



ACÓRDÃO Nº 11 /05 – 29.MARÇO. – 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 28/2004

(Processo nº 2017/2004)

SUMÁRIO

1. Nos termos do nº 1 do artigo 26º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, a realização de trabalhos a mais numa empreitada só é legalmente possível quando, uma vez verificada qualquer das condições previstas nas alíneas a) e b) daquele nº 1, se destinem à realização da mesma empreitada e se tenham tornado necessários na sequência de uma circunstância imprevista.
2. É imprevista a circunstância que, tendo surgido durante a execução da obra, não podia ser verificável nem possível de prever antes do procedimento concursal que antecedeu o contrato.
3. Os trabalhos que, por sua natureza, consubstanciem obra nova estão excluídos do conceito legal de trabalhos a mais.
4. O respeito pelo limite percentual fixado no artigo 45º do Decreto-Lei nº 59/99 não é, só por si, suficiente para fundamentar a legalidade dos trabalhos a mais, a qual decorre substancialmente da verificação da sua conformidade aos requisitos definidos no artigo 26º do mesmo diploma.



ACÓRDÃO Nº 11 /05 – 29 MARÇO – 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 28/2004

(Processo nº 2017/2004)

I – RELATÓRIO

1. O Acórdão nº 158/2004, de 16 de Novembro, tirado em Subsecção da 1ª Secção deste Tribunal, recusou o visto ao Adicional ao contrato de empreitada de “Construção do Pavilhão Gimnodesportivo de Lamego”, celebrado entre a Câmara Municipal de Lamego e a empresa EDIVISA, Empresa de Construções, S.A., no valor de €182.357, 71, acrescido de IVA.

A recusa de visto teve os fundamentos seguintes:

- de entre os requisitos de que a lei faz depender a possibilidade de recurso à figura dos trabalhos a mais, avulta o facto de eles se terem tornado necessários na sequência de uma circunstância imprevista, conforme dispõe o artigo 26º, nº 1, do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, aplicável ao caso ;
- assim sendo, a indicação de uma nova opção em matéria de acessos não reveste a natureza de circunstância imprevista, ou seja, algo de inesperado ou inopinado surgido após o lançamento da empreitada ;
- quando a obra foi projectada ou, pelo menos, quando o projecto foi revisto no momento da abertura do concurso público, já existia a conveniência de definir um acesso adequado para o pavilhão ;



Tribunal de Contas

- o regime dos trabalhos a mais representa uma distorção às regras da concorrência, não só porque estes trabalhos, por vezes de montante elevado, são adjudicados por ajuste directo ao empreiteiro que está em obra, mas também porque a obra, em si mesma, fica muito diferente da que foi submetida a concurso ;
- no caso, não estando verificado o condicionalismo de que a lei faz depender a possibilidade de tais trabalhos serem adjudicados ao empreiteiro em obra, verificou-se omissão ilegal do procedimento adequado que, no caso, era o concurso público ;
- sendo o concurso, quando obrigatório, elemento essencial da adjudicação e tendo sido omitido este procedimento, o acto adjudicatório (artigo 133º, nº 1 do Código do Procedimento Administrativo) está ferido de nulidade, o que determina a nulidade do contrato subsequente (artigo 85º, nº 1, do mesmo Código) ;
- daí a recusa do visto nos termos da alínea a) do nº 3 do artigo 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

2. Inconformada com a decisão, a Câmara Municipal de Lamego, pelo seu Vice-Presidente, na ausência do Presidente, interpôs recurso em Dezembro de 2004, nos termos do artigo 96º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

De acordo com as suas alegações, que se dão por integralmente reproduzidas, o Recorrente apresenta as seguintes conclusões:

→ *“Os trabalhos consistentes na criação de um acesso, mais cómodo, mais fácil e mais adequado dos alunos da Escola Secundária Latino Coelho – população que servirá também para além do público em geral – integram-se no conceito de trabalhos a mais.”*



