



ACÓRDÃO N° 14 /04 - Jul.15 - 1ªS/PL

## **RECURSO ORDINÁRIO N° 2/2004**

**(Processo n° 162/03 - SRMTC)**

### **SUMÁRIO DO ACÓRDÃO**

1. O art. 45º do Decreto-Lei nº 59/99 de 2 de Março não basta, por si só, para fundamentar a legalidade da realização de trabalhos não considerados na empreitada de obras públicas de que são resultantes, pois nele apenas se estabelece um limite percentual acima do qual, independentemente da sua legalidade substantiva, não podem ser autorizados sem o recurso ao procedimento pré-contratual que em função do respectivo valor lhe couber.
2. Assim, o suporte legal para a realização de trabalhos não previstos no contrato de empreitada inicial tem que buscar-se em primeiro lugar e numa vertente substantiva em normas próprias e depois, num segundo momento e na vertente quantitativa, então, no artº 45º citado.
3. A não ser assim ficavam em crise os princípios por que se rege a contratação pública, em particular os da transparência, da publicidade, da igualdade, da concorrência, da imparcialidade e da estabilidade, consagrados, respectivamente, nos artºs 8º, 9º, 10º, 11º e 14º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho.

Lisboa, 15 de Julho de 2004.



ACÓRDÃO N.º 14 /04 – 15.Jul-1ª S/PL

**RECURSO ORDINÁRIO N.º 2/2004**

**(Processo n.º 162/03 - SRMTC)**

## ACÓRDÃO

1. Na Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, através da Decisão n.º 43/FP/2003, de 20 de Novembro de 2003, foi recusado o visto ao contrato adicional (**execução do mapa final de trabalhos**) da empreitada de **“Beneficiação do Primeiro Túnel da Madalena do Mar”** celebrado entre a **Secretaria Regional do Equipamento Social e Transportes (SREST)** do **Governo Regional da Madeira** e a empresa **Avelino Farinha & Agrela, Lda.** pelo valor de **445.846,35 €** acrescido de 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 ausência do concurso legalmente exigível.

2. Não se conformando com o decidido, o Senhor Secretário Regional do Equipamento Social e Transportes recorreu da mencionada decisão pedindo a reapreciação do processo e a consequente concessão do visto.

Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 6 a 13 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas e onde formulou as conclusões que se transcrevem:



- “1. Os trabalhos contemplados no contrato adicional em apreço são resultantes de alterações ao projecto da iniciativa do dono da obra.*
- 2. No caso de alterações ao projecto da iniciativa do dono da obra, além de não se conhecer qualquer impedimento legal à sua concretização, são várias as disposições que o admitem, entre elas, a mais evidente é o artigo 45 do Decreto — Lei n.º 59/99, de 2 de Março que, tendo por fim último o controlo de custos das obras públicas, enumera ainda as causas em que, para além do artigo 26 daquele diploma, pode ocorrer a necessidade de realização de trabalhos não previstos no contrato inicial.*
- 3. Para além disso, o artigo 45.º estabelece que a realização de tais trabalhos, excedida a percentagem, só pode ter lugar mediante o procedimento que ao caso couber, pelo que, quando não excedida, a adjudicação far-se-á por ajuste directo ao adjudicatário da empreitada.*
- 4. Ainda que estes trabalhos só tenham suporte legal quando verificado o circunstancialismo descrito no artigo 26.º - o que se admite sem conceder - constitui nosso entendimento que no caso em apreço, a circunstância determinante que conduziu à execução dos trabalhos relativos ao novo sistema de iluminação do túnel, só foi conhecida no decurso da obra sendo de considerar, por isso, imprevista.*
- 5. Não há, assim, qualquer desconformidade com as leis em vigor que implique nulidade.*
- 6. Estão, pois, reunidas as condições para a procedência do recurso e subsequente concessão de visto ao contrato em apreço, com as recomendações que se tenham por adequadas”.*
- 3.** O recurso foi admitido na Secção Regional da Madeira ao abrigo do n.º 1 do art.º 109º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.



4. O Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto emitiu douto parecer no sentido da improcedência do recurso e da manutenção da recusa do visto por entender que os trabalhos em causa *“só podem ser pensados como trabalhos a mais e não como simples alterações do projecto inicialmente concebido, aprovado e contratualizado que os previsse, embora a realizar de outro modo.*

*Não faz assim sentido a caracterização pretendida pelo recorrente, nem o raciocínio legal dele derivado.*

*Daí que fiquem, como se pretende na Decisão recorrida, subordinados aos pressupostos de imprevisibilidade das circunstâncias motivadoras.*

*Circunstâncias que não existem, obviamente, no caso, como se depreende da própria justificação invocada”.*

