceitar aquela confissão, tornando-a irretratável e declarou reduzir o seu pedido ao teor da alínea a) e à primeira parte da alínea b), ou seja, à condenação do Demandado ao pagamento da quantia de € 56.790,42, prescindindo quanto ao demais.

Igualmente notificado para o efeito veio aquele Ilustre Mandatário juntar aos autos procuração da Demandante a seu favor, datada de 23-04-2018, com poderes especiais para desistir do pedido e com ratificação do processado.

Uma vez mais, não ocorrendo uma situação de indisponibilidade de direitos, prevista no artigo 289.º n.º 1 do CPC, vigora o princípio da liberdade de desistência pelo autor, no todo ou em parte, do seu pedido, de conformidade com o disposto nos artigos 283.º n.º 1 e 286.º n.º 2 do CPC.

Assim, ao abrigo dos normativos dos artigos 285.º n.º 1 e 290.º n.º 3 do CPC, julgo válida a desistência parcial do pedido nos exatos termos efetuados, declarando extintos os direitos que se pretendiam fazer valer na segunda parte da alínea b) e na alínea c) do petitório.

\*

## RELATÓRIO

Veio a Demandante propor neste tribunal arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) uma ação administrativa contra o Demandado, pedindo a sua condenação a reconhecer a execução de trabalhos de regularização e pavimentação da faixa de rodagem, saneamento de pavimento, reposição e tratamento de valas, a pagar a quantia de € 56.790,42, acrescidos de IVA à taxa legal em vigor, bem como a quantia de € 21.106,20 a título de juros de mora já vencidos e sem prejuízo dos vincendos.

Alega a Demandante que celebrou com o Demandado um contrato de empreitada de obra pública, que em 3 de outubro de 2008 foi efetuado o respetivo auto de consignação e que, par além dos trabalhos contratualizados, o Demandado lhe ordenou ainda em outubro de 2008 a execução de trabalhos não compreendidos naquele contrato, que a Demandante executou, a preços que o Demandado aceitou, sem que contudo tenha sido formalizada a realização de tais trabalhos e sem que os mesmos lhe tenham sido pagos.

A Demandante juntou documentos e arrolou testemunhas.

Regularmente citada para contestar, querendo, a ação e os pedidos formulados nos autos, o Demandado aceitou que celebrou com a Demandante aquele contrato de empreitada e que esta executou trabalhos no âmbito da mesma, que não foram totalmente formalizados, o que impede o seu pagamento por falta de título. Defende, ainda, que provando-se a realização de todos os trabalhos, honrará os seus compromissos, mas rejeita a possibilidade de lhe serem imputados juros de mora, porque não houve procedimento pré-contratual em interpelação para obrigação válida. Pugnou pela procedência apenas parcial da ação e arrolou testemunhas.

Por despacho inicial, de 01-03-2018 foi admitida a arbitrabilidade do diferendo e a competência material do tribunal, foram fixados os temas de prova, foi ordenada a juntada de todo o processo administrativo referente à empreitada referida nos autos e foi admitida a produção de prova testemunhal, agendando-se a respetiva data para a inquirição.

Foi requerida e admitida a prorrogação de prazo para a juntada do processo administrativo, que veio a ser junto e foi alterada a data designada para a produção de prova testemunhal, que viria a realizar-se em 20-04-2018, estando presentes as testemunhas indicadas na ata que foi produzida, que todavia não foram ouvidas em face da confissão factual verificada e da redução do pedido, tudo nos termos já acima explicitados.

O processo decorreu no estrito cumprimento dos princípios que regem a arbitragem, vertidos no artigo 5.º do Regulamento de Arbitragem Administrativa do CAAD.

Aqui chegados, de imediato se passa a proferir a seguinte

\*

## **SENTENÇA ARBITRAL**

### **I. Identificação das partes e objeto do litígio.**

Demandante: A..., pessoa coletiva n.º..., com sede na Rua ..., ...-... .. .

Demandado: MUNICÍPIO B..., pessoa coletiva de direito público com o n.º ... e com sede na Rua ..., ...-... .. .

Objeto do litígio: O Direito da Demandante a ver reconhecida a execução em benefício do Demandado dos trabalhos por si discriminados e a condenação do Demandado ao pagamento da quantia de € 56.790,42.

### **II. Questões a decidir.**

O diferendo pendente entre as partes impõe a determinação dos procedimentos pré-contratuais necessários à execução dos trabalhos objeto dos autos e, sendo caso disso, as consequências dessa preterição, sendo relevante a identificação do regime legal aplicável.

