



ACÓRDÃO Nº 48 – 18 Nov. – 1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 37/2003

(Processo nº98/2003-SRM)

SUMÁRIO DO ACÓRDÃO

- I. Para fundamentar a legalidade da realização de trabalhos não considerados na empreitada de obras públicas de que são resultantes, não basta invocar o art. 45º do Dec-Lei nº 59/99 de 2 de Março pois este limita-se a estabelecer uma percentagem acima da qual não podem ser autorizados seja qual for a sua origem ou causa.

- II. Tendo em conta o disposto no art. 26º nº1 do mesmo diploma legal, só pode considerar-se circunstância imprevista factos ou ocorrências relacionados com a execução da obra e que um agente normalmente diligente não estava em condições de prever antes do lançamento do concurso.

Lisboa, 18 de Novembro, de 2003.

O Juiz Conselheiro



ACÓRDÃO Nº48 – 18 Nov. – 1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 37/2003

(Processo nº98/2003-SRM)

ACÓRDÃO

I. RELATÓRIO

1. Pela Secção Regional da Madeira deste Tribunal, em 30 de Setembro de 2003, foi proferida a decisão nº 25/FP/2003, que recusou o visto ao contrato adicional à empreitada de correcção e pavimentação do troço da ER 207, entre o Aeroporto e o Campo de Golfe do Santo da Serra, outorgado, em 12 de Maio de 2003, entre a Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional do Equipamento Social e Transportes (SREST), e a empresa Tecnovia-Madeira, Sociedade de Empreitadas, Lda, pelo preço de €760.966,24, sem Iva.
2. O fundamento para a recusa do visto foi a nulidade (artº 44º nº 3 al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto) por se ter entendido que não podendo parte dos trabalhos objecto do adicional ser qualificados como “trabalhos a mais”, atento o seu valor a respectiva adjudicação devia ter sido precedida de concurso e, não o tendo sido, verifica-se a preterição de um elemento essencial – artºs133º nº 1 e 185º nº1, ambos do Código do Procedimento Administrativo.
3. Não se conformou com a decisão o Sr. Secretário Regional do Equipamento Social e Transportes, que dela interpôs o presente recurso, tendo formulado, no seu requerimento, as seguintes conclusões:



Tribunal de Contas

1. Os trabalhos contemplados no contrato adicional em apreço não foram qualificados pelo dono da obra como trabalhos a mais.
2. Na documentação elaborada pelo dono da obra e que instrui o processo é largamente referido que os trabalhos que integram o objecto do contrato são resultantes de alterações ao projecto.
3. Assim, e salvo melhor opinião, não haverá, quanto aos trabalhos objecto do adicional em apreço, de demonstrar que o condicionalismo legal previsto no art. 26º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, se acha preenchido.
4. O enquadramento legal dos trabalhos em questão deve ter lugar no disposto no artigo 45º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, que, com o propósito de “controlo de custos das obras públicas”, torna o seu regime aplicável não só aos “trabalhos a mais” propriamente ditos como a todas as outras causas de custos adicionais das empreitadas, tais como erros e omissões e alterações de projecto.
5. Essa uniformidade de regime leva a que, só excedida a percentagem de 25% do valor do contrato de empreitada de obras públicas de que são resultantes, haja lugar ao procedimento que ao caso couber.
6. Os Trabalhos em causa, representando 23,1% do valor do contrato de empreitada, situam-se dentro do limite estabelecido no nº1 do artigo 45º do Decreto-Lei nº59/99, de 2 de Março, e não dando, consequentemente, lugar a qualquer procedimento de contratação autónomo.
7. Não há, assim, qualquer desconformidade com as leis em vigor que implique nulidade.
8. 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.



Termos em que se deverá considerar procedente o presente recurso, revogando a decisão recorrida como é de DIREITO E DE JUSTIÇA.

4. O recurso foi admitido liminarmente e cumpridas as demais formalidades legais. Ao ter vista do processo o Exmo. Procurador-Geral Adjunto emitiu duto parecer no sentido da manutenção da decisão recorrida.

