

ACÓRDÃO N° 08 /03 – 18 Fev – 1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N° 5/2003 - SRM

CIRCUNSTÂNCIA IMPREVISTA – CONCURSO PÚBLICO – EXECUÇÃO DA OBRA

SUMÁRIO:

Tendo em conta o disposto no artº 26º n° 1 do Decreto-Lei nº 405/93 de 10 de Dezembro, só pode considerar-se circunstância imprevista factos ou ocorrências relacionadas com a execução da obra e que um agente normalmente diligente não estava em condições de prever antes do lançamento do concurso.

Conselheiro Relator
Adelino Ribeiro Gonçalves

Processo nº 88/2002
Sessão de 18.02.2003

ACÓRDÃO N° 08 /03 – 18.Fev – 1ªS/PL
RECURSO ORDINÁRIO N° 5/2003 - SRM

I. RELATÓRIO

1. Pela Secção Regional da Madeira deste Tribunal, em 23 de Outubro de 2002, foi proferida a decisão nº 26/FP/2002, que recusou o visto ao 2º contrato adicional à empreitada de concepção/construção da via rápida Funchal/Aeroporto/2ª fase/troço Cancela/Aeroporto/traçado e obras de arte correntes, no valor de € 5.382.258,30 (sem IVA), outorgado, em 22 de Maio de 2002, entre a Região Autónoma da Madeira (RAM), através da Secretaria Regional do Equipamento Social e Transportes (SREST), e o consórcio Tecnovia/Somague/Termague – Via Rápida Aeroporto.
2. O fundamento para a recusa do visto foi a nulidade (artº 44º n° 3 al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto) por se ter entendido que não podendo os trabalhos objecto do adicional ser qualificados como “trabalhos a mais”, atento o seu valor a respectiva adjudicação devia ter sido prece-

didada de concurso e, não o tendo sido, verifica-se a preterição de um elemento essencial – art's 133º nº 1 e 185º 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:

- 1ª) O contrato adicional em apreço tem por objecto trabalhos resultantes de deficiências técnicas e de erros do Estudo Prévio e respectivos mapas de espécies e quantidades de trabalho, patenteados a concurso pelo dono da obra.
- 2ª) A decisão recorrida recusou o visto invocando que aos trabalhos em causa foi, ilegalmente, atribuída a qualificação de “trabalhos a mais”, face ao conceito vertido no art. 26º, nº 1, do Decreto-Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro, uma vez que as razões determinantes da sua execução resultaram de deficiências e erros do projecto, da responsabilidade da Secretaria Regional do Equipamento Social e Transportes, de acordo com as normas dos arts. 39º e 40º, ambos do mesmo Decreto-Lei nº 405/93.
- 3ª) A recusa de vista em apreço resultou, portanto, de uma interpretação restritiva do citado artigo 26º do Decreto-Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro, segundo a qual estariam excluídos do âmbito desse preceito os trabalhos que resultassem de erros ou omissões imputáveis ao dono da obra.
- 4ª) O Tribunal de Contas, como os demais Tribunais, está constitucionalmente adstrito à mera aplicação da lei, segundo as normas comuns de interpretação jurídica.
- 5ª) No que toca à delimitação do conceito de “trabalhos a mais”, constata-se que a interpretação restritiva defendida na decisão recorrida não atende à vontade do legislador vertida objectivamente no Decreto-Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro (“REOP”), que consagra o regime jurídico aplicável ao caso.
- 6ª) Com efeito, e apesar do risco a cargo do empreiteiro ser máximo na empreitada por preço global, a lei não deixou de reconhecer-lhe o direito à preservação do equilíbrio financeiro do contrato, nos

casos de erros ou omissões do projecto derivados de deficiências dos dados fornecidos pelo próprio dono da obra (cfr. art. 14º do REOP).

