



ACÓRDÃO N.º13 /04 - Jul.13 - 1.ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 7/2004

(Processo n.º 3 037/03)

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 n.º 1 do art.º 45.º do Decreto-Lei n.º 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, 13 de Julho de 2004.



ACÓRDÃO N.º 13 /04 – Jul.13-1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 7/2004

(Processo n.º 3 037/03)

ACÓRDÃO

1. Em sessão de Subsecção da 1ª Secção de 10 de Fevereiro de 2004 foi aprovado o acórdão n.º 9/2004-10.Fev.1ªS/SS que recusou o visto ao **“contrato adicional à empreitada do Projecto de Remodelação e Cobertura do Mercado Diário da Cidade de Espinho – Trabalhos a Mais”** celebrado entre o **Município de Espinho** e a empresa **Teixeira Duarte – Engenharia e Construções, S.A.**, pelo valor de **260.815,64 €** 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 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, o 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 9 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, onde formulou as conclusões que se transcrevem:

- “1º- *A empreitada de Remodelação e Cobertura do Mercado Diário da Cidade de Espinho mostrou ser, já em execução de obra e em sede de análise de erros e omissões do projecto, de uma complexidade e dificuldade superior ao esperado.*
- 2º- *Resultaram, assim inevitáveis e inadiáveis as várias alterações e correcções do projecto que foram promovidas, desde logo como resultado da correcção de erros e omissões.*
- 3º- *Estas correcções eram imprevisíveis, mas absolutamente necessárias para cumprir o objectivo final da empreitada de remodelação — diga-se, com mais acuidade, recuperação — do Mercado e da sua cobertura.*
- 4º- *Estas correcções não descaracterizaram o projecto nem alteraram as regras da concorrência, pois seriam inevitáveis com qualquer projecto ou qualquer empreiteiro.*
- 5º- *Face ao avolumar dos valores das correcções tornou-se necessário optar entre deixar a empreitada parada — com todas as más consequências — ou seguir uma via que, dentro da maior transparência e respeitando a legalidade, permitisse o respeito das regras de contenção de despesas e de adjudicação pública em vigor.*
- 6º- *A opção de escolha dos trabalhos a menos e dos trabalhos a mais teve como objectivo final: o “fecho” do edifício e da cobertura, deixando para posterior concurso e adjudicação os trabalhos interiores e de encerramento da obra.*
- 7º- *Houve, assim, uma relação objectiva e demonstrável entre os trabalhos substituídos e os adicionados, não sendo curial considerar “suprimidos” trabalhos que efectivamente foram “substituídos”, ou por não se*



Tribunal de Contas

- justificarem, ou por serem substituídos por outros ou por ficarem para o segundo concurso a efectuar.*
- 8º- *Daqui decorre que, de acordo com a Jurisprudência corrente deste Tribunal, havendo uma relação correcta, explícita e transparente entre trabalhos a menos e trabalhos a mais, a compensação de valores se entende justificada.*
- 9º- *Por outro lado, o peso principal do contrato adicional resulta da colmatação dos erros e omissões o que, a não ser feito, deixaria a Câmara, ora recorrente, sem empreiteiro nem empreitada, sujeita ao pagamento de uma indemnização e a uma posterior adjudicação mais cara.*
- 10º- *Salvo melhor opinião, a opção de defender a execução da obra, defendendo a sua parte estrutural, mantendo o contrato de empreitada e não ultrapassando, no total das circunstâncias, o aumento de 25% sobre o valor inicial da empreitada, foi a mais correcta em termos de gestão, de opção técnica e financeira.*
- 11º- *A referência ao valor inicial da empreitada mantém-se, assim, perfeitamente lógico e legal.*
- 12º- *Os trabalhos a mais efectivamente executados não ultrapassaram os 10% desse valor.*
- 13º- *Os trabalhos de correcção de erros e omissões, inevitáveis, tinham de ser feitos para preservar a empreitada e salvaguardar o edifício e o seu valor está nos limites legais.*
- 14º- *Os trabalhos a menos, sendo correcta e logicamente substituídos por outros com a mesma finalidade, podem e devem ser incluídos no valor base do contrato de empreitada.*
- 15º- *Pelo que, e concluindo, encontrando-se justificados os trabalhos e não ultrapassando estes os 25% previstos no n.º1 do art.º 45.º do R.J.E.O.P., o seu custeio é legal.*
- 16º- *Como os trabalhos têm justificação legal e se enquadram na empreitada, não ultrapassando o limite dos trabalhos a mais permitidos, não era*



necessário lançar mão de procedimento de adjudicação específico, sendo possível a adjudicação ao mesmo empreiteiro, pelo que não ocorre a nulidade indicada decorrente dos art.ºs. 133.º, n.º1 e 185.º, n.º1 do C.P.A.”