Tribunal de Contas

- *“Tais trabalhos, tendo em conta o projecto inicial, decorrem de uma circunstância imprevista, porque só a execução da obra veio permitir a conclusão de que os alunos da Escola Secundária de Latino Coelho ficariam melhor servidos com um acesso diferente daquele que estava definido no projecto inicial.”*
- *“Os trabalhos executados são de melhoria qualitativa ao projecto inicial, resultando de uma análise das circunstâncias da execução da obra.”*
- *“A realização de tais trabalhos garante uma maior eficácia na acção da autarquia, um mais elevado grau de satisfação das necessidades colectivas na concretização do interesse público e em particular dos munícipes.”*
- *“Por outro lado, garante uma melhor gestão dos dinheiros públicos, porque se traduzirá no aproveitamento dos conhecimentos do empreiteiro da obra, da sua mão de obra e do estaleiro aí montado, uma maior poupança e na prevenção de problemas no que diz respeito à definição de responsabilidades, para o caso de ser adjudicada a obra a um outro empreiteiro.”*
- *“Os trabalhos a mais são uma decorrência normal do contrato inicial, traduzindo-se este num efeito do contrato inicial.”*
- *“Estão, por isso, preenchidos todos os condicionalismos previstos nos artºs 26º e 45º do Dec. Lei nº 59/99 de 2 de Março, pelo que não foram, no caso em apreço, violadas quaisquer regras no que concerne à adjudicação de obras públicas.”*
- *“Assim sendo, por não ser obrigatória a realização de concurso público, não foi cometida qualquer nulidade, pelo que não existem razões para a recusa do visto requerido.”*



Tribunal de Contas

Conclui o Recorrente ser, por estas razões, justificada a concessão do visto e a revogação do Acórdão recorrido.

3. Tendo o recurso sido admitido liminarmente, por ser tempestivo e legítimo o seu autor, foi determinado o aperfeiçoamento do quadro factual em que o pedido se firmou, no sentido de serem evidenciados os trabalhos a mais e custos respectivos que decorressem da ordem dada pelo Recorrente para, em obra, se alterar o projecto da empreitada.

Em complemento do pedido, veio o Senhor Presidente da Câmara Municipal de Lamego informar este Tribunal de quais os trabalhos a mais decorrentes da mencionada alteração ao projecto e daqueles que resultaram de omissões parciais do projecto inicial ou de erros deste último.

4. O Exmº Procurador-Geral Adjunto junto deste Tribunal emitiu, nos termos do nº 5 do artigo 99º da Lei nº 98/97, douto parecer no sentido da concessão de visto com recomendações a este adicional porquanto, embora se não verifiquem circunstâncias imprevistas que, nos termos da lei, condicionem o recurso a trabalhos a mais quando, como no caso, estes traduzem efectiva alteração do projecto, face à jurisprudência da 1ª Secção do Tribunal de Contas e aos encargos daqueles decorrentes, a alteração do resultado financeiro do contrato resulta mitigada pelo facto de o respectivo valor não obrigar à realização de concurso público.



II - OS FACTOS

1. Em **3 de Setembro de 2002** foi outorgado entre a Câmara Municipal de Lamego e a empresa EDIVISA – Empresa de Construções, S.A., o contrato de empreitada de “Construção do Pavilhão Gimnodesportivo de Lamego”, no valor de €1.062.749,18 acrescido de IVA (Procº nº 2376/02), o qual teve por objecto a “Recuperação da Escola Augusto Gil”, com a realização dos “trabalhos definidos quanto à sua espécie, quantidade e condições técnicas de execução, no projecto e neste caderno de encargos” (cfr. nº 2.1.1. do Caderno de Encargos).

A empreitada foi definida como sendo “por série de preços”, tendo-lhe sido fixado um preço base de €1.139.945,91 ; o contrato respectivo foi declarado conforme em 31 de Outubro de 2002, tendo a **consignação** da obra tido lugar em **17 de Setembro de 2002**.