- 7ª) Nesses casos, haverá lugar a um acréscimo ou a uma dedução do preço de adjudicação, que é exactamente a mesma solução prescrita para os comuns trabalhos a mais (cfr. arts. 14º e 15º do REOP, este último também na redacção do Decreto-Lei nº 55/99, de 2 de Março).
- 8ª) Ora, é apodíctico que o aumento ou redução do preço da adjudicação, conforme os erros ou omissões sejam da responsabilidade do dono da obra ou do empreiteiro, respectivamente, só se justifica por força de uma alteração da prestação a cargo do empreiteiro, de uma alteração necessária à obra projectada.
- 9ª) O que vale por dizer que a estatuição constante do art. 14º do REOP pressupõe que é o próprio empreiteiro quem executa os trabalhos de correcção dos erros ou omissão dos projectos, embora tal só possa suceder com o limite do art. 26, n.º 2, do REOP, e desde que o empreiteiro não faça uso do direito de rescisão (cfr. art. 31º, n.º 1, do REOP).
- 10ª) A própria lei qualifica, aliás, tais trabalhos como “trabalhos a mais” (cfr. arts. 13º, n.º 3, e 31º, n.º 1, do REOP).
- 11ª) Acresce que o suposto requisito da “imprevisibilidade” ou “inevitabilidade” do erro ou omissão, em que se fundamentou a decisão recorrida, assenta numa indemonstrada inépcia do legislador, porque só um legislador inepto teria escrito “circunstância imprevista” onde pretendesse que o intérprete lesse “circunstância imprevisível”.
- 12ª) A interpretação restritiva defendida na decisão recorrida é, portanto, também contrariada pela elementar regra de hermenêutica jurídica segundo a qual o legislador exprimiu adequadamente a sua intenção (cfr. art. 9º, nº 3 in fine, do Código Civil).
- 13ª) Também no plano da conveniência da solução, que também é critério interpretativo (cfr. a citada disposição do Código Civil), a in-

interpretação defendida da decisão recorrida se afigura manifestamente desajustada.

14^a) Seria manifestamente contrário ao interesse público, bem como, em muitos casos, verdadeiramente impraticável que o dono da obra estivesse impedido de determinar ao empreiteiro que realizasse os trabalhos sem os erros constantes dos projectos. Face à constatação de um erro, pergunta-se, deveria o empreiteiro pura e simplesmente suspender a obra, ou antes executá-la com erro, aguardando-se depois pela correcção pelo terceiro que viesse a ganhar o concurso público (ou outro procedimento de contratação)?

15^a) Sendo o resultado a que se chegaria com tal solução defendida no acórdão recorrido manifestamente absurdo e indesejável deve o mesmo ser rejeitado, já que está o intérprete vinculado a presumir que o legislador “consagrou as soluções mais acertadas”.

16^a) Ainda que estes trabalhos não fossem considerados como “trabalhos a mais” - o que se admite sem conceder - sempre se teria de reconhecer quer a sua legalidade financeira nos termos do artigo 39º do REOP, quer a existência de causa legal justificativa para o ajuste directo, pelo que também por esta razão deveria ser concedido o visto.

Termos em que se requer que seja revogada a decisão proferida e concedido o visto.

4. O recurso foi admitido liminarmente e cumpridas as demais formalidades legais. Ao ter vista do processo o Exmo. Procurador-Geral Adjunto emitiu douto 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. No dia 3 de Outubro de 1997, foi celebrado o contrato de empreitada de “Concepção/Construção da Via Rápida Funchal/Aeroporto/2ª Fase/troço Cancela/Aeroporto/traçado e obras de arte correntes, entre a RAM e o “Consórcio Tecnovia/Somague/Termague - Via Rápida Ae-

roporto” pelo preço de € 28.736.657,18 (5.761.182.504\$00), acrescido do IVA, depois de, na respectiva Secção Regional, em 26 de Setembro do mesmo ano, ter sido concedido o visto à minuta do mesmo, no processo com o n.º 3555/97.