### **III. Os factos provados e sua motivação.**

1. Mostram-se provados os seguintes factos, pertinentes para a boa decisão da causa:
  - A. A Demandante é uma sociedade comercial que tem por objeto social a execução de obras públicas e a indústria de construção civil, prestação de serviços de engenharia, produção e fornecimento de misturas betuminosas.
  - B. Por despacho de 11-07-2008, o Presidente da Câmara Municipal do Demandado adjudicou à Demandante a empreitada de “beneficiação dos arruamentos na povoação de Envendos” pelo valor de € 108.000,00.
  - C. O contrato foi celebrado em 21-08-2008 e em 03-10-2008 foi efetuada a consignação da obra à Demandante.

- D. Em 31-12-2008 foi efetuada vistoria para receção provisória da obra, encontrando-se os trabalhos realizados de acordo com o caderno de encargos e com a proposta.
- E. Durante a execução da empreitada supra mencionada, em Outubro de 2008, a Requerida ordenou a execução de trabalhos não compreendidos no contrato inicial.
- F. Concretamente, a Requerida solicitou à Requerente a execução de trabalhos de regularização e pavimentação da faixa de rodagem, bem como, saneamento do pavimento e reposição e tratamento de valas.
- G. Para os quais a Requerente apresentou os devidos preços.
- H. Preços estes e quantidades que a Requerida aceitou.
- I. Por força do exposto, a Requerente executou, a pedido da Requerida, os referidos trabalhos, nas quantidades e qualidades seguintes:
- a) 3.233,69m<sup>2</sup> de regularização da atual faixa de rodagem, de forma a proceder-se a recarga, eliminando covas e depressões com utilização de misturas betuminosas a quente, incluindo limpeza do pavimento com o emprego de escovas mecânicas e compressor e todos os trabalhos necessários, pronto a receber o novo pavimento, ao preço unitário de €0,11/m<sup>2</sup>, no valor global de € 355,71;
  - b) 3.233,69m<sup>2</sup> de fornecimento e aplicação de rega de colagem com aplicação de uma emulsão catiónica de rotura rápida, à taxa de 0,5kg de emulsão por m<sup>2</sup>, altamente fluidificada e de baixa viscosidade, sobre camada de regularização, ao preço unitário de €0,24/m<sup>2</sup>, no valor global de € 776,09;
  - c) 3.034,29m<sup>2</sup> de fornecimento e aplicação de camada de desgaste, em betão betuminoso com seixo britado do rio como inerte, com 0,04m de espessura, incluindo regularização final, ao preço unitário de €3,63/m<sup>2</sup>, no valor global de € 11.014,47;
  - d) 199,40m<sup>2</sup> de fornecimento e aplicação de camada de desgaste, em betão betuminoso com seixo britado do rio como inerte, com 0,06m de

espessura, incluindo regularização final, ao preço unitário de €5,46/m<sup>2</sup>, no valor global de € 1.088,72;

e) 3.135,74m<sup>2</sup> de saneamento no pavimento ou reposição e tratamento de valas, incluindo abertura de caixa, carga e transporte dos produtos sobrantes a vazadouro, regularização e compactação da superfície, com fornecimento e aplicação de betão betuminoso, incluindo prévia rega de impregnação, ao preço unitário de €13,89, no valor global de € 43.555,43.

J. Todos os trabalhos a mais foram concluídos, tal como os trabalhos contratualizados.

K. No entanto, os trabalhos a mais nunca foram formalizados em auto de medição elaborado conjuntamente por ambas as partes.

2. A motivação do tribunal arbitral para a prova dos sobreditos factos, que se afiguram ser os pertinentes para a boa decisão da causa, baseia-se, por um lado, no acervo documental junto aos autos. Desde logo: A certidão permanente da Demandante, o ofício junto como documento n.º 2 respeitante à notificação da adjudicação, o auto de consignação junto como documento n.º 3 e o auto de vistoria para receção provisória junto como documento n.º 4, para além dos documentos constantes do processo administrativo.

Por outro lado, foram tidos em devida conta os factos admitidos por confissão do Demandado, julgada válida e operante, conforme já antes decidido.

#### **IV. Os factos não provados.**

Não existem factos alegados e não demonstrados, com relevo para a decisão da causa.

#### **V. Fundamentação de direito.**

*1. Determinação da lei aplicável.*

O Demandado adjudicou à Demandante a execução onerosa de uma obra pública e com ela celebrou um contrato administrativo de empreitada, na sequência de procedimento pré-contratual de concurso limitado sem publicação de anúncio, lançado na vigência do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas (RJEOP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 245/2003, de 7 de outubro, concretamente ao abrigo do normativo do seu artigo 129.º.

Encontra-se demonstrado nos autos que após a consignação, ainda em outubro de 2008, o Demandado ordenou à Demandante a execução dos trabalhos assentes em I. do probatório, que esta executou e concluiu.