II. OS FACTOS

Do processo (e da decisão recorrida, cujos factos não foram impugnados) resulta apurada a seguinte factualidade com interesse para a decisão a proferir:

1. O instrumento jurídico sujeito a fiscalização prévia é o contrato adicional à empreitada de correcção e pavimentação do troço da ER 207 entre o Aeroporto e o Campo de Golfe do Santo da Serra, outorgado, em 12 de Maio de 2003, entre a Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional do Equipamento Social e Transportes (SREST) e a empresa Tecnovia-Madeira, Sociedade de Empreitadas, Lda, pelo preço de €760.966,24, sem Iva.
2. O contrato inicial foi precedido de concurso público e visado pela Secção Regional da Madeira deste Tribunal em 25 de Outubro de 2001 (processo nº 123/01), sendo o seu valor de €3.292.081,80, pelo que o adicional ora em apreço representa um acréscimo de 23,1%.
3. Dos trabalhos do adicional faz parte a construção de um interceptor de águas residuais, no montante de €634.346,00.



4. Sobre os trabalhos referidos no nº anterior a Direcção Regional do Saneamento Básico (DRSB) da Secretaria Regional do Ambiente e Recursos Naturais (SRARN), na informação SB/477 de 22/04/2002, refere que, no programa do Governo Regional da Madeira para 2001/2004, está previsto “o lançamento de um interceptor de águas residuais na Estrada Regional nº 207, englobado no projecto “Destino Final de Águas Residuais das Freguesias de Gaula e Santo da Serra”, (...). E, “tendo a DRSB conhecimento que a Direcção Regional de Estradas se encontra a executar uma obra de alargamento e beneficiação desta Estrada Regional, seria de toda a conveniência, e de grande optimização, se o lançamento do interceptor referido se pudesse concretizar de imediato. (...). Sendo assim, e por ser inquestionavelmente mais benéfico para a população e utentes da estrada, por resultar mais económico (...) e tecnicamente vantajoso (...), solicitamos a implementação dos procedimentos necessários para que a obra de lançamento do interceptor de águas residuais na Estrada Regional nº 207 se inclua na obra de alargamento e beneficiação da mesma, tutelada pela SREST”.
5. Na mesma informação, proferiu, em 22 de Abril de 2002, Sua Excelência o Secretário Regional do Ambiente e Recursos Naturais, o seguinte despacho: “ *Concorda-se com o pedido e com os fundamentos que parecem ser não só acto de boa gestão como ainda fundamento de trabalho a mais a incluir na obra principal, caso possível*”.
6. Posteriormente, a Direcção Regional de Estradas (DRE), integrada na estrutura orgânica da SREST, elaborou o documento com a referência 0263/DC, datado de 2002/05/02, sobre a execução da empreitada de correcção e pavimentação do troço da ER 207 entre o Aeroporto da Madeira e o campo de Golfe do Santo da Serra, onde apresentou superiormente os considerandos expostos em seguida.

“ 1- Após o início dos trabalhos relacionados com o leito do pavimento, verificou-se o aparecimento de águas de infiltração e o mesmo apresentava deformações e instabilidade quando se procedia à sua compactação. Estas anomalias punham em causa todos os trabalhos de pavimentação subsequentes.



Tribunal de Contas

2- *Verificou-se também que a causa dessa instabilidade era devida à infiltração de águas residuais domésticas na base do pavimento, provenientes quer de fossas cépticas ali existentes, quer de deficiências de uma pequena rede de esgotos, que, tanto quanto pudemos apurar "in loco" é antiquíssima, e está na sua quase totalidade inoperacional.*

3- *Este contexto obriga a que previamente a ser efectuado o pavimento que está previsto no âmbito da empreitada, seja executado um interceptor de águas residuais, a fim de se poder efectivar os trabalhos anteriormente mencionados.*

4- *Em virtude de não estarem inicialmente previstos estes trabalhos impossíveis de detectar de modo a fazer parte da actual empreitada, solicitamos autorização superior para a realização dos mesmos, de acordo com o estipulado no nº2 do art. 45º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, nos termos do nº3 daquele mesmo artigo."*

7. Em resposta ao solicitado, Sua Excelência o Secretário Regional do Equipamento Social e Transportes, por despacho de 7 e Maio de 2002, autorizou a realização dos referidos trabalhos.
8. As justificações antes transcritas da DRE foram, no essencial, reiteradas pela SREST, quando confrontada com a dúvida sobre a qualificação dos trabalhos em causa como " *a mais*", quer em sede de verificação preliminar do processo em análise, quer através do Despacho nº 78/FP/2003, de 29 de Agosto.
9. Ao contrato adicional em apreço foi recusado o visto pela Secção Regional da Madeira deste Tribunal, em 30 de Setembro de 2003 (Decisão nº25/FP/2003).