2. O procedimento adjudicatário que precedeu a celebração desse contrato foi o concurso público, promovido à escala do espaço comunitário, na modalidade da empreitada de concepção/construção, e no regime remuneratório da empreitada por série de preços, sujeito ao regime jurídico constante do DL n.º 405/93, de 10 de Dezembro.
3. Em 23 de Outubro de 2000, deu entrada, na SRMTC, o contrato relativo ao primeiro termo adicional à aludida empreitada, no montante de € 8.444.642,60, s/IVA (1.692.998.837\$00), assinado, no dia 6 daquele mês, entre as mesmas entidades, o que originou o processo de visto nº 151/2000, apreciado em sessão ordinária de 12 de Janeiro de 2001, na sequência da qual foi decidido, através do Despacho nº 8/FP/2001, da mesma data, suspender a contagem do prazo do visto tácito, conforme o previsto no n.º 1 do artº 85.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, a fim de serem solicitados esclarecimentos à SREST sobre a identificação dos trabalhos a mais integrados no objecto do contrato e, conexasmente, quanto à forma de apuramento do respectivo encargo financeiro.
4. Tendo em atenção o citado Despacho n.º 8/FP/2001, e actuando em conformidade com o teor da Resolução n.º 281/2001, de 15 de Março, do Conselho do Governo Regional, a SREST providenciou pela rectificação das cláusulas daquele contrato adicional concernentes ao preço e ao prazo de execução dos trabalhos nele inseridos, o que, depois de formalizado em 2 de Maio de 2001, motivou que o montante do 1.º mapa de trabalhos a mais e a menos fosse alterado de €8.444.642,60 (1.692.998.837\$00) para €7.836.203,24 (1.571.017.698\$00), representando uma redução de € 608.439,36 (121.981.139\$00) no valor do contrato adicional inicialmente remetido.
5. As explicações então avançadas pela SREST, no ofício n.º S 3583, de 2001.04.05, apontavam no sentido de que existiam outros trabalhos atribuídos à empreitada principal que, embora já executados, não tinham sido considerados para efeitos de apuramento do preço do primeiro termo adicional, prevendo a SREST que os mesmos viessem a ser contabilizados no mapa final de fecho da obra.

6. O primeiro termo adicional, cujo montante ascendeu a cerca de 27,3% do preço do contrato da empreitada principal, foi visado pela Decisão n.º 13/FP/2001, da Secção Regional, proferida em sessão ordinária de 17 de Maio de 2001.
7. O instrumento jurídico agora em apreço incorpora o 2.º mapa de trabalhos a mais e a menos, representa o segundo termo adicional à mesma empreitada, traduzindo um acréscimo de aproximadamente 18,7 % no preço inicial do respectivo contrato,
8. Cabe referir que a concessão do visto do Tribunal de Contas àquele primeiro adicional teve por suporte a integração dos trabalhos desse contrato no conceito legal de “trabalhos a mais”, tal como o definia o n.º 1 do art.º 26 do DL n.º 405/93, de 10 de Dezembro, porquanto os factos então apreciados sustentaram aquela qualificação, por referência à empreitada de que eram resultantes, na medida em que não estavam incluídos no contrato inicial, destinaram-se à realização dessa mesma empreitada, e tinham-se tornaram necessários na sequência de circunstâncias imprevistas à execução da presente
9. No presente caso considera-se que os trabalhos, abaixo identificados, inseridos no objecto do contrato adicional em apreço, não se integram na noção legal de trabalhos a mais, fornecida pelo n.º 1 do art.º 26.º daquele DL n.º 405/93. São eles:

a) Reposição de levadas - descida de taludes (cfr. a Informação n.º 116/DF, de 21.02.00);	€ 35.965,07
b) Reposição de vereda junto à PS 6 (cfr. a Informação n.º 201/DF, de 20.03.00);	€ 2.359,87
c) Projecto de Vedações (cfr. a Informação n.º 222/DF, de 24.03.00);	€ 41.344,36
d) Serviços afectados - Linha de aproximação da pista do Aeroporto (cfr. a Informação n.º 319/DF, de 15.05.00);	€ 706,87
e) Obras acessórias - muro no Restabelecimento 8 - MO 6 Aeroporto (cfr. a Informação n.º 448/DF, de 19.06.00);	€ 3.477,77
f) Reposição de levadas/sistema de rega (cfr. a Informação n.º 527/DF, de 24.07.00);	€ 389,98
g) Reposição de serviços afectados - rede de saneamento básico de S. Pedro (cfr. a Informação n.º 591/DF, de 17.08.00);	€ 12.940,33
h) Muro de vedação. Prolongamento. Parcela 115/1 (cfr. a Informação n.º 774/DF, de 19.12.00);	€ 2.586,99
i) Reposição de levada e rede de abastecimento de água potável. Parcela 230. (cfr. a Informação n.º 776/DF, de 19.12.00)	€ 4.429,51
j) Túnel de Gaula - trabalhos não previstos (cfr. a Informação n.º 804/DF, de 21.12.00);	€ 36.031,66
k) Trabalhos a mais no Muro MO 2 (cfr. a Informação n.º 393/DF, de 01.06.00);	€ 7.496,58
l) Reposição de serventias (cfr. a Informação n.º 348/DF, de 19.05.00);	€ 1.237,20
m) Reposição de levada - Restabelecimento 3 (cfr. a Informação n.º 809/DF, de 28.12.00);	€ 3.506,14
n) Sobre escavação na PH 20 C (cfr. a Informação n.º 4161DF, de 09.06.00);	€ 1.198,61
o) Obras acessórias - Sobre escavação no Muro MO 6 (cfr. a Informação n.º 4151DF, de 09.06.90);	€ 69.292,93
p) Passagens de peões n.º 3, 4 e 5 (cfr. a Informação n.º 6301DF, de 04.10.01);	€ 5.985,84
q) Serviços afectados - muro na parcela 421 (cfr. a Informação n.º 273/DF, de 20.04.01);	€ 4.049,56
r) Restabelecimento 9º - muro de suporte (cfr. a Informação n.º 303/DF, de 08.05.01);	€ 8.405,54
s) Viaduto ao FK 0+250 da faixa norte de Gaula (cfr. a Informação n.º 8111DF, de 28.12.00);	€ 5.806,01
t) Reposição de levadas (cfr. a Informação n.º 279/DF, de 27.04.00);	€ 137.868,88
u) Trabalhos no Viaduto do Porto Novo/Gaula (cfr. a Informação n.º 7741DF, de 22.11.01).	€ 300.588,83
TOTAL (sem o IVA)	€ 685.668,53

10. Quando confrontada com esta questão, a SREST, no ofício S 11366, de 19 de Agosto de 2002, esclareceu que todos os trabalhos referenciados naquelas alíneas a) a u) “foram inseridos no objecto do presente adicional na medida em que resultam de deficiências técnicas e de erros do Estudo Prévio e respectivos mapas de espécies e quantidades de trabalho, patenteados a concurso pelo dono da obra (....). Em termos de concepção, coube somente ao empreiteiro apresentar a evolução do Estudo Prévio patenteados a Projecto de Execução”. Acrescentou que, apesar de terem sido admitidas propostas variantes ao estudo prévio patenteados, a proposta apresentada pelo adjudicatário, e sobre a qual recaiu a adjudicação da empreitada, corresponde a uma proposta base.
11. Ao contrato adicional em apreço foi recusado o visto pela Secção Regional da Madeira deste Tribunal, em 23 de Outubro de 2002 (Decisão nº 26/FP/2002).

III.O DIREITO

Apesar da extensão do requerimento de interposição do recurso e das respectivas conclusões (estas atrás transcritas) a única questão a resolver prende-se com a noção de “trabalhos a mais” contida no artº 26º do Decreto-Lei nº 405/93 de 10 de Dezembro.

O nº 1 da referida disposição legal diz o seguinte:

“São considerados trabalhos a mais aqueles cuja espécie ou quantidade não houverem sido incluídos no contrato, se destinem à realização da mesma empreitada e se tenham tornado necessários na sequência de uma circunstância imprevista à execução da obra:

- a) Quando esses trabalhos não possam ser técnica ou economicamente separados do contrato de empreitada inicial, sem inconveniente grave para as entidades adjudicantes;
- b) Quando esses trabalhos, ainda que separáveis de execução do contrato inicial, sejam estritamente necessários ao seu acabamento”.

A decisão recorrida recusou o visto ao adicional por considerar que parte dos trabalhos nele contidos (os supra discriminados no ponto 9. da matéria de facto) não se integravam no conceito de “trabalhos a mais” em virtude de não terem derivado de qualquer “circunstância imprevi-

ta” à execução da obra, cuja previsão, antes do seu início, não fosse, em termos razoáveis, possível.

