



Tribunal de Contas

ACÓRDÃO Nº22 /02 – Mai.14 - 1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 11/2002

(Processo nº 3 616/01)

SUMÁRIO DO ACÓRDÃO

1. Em contratos adicionais a compensação de trabalhos a menos com trabalhos a mais (ou vice-versa) só é admissível quando os trabalhos em causa são da mesma espécie;
2. Não sendo admitida a compensação o desvio percentual a que se refere o nº 1 do artº 45º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março deve encontrar-se na relação entre o total de “trabalhos a mais” (e demais situações ali previstas) e o valor da adjudicação inicial.

Lisboa, 14 de Maio de 2002.



ACÓRDÃO N.º 22 /02 - Mai.14 - 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 11/2002

(Processo n.º 3 616/01)

ACÓRDÃO

1. Em sessão de Subsecção da 1ª Secção de 29 de Janeiro de 2002 foi aprovado o acórdão n.º 5/2002-29.Jan-1ªS/SS que recusou o visto ao contrato adicional – “erros e omissões e trabalhos a mais e a menos” – à empreitada da obra de **“Construção do Parque Urbano de Alhandra”** celebrado entre a **Câmara Municipal de Vila Franca de Xira** e a empresa **ETERMAR – Empresa de Obras Terrestres e Marítimas, S.A.** pelo valor de **32 095 020\$00 (160.089,28 €)**, acrescido de IVA.

A recusa do visto, decidida ao abrigo da al. a) do n.º 3 do art.º 44º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, teve por fundamento a violação do art.º 45º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março porquanto o valor acumulado dos trabalhos a mais excedia o limite de 25% do contrato inicial, fixado naquela norma legal. Em tais circunstâncias deveria a adjudicação dos trabalhos objecto do adicional em apreço ter sido precedida da realização de concurso público, o que não sucedeu.

2. Não se conformando com o decidido, a Presidente da Câmara recorreu do mencionado acórdão pedindo a reapreciação do processo e a consequente concessão do visto.



Tribunal de Contas

Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 2 a 4 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, donde se transcrevem, por não ter formulado conclusões, as partes tidas por mais significativas:

“..., tendo em vista apurar o valor de 25% referido no n.º 1, do art.º 45.º, do Dec-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, dos trabalhos a mais previstos art.º 26.º, do Dec-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, alterações do projecto da iniciativa do dono da obra, ainda que decorrentes de erros e omissões do mesmo ou trabalhos resultantes de alterações do projecto, variantes ou alterações ao plano de trabalhos, de iniciativa do empreiteiro, deve também ser analisado o art.º 16.º do mesmo diploma onde se menciona que “a importância dos trabalhos a mais ou a menos que resultar de alterações ao projecto será respectivamente adicionada ou diminuída ao valor da adjudicação”.

Neste sentido, deve recordar-se que a obra patenteada a concurso foi objecto de reclamação quanto a erros e omissões do projecto.

Em resultado da reclamação todo o projecto patenteado a concurso foi medido.

Após efectuada a medição global e por acordo com o empreiteiro, o projectista e a Câmara Municipal foi elaborado um orçamento de erros de medição do projecto patenteado a concurso no valor de 20 187 089\$00 aprovado pela Câmara Municipal na sua reunião de 5 de Setembro de 2001.

(...), na reunião de Câmara Municipal de 18 de Abril de 2001 foram aprovados um conjunto de trabalhos a mais no valor de 53 683 494\$00 em resultado de alterações ao projecto.

(...) na reunião de Câmara Municipal de 5 de Setembro de 2001 foram aprovados um conjunto de trabalhos a mais e a menos correspondentes a alterações de projecto respectivamente no valor de + 50 182 069\$00 e – 38 274 148\$00.

Com base nos artigos 7.º e 8.º deste recurso e considerando o disposto no art.º 16.º do Dec-Lei n.º 59/99, de 2 de Março onde se menciona que “a importância dos trabalhos a mais ou a menos que resultar de alterações ao projecto será



Tribunal de Contas

respectivamente adicionada ou diminuída ao valor da adjudicação” foi calculado que as alterações do projecto correspondem a 65 591 415\$00 (53 683 494\$00 + 50 182 069\$00 — 38 274 148\$00).