III. O DIREITO

Conforme já ficou referido o fundamento para a recusa do visto foi a nulidade (artº 44º nº 3 al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto) por se ter entendido que não podendo parte dos trabalhos objecto do adicional ser qualificados como “trabalhos a mais”, atento o seu valor a respectiva adjudicação deveria ter sido precedida de concurso e, não o tendo sido, verifica-se a preterição de um elemento essencial – artºs 133º nº 1 e 185º nº 1, ambos do Código do Procedimento Administrativo.

Concretizando, diz-se, em síntese, na decisão recorrida que os trabalhos relacionados com a construção de um interceptor de águas residuais, no montante de €634.346,00, não podem ser qualificados como “trabalhos a mais”, tal como definidos no art. 26º nº1 do Decreto-Lei nº 59/99 de 2 e Março, na medida em que os mesmos não se tornaram necessários na sequência de uma circunstância imprevista, bem pelo contrário a necessidade da sua realização podia ter sido equacionada antes do lançamento do concurso público que precedeu a empreitada inicial.

E, conforme resulta das conclusões do requerimento de interposição do recurso atrás transcritas, o recorrente não põe em causa este entendimento, o que diz é que o dono da obra não qualificou os trabalhos contemplados no adicional como “trabalhos a mais”, tal como previstos no referido artº 26º do Decreto-Lei nº 59/99, mas sim como alterações ao

projecto, contempladas no artº 45º do mesmo diploma legal, pelo que não excedendo os mesmos 25% do valor do contrato de empreitada de obras públicas de que são resultantes, podem ser efectuados sem procedimento autónomo nos termos do nº1 da referida disposição legal.

Porém e como vamos passar a demonstrar o recorrente não tem razão.



Tribunal de Contas

É que não se pode invocar, unicamente, o artº 45º do Dec-Lei nº 59/99 como disposição que autoriza o dono da obra a realizar quaisquer outros trabalhos para além dos previstos na empreitada inicial. O que essa disposição diz no seu nº1, é que “O dono da obra, não poderá, em caso algum, autorizar a realização de trabalhos a mais previstos no artº26º, alterações do projecto da iniciativa do dono da obra ainda que decorrentes de erro ou omissão do mesmo ou trabalhos resultantes de alteração ao projecto, variantes ou alteração 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”.

Em resumo, seja qual for a origem ou causa dos trabalhos os mesmos não podem ser autorizados se o seu valor exceder 25% da empreitada inicial.

É isto o que diz a referida disposição legal e nada mais do que isto. Pelo que a pretensão do recorrente não tem qualquer fundamento.

É que, conforme dispõe o artº 9º nº2 do Código Civil não pode “ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso”.

Por outro lado o nº3 da mesma disposição dispõe que “Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”.



Tribunal de Contas

Ora, a solução defendida pelo recorrente não só não é a mais acertada, como contraria todas as normas e princípios.

Sob a epígrafe “Objecto da empreitada” dispõe o artº10º do Dec-Lei nº59/99 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”.

E bem se percebe o teor desta disposição.

É que o dono da obra tem obrigação de ser diligente e por isso, antes de pôr uma obra a concurso, deve verificar se tudo quanto é necessário à sua realização está ou não previsto. E que tem de ser assim resulta, para além do mais, do facto de só a título excepcional – cfr. artº 136º do Dec-Lei nº 59/99- a lei permitir o recurso ao ajuste directo. Pelo que este não pode estar dependente da vontade do dono da obra. O concurso, na medida em que visa a realização de princípios fundamentais de direito e da contratação pública, como os da concorrência, da igualdade e da transparência, tem prevalência sobre o ajuste directo e só pode ser afastado nos casos previstos na lei. Tem sido neste sentido a jurisprudência deste Tribunal, não se vendo qualquer boa razão para a alterar (cfr., a título de exemplo, acórdão nº 8/03, do Plenário desta Secção, proferido em 18 de Fevereiro de 2003, no recurso ordinário nº5/2003, em que foi recorrente a mesma entidade do presente recurso).