E desde já se adianta, como aliás é referido na decisão recorrida, que à expressão “circunstância imprevista” foi dado o alcance que tem sido dado, de forma constante e pacífica, pela jurisprudência deste Tribunal.

Por seu turno o recorrente defende que a interpretação correcta da referida norma é de que trabalhos imprevistos são todos aqueles que não foram inicialmente previstos. E isto porque o legislador, que é suposto exprimir-se de forma correcta (artº 9º do C.Civil), utilizou a expressão “circunstância imprevista” e não “circunstância imprevisível”.

Porém, não tem razão.

E, desde logo, tendo em conta a letra da lei.

De facto, e por um lado, se o recorrente tivesse razão, a segunda parte do corpo da referida disposição legal seria completamente inútil, pois bastaria dizer-se que “são considerados trabalhos a mais aqueles cuja espécie ou quantidade não houverem sido incluídos no contrato, se destinem à realização da mesma empreitada”.

Para quê dizer mais na interpretação do recorrente? No entanto o legislador disse e soube exprimir-se correctamente segundo a interpretação que tem sido feita por este Tribunal. De facto o legislador disse que os trabalhos tinham de resultar de “circunstância imprevista à execução da obra”, ou seja, de circunstância que só foi possível verificar durante a execução da obra e que, por conseguinte, antes do início dos trabalhos não era, em termos razoáveis, possível de prever.

E se a interpretação que tem sido seguida por este Tribunal é a que mais se ajusta à letra da lei também é a única que se ajusta ao seu espírito (artº 9º nº 1 do C.Civil).

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 se quer introduzir melhorias no projecto deve fazê-lo antes do lançamento do concurso. É que, só a título excepcional (cfr. artº 52º do DL 405/93 de 10 de Dezembro e artº 136º do DL 59/99 de 2 de Março) a lei permite o recurso ao ajuste di-

recto. 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.

É pois de manter a interpretação que tem sido feita por este Tribunal e que, no caso, também foi feita na decisão recorrida.

E sendo esta a interpretação correcta da lei o recurso improcede pois os trabalhos, atrás discriminados no ponto 9. da matéria de facto, não são possíveis de ser qualificados como trabalhos a mais, na medida em que podiam e deviam constar no contrato inicial dado que a sua realização era facilmente previsível por uma pessoa normalmente habilitada para o efeito, ou, então, resultaram de novos desígnios do dono da obra mas, em qualquer dos casos, nunca “de uma circunstância imprevista à execução da obra”.

Aliás isto mesmo parece ser aceite pelo recorrente na medida em que o recurso se centra na interpretação dada à norma e não na aplicação da mesma aos factos depois de interpretada.

Diga-se também que a afirmação contida na última conclusão do requerimento de interposição do recurso de que estavam preenchidos os requisitos para o ajuste directo, pelo que também por esta razão deveria ser concedida o visto, não pode ser aceite.

Primeiro porque não foi esse o procedimento seguido e, por conseguinte, não pode ser apreciado nesta sede recurso até porque não foi apreciado, nem tinha de o ser, na decisão recorrida. E, para além disso, não resulta do processo, pelo menos neste momento, que se encontrem preenchidos os requisitos para o recurso ao ajuste directo – cfr., entre outros, artº 136º do Decreto-Lei nº 59/99 de 22 de Março.

Finalmente, diga-se ainda, que se considera correcta a afirmação contida na decisão recorrida de que “um contrato adicional deve ser considerado como um todo indivisível e indecomponível, pelo que a invalidade de uma sua parte, ainda que quantitativamente inferior, inquina, e afecta irremediavelmente, a validade total do mesmo contrato adicional”.

Do exposto resultando que o recurso improcede na totalidade.

DECISÃO

Pelos fundamentos expostos acordam os Juízes da 1ª Secção em negar provimento ao recurso e, consequentemente, 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 Fevereiro de 2003.

RELATOR: Cons. Ribeiro Gonçalves

Cons. Pinto Almeida
Cons. Adelina Sá Carvalho
Cons. Lídio de Magalhães

O Procurador-Geral Adjunto
Dr. Jorge Leal

