



ACÓRDÃO Nº 36 /02 – DEZ.17 – 1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 19/2002

(Processo nº 876/02)

SUMÁRIO DO ACÓRDÃO

1. O valor dos “trabalhos a mais”, ainda que decorrentes de erro ou omissão do projecto entram no apuramento do desvio de custos da empreitada e devem ser considerados na determinação do limite a que se refere o nº 1 do artº 45º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março
2. 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;
3. Não sendo admitida a compensação o desvio percentual a que se refere o nº 1 do artº 45º antes citado deve encontrar-se na relação entre o total de “trabalhos a mais” (e demais situações ali previstas) e o valor da adjudicação inicial.

Lisboa, 17 de Dezembro de 2002.



ACÓRDÃO N.º 36 /02 – Dez.17 – 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 19/2002

(Processo n.º 876/02)

ACÓRDÃO

1. Em sessão de Subsecção da 1ª Secção de 21 de Maio de 2002 foi aprovado o acórdão n.º 47/2002-21.Mai-1ªS/SS que recusou o visto ao quarto contrato adicional à empreitada de **“Construção do Arquivo Municipal da Marinha Grande”** celebrado entre a **Câmara Municipal da Marinha Grande** e a empresa **A Encosta – Construções, S.A.** pelo valor de **41.375,47 €** (8 295 037\$00) 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 fixado naquela norma legal, a saber, 25% do contrato inicial.

2. Não se conformando com o decidido, o Presidente da Câmara, através de mandatária com procuração forense junto aos autos, recorreu do mencionado acórdão pedindo a reapreciação do processo e a consequente concessão do visto.

Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 3 a 11 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas e onde formulou as conclusões que se transcrevem:



Tribunal de Contas

“1 - O duto Acórdão recorrido padece de erro de direito e como tal deve ser revogado.

2 - Com efeito, contrariamente ao decidido, o montante de Esc. 20.676.116\$00, referente a erros e omissões integrava a previsão do artº 14º nº 1 alínea b) do D.L. nº 59/99, de 2 de Março, e que como tal não consubstancia uma situação de trabalhos a mais, nem qualquer outra prevista no artº 45º do mesmo diploma, antes devendo acrescer ao valor da adjudicação, nos termos do artº 15º nº1 do mesmo diploma.

3 - Assim, o montante acumulado de trabalhos a mais na empreitada de construção do “Arquivo Municipal da Marinha Grande” perfaz o total de Esc. 19.275.718\$00 e já não de Esc. 39.951.834\$00, como foi considerado pelo duto Acórdão recorrido, encontrando-se contido dentro do limite imperativo estabelecido no artº 45º nº 1 do D.L. nº 59/99, ou seja, o limite de 25% do valor do contrato de empreitada, e não se verificando em consequência qualquer omissão de concurso ou nulidade da respectiva adjudicação.

4 - Mais acresce que, resultando do preâmbulo do D.L. nº 59/99, que a preocupação do regime estabelecido foi a de evitar o aumento dos custos dos trabalhos relativamente ao valor da empreitada, isto é, que estes não excedam os 25% do valor do contrato, sempre deveriam ter sido abatidos aos trabalhos a mais a totalidade dos trabalhos a menos e não apenas parte destes, como fez a decisão recorrida.

5 - Também neste ponto a decisão em apreço, ao ter abatido ao valor inicial do contrato o montante de Esc. 7.994.145\$00, referente ao sistema de ar condicionado, padece de erro de direito e como tal deve ser revogada.”

3. Admitido o recurso foram os autos com vista ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto que emitiu duto parecer no sentido da improcedência do recurso e da manutenção da recusa do visto, isto porque “... o citado artigo 45.º



Tribunal de Contas

nº 1 determina que, para o cálculo do inultrapassável limite de 25%, todos os valores dos contratos adicionais nele descritos - designada e expressamente o dos contratos que decorrem dos adicionais da iniciativa ou motivados por erros e omissões da responsabilidade do dono da obra - devem ser somados.

E, sendo assim, ter-se-ia, na realidade ultrapassado o valor limite de 25% do valor do contrato inicial”.