2. Logo em **10 de Outubro de 2002**, o Senhor Presidente da Câmara solicitou ao gabinete projectista (conforme relatado na Informação nº 356/2003, de 19 de Janeiro) que procedesse à **alteração do projecto** do Pavilhão Desportivo, pedido este formalizado por ofício de 6 de Novembro desse mesmo ano.

3. Após variadas informações e troca de correspondência (v.g. Informação nº 2329, de 5 de Novembro, relativa ao pedido de aprovação para elementos desenhados de arquitectura; pedido de 9 de Novembro de elementos



Tribunal de Contas

em falta ao gabinete projectista ; reunião no gabinete projectista em 17 de Janeiro de 2003 para resolução de problemas e dificuldades pendentes; e recebimento em 17 de Fevereiro desse ano dos elementos das alterações em falta), os Serviços da Câmara solicitaram (mesma Informação nº 356/2003) a aprovação do projecto de alterações (ainda que com algumas deficiências supráveis mais tarde pelo gabinete projectista) no valor de €170.320,94, com o que se visava também “levantar a suspensão da empreitada”.

4. Na mesma informação referia-se que os trabalhos a mais decorrentes destas alterações ao projecto incluíam trabalhos “com preços do contrato inicial (€43.884,33)” e “de espécie não prevista no contrato inicial (€126.436,61)”.

5. Porém, de acordo com os valores constantes do anexo àquela informação, o **custo dos trabalhos a mais de espécie não prevista** e, portanto, a preços não contratuais, era já então de **€138.481,55**:

6. A proposta em causa foi aprovada por unanimidade na Reunião da Câmara de **7 de Março de 2003** pelo valor global de **€170.320,94**.

7. A empresa EDIVISA veio solicitar em **12 de Agosto de 2004**, após revisão das medições (ofício nº 1/12084/CN), a **rectificação do valor** final dos trabalhos a mais para €182.357,83, encargo aprovado pela Câmara na sua Reunião de **23 de Agosto de 2004**.



Tribunal de Contas

8. Aprovada a minuta na reunião da Câmara de 2 de Agosto, o contrato adicional foi **outorgado em 2 de Setembro de 2004** e remetido a este Tribunal no dia 10 do mesmo mês.

9. Confrontada então a Câmara, por este Tribunal, com a necessidade de demonstrar quais as **circunstâncias imprevistas** surgidas após o lançamento da obra que justificassem, conforme se prevê no artigo 26º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, os trabalhos a mais objecto do adicional e a sua não inclusão no projecto inicial, determinou o Exmº Presidente da Câmara que fosse enviado a este Tribunal o esclarecimento seguinte: *“O Pavilhão Desportivo de Lamego situa-se em terreno que confronta com a Escola Secundária Latino Coelho e servirá para uso preferencial dos alunos desta Escola . Tendo em conta tal valência, em data posterior à adjudicação da empreitada, o Sr. Presidente da Câmara entendeu por bem que o acesso entre o Pavilhão e a Escola Secundária poderia e deveria ser substancialmente melhorado. Para isso, solicitou ao gabinete projectista...no sentido de este gabinete estudar a alteração do projecto do Pavilhão para melhorar o referido acesso Pavilhão/Escola. O pedido foi formalizado em reunião realizada em 10/10/2002.”*

10. De acordo com a acta da reunião com o gabinete projectista, as **alterações ao projecto** seriam as seguintes:

→ **anulação do corredor de acesso** à Escola Secundária, incluindo



Tribunal de Contas

escadas, com alterações no muro de suporte do pavilhão, da sapata e da estrutura previstas ;

- **nova localização para as escadas de acesso** à Escola, fechadas e independentes, junto à entrada lateral do pavilhão ;
- **avanço das escadas de ligação ao terraço** do bar, encostando-as ao muro exterior e aumentando aquele terraço ;
- **construção de um pequeno edifício** de balneários de apoio ao campo de futebol da Escola.