Tendo por base o disposto no artº 45º, nº 1 do Dec-Lei nº 59/99, de 2 de Março, onde se menciona que” o dono da obra não poderá, em caso algum autorizar a realização de trabalhos a mais previstos no artº 26º, 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”, e o valor de 65 591 415\$00, - alterações de projecto — deve adicionar-se a este o valor de 20 187 089\$00 — erros globais do projecto patenteado a concurso, obtendo-se o valor total acumulado de 85 778 514\$00.

(...)

O valor acumulado apurado é de 85 778 514\$00, pelo que a Câmara Municipal controlou os custos acrescidos com a empreitada que é 23,3%, não se considerando ter existido violação dos limites previstos no nº1, do artº 45º, do Dec-Lei nº 59/99, de 2 de Março, que permite a realização de trabalhos até 25% do valor do contrato inicial.

Com o devido respeito pela opinião do Tribunal de Contas, o artº 45º do Dec-Lei nº 59/99, de 2 de Março não determina que o cálculo dos 25% seja apurado após a dedução dos trabalhos a menos ao valor do contrato inicial e que só poderia haver compensação entre trabalhos a mais e a menos quando estes forem da mesma natureza.

Efectivamente, os 25% acima referidos deverão ser apurados numa “conta corrente” e devem corresponder a um ”valor acumulado durante a execução da empreitada”, garantindo-se, assim, o controle dos custos da empreitada.



Assim, ao valor inicial do contrato de empreitada de 368 666 518\$00 não deve ser abatido o montante de 38 274 148\$00, correspondente aos trabalhos a menos, devendo-se calcular o valor de 25% previsto no n.º 1, do art.º 45.º, do Dec-Lei n.º 59/99, de 2 de Março sobre o valor do contrato inicial, sem deduções.

Deste modo, com o devido respeito pela douta opinião do Tribunal de Contas o valor acumulado de 85 778 514\$00 corresponde a 23,3% do valor inicial do contrato — 368 666 518\$00 pelo que não excede os 25% previstos no n.º 1, do art.º 45.º do Dec-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.”

3. Admitido o recurso foram os autos com vista ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto que emitiu douto parecer no sentido da improcedência do recurso e da manutenção da recusa do visto, isto porque “...*não se podendo, no caso, tomar em consideração o valor dos trabalhos a menos, qualquer que seja a fórmula utilizada, os referidos trabalhos a mais excedem sempre, em 25% o valor de referência legalmente considerado no artigo 45.º do Decreto-Lei n.º 59/99.*

A não ser esta a interpretação, sempre estariam em causa, além do mais, princípios básicos das regras dos concursos públicos de obras públicas que impõem uma identificação substancial entre a obra posta a concurso, a obra adjudicada e a obra, finalmente realizada”.

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

4.1. Os Factos

No requerimento de interposição do recurso o recorrente confirma a matéria de facto dada como provada no acórdão recorrido. Importa, apesar disso, recordá-la:

- Por anúncio publicado no Diário da República, III série, de 7 de Abril de 2000 a Câmara Municipal de Vila Franca de Xira abriu concurso público para a realização da empreitada de “Construção do Parque Urbano de Alhandra”;
- A empreitada reveste a modalidade de “preço global”;



Tribunal de Contas

- Foi adjudicada à empresa ETERMAR pelo preço de 368 666 518\$00, acrescido de IVA, tendo o respectivo contrato sido celebrado em 26 de Outubro de 2000;
- Em 22 de Maio de 2001, foi celebrado um contrato de trabalhos a mais, pelo montante de 53 683 494\$00, reportando-se os trabalhos ao alargamento de uma rampa, à implantação de uma nova rampa e, ainda, à remoção de um conjunto de ancoradouros de avieiros para execução daqueles trabalhos;
- No contrato em apreço, celebrado em 1 de Outubro de 2001, prevêem-se trabalhos de construção de nova rampa de alagem, remodelação do ancoradouro, reforço da fundação da viga de rebordo, reformulação de troços de colectores de esgoto doméstico e execução de caixas de visita do esgoto pluvial, os quais somam 50 182 069\$00;
- A estes trabalhos — e igualmente constantes deste contrato — adicionaram-se 20 187 099\$00, correspondentes a “erros de medição”, o que perfaz um total de 70 369 168\$00;
- O valor a que se chegou no presente contrato (32 095 020\$00) foi obtido com a subtracção de um montante de trabalhos a menos de 38 274 148\$00;
- Os trabalhos a menos são assim discriminados no processo:
 - “O parque infantil e o campo de jogos incluindo todos os trabalhos inerentes;
 - Troços de rede de rega, bem como plantações e sementeiras, em virtude de se ter reduzido a área de zona verde;
 - Demolição de muros e área coberta contemplada no projecto inicial e não efectuada;
 - Trabalhos de terraplanagem, pavimentos, águas, esgotos e iluminação pública correspondentes ao alargamento de uma rua contemplada no projecto inicial”;
- Os denominados “trabalhos a menos” não foram realizados pelas seguintes razões:
 - O parque infantil, o campo, uma das zonas verdes, troços de rega, plantações e sementeiras, incluindo todos os trabalhos inerentes, não foram executados porque se situavam na área do bairro dos avieiros e colidiam com a zona de circulação, estacionamento, armazenagem de embarcações e artigos de pesca;