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 pode falar da substituição de um tipo de trabalhos por outros eventualmente mais caros, mas equivalentes quanto à sua função no desenvolvimento da obra ou de uma fase ou parte dela.*

Apenas se decidiu que o contrato inicial não se completaria, para efeitos de economia, tendo em atenção a necessidade de mudar e completar os trabalhos inicialmente previstos para uma fase antecedente da obra.

Donde não se possa — nos termos da jurisprudência invocada pelo Acórdão recorrido — compensar o preço “destes” trabalhos a mais com “estes” trabalhos a menos.

Assim, neste caso, os trabalhos a menos — porque de uma amputação e não de uma substituição se trata — devem ser reportados ao valor global do contrato, que se reduz, globalmente, nessa quantia, o que, necessariamente, determina o aumento percentual do valor dos trabalhos a mais para o índice indicado na decisão recorrida.

Em suma e como bem se considerou no Acórdão recorrido, com a “amputação” ao objecto inicial do contrato consubstanciada nos trabalhos a menos previstos modificaram-se e reduziram-se, também, o objecto inicial do contrato e o seu valor primeiro.

Logo, o índice de cálculo legal para o valor dos trabalhos a mais efectivamente concretizados perante o novo valor e o novo objecto do contrato foi, de facto, ultrapassado na percentagem indicada no Acórdão.”



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

4.1. Os Factos

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

- a)** O contrato adicional em causa foi celebrado pelo valor de 260 815,64€ e na sequência de deliberação de adjudicar por ajuste directo, à empresa Teixeira Duarte – Engenharia e Construções, S.A., “Trabalhos a Mais (Colmatação de Erros e Omissões acrescida de Trabalhos a Mais por aqueles motivados e exclusão de um conjunto de Trabalhos a Menos)”;
- b)** O contrato de empreitada de que o agora em causa é adicional tinha o valor de 1.073.718,75 € e foi, neste Tribunal, declarado conforme em 17.4.2003, sob o n.º de processo n.º 642/03;
- c)** De acordo com o respectivo clausulado o montante imputado ao contrato ora sob análise foi obtido fazendo deduzir 286.425,34 € (trabalhos a menos) ao montante de 547.240,98 € de “erros e omissões” e “trabalhos a mais”;
- d)** De acordo com a “Lista A” constante do processo o montante imputado a “erros e omissões” é de 446.043,69 €, sendo 199.602,94 € de “erros” e 246.440,75 € de “omissões”;
- e)** De acordo com a “Lista B” os trabalhos a mais contratuais e acordados ascendem a 101.197,29€;
- f)** Por seu turno, os trabalhos que foram suprimidos (Lista C – trabalhos a menos) podem assim agrupar-se:
 - Portas em chapa de ferro (serralharias) – 1.895,89 €
 - Revestimentos (pavimentos, paredes e tectos) – 137.959,11 €
 - Portas interiores (carpintarias) – 14.904,25 €
 - Rodapés – 9.393,11 €
 - Divisórias em montras de lojas (vidros) – 29.278,30 €



- Louças sanitárias e acessórios (lavatórios, sanitas, urinóis, bases de duche, bancadas de lavatório e apoios para deficientes) – 22.052,95€
- Torneiras (misturadoras simples e de esquadria), termoacumuladores e carretéis – 6.751,52 €
- Diversos (cantarias para canteiros, protecções, toldos e limpeza final do edifício) – 19.472,31 €
- Extintores e sinalética (segurança) – 4.404,66 €
- Iluminação normal/emergência (equipamentos de iluminação completos) – 27.089,83 €
- Detecção de incêndios (detectores ópticos de fumos) – 6.771,60 €
- Ventilação (instalações mecânicas) – 6.451,80 €

g) Ao contrato em causa foi recusado o visto em 10 de Fevereiro de 2004.