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:

- Precedido de concurso público, a Câmara Municipal da Marinha Grande celebrou em 13 de Novembro de 2000 com a empresa “A Encosta, Construções, SA o contrato da empreitada de “Construção do Arquivo Municipal da Marinha Grande”, pelo preço de 140.888.312\$00 (702.747,43 €), acrescido de IVA, homologado conforme por este Tribunal em 27.11.2000 (proc. Nº 4 061/2000);
- Em 12 de Setembro de 2001, foi celebrado o primeiro contrato adicional de trabalhos a mais, pelo montante de 20 676 116\$00 (103.132,03 €), representando 14,67% do valor do contrato inicial, contrato visado por este Tribunal em 09.01.2002 (proc. nº 4 196/01)
- Em 10 de Outubro de 2001, foi celebrado o segundo contrato adicional de trabalhos a mais, pelo montante de 5 443 066\$00 (27.149,89 €), representando 3,86% do valor do contrato inicial, contrato visado por este Tribunal em 2.01.2002 (proc. nº 3 890/01);
- Em 5 de Novembro de 2001, foi celebrado o terceiro contrato adicional de trabalhos a mais, pelo montante de 5 537 615\$00 (27.621,50 €), representando 3,93% do valor do contrato inicial, contrato homologado conforme por este Tribunal em 23.01.2002 (proc. nº 4 285/01);



Tribunal de Contas

- Em 22 de Março de 2002, foi celebrado o quarto contrato adicional, ora em apreço, com o seguinte objecto:
 - Trabalhos a menos no valor de 57.049,41 €
 - Trabalhos a mais no valor de 41.375,47 €
- Os trabalhos a menos respeitam, essencialmente, à retirada e não instalação do *“sistema de ar condicionado da totalidade do edifício, de acordo com indicações dadas pelo Sr. Arq. Carvalho de Araújo da Torre do Tombo, mantendo-se apenas a ventilação forçada para as instalações sanitárias interiores, havendo a possibilidade de posteriormente se colocar aparelhos desumidificadores na cave (área do arquivo) para manter as condições ideais de humidade do ar”*, cujo valor é de 39.874,63 €
- Os trabalhos a mais compreendem: *“execução de camada de forma da cobertura com betão Leca; alteração do vidro das fachadas de normal para temperado; alteração dos materiais de acabamentos interiores do hall de entrada de pedra de calcário, para verniz de betão; adaptação da instalação eléctrica para o monta-cargas e estores”*;
- O valor dos trabalhos a mais do contrato em apreço representa 5,88% do valor do contrato inicial;
- O valor dos contratos adicionais antes celebrados adicionado ao valor dos trabalhos a mais aqui em causa ascendem a 28,34% (14,67 + 3,86 + 3,93 + 5,88) do valor do contrato inicial;
- Ao contrato em causa foi recusado o visto em 21 de Maio 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



Tribunal de Contas

(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 artº 45º tendo considerado que houve uma redução do objecto da empreitada equivalente aos trabalhos a menos e que estes, porque de espécies diferentes, não eram compensáveis com os trabalhos a mais.

O recorrente, por sua vez, entende que o montante de 20.676.116\$00 (1º adicional) se refere a erros e omissões nos termos do artº 14º e que, por isso, nos termos do artº 15º devem ser adicionados ao valor inicial da empreitada que passaria, então, a ser de 161.564.428\$00 (140.888.312\$00 + 20.676.116\$00). Assim, os trabalhos a mais ascendem a apenas 19.275.718\$00 (5.443.066\$00 + 5.537.615\$00 + 8.295.037\$00, 2º, 3º e 4º contratos adicionais), portanto dentro do limite previsto no artº 45º, 25% da empreitada inicial.

Entende ainda 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 artº 45º 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.

*

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

Artº 14º, que tem por epígrafe “Reclamações quanto a erros e omissões do projecto”:

“1 — No prazo de 66 dias, ou no que for para o efeito estabelecido no caderno de encargos, de acordo com a dimensão e complexidade da obra, mas não inferior a 15 dias, contados da data da consignação, o empreiteiro poderá reclamar:



Tribunal de Contas

- a) *Contra erros ou omissões do projecto, relativos a natureza ou volume dos trabalhos, por se verificarem diferenças entre as condições locais existentes e as previstas ou entre os dados em que o projecto se baseia e a realidade;*
- b) *Contra erros de calculo, erros materiais e outros erros ou omissões das folhas de medições discriminadas e referenciadas e respectivos mapas-resumo de quantidades de trabalhos, por se verificarem divergências entre estas e o que resulta das restantes peças do projecto.”*

Artº 15º, epígrafado de “Rectificações de erros ou omissões do projecto”

“1 — Rectificado qualquer erro ou omissão do projecto, o respectivo valor será acrescido ou deduzido 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”.