- A demolição das duas construções, bem como a execução da outra zona verde prevista para este local não foram realizadas porque aquelas construções se encontravam ocupadas;
- Não foram executados os trabalhos de terraplanagens, pavimentos, águas, esgotos e iluminação pública correspondente ao alargamento de uma rua contemplada no plano inicial porquanto, uma vez que não se procedeu à demolição das construções referidas na alínea anterior, não foi possível executar o alargamento do arruamento adjacente”;
- Ao contrato em causa foi recusado o visto em 29 de Janeiro de 2002.

4.2. Apreciando.

A questão controvertida que no presente recurso se discute resume-se em saber se com a celebração do contrato adicional em apreço foi excedido o limite de 25% do contrato inicial, fixado no n.º 1 do art.º 45.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março (de ora avante, os preceitos invocados ou citados sem indicação de diploma legal pertencem a este Decreto-Lei), como se concluiu no acórdão recorrido, ou não, como defende a recorrente.

O acórdão recorrido, para concluir nos termos em que o fez, interpretou o art.º 45.º tendo considerado que houve uma redução do objecto da empreitada equivalente aos trabalhos a menos e que estes não eram compensáveis com trabalhos a mais, porque de espécies diferentes.

O recorrente, por sua vez, defende que o art.º 45.º deve ser interpretado tendo em atenção o que se dispõe no art.º 16.º e também que a compensação de trabalhos a menos por trabalhos a mais não depende da natureza dos mesmos. Ou seja, que o limite percentual fixado no art.º 45.º deve encontrar-se numa conta corrente entre trabalhos a mais e trabalhos a menos, sem cuidar da relação que possa existir ou inexistir entre eles. Foi assim que, adicionando aos “trabalhos a mais” (53 683 494\$00 + 50 182 069\$00) os “erros e omissões” do projecto (20 187 099\$00) e



subtraindo àquele total o valor dos “trabalhos a menos” (32 095 020\$00) apurou o rácio de 23,3% relativo ao valor da adjudicação inicial (368 666 518\$00), concluindo que não foi excedido aquele limite.

Resulta do exposto que o conflito de teses patente no recurso se sintetiza na admissibilidade ou não da compensação de trabalhos a menos por trabalhos a mais (ou vice-versa). Ou, dito de outra forma, tendo o dono da obra decidido não realizar certos trabalhos que faziam parte do objecto da empreitada posta a concurso pode em vez deles realizar, ao abrigo do mesmo instrumento contratual, outros de natureza diferente até à concorrência do respectivo valor.

*

Vejamos o que se estipula em cada um dos preceitos legais invocados.

Artº 16º, que tem por epígrafe “Valor das alterações do projecto”:

“A importância dos trabalhos a mais ou a menos que resultar de alterações ao projecto será respectivamente adicionada ou diminuída ao valor da adjudicação.”

Artº 45º, com a epígrafe “Controlo de custos das obras públicas”:

“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.



5 – No cálculo do montante global dos valores acumulados constantes do n.º 2 são incluídos os custos acrescidos ao preço global de uma empreitada de obras públicas decorrentes do incumprimento pelo dono da obra de disposições legais e regulamentares aplicáveis”.

*

Uma análise literal e isolada dos preceitos acabados de transcrever, em especial o artº 16º, encaminhar-se-ia no sentido da pretensão da recorrente.

Porém, uma interpretação mais atenta e contextualizada daqueles dispositivos legais conduz-nos a conclusão diferente.