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

## 5.1. Os Factos

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

- Na sequência de concurso público, a Região Autónoma da Madeira, através da SREST, celebrou, em 17 de Fevereiro de 2003, com o consórcio constituído pelas empresas Avelino Farinha & Agrela, Lda., e Construtora do Tâmega, S.A., o contrato da empreitada de beneficiação do primeiro túnel da Madalena do Mar, no valor de €3.145.000,00, com o prazo de execução de quatro meses e meio, contrato visado pela Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas (SRMTC) em 30 de Maio de 2003 (proc. n.º 55/2003);
- Tinha aquele contrato por objecto, em síntese, a realização de trabalhos de reperfilamento e revestimento da abóbada do túnel com uma camada de betão e o seu prolongamento nos emboquilhamentos para o exterior, como forma de protecção contra o eventual desprendimento de pedras de pequenas dimensões, inerente à grande instabilidade da zona, visando-se, assim, o aumento da segurança dos utilizadores;



- O contrato em questão nos presentes autos, designado pelas partes de contrato adicional de “*execução do mapa final de trabalhos da empreitada de beneficiação do primeiro túnel da Madalena do Mar*”, acarreta uma despesa no montante de 445.846,35 € que representa, aproximadamente, 14,2% do preço da empreitada inicialmente adjudicada;
- Adicional que tem como objecto a realização dos seguintes trabalhos:
  - implementação de um novo sistema de iluminação do túnel, tendo em vista a uniformização deste traçado, no tocante a este tipo de equipamento, com os demais túneis do troço da ER 101 entre a Ribeira Brava e os Prazeres, no montante de 297.852,75 €
  - prolongamento e reforço das abóbadas do túnel na zona dos emboquilhamentos e nas zonas de instabilidade dos taludes adjacentes, destinada a reforçar a segurança daquela estrutura, em caso de queda de pedras de grande porte, no montante de 147.993,60 €
- Os trabalhos referidos foram realizados num prazo de 20 dias, com início em 23 de Maio de 2003 e termo em 11 de Junho subsequente;
- A execução daqueles trabalhos, não previstos no contrato inicial da empreitada, foi fundamentada no n.º 1 do art.º 45.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março;
- Ao contrato em causa foi recusado o visto pela Secção Regional da Madeira deste Tribunal em 20 de Novembro de 2003.

## 5.2. Apreciando.

Está adquirido nos autos que o objecto do adicional em apreço resulta da decisão do dono da obra que mandou acrescentar os trabalhos em questão à empreitada de “Beneficiação do Primeiro Túnel da Madalena do Mar”. Ou, na expressão do próprio recorrente, que “*são resultantes de alterações ao projecto da iniciativa do dono da obra*”.



Como suporte legal para a sua realização, o recorrente invoca, expressamente, apenas o disposto no artº 45º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março (quando não referida a fonte é a este diploma legal que pertencem os artigos invocados) que, sob a epígrafe “*controlo de custos das obras públicas*”, estipula na parte que interessa:

*“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”.*

Mais concretamente, o recorrente, num raciocínio livre, procura a autorização legal no segmento do nº 1 do artigo citado que refere que o dono da obra não poderá, em caso algum, autorizar alterações do projecto da iniciativa do dono da obra ainda que decorrentes de erro ou omissão, caso o seu valor acumulado exceda 25% do valor do contrato de obras públicas de que são resultantes.

\*

Este artº 45º, repete-se, tem por epígrafe “*controlo de custos das obras públicas*”. A este propósito e querendo dar-lhe o devido relevo escreveu o legislador na nota II – 11 do preâmbulo do Decreto-Lei nº 59/99:



*“Inclui-se, finalmente, um regime relativo ao «controlo de custos de obras públicas», o que implica uma restrição muito significativa da possibilidade de execução de trabalhos que envolvam aumento de custos resultantes, designadamente, de trabalhos a mais e erros ou omissões do projecto, instituindo-se mecanismos de controlo das condições em que tais trabalhos possam ser autorizados”.*

A consagração autonomizada do regime de controlo de custo teve e tem, como objectivo evitar derrapagens financeiras nas empreitadas de obras públicas restringindo fortemente as possibilidades de executar trabalhos que originem aumento de custos.

Tratando-se de um regime ele é bem mais amplo do que o que resulta somente daquele citado normativo

Na realidade o que consta do artº 45º é a elencação das situações de acréscimo de custos que concorrem para o cálculo do limite (25% do valor inicial da empreitada) a partir do qual, independentemente da legalidade dessas situações, a sua concretização terá que ser precedida do procedimento adjudicatório que em função do montante lhe couber. Não faz qualquer juízo de valor sobre as referidas situações. Por isso, o seu conteúdo normativo é apenas de natureza quantitativo. Ou seja, o que ali se diz é que as situações elencadas, mesmo obedecendo aos requisitos de legalidade fixados nas normas que objectivamente as regulam não poderão ser autorizadas por ajuste directo se excederem aquele limite.