Tribunal de Contas

*

Como se viu, são dois os argumentos da recorrente. O primeiro, o da não consideração do montante dos erros e omissões para efeitos do artº 45º; e o segundo o da compensação total de trabalhos a menos por trabalhos a mais.

Analisemos cada um por sua vez.

Quanto ao primeiro argumento: não consideração do montante dos erros e omissões para efeitos do artº 45º.

A este argumento responde o nº 1 do artº 45º acabado de transcrever que expressamente prevê que “*o dono da obra não poderá, em caso algum, autorizar a realização de (...) alterações do projecto da iniciativa do dono da obra **ainda que decorrentes de erro ou omissão do mesmo ...***” (destaque nosso).

É, pois, evidente que os erros e omissões do projecto referidos no invocado artº 14º têm que ser levados em consideração para efeito de determinação do desvio em relação ao contrato inicial e adicionados aos demais trabalhos a mais e outras situações previstas no nº 1 do artº 45º, bem como ao acréscimo de custos devidos por incumprimento pelo dono da obra de disposições legais e regulamentares aplicáveis (cfr. nº 4 do citado artigo), para apuramento e observância do limite de 25% permitido.

Não assiste, portanto, razão à recorrente

Quanto ao segundo argumento: compensação total de trabalhos a menos por trabalhos a mais

Também em relação a este não assiste razão à recorrente.

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



Tribunal de Contas

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.

Ora, a seguir-se a tese da recorrente, o objecto da empreitada pode ser substancialmente desvirtuado e alterado, bastando para isso que o somatório dos trabalhos a mais (não previstos) com os trabalhos a menos (previstos mas não realizados) atinja percentagens elevadas. Nestes casos não poderia falar-se de controlo de custos daquela empreitada porque, efectivamente a empreitada seria outra.

No caso, 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 instalação do ar condicionado em todo o edifício, inicialmente contratualizada, em nada se correlacionam com a execução de camada de forma da cobertura com betão Leca, ou com a alteração do vidro das fachadas de normal para temperado, ou com a alteração dos materiais de acabamentos interiores do hall de entrada de pedra de calcário, para verniz de betão, ou ainda com a adaptação da instalação eléctrica para o monta-cargas e estores, trabalhos não incluídos no projecto posto a concurso.



Tribunal de Contas

Então, pelo que se deixou dito, os trabalhos a menos relativos à supressão do ar condicionado (39.874,63 €) 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.

Nestes termos, porque só parcialmente compensáveis os trabalhos a menos com trabalhos mais, o valor dos trabalhos a mais a considerar no presente adicional será de 24.200,69 € (41.375,47 – 17.174,78 €).

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” deduzidos dos trabalhos a menos compensáveis (182.104,11 €) e o valor do contrato inicial (702.747,43 €). Ora, a relação percentual dos primeiros em relação ao valor da adjudicação inicial ascende a 25,91% do valor do contrato inicial. Foi, portanto, ultrapassado o limite de 25% fixado no n.º 1 do art.º 45.º.

Quando os trabalhos a mais 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. No contrato adicional em apreço os trabalhos a mais em causa ascendem a 41.375,47 € (cerca de 8 295 037\$00) montante que, nos termos da al. b) do n.º 2 do art.º 48 obriga à realização prévia de concurso limitado sem publicação de anúncios, 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.



Tribunal de Contas

Bem andou, pois, o acórdão recorrido.

Tem sido, aliás, esta a jurisprudência deste Tribunal nesta matéria, como se pode constatar no acórdão n.º 22/02-Mai.14-1ªS/PL, lavrado no Recurso Ordinário n.º 11/2002.

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 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, 17 de Dezembro de 2002.

(RELATOR: Cons. Pinto Almeida)

(Cons. Ribeiro Gonçalves)

(Cons. Adelina Sá Carvalho)

O Procurador-Geral Adjunto

(António Cluny)