Desde logo, porque é o próprio Decreto-Lei nº 59/99 que no nº 4 do artº 31º refere expressamente que *“consideram-se compensados os trabalhos a menos com trabalhos a mais, salvo se estes últimos não forem da mesma espécie dos da empreitada objecto do contrato*. Esta regra, constando, é certo, num preceito que primeiramente regula o direito de rescisão por parte do empreiteiro em caso de ordens do dono da obra para a realização de trabalhos a mais ou para a não realização de trabalhos “a menos”, vale como princípio geral.

E vale como princípio geral porque a entender-se de forma diferente era o próprio objecto da empreitada que ficava posto em crise, com violação de princípios fundamentais à contratação pública, elencados nos artºs 7º a 15º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, com destaque para os da Transparência (artº 8º), da Publicidade (artº 8º), da Concorrência (artº 10º) e da Estabilidade (artº 14º).

Depois, porque a aplicação do artº 45º tem que confinar-se ao domínio da empreitada posta a concurso, isto é, com o seu objecto estabilizado. Se o objecto tiver sido substancialmente alterado (e no caso em apreço, a seguir-se a tese da recorrente, tê-lo-ia sido, bastando para assim concluir adicionar o volume de trabalhos não contemplados no projecto patentado a concurso que foram realizados com os que ali constando não foram concretizados: 53.683.494\$00 + 50.182.069\$00 + 38.274.148\$00 = 142.139.711\$00, quase 40% do valor da



Tribunal de Contas

empreitada inicial) não poderia falar-se de controlo de custos daquela empreitada porque, efectivamente a empreitada seria outra.

Os trabalhos resultantes das alterações assumidamente introduzidas no projecto já na fase de execução da empreitada (não realização de trabalhos constantes do projecto – os designados “trabalhos a menos” - e a realização de outros que não se achavam contemplados no projecto – os denominados “trabalhos a mais”) têm, inquestionavelmente, natureza substancialmente diversa: a não construção de um parque infantil, de um campo de jogos, de uma rede de rega, etc., inicialmente contratualizados, e a execução de trabalhos não incluídos no projecto posto a concurso, como a construção de uma rampa de alagem ou a reformulação de troços de colector de esgoto doméstico. E se dúvidas houvesse a este respeito a justificação da autarquia para a não realização de uns e para a concretização dos outros, desfazê-las-iam.

Então, pelo que se deixou dito, os trabalhos a menos objecto do contrato adicional em apreço não podem ser compensados com os trabalhos a mais realizados também no âmbito deste mesmo contrato. De outra forma estava posto em causa o invocado princípio da estabilidade e desvirtuada a concorrência, outro dos princípios basilares, que com o concurso se visou e procurou.

Assim, o desvio percentual previsto no nº 1 do artº 45º deve encontrar-se, no caso, tomando em consideração o montante dos erros e omissões somados com os “trabalhos a mais” (124 052 662\$00) e o valor da adjudicação da empreitada (368 666 518\$00). Ora, a relação percentual dos primeiros em relação ao valor da adjudicação inicial ascende a 33,65% do valor corrigido da adjudicação. Foi, portanto, largamente ultrapassado o limite de 25% fixado no nº 1 do artº 45º.

Quando os trabalhos a mais excedam aquele limite determina o nº 4 do mesmo preceito que os mesmos só poderão ser adjudicados mediante a aplicação do procedimento que ao caso couber. No contrato adicional em apreço os trabalhos a



Tribunal de Contas

mais em causa ascendem a 50 182 069\$00 montante que obriga à realização prévia de concurso público, o que não aconteceu.

Quando obrigatório o concurso é elemento essencial da adjudicação e, conseqüentemente, do contrato determinando a sua falta a nulidade do procedimento e do contrato (artº 133º, nº 1 do Código do Procedimento Administrativo), nulidade que, nos termos da al. a) do artº 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto é fundamento da recusa do visto.

5. Pelos fundamentos expostos, acorda-se em Plenário da 1ª Secção em negar provimento ao recurso, mantendo a recusa do visto ao contrato em questão.

São devidos emolumentos [n.º 1, al. b) do artº 16º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio].

Diligências necessárias.

Lisboa, 14 de Maio de 2002.

(RELATOR: Cons. Pinto Almeida)

(Cons. Ribeiro Gonçalves)

(Cons. Marques Ferreira)

O Procurador-Geral Adjunto

(António Cluny)