Assim, o suporte legal para a realização de trabalhos não previstos no contrato de empreitada inicial tem que buscar-se em primeiro lugar e numa vertente substantiva em normas próprias e depois, num segundo momento e na vertente quantitativa, então, no artº 45º citado. Daí que os trabalhos a mais devem primeiro obedecer e respeitar as exigências do artº 26º, os erros e omissões por exemplo as do artº 14º, as alterações ao projecto as do artº 30º, entre outros, as indemnizações por incumprimento do dono da obra as do artº 190º ou as eventualmente previstas



nas respectivas cláusulas contratuais. Se cumpridas aquelas exigências legais devem ainda conter-se no limite fixado no artº 45º.

Só assim se concretiza o propósito do legislador que antes se transcreveu.

E também porque, a não ser assim ficavam sem conteúdo todos os normativos citados. Para quê preocupar-se o dono da obra com a verificação das circunstâncias imprevistas surgidas no decurso da obra exigidas pelo artº 26º, nº 1 para justificar a realização de trabalhos a mais se bastava dizer que se tratava de alterações por si introduzidas no projecto; ou evidenciar e demonstrar os erros e omissões do projecto ou ainda a sua reclamação dentro do prazo estabelecido se bastava dizer que se tratava de alterações por si introduzidas no projecto; etc. Sim, porque qualquer uma destas situações dá origem a alteração do projecto posto a concurso.

E mais. O procedimento regra para a escolha do co-contratante com vista à realização de empreitadas de obras públicas é o concurso público (artº 47º e 182º do Código do Procedimento Administrativo). Só em casos excepcionais é admitido o recurso ao ajuste directo (artº 136º).

Com vista a essa escolha impõe o artº 10º que *“o dono da obra definirá, com a maior precisão possível, nos elementos escritos e desenhados do projecto e no caderno de encargos, as características da obra e as condições técnicas da sua execução, bem como a qualidade dos materiais a aplicar, e apresentará mapas-resumo de quantidades de trabalhos”*. Se depois de adjudicada a empreitada, sem mais, o dono da obra pudesse alterar livremente o seu objecto, além de directamente violado este preceito estava posto em causa o objectivo concurso.

Por fim acrescentamos.

A realização de despesas com empreitadas de obras públicas, como outras, obedece a princípios basilares que o Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho consagrou nos seus artigos 7º a 15º. Como se lê no nº 3 do respectivo preâmbulo, tal consagração teve como objectivo *“explicitar, ainda que sinteticamente, o*



*sentido dos princípios que mais frequentemente têm vocação para se aplicar no domínio da contratação pública, que é uma área em que, muitas vezes, as regras são insuficientes e dificilmente aplicáveis sem o recurso aos referidos princípios”.*

De entre eles, para o caso que nos ocupa, relevam os da transparência, da publicidade (artº 8º), da igualdade (artº 9º), da concorrência (artº 10º), da imparcialidade (artº 11º) e da estabilidade (artº 14º).

É, pois, sobre tais princípios que assenta o regime jurídico das empreitadas de obras públicas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, diploma que teve também por finalidade proceder à adequada transposição para a ordem jurídica interna da Directiva nº 93/37/CE, instrumento que no âmbito do direito comunitário regula igual matéria.

Daí que a interpretação e aplicação dos normativos daquele diploma legal deva ter sempre presente os referidos princípios, não fugindo a esta regra o citado artº 45º.

Ora, a interpretação trazida pelo recorrente poria em causa todos os mencionados princípios. As condições definidas previamente e constantes do procedimento concursal não seriam as observadas a final (violação dos princípios da transparência e publicidade). O adjudicatário, por força de uma alteração de vontade do dono da obra, acabava por tirar benefício (violação dos princípios igualdade e da imparcialidade). Os trabalhos a mais - no caso vultuosos - eram subtraídos à concorrência (violação do princípio da concorrência). O projecto e, conseqüentemente, a proposta acabavam alterados – alterações que não respeitaram apenas a condições acessórias – (violação do princípio da estabilidade).

Face ao exposto, não pode ser acolhida a tese do recorrente.

Assim, deveria o recorrente ter fundamentado a legalidade da realização dos trabalhos em questão em norma diferente do artº 45º, o que expressamente rejeitou.



# Tribunal de Contas

---

Porém, adianta-se que também não se vislumbra que a realização dos ditos trabalhos se enquadrasse na previsão de qualquer uma das normas antes citadas. Muito menos, pelas razões aduzidas na decisão recorrida, no artº 26º. Trata-se, em rigor, de obra nova que, atento o seu valor, deveria ter sido precedida da realização de concurso público.

6. 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, 15 de Julho de 2004.

(RELATOR: Cons. Pinto Almeida)

(Cons. Lídio de Magalhães)

(Consª. Adelina Sá Carvalho)

(Cons. Ribeiro Gonçalves)

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)