Portanto, as despesas que, no máximo, podem ir até 25% do valor do contrato de empreitada de obras públicas de que são resultantes, para serem legais, têm de encontrar fundamento em outras disposições legais. E



Tribunal de Contas

uma dessas disposições é precisamente o artº26º do Dec-Lei nº59/99. Mas é o próprio recorrente que não qualifica os trabalhos em causa como “trabalhos a mais” com o alcance previsto e permitido por tal disposição. Por outro lado, na decisão recorrida, ficou demonstrado que os mesmos (quanto ao interceptor de águas residuais) não podem efectivamente ser qualificado como tais.

Assim, e não invocando o recorrente qualquer outra disposição legal que permitisse a realização dos trabalhos o recurso tem, necessariamente, de improceder. E, em boa verdade, não se vislumbra qualquer disposição legal que pudesse ser invocada para a realização de tais trabalhos. Já vimos que os mesmos não se integram no conceito de “trabalhos a mais”, tal como definidos na lei, mas, para além disso, também não estamos perante erros ou omissões (cfr. artº14º do Dec-Lei nº59/99) ou qualquer outra situação prevista na lei.

Do que verdadeiramente se trata é de “obra nova” ordenada pelo dono da obra, o que a lei, nas circunstâncias em que o fez, não lhe permitia fazer, como resulta do que já ficou dito e que também ficou demonstrado na decisão recorrida. Pelo que esta, ao recusar o visto ao adicional, não é passível de qualquer censura.



87
26

IV. DECISÃO

Pelos fundamentos expostos acordam os Juizes da 1ª Secção em negar provimento ao recurso e, conseqüentemente, manter, na íntegra, a douta decisão recorrida.

São devidos emolumentos – artº 16º nº 1 al. b) do regime anexo ao Decreto-Lei nº 66/96 de 31 de Maio.

Diligências necessárias.

Lisboa, 18 de Novembro de 2003.

RELATOR : Cons. Ribeiro Gonçalves

Cons. Pinto Almeida

Adelina Sá Carvalho (veeuca nos termos da declaração anexa)

Cons. Adelina Sá Carvalho

Cons. Lídio de Magalhães

Fui Presente

Procurador-Geral Adjunto



Tribunal de Contas

*Gabinete de
Juiz Conselheiro*

88
J

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acórdão nº 48/2003-1ªS/PL
Processo nº 98/2003/SRM

Teria votado favoravelmente o provimento deste recurso, porquanto entendo não decorrer dos artigos 14º, nº 5, 16º, 37º, nº 1 e 186º, nº 1 do Decreto-Lei nº 59/99, de Março, impedimento legal à introdução de alterações ao projecto, sempre que, envolvendo estas alterações trabalhos a mais, estes se acolham no regime quer do artigo 26º, quer do artigo 45º do mesmo diploma.

No caso em apreço e de acordo com os documentos constantes do processo, verificaram-se, estando em curso os trabalhos referentes à empreitada de “Correcção e pavimentação do troço da ER 207 entre o Aeroporto e o campo de golfe do Santo da Serra”, os seguintes factos:

- ⇒ existência de uma rede de distribuição de águas danificada pela escavação e que não era do conhecimento do dono da obra (Secretaria Regional do Equipamento Social e Transporte, pela Direcção Regional de Estradas), e cuja reparação e desvio da plataforma da estrada foi necessário assegurar;
- ⇒ aparecimento, quando dos trabalhos respeitantes ao leito do pavimento, de águas de infiltração, o que acarretou deformações e instabilidade daquele leito, circunstância que punha em causa os trabalhos de pavimentação, sendo aquelas águas residuais domésticas; mais se detectou uma pequena rede de esgotos antiquíssima e quase inoperacional; em consequência, tornou-se indispensável executar previamente um interceptor de águas residuais para viabilizar os trabalhos de pavimentação. A necessidade deste interceptor fora objecto de proposta aprovada no âmbito da Secretaria Regional do Ambiente e Recursos Naturais, cujo lançamento estava englobado num projecto mais amplo sobre “destino final de águas residuais das freguesias de Gaula e Santo da Serra”, tendo sido transmitida à SREST a conveniência da execução do interceptor no âmbito da empreitada da ER 207, por razões técnicas e de economia (a empresa já tinha todos os meios instalados) e de boa gestão (evitando-se nova