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 o recorrente.

Dispõe o citado art.º 45.º, 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”.

O acórdão recorrido, para concluir nos termos em que o fez, interpretou este artº 45º 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, invocando a “*jurisprudência corrente*” deste Tribunal [que interpreta no sentido de “*havendo uma relação correcta, explícita e transparente entre trabalhos a menos e trabalhos a mais, a compensação de valores se entende justificada*” (conclusão 8ª)], defende, no caso, a compensação de trabalhos a menos por trabalhos a mais pois que existe “*uma relação objectiva ... entre os trabalhos substituídos e os adicionados*” entendendo, por isso, que em vez de supressão de trabalhos (os trabalhos a menos) será mais correcto falar de substituição de uns trabalhos por outros. Isto para defender a execução da obra na sua parte estrutural, colmatando os erros e omissões do projecto posto a concurso, “*mantendo o contrato de empreitada e não ultrapassando, no total das circunstâncias, o aumento de 25% sobre o valor inicial da empreitada*”.

Foi assim que, adicionando aos “trabalhos a mais” (101.197,29 €) os “erros” (199.602,94 €) e “omissões” (246.440,75 €) do projecto e subtraindo àquele total



(547.240,98 €) o valor dos “trabalhos a menos” (286.24,98 €) apurou o rácio de 24,29% relativo ao valor da adjudicação inicial (1.073.718,75 €), concluindo que não foi excedido aquele limite.

*

Fez o recorrente uma errada interpretação da jurisprudência deste Tribunal nesta matéria. Tal interpretação levaria a concluir e a aceitar que, 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.

Ora, a invocada jurisprudência entende coisa bem diferente.

Encontra-se expresso em vários arestos que a compensação de trabalhos a menos por trabalhos a mais só é admissível quando trabalho substituído e trabalho substituto são da mesma espécie. O acórdão recorrido citava o acórdão nº 71/2001-Dez.18-1ªS7PL proferido no Recurso Ordinário nº 64/01 onde tal entendimento resultava claro.

E também o acórdão nº 22/2002-Mai.14-1ªS/PL, tirado no Recurso Ordinário nº 11/2002 se pronunciou e decidiu naquele sentido. A propósito aí se escreveu:

“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



Tribunal de Contas

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

No caso em apreço, a seguir-se a tese da recorrente, estaríamos, efectivamente, perante uma empreitada totalmente diversa da posta a concurso. Basta 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: 547.240,98 €+ 260.815,64 €= 808.056,62 €, mais de 75% do valor da empreitada inicial (1.073,718,75 €), o que revela que da empreitada submetida à concorrência é menos de ¼ o que se realiza. A frieza dos números não deixa dúvidas. Estamos perante outra empreitada que não a que foi posta a concurso por anúncio publicado no Diário da República, III série, de 9 de Agosto de 2002.

Ora, 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. É a própria autarquia que implicitamente o confessa quando alega apenas uma relação de substituição entre trabalhos a mais e a menos e não uma identidade quanto à sua espécie.

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 n.º 1 do art.º 45.º deve encontrar-se, no caso, tomando em consideração o montante dos erros e omissões somados com os “trabalhos a mais” (547.240,98 €) e o valor da adjudicação da empreitada (1.073.718,75 €). Então, a relação percentual dos primeiros em relação ao valor da adjudicação inicial ascende a 50,97%. Foi, portanto, largamente ultrapassado o limite de 25% fixado no n.º 1 do art.º 45.º.

Quando os trabalhos a mais, erros e omissões excedam aquele limite determina o n.º 4 do mesmo preceito que os mesmos só poderão ser adjudicados mediante a aplicação do procedimento que ao caso couber, sendo no que nos ocupa a 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 (art.º 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo), nulidade que, nos termos da al. a) do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto é fundamento da recusa do visto.

5. Pelos 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 [n.º 1, al. b) do art.º 16.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio].

Diligências necessárias.

Lisboa, 13 de Julho de 2004.

(RELATOR: Cons. Pinto Almeida)



Tribunal de Contas

(Consa. Adelina Sá Carvalho)

(Cons. Ribeiro Gonçalves)

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)