

ACÓRDÃO N.º 7/2005-1ªS/PL-08.Mar.2005

SUMÁRIO:

1. Nos termos do art.º 26.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, os “trabalhos a mais” devem, além do mais, ter-se “tornado necessários na sequência de uma circunstância imprevista”.
2. Deve entender-se por “circunstância imprevista” aquela que tenha surgido de forma inopinada.
3. Das circunstâncias invocadas pela entidade adjudicante não parece poder concluir-se que as mesmas não sejam imprevistas, nos termos e para os efeitos do artigo citado, pelo que se decide dar provimento ao recurso, concedendo o visto ao contrato.

Conselheiro Relator: Lídio de Magalhães



ACÓRDÃO Nº 07 /2005-MAR.8-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 26/04

(Processo nº 102/2004)

ACÓRDÃO

Vem o presente recurso interposto da Decisão n.º 53/FP/2004, da Secção Regional da Madeira deste Tribunal, pela qual foi recusado o visto ao contrato adicional ao contrato de empreitada de “Construção da Escola Básica dos Segundo e Terceiro Ciclos Bartolomeu Perestrelo – Funchal” celebrado entre a Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional do Equipamento Social e Transportes, e a empresa “Construtora Abrantina, S.A.”, pelo montante de 359 022,40€, a que acresce o IVA.

A recusa de visto ali decidida fundamentou-se na inobservância do disposto no art.º 26.º, n.º 1, do Dec-Lei n.º 59/99, de 2/3, na parte em que esta disposição legal exige a ocorrência de “circunstância imprevista”.

Na referida decisão considerou-se que, nem a invocada insuficiência de dados topográficos, nem a inexistência de estudos geológicos, nem tão pouco a



Tribunal de Contas

“variabilidade geotécnica” encontrada, são suficientes para serem consideradas como circunstâncias imprevistas.

E assim, não estando reunido o condicionalismo de que o citado art.º 26.º faz depender o especial regime de adjudicação aí previsto, deveria ter sido realizado o concurso público que ao caso cabia por força do valor contratual.

A omissão do concurso público tornaria nulos o acto adjudicatório e o presente contrato, nulidade que obstará à concessão do visto nos termos da alínea a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26/8.

O presente recurso, em que se não formularam conclusões, começa por invocar que a empreitada em questão foi lançada na modalidade “por série de preços”, lembrando o essencial do respectivo regime jurídico.

Depois, sustenta que o projecto continha os elementos “suficientes” para definir a obra conforme o previsto no art.º 63º do Dec-Lei n.º 59/99, sendo que “não é usual recorrer a estudos geológicos ou geotécnicos mas sim caracterizar o tipo de terreno”.

Após invocar “a constatação no local da viabilidade geotécnica do subsolo de implantação e à afluência de correntes de água”, o recurso refere que “os estudos



Tribunal de Contas

geológicos numa ilha de relevo basáltico e recente como a ilha da Madeira, por mais extensos que sejam, têm-se revelado frequentemente falíveis, pelo facto de os estratos variarem bruscamente, quer em extensão, quer em profundidade”.

“Obviamente” – acentua-se – “que se podem realizar estudos geológicos completos, que dêem maiores garantias, mas como teriam de ser efectuados praticamente metro a metro, os seus custos atingiriam valores desproporcionados com os valores das infraestruturas a construir”.

Cita-se, de seguida, o exemplo de uma obra – pilares da Ponte dos Socorridos – em que, não obstante “ter sido realizada uma completa campanha de sondagens”, se encontrou em obra “uma fenda com cerca de 60 metros de altura” que não havia sido detectada.

O recurso, depois de invocar a “grande variabilidade geotécnica do subsolo” e a “existência de correntes de água subterrânea”, requer a revogação da decisão recorrida e a concessão de visto “com as recomendações que se tenham por adequadas”.

Sobre o recurso pronunciou-se o Ex.^{mo} Procurador-Geral Adjunto, em longo e circunstanciado parecer, sustentando a improcedência do recurso e a manutenção da recusa de visto.



Corridos os vistos legais, cumpre decidir.

São os seguintes os factos dados como apurados na decisão recorrida:

- a) “Na sequência de concurso público, promovido ao abrigo do DL n.º 59/99, de 2 de Março, foi adjudicada à firma Construtora Abrantina, S.A., a empreitada de construção da Escola Básica do segundo e terceiro ciclos Bartolomeu Perestrelo – Funchal, pelo preço de €8.093.227,32, mais IVA.
- b) Aquela empreitada foi lançada na modalidade de série de preços, sendo o projecto de execução da responsabilidade da entidade pública adjudicante.
- c) O respectivo contrato data de 26 de Março de 2003 e foi visado, por esta Secção Regional, em 26 de Junho do mesmo ano, no processo com o n.º 71/2003.
- d) O título Jurídico que a SREST agora submete a fiscalização prévia respeita ao primeiro termo adicional ao referido contrato e representa um acréscimo de 4,43%, no preço inicial de €8.093.227,32, sem IVA, pelo qual foi adjudicado.
- e) Os trabalhos abrangidos por este adicional foram realizados entre Maio de 2003 e Junho do corrente ano, e à medida que a sua



execução se tornava imprescindível, tendo o respectivo contrato sido outorgado em 28 de Junho de 2004, e remetido para visto a 9 do mês seguinte.

- f) De acordo com os elementos constantes do processo e os esclarecimentos prestados pela SREST, através do ofício n.º 1775, de 02.09.2004, da Assessoria Jurídica da Presidência do Governo Regional, o objecto do presente adicional integra trabalhos de espécies já previstas no contrato inicial, relacionados com:

- O levantamento topográfico;
- A execução do reservatório de água;
- A execução de ramal de levada;
- A impermeabilização dos muros;
- A execução de fundações.

- g) A SREST justifica a ordem de execução dos referidos trabalhos com:

O desajustamento entre a topografia real do terreno e a considerada no projecto, porquanto, no levantamento para efeitos de projecto, foram utilizados dados topográficos da planta cadastral (o terreno não se encontrava, à data de execução do projecto, expropriado), o que se traduziu em alguns erros significativos nos volumes contratuais de



escavação/aterro e nas alturas das fundações da estrutura do edifício e dos Arranjos Exteriores;

As condições hidrogeológicas reais (existência de correntes de água subterrâneas, exibindo caudais significativos – nascentes de água) que impuseram a execução de actividades que garantissem o bom comportamento futuro das Edificações;

A existência de grande variabilidade geotécnica com terrenos rochosos em parte, coexistindo lateralmente com este facto terrenos terrosos.

h) Trata-se, em suma, ainda de acordo com a SREST, de trabalhos necessários à realização da obra “que se revelaram como imprevisíveis face à insuficiência de dados topográficos, a inexistência de estudos geológicos, geotécnicos e hidrogeológicos e à grande variabilidade geotécnica encontrada na obra em questão”.

É do seguinte teor o n.º 1 do art.º 26.º do Dec-Lei n.º59/99, de 2/3:

“Consideram-se 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, desde que se verifique qualquer das seguintes condições:

- a) Quando esses trabalhos não possam ser técnica ou economicamente separados do contrato, sem inconveniente grave para o dono da obra;
- b) Quando esses trabalhos, ainda que separáveis da execução do contrato, sejam estritamente necessários ao seu acabamento.”

Neste ponto, o regime dos trabalhos a mais não mostra grande diferença em relação ao que dispunha o n.º 1 do art.º 26.º do Dec-lei n.º 405/93, de 10/12.

Cabe referir, no entanto, que na parte final do corpo do n.º 1 vindo do referir (DL 405/93), estão omitidas duas vírgulas que deviam isolar a frase “na sequência de uma circunstância imprevista”.

Isto é, o que devia estar no texto do Dec-Lei n.º 405/93, não é a referência a uma “circunstância imprevista à execução da obra” mas sim: “(...) e se tenham tornado necessários, na sequência de uma circunstância imprevista, à execução da obra (...)”.

Assim resulta, de resto, do texto da alínea d) do n.º 3 do art.º 7.º da Directiva 93/37/CEE, de 14/6.



Tribunal de Contas

O legislador de 1999, talvez por não ter tido em conta o texto comunitário, suprimiu pura e simplesmente o inciso “à execução da obra”.

Não se julga, no entanto, que tenha querido introduzir-se, neste aspecto, qualquer alteração significativa.

Como se sabe e facilmente se alcança no processo o que está em discussão é, justamente, a existência ou inexistência de “circunstâncias imprevistas”.

Cabe referir, uma vez mais, que o artigo 26.º do Dec-Lei n.º 59/99 não refere circunstâncias imprevisíveis nem “acontecimentos imprevisíveis”, como ocorre no art.º 136.º, n.º 1, al. c), por exemplo (cfr. Acórdão n.º 8/2004, de 8/6).

O que a lei refere é que os trabalhos se tenham tornado necessários na sequência de uma circunstância imprevista.

Circunstância imprevista é, assim, a circunstância inopinada, inesperada, que, ocorrendo juntamente com os restantes condicionalismos do art.º 26.º, n.º 1, e do art.º 45.º, ambos do Dec-Lei n.º 59/99, torna possível o ajuste directo com o empreiteiro que está em obra.

As circunstâncias invocadas pela entidade adjudicante são, por um lado, o “desajustamento entre a topografia real do terreno e a considerada para efeitos de projecto e, por outro lado, a existência de correntes de água subterrânea e a



Tribunal de Contas

“grande variabilidade geotécnica” com a coexistência, lado a lado, de terrenos com diversa consistência (cfr. Informação n.º 123/04, de 15/4/04).

Quanto à primeira de tais circunstâncias, a explicação para tal insuficiência do projecto é o facto de o levantamento utilizado ter sido baseado em dados cadastrais em virtude de o terreno não se encontrar ainda expropriado ao tempo da respectiva elaboração.

A este propósito sempre se poderá dizer que, tal como ensina o adágio popular, “a pressa não é boa conselheira” e que, entre fazer um projecto com o maior número de dados ou apressar a feitura do projecto e da obra, embora sem tais dados, seria preferível a primeira das soluções.

Mas não há, no processo, elementos que permitam fazer um juízo sobre a opção correcta. O que não significa que as entidades públicas não devam fazer tal avaliação, em todas as circunstâncias, tendo em conta a permanente necessidade de uma utilização prudente dos fundos públicos.

O mesmo se poderá e deverá dizer, de resto, em relação à outra circunstância invocada, sem embargo de a entidade recorrente invocar que “a realização de estudos geológicos completos” – que “teriam de ser efectuados praticamente metro a metro” – provocaria custos “com valores desproporcionados com os valores das infraestruturas a construir”.



Tribunal de Contas

A verificação negativa do bem fundado desta argumentação teria de partir de uma análise custo-benefício que, devendo embora ser feita – pelos donos das obras e, como é óbvio, também pelas entidades fiscalizadoras – excede a competência que a este Tribunal está atribuída em matéria de fiscalização prévia.

Outro aspecto a que deve dar-se o necessário relevo é o de que estamos perante uma empreitada por série de preços sendo que os trabalhos agora previstos “são de natureza igual à natureza dos trabalhos já previstos no contrato pelo que o seu valor foi calculado com base nos preços unitários contratuais” (Informação citada).

Não se afigura, assim, poder ter-se por adquirida a inexistência de circunstâncias imprevistas em termos que excluíssem a aplicação do especial regime de adjudicação permitido pelo artigo 26.º do Dec-Lei n.º 59/99.

Em face do exposto, decide-se dar provimento ao recurso e conceder o visto ao contrato em apreço.

Emolumentos pelo visto.

Diligências necessárias.

Lisboa, 8 de Março de 2005.



Os Juízes Conselheiros

RELATOR: Lídio de Magalhães

Adelina Sá Carvalho

Ribeiro Gonçalves

Pinto Almeida

(O Procurador-Geral Adjunto)