Ainda em conformidade com a atrás citada Informação nº 923/04, “*as circunstâncias imprevistas*” traduziram-se na “*constatação da necessidade de se melhorar o acesso Pavilhão/Escola*”, apontando-se ainda a possibilidade, dada por lei ao dono-da-obra (artigo 45º do Decreto-Lei nº 59/99), de autorizar “*alterações do projecto*” desde que o seu montante se contenha nos limites percentuais legalmente fixados.

11. Na sequência do atrás referido aperfeiçoamento da factualidade subjacente à aprovação do adicional em apreço, pode ainda dar-se por apurada a seguinte matéria de facto:

- 11.1.** Os trabalhos a mais respeitantes à alteração do projecto – “Melhoria do acesso Pavilhão/Escola” – envolveram um encargo de € 106.037,44, acrescido de IVA, do qual € 64.100,86 correspondem a preços unitários novos;
- 11.2.** Os trabalhos a mais referentes a “Erros e omissões do projecto” – que se encontram enunciados na resposta da Câmara – traduzem



Tribunal de Contas

um encargo de €76.320,39, mais IVA ;

11.3. Quanto à alteração do projecto, ela envolveu:

- Demolições e escavações
- Execução de aterros para os muros
- Fornecimento de alvenaria de tijolo em execução de paredes exteriores
- Impermeabilizações
- Revestimento de paredes e de tectos
- Pinturas
- Muros de suporte em betão
- Escadas (cofragem, aço e betão)
- Drenagem e impermeabilização da estrutura em betão

III – A LEI

1. Dispõe o nº 1 do artigo 26º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, aplicável à empreitada em causa, que se consideram “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”, isto desde que verificada qualquer das condições previstas nas alíneas a) e b) da mesma disposição legal, ou seja:



Tribunal de Contas

- quando esses trabalhos não possam ser técnica ou economicamente separados do contrato de empreitada principal, sem inconveniente grave para a entidade adjudicante ;
- quando os trabalhos a mais, ainda que separáveis da execução do contrato, sejam estritamente necessários ao seu acabamento.

Surge, assim, como condicionante legal da **qualificação como trabalhos a mais**, não só a exigência de que eles não possam ser técnica ou economicamente separáveis do contrato, ou sendo separáveis, de que sejam estritamente necessários ao acabamento da obra, mas também, como **requisito essencial**, que a necessidade da respectiva execução, mesmo que por força de alterações ao projecto (trabalhos de **espécie** não prevista), resulte de **circunstância imprevista**. Este entendimento pressupõe, assim, que se, por um lado, se exige que sem os trabalhos a mais **não seria possível concluir aquela precisa obra e não outra**, por outro lado, a circunstância deles determinante **não poderia ser verificável nem possível de prever antes do início dos trabalhos**, como se vem assinalando na jurisprudência deste Tribunal sobre a matéria.

Também o artigo 136º do Decreto-Lei nº 59/99, ao regular o **ajuste directo** (nº 1), incluiu, nos casos em que o recurso a este procedimento é admissível, os trabalhos a mais (por remissão para o artigo 26º), associando-os assim aos demais casos em que, seja qual for o valor estimado do contrato, a lei, **a título vincadamente excepcional**, permite ao dono da obra adjudicar



Tribunal de Contas

obras a um empreiteiro sem procedimento concursal prévio (nº 5 do artigo 47º).