Em 29-07-2008, após o ato de adjudicação, mas antes da celebração do contrato e da consignação da obra, entrou em vigor o Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, o qual revogou o RJEOP e no seu artigo 16.º n.º 1 dispõe que “*só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos iniciados após a data da sua entrada em vigor*”.

Considerando que o início de um procedimento pré-contratual ocorre, materialmente, com a decisão de contratar ou, no limite e no caso do concurso limitado, com o convite para apresentação de propostas, como resultava do artigo 130.º n.º 1 do RJEOP, é forçoso concluir que à execução do contrato de empreitada celebrado entre as partes, não é aplicável o CCP, mas sim o RJEOP, ainda que tivesse sido revogado. Aliás, à data da publicação do diploma que revogou o RJEOP já havia sido proferida a decisão de adjudicação que, como resulta do artigo 59.º alínea e) do RJEOP, *ex vi* artigo 121.º n.º 1, é a 5.ª e última fase do procedimento.

Sem prejuízo do exposto, adiante também se concluirá que a uma parte dos trabalhos executados pela Demandante, necessariamente, deveria ter sido aplicada a disciplina do novo regime constante do CCP.

## 2. *Procedimentos pré-contratuais preteridos.*

A determinação da lei aplicável é relevante para circunscrever e definir os procedimentos que eventualmente deveriam ter sido adotados e que foram preteridos pelo Demandado.

Está demonstrado nos autos que o Demandado ordenou à Demandante, já na vigência do CCP mas em execução de contrato de empreitada ao qual ainda era de aplicar apenas o RJEOP, a realização de trabalhos, cujos preços aceitou, no montante assente em I do probatório e que se cifra em € 56.790,42.

O artigo 26.º n.º 1 do RJEOP previa, sob a epígrafe “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.”*

Resulta do probatório e foi aceite pelas partes que os trabalhos executados por acréscimo ao objeto da empreitada se enquadram ainda no âmbito desta e possuem a mesma natureza dos trabalhos nela integrados, pelo que são de qualificar como trabalhos a mais.

Disponha, contudo, o n.º 7 do artigo 26.º do RJEOP que *“a execução dos trabalhos a mais deverá ser formalizada como contrato adicional ao contrato de empreitada”*.

O que não sucedeu no caso dos autos.

E os n.º 1 e 4 do artigo 45.º do RJEOP aguisavam o seguinte:

*“1 - O dono da obra não poderá, em caso algum, autorizar a realização de trabalhos a mais previstos no artigo 26.º, alterações do projecto da iniciativa do dono da obra ainda que decorrentes de erro ou omissão do mesmo ou trabalhos resultantes de alterações ao projecto, variantes ou alterações ao plano de trabalhos, da iniciativa do empreiteiro, caso o seu valor acumulado durante a execução de uma empreitada exceda 25% do valor do contrato de empreitada de obras públicas de que são resultantes.*

*4 - Os trabalhos previstos no n.º 1 que excedam a percentagem nessa disposição prevista só poderão ser adjudicados mediante a aplicação do procedimento que*



*ao caso couber, nos termos previstos no artigo 47.º e demais legislação aplicável.”*

Destarte, podendo concluir-se, sem necessidade de maiores lucubrações, que o Demandado, mediante contrato adicional, apenas podia autorizar a realização de trabalhos a mais até ao valor acumulado de 25% do valor do contrato de empreitada em curso, ou seja, até ao montante de € 27.000,00.

Quanto aos restantes trabalhos executados, que excedem aqueles 25% do valor do contrato de empreitada e se cifram, ainda, no montante de € 29.790,42 apenas poderiam ser adjudicados mediante a prévia adoção do procedimento pré-contratual que ao caso coubesse.

Ora, em outubro de 2008, data em que o Demandado ordenou à Demandante a realização de tais trabalhos, já estava em vigor o CCP desde 29-07-2008, pelo que estava legalmente obrigado à abertura de novo procedimento pré-contratual para a adjudicação de parte dos trabalhos que foram executados, no valor excedente de € 29.790,42, ou mesmo para a adjudicação da totalidade dos mesmos, devendo lançar mão de um dos procedimentos previstos nos artigos 16.º e seguintes do CCP.

O que não fez o Demandado.

É, pois, de concluir pela aplicação nos autos das disciplinas vertidas no RJEOP quanto aos trabalhos a mais e seus limites e do CCP quanto às regras de escolha e obrigação legal de adoção de um dos procedimentos para a formação de contratos suscetíveis de estar submetidos à concorrência de mercado.

O Demandado infringiu, pois, o disposto nos artigos 26.º n.º 7 e 45.º n.º 1 e 4 do RJEOP e ainda o disposto no artigo 16.º n.º 1 e 2 alínea a) do CCP, tendo omitido a celebração de um contrato adicional ao contrato de empreitada para os trabalhos a mais e até ao seu limite, bem como um novo procedimento contratual para formação de contrato de empreitada de obra pública, já regido pelo CCP, eventualmente circunscrito ao montante de trabalhos ainda necessários que ultrapassassem aquele limite.

### *3. Consequências.*

Impõe-se concluir que entre a Demandante e o Demandado foi estabelecido um contrato, respeitante aos trabalhos não integrados no objeto da empreitada adjudicada, que é ostensivamente nulo.

É que, nos termos do disposto no artigo 185.º n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo (CPA), na redação vigente àquela data, os contratos administrativos são nulos quando forem nulos os atos administrativos de que haja dependido a sua celebração.

Também fazendo apelo ao disposto no artigo 133.º n.º 1 alínea f) do CPA resulta evidente que aquele contrato, não só não foi celebrado sob forma escrita, como não reúne nenhuma das formalidades legalmente previstas, quer no RJEOP, quer no CCP, carecendo em absoluto de forma legal e sendo, por isso, afetado por um vício estruturante e especialmente grave, gerador da sua nulidade.

Por outro lado, como se extrai, entre outros, do douto Acórdão do STA, de 01-03-2001, tirado no processo n.º 46031, o objeto do contrato de empreitada de obra pública é passível de contrato de direito privado, atento o exposto designadamente no artigo 1207.º e seguintes do Código Civil, sendo que a principal diferença entre ambos não radica no seu objeto, que é similar, mas na diferente regulamentação aplicável, em função da natureza dos interesses públicos ou privados prosseguidos com a execução da obra.

Este douto Acórdão tem sido secundado por muitos outros, como por exemplo o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 02-04-2014, proferido no processo n.º 7541/11, a cujos fundamentos igualmente se adere.

E, portanto, o regime decorrente da nulidade verificada é o que resulta do disposto no artigo 185.º n.º 3 alínea d) do CPA ou, dito de outro modo, é o regime de invalidade do negócio jurídico constante do Código Civil.

À luz deste regime, a declaração de nulidade daquele negócio jurídico celebrado entre as partes tem efeito retroativo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado. Assim o determina o artigo 289.º n.º 1 do Código Civil.

Não havendo lugar, pois, ao recurso ao instituto do enriquecimento sem causa, previsto no artigo 473.º e seguintes do Código Civil, por constituir um regime puramente civilista e, bem assim, atento ao seu carácter subsidiário.

Acontece que uma das partes, o Demandado, beneficia do gozo de uma obra, de uso e fruição públicas, insuscetível de – uma vez feita – poder ser restituída à Demandante.

A restituição em espécie não é de todo possível, pelo que, o normativo do artigo 289.º n.º 1, parte final, do Código Civil, prevê o sucedâneo possível – a atribuição do valor correspondente.

Sufraga-se, pois, o doutamente deliberado, designadamente no douto Acórdão do Pleno do STA, de 18-02-2010, no processo n.º 379/07, ao concluir-se que:

*“III. A declaração de nulidade do negócio jurídico tem efeito retroativo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado (artigo 289.º, n.º 1 do C. Civil).*

*IV. Mas, não sendo possível nos contratos de execução continuada, como é o caso da empreitada – em virtude de a obra feita nunca mais poder ser restituída -, a restituição em espécie, haverá, então, que condenar o réu no pagamento do “valor correspondente” à utilidade advinda da sua realização.”*

Assim, o efeito restitutivo derivado da nulidade deverá consistir na condenação do Demandado a pagar à Demandante o valor correspondente à obra realizada (assente em I. do probatório) e cuja restituição em espécie se mostra impossível.

## **VI. Decisão.**

**Pelos fundamentos factuais e jurídicos expostos, decide-se, assim, julgar procedentes os pedidos subsistentes na ação, conseqüentemente reconhecendo-se a execução pela Demandante dos trabalhos provados em I., declarando-se a nulidade do contrato sem forma legal celebrado entre as partes e condenando-se o Demandado no pagamento à Demandante da quantia de € 56.790,42 (cinquenta e seis mil setecentos e noventa euros e quarenta e dois cêntimos), correspondente ao valor dos trabalhos executados, uma vez que a restituição em espécie não se apresenta possível.**

Custas a cargo da Demandante e do Demandado, na proporção do decaimento.

Publique-se, notifique-se às partes, deposite-se o original e, oportunamente, archive-se o processo.

Lisboa, sede do CAAD, 10 de maio de 2018

O árbitro,  
Pedro Bandeira