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

89
J.R.

- abertura de valas após a conclusão da obra, com danos para o tapete betuminoso da estrada);
- ⇒ verificação, no decurso das escavações para alargamento da estrada, da não existência de uma rede de drenagem de águas pluviais para o escoamento das águas da chuva junto do golfe, com a consequente necessidade da respectiva execução até à linha de água mais próxima.

Em resumo, as três circunstâncias determinantes destes trabalhos a mais foram, todas elas, conhecidas no decurso da obra, tendo sido necessárias à boa conclusão desta última; mesmo no caso do interceptor de águas residuais, **único obstáculo à concessão do visto** em 1ª instância, afigura-se-me de concluir que, **com intervenção ou não da SRARN, o dono da obra tinha de dar solução ao problema detectado**, por ele ser impeditivo da correcta conclusão da empreitada. E mais, se estes trabalhos eram previsíveis, então há que reconhecer que tal conhecimento e iniciativa caberiam à SRARN e não à SREST, pelo que a esta não era exigível que conhecesse o estado em que se encontrava o leito da estrada por via das infiltrações atrás referidas.

Nestes termos, a inclusão deste interceptor no projecto inicial era indispensável à boa conclusão da obra, tivesse ou não havido a intervenção da SRARN, sob pena de uma avaliação final negativa da gestão da empreitada, quando o problema se viesse a colocar, com a irreversível necessidade – aliás tão criticada neste tipo de obras – de esventrar de novo a estrada que se tinha acabado de pavimentar.

Alternativa possível teria sido interromper a obra até que a SRARN abrisse concurso, adjudicasse a instalação do interceptor e esta se concluísse, retomando-se os trabalhos de pavimentação posteriormente. Só que, nesse caso, estaria potenciada a aplicação do nº 4 do artigo 189º do Decreto-Lei nº 59/99, tendo o empreiteiro direito a ser indemnizado dos danos emergentes e dos lucros cessantes por força da suspensão das obras prevista no artigo 186º do mesmo diploma, isto caso não houvesse lugar à rescisão prevista nos nºs 2 e 3 do citado artigo 189º, com o agravamento indesejável e anti-económico do custo global da empreitada.

Aliás, a douda decisão recorrida não deixou de reconhecer não ser de questionar a utilidade e o interesse público subjacentes às alterações efectuadas; o que impediu o visto foi concluir-se que, por falta de articulação entre as SREST e a



Tribunal de Contas

*Gabinete do
Juiz Conselheiro*

90
[Handwritten signature]

SRARN, se não acautelou a atempada inclusão no projecto da instalação do interceptor de águas residuais.

Ora, com todo o respeito pela tese que fez vencimento, não era a articulação entre as duas Secretarias Regionais que estava, nesta sede, em causa, sem prejuízo de ser desejável que fosse melhorada. O cerne da questão era **conhecer das circunstâncias em que o dono da obra tomou conhecimento, já depois da empreitada estar em curso, do estado em que se encontrava o leito da estrada** (só verificável depois de aberto e retirado o antigo pavimento); não fora conhecido o alerta emitido pela SRARN, e quiça não teria sido objecto de censura a ordem dada ao empreiteiro para realizar os trabalhos a mais decorrentes da constatação, feita em obra, das razões técnicas do estado em que se encontrou o leito da estrada objecto de repavimentação, circunstâncias que a SREST não conhecia quando da elaboração do projecto.

Face a tudo o que se deixa enunciado, entendo estarem verificados, no caso em análise, quer os requisitos do nº 1 do artigo 45º, quer os do nº 1 do artigo 26º do Decreto-Lei nº 59/99, pelo que teria votado a concessão do visto ao contrato adicional em apreciação.

Adelina da Cunha