Daí a evidente preocupação do legislador ao definir um especial quadro de exigência para o reconhecimento da existência de trabalhos a mais, **excluindo**, em consequência, as situações em que as circunstâncias que os justificam eram conhecidas ou reconhecíveis, antes da abertura do concurso, por um responsável normalmente diligente, a que acrescem as condições impostas pelas alíneas a) e b) do nº 1 do artigo 26º do Decreto-Lei nº 59/99. Assim sendo e por maioria de razão, **aquela exclusão não pode deixar de abranger os trabalhos que, pela sua natureza, consubstanciem obra nova.**

O mesmo artigo 26º, no seu nº 2, determina a obrigatoriedade, para o empreiteiro, de executar os trabalhos a mais que lhe sejam ordenados por escrito pelo dono da obra, devendo o projecto de alteração ser entregue ao empreiteiro com aquela ordem (nº 4), não podendo constar do referido projecto (salvo se outra coisa for estipulada) preços diferentes dos contratuais ou acordados anteriormente para trabalhos da mesma espécie (nº 5). O artigo 27º dispõe sobre a fixação de novos preços para os trabalhos a mais de espécie diversa.

Em capítulo epigrafado “controlo de custos das obras públicas”, o artigo 45º do Decreto-Lei nº 45/99 estipula que a autorização de trabalhos a mais e de alterações ao projecto da iniciativa do dono da obra, bem como dos trabalhos resultantes de alterações ao projecto, variantes ou alterações ao plano de



Tribunal de Contas

trabalhos da iniciativa do empreiteiro está condicionada ao limite de 25% do valor do contrato.

2. Por apelo a este quadro normativo, o douto acórdão recorrido considerou não verificados os requisitos da lei no que se refere à existência de circunstâncias imprevistas justificativas dos trabalhos objecto do Adicional.

E bem, atentos os factos constantes dos autos; na verdade, as alterações ao projecto determinadas pelo dono da obra após a outorga do contrato inicial respeitam a aspectos detectáveis – dir-se-ia facilmente detectáveis e verificáveis – quando da elaboração do projecto e do lançamento do concurso . Não se duvida de que estas alterações melhoraram o projecto e terão propiciado um maior grau de satisfação dos utentes, só que não era esta a questão que estava em causa, já que, no contraditório inicial, como aliás no recurso, a Câmara não demonstrou a existência de circunstâncias imprevistas ou inesperadas que estivessem na génese da ordem dada para a realização destes trabalhos, tanto mais que a iniciativa de alterar o projecto por parte do Exmº Presidente da Autarquia reforça a importância da sua intervenção pessoal no processo, não se tendo tão pouco verificado qualquer facto estranho à obra que tenha determinado a indispensabilidade de aprovar trabalhos a mais.

Outro aspecto merece atenção particular, pondo em causa o argumentário do Recorrente: a iniciativa do ilustre Edil teve lugar, como decorre da factualidade atrás enunciada, um mês depois da outorga do contrato



Tribunal de Contas

inicial e muito próximo da data da consignação da obra ; se se associar esta proximidade temporal à circunstância de a obra ter sido suspensa logo no seu início, por força da descoberta de achados arqueológicos (a suspensão iniciou-se a 12 de Dezembro de 2002) por não ter sido possível “face ao número e dispersão” daqueles achados “realizar qualquer tipo de trabalhos relativos à obra” (cf. Informação nº 2554/2002, de 5 de Dezembro, do Departamento Técnico da Câmara), então a questão das alterações ao projecto surge inserida no contexto temporal do lançamento dos trabalhos objecto da empreitada, com ele coincidindo ; na prática e quando a obra se iniciou realmente, não visava já a empreitada posta a concurso, mas sim uma **obra diferente**, por força das alterações introduzidas no projecto, não sendo assim de acolher a invocação de que “só a execução da obra” permitiu a verificação da necessidade de alterar o projecto.

