



ACÓRDÃO Nº 34 /2005-DEZ.21-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 30/05

(Processo nº 1081/2005)

ACÓRDÃO

A Câmara Municipal de Tábua interpôs recurso do Acórdão n.º 161/05, proferido em subsecção da 1.ª Secção em 11 de Outubro de 2005, e pelo qual foi recusado o visto ao adicional ao contrato de empreitada celebrado com a empresa “Manuel Rodrigues Gouveia, S.A.”, pelo valor de 166 898,41€, a que acresce o IVA, e referente a “E. N. 230-6 – Beneficiação entre Vila Nova de Oliveirinha Candosa”.

Nos termos do Acórdão recorrido os trabalhos a que se refere o presente adicional “não se fundamentaram na ocorrência de circunstâncias imprevistas surgidas no decurso da obra”, tendo-se com eles pretendido “corrigir” situações que já existiam por altura da elaboração do projecto que serviu de base à empreitada.



Tribunal de Contas

Ainda de acordo com a referida decisão, os trabalhos objecto do presente contrato resultaram de “alterações da vontade do dono da obra que modificou o projecto posto a concurso e alterou o objecto do contrato inicial, incluindo novos trabalhos”.

Assim, não tendo ocorrido as “circunstâncias imprevistas” a que se refere o art.º26.º do Dec-Lei n.º 59/99, de 2/3, não pode falar-se de trabalhos a mais nos termos e para os efeitos da referida disposição legal, pelo que a execução dos trabalhos deveria ter sido precedida da realização de concurso público.

Tendo sido omitido o concurso público ocorre a nulidade do procedimento e do contrato subsequente, por falta de elemento essencial (art.ºs 133.º, n.º 1, e 185.º do Código de Procedimento Administrativo), e verifica-se o fundamento de recusa de visto a que se refere a alínea a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26/8.

Dessa decisão vem interposto o presente recurso, no qual se não formularam conclusões, mas que poderíamos assim sintetizar, socorrendo-nos do resumo constante do parecer do Exmo Procurador-Geral Adjunto:

- “a) O Tribunal de contas (TC) não pode substituir-se à Administração quando entende que certos trabalhos se não justificavam ou deviam ter sido previstos logo de início, uma vez que isso envolve um controlo de mérito da actividade administrativa, quando é a Administração que define o interesse público em função dos seus



Tribunal de Contas

próprios critérios e objectivos, nem pode usurpar a competência dos Tribunais Administrativos, no domínio dos contratos administrativos;

- b) A função do TC é a garantia da legalidade financeira dos actos e contratos através da verificação da conformidade dos mesmos com as normas financeiras e apreciação das correspondentes responsabilidades, mas não pode pronunciar-se quanto à sua interpretação, validade e execução que cabem à jurisdição administrativa, pelo que ao TC não cabe apreciar a questão da eventual qualificação e existência de “trabalhos a mais”, mas apenas verificar se o encargo destes ultrapassam o limite legalmente estabelecido e o respectivo cabimento orçamental;
- c) Muito embora não seja da competência do TC o preenchimento do conceito de “trabalhos a mais” e de “circunstâncias imprevistas”, porque tal definição, dependendo de critérios técnicos, escapa à apreciação dos tribunais e é apenas do conhecimento da Administração e seus técnicos, sempre acrescenta que a decisão enferma de erro de julgamento, adiantando a descrição de situações várias que claramente integram aqueles conceitos porque só poderiam ser reconhecidos no próprio momento de execução da obra.”



Tribunal de Contas

Admitido o recurso, emitiu circunstanciado parecer o Ministério Público que se pronunciou pela sua improcedência.

Obtidos os vistos legais cumpre decidir.

É a seguinte a matéria de facto apurada no acórdão recorrido:

- “ - O contrato inicial foi celebrado em 13 de Junho de 2003 entre a Câmara Municipal de Tábua e a firma acima mencionada pela importância de 1.234.150,64 €, mais IVA, e foi visado em sessão diária de visto, de 4 de Fevereiro de 2004, (proc. n.º 1567/03);
- O prazo de execução da empreitada era de 365 dias;
- O adicional em apreço foi autorizado por deliberação da Câmara Municipal de Tábua de 23 de Março de 2005, e o contrato celebrado em 19 de Abril de 2005, pelo valor, de 166.898,41€, sem IVA, o que representa 13,52% do valor da adjudicação inicial;
- O objecto do adicional reparte-se por:



Tribunal de Contas

Descrição:	Trabalhos a mais	Trabalhos a mais a preços acordados	Trabalhos a menos
Terraplanagem	€ 100.229,12		
Drenagem	€ 3.594,18		
Pavimentação	€ 60.602,97		
Equip. de Sinalização e Segurança	€ 521,49		
Saneamento em Fundações de Aterro		€ 17.160,00	
Execução de PH 600		€ 2.500,00	
Execução de Camada Drenante com Areia		€ 71.146,60	
Execução de Poço		€ 4.000,41	
Execução de Muros de Betão Armado		€ 21.480,00	
Execução de Camada Drenante em Rachão		€ 43.610,00	
Execução de Bocas de Entrada e Saída da PH Diam.2000 mm, no Prolongamento		€ 7.540,08	
Forneci. e Aplicação de Calçada, incl. todos os materiais e Trab. necessários à sua execução		€ 23.106,64	
TOTAL PARCIAL	€ 164.947,76	€ 190.543,73	€ 188.593,08
TOTAL	€ 355.491,49		€ 188.593,03
VALOR DO CONTRATO	€ 166.898,41		



Tribunal de Contas

Começar-se-á por abordar a questão suscitada pela autarquia recorrente em termos de uma invocada falta de competência deste Tribunal para apreciar, nos termos em que o fez, o contrato “sub judice”.

Deve então referir-se que, nos termos dos art.^{os} 5.^o, n.^o 1, al. c) e 44.^o, n.^o 1, da Lei n.^o 98/97, de 26/8, compete ao Tribunal de Contas, em sede de fiscalização prévia, além do mais, a verificação da conformidade dos contratos com a legislação em vigor.

Ora, o acórdão recorrido limitou-se a analisar a conformidade do contrato com a legislação que o rege nomeadamente quanto aos seus pressupostos. Ou seja, se o contrato sub judice, tendo em conta o seu objecto e os seus invocados pressupostos, se podia considerar como um contrato referente a trabalhos a mais nos termos e para os efeitos do art.^o 26.^o do Dec-Lei n.^o 59/99, de 2/3.

Como é óbvio, nenhuma competência é retirada – nem poderia sê-lo – aos tribunais administrativos e fiscais. E, desde logo, porque a estes tribunais compete dirimir litígios (cfr. art.^{os} 1.^o e 4.^o do respectivo estatuto aprovado pela Lei n.^o 13/2002, 19/2) o que aqui não ocorre.

Se o Tribunal recusasse apreciar a conformidade legal dos contratos submetidos à fiscalização prévia é que ficaria em situação de grave conflito com a



Tribunal de Contas

legalidade constitucional e com o disposto na Lei n.º 98/97, já citada, designadamente no seu art.º 44.º.

Invoca o recorrente, em favor da sua tese, o art.º 1.º da Lei n.º 98/97.

Ora, se o recorrente se detiver um pouco mais na Lei 98/97, encontrará os preceitos estritamente necessários à sua função em matéria da fiscalização prévia, sem estar limitado, como se alcança do disposto no art.º 44.º da referida Lei, ao que o recorrente chama de “legalidade financeira”.

E, de todo o modo, há inúmeras normas de direito administrativo que não deixam de ter relevância financeira por se destinarem a proteger as finanças públicas.

Sirvam de exemplo as normas que exigem a realização de concursos públicos nos procedimentos ou nas obras públicas que, para além de servirem relevantíssimos interesses públicos (igualdade, transparência, legitimação das escolhas), visam também obter a proposta melhor, ao exercitarem o princípio da concorrência, daí resultado menos dispêndio de fundos públicos ou um dispêndio de fundos porventura igual ou superior mas com uma melhor relação custo-benefício.



Tribunal de Contas

Como se vê, nem mesmo através de uma suposta restrição da competência do Tribunal à “legalidade financeira” chegaríamos à conclusão de que estaria afastada a apreciação do presente contrato.

É óbvio que o Tribunal – este ou qualquer outro – não pode “substituir-se à própria Administração”.

Mas não é menos certo que o Município, como a Administração em geral, em nenhum aspecto da sua relevantíssima actividade pode contrariar o princípio da legalidade. Isto é, a Administração não pode, mesmo invocando o “interesse público” (a que, de resto, está sempre subordinada – art.º 4.º do Código de Procedimento Administrativo e 266.º n.º 1 da Constituição), “dispensar” a subordinação ao princípio da legalidade (art.º 3.º do mesmo Código e 266.º n.º 2 da Constituição).

Portanto, o que deve averiguar-se, no presente processo é se o contrato referido foi celebrado pela Câmara Municipal de Tábua com respeito pela lei que disciplina as empreitadas de obras públicas e, em caso negativo, que consequências tirar dessa eventual desconformidade legal.



Tribunal de Contas

Nos termos do n.º 1 do art.º 26.º do Dec-Lei n.º 59/99, de 2/3, para que os trabalhos “cuja espécie ou quantidade não hajam sido previstos ou incluídos no contrato, nomeadamente no respectivo projecto”, possam ser objecto do especial regime de adjudicação aí previsto, é necessário, para além do mais, que se tenham tornado necessários na sequência de uma “circunstância imprevista”.

Circunstância imprevista, no que para aqui importa, é aquela que ocorre de forma inesperada ou inopinada – cfr. também art. 7.º, n.º 3, alínea d) da Directiva n.º 93/37/CEE, de 14/6/93; cfr. mais recentemente, art.º 31.º, n.º 4, al. a) da Directiva 2004/18/CE.

Dir-se-á também que os vários condicionalismos que no art.º 26.º citado, bem como no art.º 45.º do mesmo diploma, estão colocados à livre realização de trabalhos a mais têm a ver desde logo, com o respeito devido ao princípio da concorrência.

Na verdade, os trabalhos a mais ofendem este princípio numa dupla perspectiva.

Por um lado, porque a obra que vem a ser feita é diferente – por vezes de forma acentuada – daquela que foi submetida a concurso, ficando assim sem se saber qual teria sido o resultado se tivesse sido a “versão final” da obra a ser oferecida à concorrência.



Tribunal de Contas

Por outro lado, porque os próprios trabalhos a mais, às vezes avultados, são adjudicados ao empreiteiro que está em obra, por simples ajuste directo, ficando totalmente subtraídos a qualquer forma de concorrência.

É também por estas razões que o legislador – o português, mas também o comunitário – vem dificultando progressivamente o livre acesso aos trabalhos a mais. E não deixam de pesar, naturalmente, as razões financeiras, sobretudo num tempo em que as proclamadas “derrapagens” nos custos das obras públicas são tão preocupantes.

Pretende portanto o legislador que os investimentos públicos sejam cuidadosamente planeados e projectados e servidos por projectos rigorosos que permitam previsões razoáveis e realistas em matéria de custos.

De outra forma, sucedem-se as alterações em obra, remediando erros evitáveis ou ao sabor de sugestões de última hora, em que habitualmente ninguém é responsabilizado (nomeadamente quem projecta, quem revê o projecto e quem o aprova) e em que a existência de trabalhos a mais é sistematicamente dada como adquirida.

Daí a importância que decorre da análise das restrições constantes dos art.^{os} 26.^o e 45.^o já citados.



Tribunal de Contas

Recordemos então, a propósito do presente adicional a “nota justificativa” de 6/3/2005 que serviu de base à deliberação camarária, e no qual se afirma textualmente o seguinte:

“Os trabalhos a mais resultam de erros nas medições aquando da elaboração do projecto. Analisando as peças escritas e desenhadas verifica-se que as mesmas não coincidem em termos de quantidade de trabalhos. É de referir ainda que o projecto foi objecto de rectificações em dois troços, Variante a Parcelada e curvas ao km 6+950 até ao km 7+610, de modo a minimizar os efeitos negativos, em termos financeiros, nas intersecções com caminhos e estradas públicas, evitando passagens superiores e inferiores (...)”.

E, em documento anexo ao ofício n.º 1209/05, de 24/5/2005, mais se refere o que ora se transcreve:

“Após o lançamento da empreitada e já no decorrer da mesma verificou-se a necessidade de proceder a pequenas correcções ao traçado da estrada. Estas correcções tiveram como finalidade minimizar a realização de trabalhos a mais, nomeadamente a intersecção com caminhos e estradas públicas existentes, evitar trabalhos de escavação com recurso a explosivos, em zonas de grandes maciços de rocha granítica, no caso da variante a Covas, assim como evitar a demolição de uma edificação e ocupação de



Tribunal de Contas

solos pertencentes à Reserva Agrícola Nacional, no caso das curvas do km 6+950 ao km 7+950.

As referidas correcções constam de pequenos acertos, não originando mais custos para a autarquia mas sim uma redução do valor dos trabalhos a mais se as mesmas não fossem realizadas, sem alterar a funcionalidade, os objectivos iniciais da obra, ou a extensão da mesma.

É também de referir que as intersecções com caminhos e estradas públicas e a demolição da edificação nem sequer constavam nas peças escritas ou desenhadas do projecto. Na primeira situação optou-se por alterar as cotas da rasante de modo à não realização de passagens inferiores ou superiores e na segunda por um pequeno desvio do traçado. No que se refere aos grandes maciços rochosos também se optou por desviar ligeiramente o traçado.”

Ainda no decurso da instrução do processo de visto e em resposta a um dos pedidos de esclarecimento formulados pelo Tribunal, (anexo ao ofício n.º 1623/05 de 18/7/2005) veio a autarquia referir:

“Esclarece-se que os caminhos, estradas e a edificação já existiam aquando da elaboração do projecto, até porque são construções já



Tribunal de Contas

muito antigas. De igual modo se constata que nos levantamentos topográficos as mesmas constam dos mesmos.

Só se pode justificar esta falha por lapso do projectista, aquando da elaboração do respectivo projecto, em não incluir estas situações nos mapas de medições.”

Do que se transcreveu pode extrair-se, sem sombra de dúvida, que a maior parte dos itens pelos quais se repartem os “trabalhos a mais” resultam de erros no projecto que determinaram, inclusivamente, a correcções no próprio traçado da estrada o que, por si só, demonstra até que ponto o projecto não teve em conta as condições reais nas quais a obra se viria a desenrolar.

Assim sucede com o que se invoca no n.º 28 da petição de recurso (não previsão das bocas de entrada e saída do P.H.), no n.º 30 (inadequação do projecto em relação às cotas de soleira existentes) e no n.º 34 (incompatibilidade, em termos de pavimentação prevista, entre a faixa de rodagem e as bermas).

Em relação a outros trabalhos, ensaia a recorrente a invocação de umas quantas circunstâncias que deveriam ter-se por “imprevistas” e, assim, integrar o condicionalismo que, nos termos do art.º 26.º, tornaria legais os trabalhos a mais (cfr. n.ºs 25 e segs. na petição):



Tribunal de Contas

- 1) “Em fase de execução da empreitada e ao proceder à decapagem e remoção da camada vegetal no terreno onde seria executado o aterro, junto ao Ribeiro (...) verificou-se que o terreno era composto de terra vegetal até uma profundidade aproximadamente de 2 metros (n.º 24)”;
- 2) “De igual modo se constatou que o nível freático, dada a proximidade do Ribeiro, era muito alto, o que originava o atolamento de qualquer meio mecânico para proceder aos trabalhos.”

Por via de tais circunstâncias, teria havido que proceder-se ao saneamento dos solos, remoção de todas as terras e colocação de uma camada drenante com areia, na margem direita e camada drenante em rachão na margem esquerda.

Já na nota justificativa com base na qual a Câmara Municipal aprovou a realização dos trabalhos aparecia referida a exigência de algumas situações tidas como imprevistas, nomeadamente no que respeita ao saneamento em fundações de aterro e respectivas camadas drenantes.

Mas também aqui, mesmo o senso comum se recusaria a ver onde haja circunstâncias inopinadas ou inesperadas. Na verdade, o surgimento de terra vegetal profunda, numa das margens do ribeiro, e, sobretudo, o nível freático alto, “dada a proximidade do ribeiro” (sic), na outra margem, não poderão seguramente



Tribunal de Contas

considerar-se como circunstâncias imprevistas nos termos e para os efeitos do art.º 26.º do Dec-Lei n.º 59/99.

Não se compreende, de resto, que nem sequer na sua espécie, tais trabalhos não hajam sido previstos. E o certo é que um exame dos solos, ainda que rudimentar, teria possibilitado prever com maior exactidão, se não a quantidade, pelo menos a sua espécie, trazendo assim menos riscos, incluindo os financeiros, para a execução do contrato.

Afirma-se no n.º 32 da petição de recurso que, na execução da obra, algumas das alterações “resultaram de erros de medição e pequenas rectificações do projecto” (...) “de modo a minimizar os trabalhos que daí resultariam, nomeadamente com execução de passagens superiores e inferiores, demolição de construção e escavação em zona de grandes maciços rochosos (...).

Mas, o que está em questão não é ter-se eventualmente escolhido a melhor solução para a realização da obra.

Como é óbvio, haver-se optado pelo menor de dois males não pode servir de justificação para a manifesta inadequação do projecto.



Tribunal de Contas

Obviamente que não se põe em questão que a solução final tenha sido a melhor. O que se questiona, por ofender o disposto na lei, é que se tenha chegado a essa solução com tão grande entorse da concorrência.

Ocorreu, assim, a omissão de concurso público, o qual, sendo elemento essencial da adjudicação, é fundamento de nulidade desta (art.º 133.º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo) e do contrato (art.º 185.º, n.º 1, do mesmo Código) assim se constituindo também o fundamento de recusa de visto a que se refere a alínea a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97.

Termos em que se confirma a decisão recorrida e se declara improcedente o recurso.

São devidos emolumentos.

Diligências necessárias.

Lisboa, 21 de Dezembro de 2005.



Tribunal de Contas

Os Juízes Conselheiros,

RELATOR: Lídio de Magalhães

Helena Lopes

Ribeiro Gonçalves