3. As clarificações entretanto apresentadas quanto à efectiva relação entre o objecto do adicional e a parte dele relacionada exclusivamente com a alteração ao projecto inicial, ou seja com a componente “**obra nova**”, permitem-nos concluir que, sendo os encargos totais deste contrato de € 182.357,71 – valor este que, por si e nos termos do nº 2 do artigo 48º do Decreto-Lei nº 59/99, exige concurso público – mas porque neles são destacáveis trabalhos a mais subsumíveis no regime legal do artigo 26º daquele diploma e outros **exclusivamente resultantes da referida alteração ao projecto** inicial, os custos destes últimos (€ 106.037,44) ficam **aquém do limite consignado naquele artigo 48º para o concurso público**, para eles



Tribunal de Contas

prevendo a lei o procedimento da alínea b) do seu n.º 2, ou seja o **concurso limitado sem publicação de anúncio**.

Ora, na linha da jurisprudência deste Tribunal nesta matéria – **Acórdão n.º 8/2004**, de 8 de Junho, tirado em Plenário da 1.ª Secção no Recurso Ordinário n.º 35/03-SRM (consultar o sítio www.tcontas.pt) – há a referir que no mencionado procedimento a publicidade e o livre acesso à contratação ficam bastante limitados, sobretudo em comparação com o concurso público. Nele se lê ainda que “...os princípios que regem a contratação pública continuam presentes [no concurso limitado sem publicação de anúncio]; mas...a preocupação do legislador é mais frouxa, pelo que a omissão deste procedimento não se afigura com a mesma gravidade da omissão do concurso público”.

Tal como acontecia no processo em que recaiu aquele acórdão, também no caso em apreço foi omitido pela Câmara Municipal de Lamego o procedimento adequado e, por esta razão, o acto adjudicatório enferma de ilegalidade susceptível de se transmitir ao contrato adicional em apreço, só que, pelas razões atrás apontadas, tal invalidade não é susceptível de gerar a nulidade mas tão só a anulabilidade (cf. artigos 185.º, n.º 1 e 135.º do Código do Procedimento Administrativo), não existindo, assim, causa para accionar a alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

4. Cabe ainda salientar que o limite fixado no artigo 45.º do Decreto-Lei n.º 59/99 não é, em si, o único aspecto a ter em consideração, nem constitui o seu respeito garantia da legalidade dos trabalhos a mais, como parece estar



Tribunal de Contas

inscrito nos argumentos invocados pelo Recorrente ; se os trabalhos a mais a que se refere o nº 1 daquela disposição legal – resultem eles de ordem dada pelo dono da obra ou de iniciativa do empreiteiro – respeitarem os requisitos do artigo 26º, a respectiva legalidade decorrerá antes de mais da sua subordinação ao quadro de exigências qualitativas desta norma e, subseqüentemente, de respeitarem o limite dos 25%, sendo certo que este existe apenas para os trabalhos a mais legalmente autorizados.

5. Urge assim concluir que os trabalhos objecto do adicional, respeitantes às alterações ao projecto inicial determinadas pelo Senhor Presidente da Câmara, não respeitaram a exigência da verificação de circunstâncias imprevistas que os justificassem, como o exige o artigo 26º do Decreto-Lei nº 59/99, por esta via se pondo em causa os princípios que regem a contratação pública, no caso o procedimento previsto na alínea b) do nº 2 do artigo 48º do Decreto-Lei nº 59/99.

IV – DECISÃO

Nestes termos e tendo em consideração os elementos de facto e de direito atrás enunciados,

Acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Plenário, em conceder o visto ao contrato adicional celebrado entre a Câmara Municipal de Lamego e a empresa EDIVISA – Empresa de Construções, S.A., com a expressa recomendação de que seja dado, no futuro, escrupuloso cumprimento



Tribunal de Contas

ao disposto no artigo 26º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, bem como aos procedimentos legalmente previstos em matéria de empreitadas de obras públicas, com relevância para o respeito pelos procedimentos previstos no artigo 48º daquele diploma legal.

Emolumentos nos termos legais.

Notifique-se.

Lisboa, em 29 de Março de 2005.

Os Juízes Conselheiros

Adelina Sá Carvalho – Relatora

Adelino Ribeiro Gonçalves

José Luís Pinto Almeida

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto