
A DIFÍCIL APLICAÇÃO DO NOVO REGIME DOS TRABALHOS COMPLEMENTARES ¹

THE DIFFICULT APPLICABILITY OF THE NEW LEGAL REGIME ON COMPLEMENTARY WORKS IN PUBLIC PROCUREMENT CONTRACTS

Miguel Catela ²
Lurdes Pereira Coutinho ³
Luís Pinto Melo ⁴

Resumo: A diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho incluiu a execução do contrato no objeto das suas normas. Surpreendentemente, este documento legal permite uma generosa modificação do objeto do contrato, a qual é muito dificilmente compatível com uma disciplina mínima da realização da despesa pública. Este artigo cobre o regime legal português anterior à transposição

¹ Ao longo deste texto será observada, na identificação de artigos legais, a regra gramatical nomeadamente enunciada por CELSO CUNHA e LINDLEY CINTRA (página 21, da sua obra *Breve Gramática do Português Contemporâneo*, Sá da Costa, Lisboa, 1998, 11ª edição), a qual estabelece: "na numeração de artigos de leis, decretos e portarias usa-se o ORDINAL até nove e o CARDINAL de dez em diante". Contudo, não surgirá cumprida essa regra quando o legislador, ou julgador, eles próprios, não a respeitaram, e isso conste de excertos diretamente reproduzidos. Para não modificar o texto a que se recorra.

² Doutor em Direito pelo Instituto Universitário Europeu (Florença) Professor da Universidade Lusíada; licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1980). Assistente e Professor do ISCTE (1980-2006); bolseiro do Governo Austríaco (1982-1983); membro da Comissão de Acompanhamento das Reprivatizações (1988-2011); professor do Instituto de Estudos Europeus da Universidade Católica Portuguesa (1997-2003); fundador e Presidente da Direção da Associação Forum Mercados Públicos (1997 ...).

³ Licenciada em Direito pela Universidade Portucalense; assistente convidada da Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho. Pós-Graduada em Ciências Empresariais (Universidade Católica, Porto, 1999) e em Contratação Pública (Cedipre, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009); desempenhou funções na área de contratação pública durante cerca de vinte e cinco anos, na administração local e central; desde 2016 é responsável, numa corretora de seguros, pela contratação com entidades públicas; é autora de diversas obras sobre contratação pública.

⁴ Licenciado em Direito pela Universidade Lusíada. Advogado.

das normas europeias (que foi feita pelo decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto) e compara-o com o mais recente. A principal conclusão que se retira desta análise é a de que estamos perante uma colisão de sistemas, cuja convivência se adivinha muito atribulada. Além disso, o conjunto de soluções legais nacionais, em Portugal, colocadas sobretudo nos artigos 50, 370 e 378, da versão atualmente em vigor do Código dos Contratos Públicos, trouxeram novos e graves problemas de interpretação, que podem vir a justificar novas alterações legislativas.

Palavras-chave: Trabalhos complementares; Variação de objeto dos contratos públicos; Declaração pré-contratual de erros.

Abstract: European Parliament and Council directive 2014/24/EU included contract execution within the scope of its rules. Surprisingly, this legal document allows generous variation of the contract object, which is hardly compatible with a minimum of financial discipline in public expenditure. This article covers the Portuguese legal regime prior to the transposition of the european rules (which was made through decree-law nr 111-B/2017, dated august 31), and compares it with the most recent one. The conclusion to be drawn from this analysis is that one is before a collision of normative systems, which coexistence is likely to be very turbulent. Furthermore, the whole of national legal solutions, in Portugal, inserted mainly in articles 50, 370 and 378 of the current version of the Public Contracts Code, brought along new and serious interpretation issues, which may give cause to new legal changes.

Keywords: European Parliament and Council directive 2014/24/EU; Portuguese Public Contracts Code.

Sumário: I. O modelo do anterior artigo 61, do Código dos Contratos Públicos. 1.1. Âmbito da presente reflexão. 1.2. Modelo, terminologia e respeito pelas regras constitucionais quanto ao processo legislativo. 1.2.1. Retificações. 1.3. Abrangência do dever de declaração. 1.4. A não obrigatoriedade de corrigir o preço base, ou quaisquer outras matérias imperfeitas ou inexatas, no caso de se aceitarem as pronúncias dos interessados. 1.5. Da correção do objeto contratual, à remuneração conseguida em resultado de contencioso posterior favorável ao adjudicatário.

II. As duas categorias de trabalhos excedentários, segundo a versão inicial do Código dos Contratos Públicos. 2.1. Trabalhos a mais e trabalhos de suprimento. 2.1.1. Trabalhos a mais. 2.1.2. Trabalhos de suprimento. 2.2.1. Os trabalhos cuja necessidade tivesse sido pré-contratualmente reconhecida em execução do artigo 61, versão 2008, não eram trabalhos de suprimento. 2.1.2.2. O universo completo dos trabalhos de suprimento versus a disciplina europeia dos trabalhos a mais. Trabalhos inelegíveis para co-financiamento pelos fundos estruturais. 2.2.2. O regime das modificações objetivas, nos termos dos artigos 311 a 315, do Código dos Contratos Públicos.

III. O nº 7, do artigo 43, do Código dos Contratos Públicos, e a portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho. 3.1. O nº 7, do artigo 43, do CCP. 3.2. A revogação expressa da portaria de honorários, pela portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho.

3.3. O que eram puras instruções, anexas à portaria de honorários, são, desde 2008, normas imperativas, que definem as qualidades positivas dos projetos. 3.4. Um projeto com erros, por ação ou omissão, é, desde a entrada em vigor da portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho, um projeto ilegal. 3.5. Apreciação do anterior artigo 61, do Código dos Contratos Públicos, à luz da portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho. 3.6. Até onde irá o desvalor da ilicitude do projeto deficiente? 3.6.1. A nulidade do caderno de encargos. 3.6.1.1. Alínea a), do nº 8, do artigo 43. 3.6.1.2. Alínea b), do nº 8, do artigo 43. 3.6.1.3. Alínea c), do nº 8, do artigo 43. 3.6.1.4. Alínea d), do nº 8, do artigo 43. 3.6.1.4.1. A noção de conteúdo obrigatório da portaria, segundo o nº 8, do artigo 43. 3.6.2. A sanção prevista nos novos números 9 e 10, do artigo 43. 3.7. A instrução de reclamações técnicas e financeiras dos empreiteiros, com base no desrespeito do disposto na portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho. 3.8. A responsabilidade da entidade adjudicante, além das normas do Código dos Contratos Públicos. 3.9. As regras de 2008 num universo em que o CCP, pelo menos aparentemente, não simpatiza com a conceção-construção.

IV. O caminho paralelo da legislação europeia e da regulação nacional, quanto à adjudicação de trabalhos excedentários em relação aos trabalhos contratuais. 4.1. A solução europeia para os trabalhos excedentários em relação aos trabalhos contratuais, de 1971 a 2014. 4.1.1. Na diretiva 71/305/CEE. 4.1.1.1. Um detalhe terminológico da legislação europeia. 4.1.2. Na diretiva 89/440/CEE. 4.1.3. Nas diretivas 93/37/CEE e 2004/18/CE. 4.1.4. Na diretiva 2014/24/UE (breve referência). 4.2. A regulação contemporânea do ajuste direto face a circunstâncias excecionais. A imprevisibilidade. 4.3. A noção nacional de trabalhos excedentários em relação aos trabalhos contratuais, de 1969 a 2017. 4.3.1. No decreto-lei nº 48871, de 19 de fevereiro de 1969. 4.3.2. No decreto-lei nº 235/86, de 18 de agosto. 4.3.3. No decreto-lei nº 320/90, de 15 de outubro. 4.3.4. No decreto-lei nº 405/93, de 10 de dezembro. 4.3.5. No decreto-lei nº 59/99, de 2 de março. 4.3.6. Na versão inicial do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo decreto-lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, e na alteração resultante do decreto-lei nº 149/2012, de 12 de julho (breve referência). 4.3.7. Na versão dada no decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto (breve referência). 4.4. A regulação simultânea do ajuste direto face a circunstâncias excecionais. A imprevisibilidade.

V. A jurisprudência financeira sobre trabalhos a mais. 5.1. A indispensabilidade do conhecimento deste acervo. 5.1.1. A dispensa, desde 2006, da remessa para efeitos de fiscalização prévia, de alguns adicionais ao Tribunal de Contas, e a estabilidade da jurisprudência sobre trabalhos a mais. 5.2. A aplicação dos vários requisitos para o reconhecimento dos trabalhos a mais, com realce para a verificação da “circunstância imprevista”. 5.3. Imprevisibilidade. 5.4. O Tribunal de Contas e a densificação do conceito de “circunstância imprevista”. A diferença para qualquer “circunstância não prevista”. 5.5. O Tribunal de Contas e a aplicação do artigo 312, do Código dos Contratos Públicos. 5.6. A necessidade de identificar a omissão de diligência por parte da entidade adjudicante, para

recusar a aplicação do conceito de “circunstância imprevista”.

VI. A reforma de 2017 e as suas consequências. 6.1. A mais recente reforma da legislação europeia. 6.2. A invasão do campo de execução do contrato. 6.3. As numerosas, e relevantes, modalidades de codificação do objeto do contrato na diretiva 2014/24/UE. 6.3.1. Modificação prevista nos documentos contratuais iniciais, de acordo com a alínea a), do nº 1, do artigo 72. 6.3.2. Modificação para que possam ser considerados trabalhos complementares os que não tenham sido previstos no contrato inicial, de acordo com a alínea b), do nº 1, do artigo 72. 6.3.3. Modificação que derive de uma necessidade que uma entidade adjudicante diligente não possa prever, de acordo com a alínea c), do nº 1, do artigo 72. 6.3.4. Modificação derivada da substituição do adjudicatário original por outro co-contratante, segundo o disposto na alínea d), do nº 1, do artigo 72. 6.3.5. Modificação derivada da previsão geral da alínea e), do nº 1, do artigo 72. 6.3.6. Modificação livre, segundo o disposto no nº 2, do artigo 72. 6.4. A surpreendente amplitude da possibilidade de alterações do objeto dos contratos prevista na diretiva 2014/24/EU, e os conceitos de “modificação substancial” e de “natureza global do contrato”. 6.5. A opção nacional e a definição geral de trabalhos complementares. 6.5.1. O regime do nº 2, do artigo 370, do CCP. 6.5.2. O regime do nº 4. do artigo 370, do CCP. 6.6. As diferenças entre o modelo europeu e o nacional. 6.6.1. A inexistência, na legislação nacional (e, em particular, no Código dos Contratos Públicos), de um conceito similar, ou equivalente, ao de “natureza global do contrato.” 6.6.2. A inexistência, na legislação nacional (e, em particular, no Código dos Contratos Públicos), de um conceito similar, ou equivalente ao de “alteração substancial do contrato”. 6.6.3. A inexistência, na legislação nacional (e, em particular, no Código dos Contratos Públicos), de casos de modificação objetiva que não estejam sujeitos a limites de valor. 6.6.4. A inexistência, na legislação nacional (e, em particular, no Código dos Contratos Públicos) da possibilidade de modificação objetiva relevante, segundo seu próprio clausulado. 6.6.5. A inexistência, na legislação nacional (e, em particular, no Código dos Contratos Públicos) da possibilidade de modificação objetiva, numa situação em que o adjudicatário mude. 6.6.6. A inexistência, na legislação nacional (e, em particular, no Código dos Contratos Públicos), de um regime de livre modificação do contrato, só contido pelo valor de incremento de despesa de 15% para as empreitadas e de 10% para os fornecimentos e serviços. 6.6.7. A inexistência, na legislação nacional (e, em particular, no Código dos Contratos Públicos), de solução compatível com o disposto na alínea b), do nº 1, do artigo 72. 6.6.8. A inexistência, na legislação nacional (e, em particular, no Código dos Contratos Públicos), de solução compatível com o disposto na alínea c), do nº 1, do artigo 72. 6.7. A compreensível relutância do legislador nacional em aceitar uma verdadeira transposição das soluções do artigo 72. 6.8. A impossibilidade de se reconhecer que tenha sido feita uma transposição, nos termos do artigo 288, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

VII. Onde cabem, nos trabalhos complementares, aqueles que derivem

da aceitação de reclamações do empreiteiro, ou tenha sido espontaneamente ordenada a sua execução pelo dono da obra? 7.1. Os trabalhos que estão em causa. 7.1.1. O nº 3, do artigo 378. 7.1.1.1. O âmbito de aplicação do nº 3, do artigo 378, face ao dever de declaração com o espetro previsto no nº 2, do artigo 50. 7.1.2. O nº 4, do artigo 378. 7.1.2.1. O âmbito de aplicação do nº 4, do artigo 378, face ao nº 3, do mesmo artigo. 7.1.3. Os trabalhos cuja necessidade seja espontaneamente reconhecida, e cuja execução seja ordenada, pelo dono da obra. 7.2. Característica comum aos três casos: todos existem sem necessidade de resultarem de situações de imprevisibilidade, ou de imprevisão densificada. 7.3. A posição dos empreiteiros, face ao disposto nos números 3 e 4, do artigo 378. 7.4. Nova categoria de trabalhos complementares, interpretação alargada do nº 2, do artigo 370, ou alteração legislativa. 7.4.1. Nova categoria de trabalhos complementares. 7.4.2. Interpretação alargada do nº 2, do artigo 370. 7.4.3. Alteração legislativa?

I. O modelo do anterior artigo 61, do Código dos Contratos Públicos.

1.1 Âmbito da presente reflexão.

Apesar do tema dos trabalhos complementares, com o decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto, se estender, em conceitos correspondentes, para os contratos públicos de serviços (artigo 454, do Código dos Contratos Públicos) e mesmo aos contratos públicos de fornecimento de bens (artigo 438, do CCP), **este estudo centrará a sua atenção essencialmente no regime desses trabalhos complementares na execução de empreitadas de obra pública.** E, quanto à legislação europeia, **na diretiva 2014/24/UE**, aplicável à generalidade dos entes públicos, indistintamente dos seus setores de atividade. Surgirão, neste texto, referências a outros diplomas e respetivos regimes, mas só a título auxiliar, ou brevemente comparativo.

Importa também precisar que a análise que aqui será feita, **está vocacionada para procedimentos pré-contratuais que impliquem concorrência.** E autêntica. Ou seja, a apreciação de todas as consequências jurídicas para um contrato de empreitada de obra pública adjudicado em **ajuste direto** não seria exatamente a mesma, ainda que muito das considerações produzidas lhe sejam aplicáveis. Não porque as normas aplicáveis à modificação objetiva de uma empreitada contratada em ajuste direto sejam diferentes das outras, mas porque se antecipa, numa perspetiva otimista, que quando as partes acordem através de um ajuste direto, façam uma adaptação muito mais rigorosa às reais condições de execução da obra.

1.2. Modelo, terminologia e respeito pelas regras constitucionais quanto ao processo legislativo.

Com o advento do Código dos Contratos Públicos, veio também o regime

de declaração pré-contratual de erros que os interessados detetassem no caderno de encargos. Passou a existir uma disciplina concreta para regular, em sede de contratação pública, as consequências do que o direito civil há muito identifica na figura de *erro conhecido*. Por aqui começaremos a análise da evolução legislativa que desaguou no regime de trabalhos complementares, trazido para o ordenamento jurídico português pela reforma de 2017.

Neste texto nunca será utilizada a expressão “erros e omissões”, porque, em português, o erro não se opõe, enquanto conceito, a omissão. Erro opõe-se a exatidão. Omissão opõe-se a ação. Por isso, é adequado que se mencione, enquanto figura jurídica, erro por ação ou omissão. O erro é uma **deficiente compreensão ou representação de facto ou de direito**. Pela mesma razão, não se mencionará a infeliz expressão *trabalhos de suprimento de erros e omissões*, mas unicamente *trabalhos de suprimento*, a qual, como se verá do texto seguinte, chega perfeitamente, agora a título *póstumo*, para a identificação do que quisermos, em cada caso, significar.

1.2.1. Retificações.

Noutra vertente, dada a proliferação e a amplitude das retificações tanto à versão inicial do CCP, como à que resultou da reforma de 2017, fique claro que **utilizaremos, no comentário às normas do artigo 61, a que resultou do decreto-lei nº 378/2009, de 2 de outubro, que repetiu (discretamente ...) o conteúdo da declaração de retificação nº 18-A/2008, de 28 de março**. Mas que também fique a nota da nossa *surpresa* perante tão expressivas alterações aos textos originalmente publicados, se comparados com aqueles novos que constam das *declaradas* retificações.

Ao tempo de publicação da versão original do CCP, estava vigente o decreto-lei nº 162/2007, de 3 de maio, no qual a alínea h), do nº 1, do artigo 4º, afirmava que (os sublinhados, seja neste diploma seja em muitos outros, ao longo deste artigo, são sempre de nossa responsabilidade) - “1. *Sem prejuízo das competências que lhe sejam conferidas por lei ou que nele sejam delegadas ou subdelegadas, compete ao director do CEJUR: (...) h) Promover, nos termos da lei e de acordo com as orientações do membro do Governo competente, as rectificações para correcção de erros materiais provenientes de divergências entre o texto original e o texto impresso dos diplomas publicados no Diário da República*”. Em 2017, por efeito da alínea h), do nº 1, do artigo 4º, do decreto-lei nº 4/2012, de 16 de janeiro, na redação dada pelo decreto-lei nº 41/2013, de 21 de março, cabe ao secretário-geral da Presidência do Conselho de Ministros: “h) Promover, nos termos da lei e de acordo com as orientações do membro do Governo responsável pelo processo legislativo, as retificações para correção de erros materiais provenientes de divergências entre o texto original e o texto impresso dos diplomas publicados no Diário da República”.

Se observarmos de perto como foram introduzidas as retificações, vemos que, em 2008, o diretor do CEJUR invocou exatamente a alínea h), do nº 1, do

artigo 4º, do decreto-lei nº 162/2007, de 3 de maio. Na parte final indicava que o teor da suposta retificação resultava de uma declaração da *entidade emitente*, com o mesmo conteúdo.

Na primeira retificação de 2017, o texto introdutório, depois de invocar as normas legais habilitantes (que são as que colocámos imediatamente atrás), é, na parte final, o seguinte: “(...) o decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto (...) saiu com as seguintes inexactidões, que, mediante declaração da entidade emitente, assim se retificam: (...)”.

Mas, na segunda retificação ao decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto (que é apresentada como *retificação à primeira retificação* ...) a sua **introdução não se esgotou nas invocações legislativas anteriores**. Com efeito, além da identificação dos decretos habilitantes, a introdução à retificação tem o seguinte texto: “(...) conjugadas com o disposto no nº 4, do artigo 12º do Regulamento de Publicação de Atos no Diário da República, aprovado pelo Despacho Normativo nº 15/2016, de 21 de dezembro, declara-se que a Declaração de Retificação nº 36-A/2017, de 30 de outubro, publicada no Diário da República, 1ª Série, nº 209, 2º suplemento, de 30 de outubro de 2017, saiu com inexactidões que, mediante declaração da entidade (é assim que está no texto, nota nossa) retificam-se, republicando-se integralmente, na versão corrigida, em anexo à presente declaração de retificação, da qual faz parte integrante”. **Ninguém assina a republicação !**

A invocação do despacho normativo nº 15/2016 parece ser feita para justificar a **republicação integral** da anterior declaração de retificação, - tornando desnecessariamente trabalhosa a identificação da matéria que retifica a retificação -, mas o certo é que tal regulamento contém **outras normas de grande interesse para esta temática**. Com efeito, no nº 1, do seu artigo 4º, sob a epígrafe de *transmissão eletrónica de dados*, dispõe que: “1. Os atos sujeitos a publicação nas 1ª e 2ª séries do Diário da República são obrigatória e exclusivamente transmitidos por via eletrónica, através do editor de atos disponibilizados pela INCM (...). depois, vêm identificados requisitos de segurança, aparentemente rigorosos. No nº 3, do mesmo artigo, afirma-se que: “3. Os atos submetidos pelo Governo para publicação na 1ª série do Diário da República são obrigatoriamente submetidos através de plataforma eletrónica credenciada, mediante comunicação do membro do Governo responsável pela edição do Diário da República ao conselho de administração da INCM”. Mais ainda, no mesmo regulamento, encontramos um conjunto de disposições organizadas sob a epígrafe *retificações* (artigo 12), de onde constam regras sobre tais atos. Assim, no nº 1, do mesmo artigo, o despacho normativo afirma: “As retificações de atos publicados na 1ª série do Diário da República obedecem ao disposto no artigo 5º, da Lei nº 74/98, de 11 de novembro, alterada e republicada pela Lei nº 43/2014, de 11 de julho”.

E o que diz a norma invocada para delimitar o seu campo regulamentar, ou seja, o artigo 5º, da Lei nº 74/98, de 11 de novembro, na redação dada pela lei nº 43/2014, de 11 de julho? Isto, no seu nº 1: “1. As retificações são admissíveis exclusivamente para correção de lapsos gramaticais, ortográficos, de cálculo

ou de natureza análoga ou para correção de erros materiais provenientes de divergências entre o texto original e o texto de qualquer diploma publicado na 1ª série do Diário da República e são feitas mediante declaração do órgão que aprovou o texto original, publicada na mesma série". Uma redação (introduzida pela lei nº 26/2006, de 30 de junho, e repetida pela lei nº 43/2014, de 11 de julho) que **aggravou os termos** que constavam do nº 1, do artigo 5º, na versão inicial da lei nº 74/98, de 11 de novembro, que eram: *"1. As retificações são admissíveis exclusivamente para correção de erros materiais provenientes de de divergências entre o texto original e o texto impresso de qualquer diploma publicado na 1ª série do Diário da República (...).* Tudo na sequência de normas constantes de diplomas mais antigos (artigo 6º, da lei nº 6/83, de 29 de julho, artigo 4º, do decreto-lei nº 3/83, de 11 de janeiro, artigo 5º, da lei nº 8/77, de 1 de fevereiro, e artigo 5º, da lei nº 3/76, de 10 de setembro).

Para além das óbvias dúvidas sobre o conceito de *entidade emitente* (um decreto-lei é aprovado pelo conselho de ministros, e não por qualquer ministro isoladamente; um ministro não "emite" normas formalmente legislativas), utilizada, entre outros, pelo despacho normativo nº 15/2016, o âmbito das retificações **está bem definido e fortemente limitado** (sobretudo desde a precisão trazida para o ordenamento pela lei nº 26/2006, de 30 de junho). Como não podia deixar de ser, num **Estado de Direito**.

Portanto, e concluindo por aqui, temos um **estranho cenário** em que documentos eletrónicos únicos são publicados com alterações, invocando de correção de erros materiais, alterações por vezes numerosas, e, até, generosas. E, de duas uma: se foi a INCM que cometeu os erros, eles podem ser retificados. Mas se foi a *entidade emitente*, ou como deve ser, o conselho de ministros, se está em causa um decreto-lei, a enviar um texto com erros, **eles não são retificáveis**. Neste último caso, **só a alteração do próprio diploma o permite**, constitucionalmente.

1.3. Abrangência do dever de declaração.

Segundo a versão original do Código dos Contratos Públicos, aquela em que, pela primeira vez, se regulou pré-contratualmente o esclarecimento reforçado do objeto do vínculo que se quisesse estabelecer, **o legislador não se poupou na descrição factual do que lhe interessava**.

Segundo o disposto no nº1, do artigo 61, era disposto que (os sublinhados são nossos): *"1. Até ao termo do quinto sexto do prazo fixado para a apresentação das propostas, os interessados devem apresentar ao órgão competente para a decisão de contratar uma lista na qual identifiquem, expressa e inequivocamente, os erros e omissões do caderno de encargos detectados e que digam respeito a: a) Aspectos ou dados que se revelem desconformes com a realidade; ou b) Espécie ou quantidade de prestações estritamente necessárias à integral execução do objecto do contrato a celebrar, ou; c) Condições técnicas de execução do objecto do contrato a celebrar que o interessado não considere exequíveis."*

Com este espectro tão vasto, o que ficou verdadeiramente em crise, para as empreitadas, foi **a noção do que seria, para o legislador, um projeto com um mínimo de qualidade**. O que, neste particular, seria exigível a projetistas e donos de obra. Logo, **exatamente o contrário** do que dispôs, alguns meses volvidos, a portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho. Com efeito, se o artigo 61 aceitava que um projeto fosse patenteado integrando *aspectos ou dados desconformes com a realidade*, fosse qual fosse a dimensão da(s) desconformidade(s), qual o nível de exigência que se aceitaria para o documento fundamental de realização de uma obra pública? Se se admitia como normal que as quantidades ou a espécie dos trabalhos estivessem erradas, sem qualquer limite para tais erros, - ao mesmo tempo que era eliminado o contrato de empreitada com pagamento por série de preços, - quem é que tinha de fazer as medições do projeto, o projetista ou o empreiteiro? Se as condições técnicas de execução poderiam ser inexequíveis, como se poderia desencadear um procedimento para adjudicar um contrato que seria pago com recursos públicos, sem que tudo fosse obrigatoriamente corrigido, antes do vínculo contratual ser estabelecido, e uma concorrência séria fosse estabelecida ?

Tínhamos, assim, com a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos uma disciplina nacional **profundamente desequilibrada, remetendo para quem não fazia** (o empreiteiro só tem a obrigação de elaborar o projeto de execução, nos casos da conceção-construção, objeto da nossa atenção no **número III.7.**, deste texto), **o ónus de resolver os problemas de quem tinha a obrigação de elaborar o projeto**. E depois de muitos especialistas perorarem, abundantemente e durante várias décadas, sobre a **falta de qualidade dos projetos** como razão principal para a derrapagem de custos na execução dos contratos públicos, aquilo que a lei ofereceu, com o CCP, **foi a aceitação do grau zero de qualidade como algo banal**. Instrumental, mesmo, para o desejado esclarecimento do objeto do futuro contrato. E até manipulável, como era feito na imputação de responsabilidades conforme o anterior artigo 378, do Código.

Toda esta filosofia se manteve na reforma de 2017, a qual acabou por confirmar o sentido da *ampliação deste larguíssimo espectro*, que havia sido produzida pelo decreto-lei nº 149/2012, de 12 de julho. Na verdade, em 2012 adicionou-se uma nova alínea, no nº 1, do artigo 61, - a b), com o seguinte texto: *“Erros e omissões do projecto de execução que não se incluíam na alínea anterior”*. A alínea anterior, aqui referida, inclui toda a matéria que estava incluída nas várias alíneas do nº 1, do artigo 61, que foi atrás reproduzida. Em 2017, encontra-se, na quarta alínea do nº 2, do artigo 50, a expressão: *“d) Erros e omissões do projeto de execução que não se incluíam das alíneas anteriores.”*

Portanto, uma solução de continuidade, respeitando ainda o agravamento da base de incidência do dever de declaração !

O limite do dever de declaração era, em 2008, unicamente balizado pelo disposto no nº 2, do artigo 61. Matéria que, em 2017, foi transportada para os números 3 e 4, do artigo 378.

1.4. A não obrigatoriedade de corrigir o preço base, ou quaisquer outras matérias que estivessem imperfeitas ou inexatas, no caso de se aceitarem as pronúncias dos interessados.

O princípio da boa fé já estava, muito antes de 2008, no texto constitucional, vinculando a Administração Pública. No nº 2, do seu artigo 266. E é algo que entrou na linguagem jurídica corrente, sendo parte do património da própria vida do nosso Estado de Direito.

Para utilizar um elemento muito recente, no CPA de 2015 (aprovado pelo decreto-lei nº 4/2015, de 7 de janeiro) encontramos desenvolvido tal princípio, em termos muito esclarecedores. Vejamos o seu artigo 10: “1. *No exercício da atividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa fé.* 2. *No cumprimento do disposto no número anterior, devem ponderar-se os valores fundamentais do Direito relevantes em face das situações consideradas, e, em especial, a confiança suscitada na contraparte pela atuação em causa e o objetivo a alcançar com a atuação empreendida*”. Aceita-se que este conjunto de regras representa a sedimentação de algo que integra, naturalmente, o comportamento da Administração Pública. E de quem com ela se relaciona.

Transportado o princípio da boa fé para a contratação pública, e, mais, para o detalhe do procedimento pré-contratual, ele implica que os administrados (neste caso, os interessados em poder vir a merecer a adjudicação) **têm o direito de acreditar em que o preço base que tenha sido definido, seja o resultado de uma operação cuidadosa, para que possa propiciar uma concorrência adequada**, em proveito do interesse público. Um **orçamento** feito sobre um documento produzido com respeito pelo disposto na portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho.

Suponhamos que, em aplicação do anterior artigo 61 (ou do atual artigo 50), um interessado declarou uma série de erros, por ação ou omissão, e a entidade adjudicante lhe deu, ainda que parcialmente, razão. **Normal seria que, em consequência, tal entidade tivesse de corrigir o preço base, sempre que, como é regra, existissem consequências financeiras.** Por muito singelo exemplo, imaginemos que o erro era nas quantidades. Para executar 100, o preço base tinha calculado X. Se, afinal, o interessado tivesse conseguido demonstrar que a quantidade correta e indispensável era de 120, por que não foi tornado obrigatório que esses 20 excedentes tivessem de ser compulsados no cálculo do preço?

É que na versão inicial do CCP, em 2008, do nº 5, do artigo 61, ainda que houvesse a aceitação expressa da verificação de erros (ou *erros e omissões* ...) reportados pelos interessados, não era imposta a obrigação de a entidade adjudicante indicar o modo de suprimento de tais irregularidades patenteadas. Tal era mesmo imputado ao interessado que, na veste de concorrente, deveria indicar os termos do suprimento de tais erros ! E em separado, na sua proposta. Situação que se alterou com o decreto-lei nº 149/2012, de 12 de julho. Na redação

aí conferida ao nº 6, do então artigo 61, passa a constituir uma obrigação da entidade adjudicante. Todavia, sabe-se bem que, na prática, raros foram os casos em que aquele acolhimento se repercutiu numa correção do preço base.

Mas o problema não se fica por aqui, porque pode ser **muito mais grave quando o erro se situasse em condições técnicas de execução inexecutáveis, ou em que faltasse uma tarefa essencial**. Uma obra mal concebida, com erros, por ação ou omissão, com uma execução deficientemente descrita, como pode ser concursada sem que a entidade adjudicante corrija o que esteja mal? É que, frequentemente, sem corrigir erro e projeto, nem se consegue antecipar as respetivas consequências. Também aqui, a entidade adjudicante poderia aceitar que o interessado tinha razão, mas, ainda assim, podia ficar tudo na mesma, em sede de objeto do procedimento. Distorcendo uma séria comparação das propostas, que se fariam quanto a um objeto inquinado e em crise. Tudo em benefício da *velocidade eletrónica do procedimento*, a vedeta de 2008.

E não se diga, argumentando em sentido oposto, que o facto de muitas vezes serem apresentados preços muito mais baixos do que os fixados no preço base, como ocorreu, com especial intensidade, durante o período da mais recente crise, legitime a disfunção atrás apontada. Ou seja, mesmo que a entidade adjudicante não adotasse a atitude **séria e de boa fé** de corrigir a sua própria estimativa, **como os preços oferecidos estavam a ser muito mais baixos do que o preço base, não haveria a necessidade de corrigir uma estimativa que a própria entidade adjudicante considerasse errada**. Ou seja, a incorreção do cálculo do preço base seria escondida pela apresentação de preços anormalmente baixos, e preços desse nível tornariam irrelevante o erro no cálculo do preço base. Tudo normal, portanto.

Só que esse argumento de nada serve, sobretudo porque o próprio Código continha, desde o início, normas que **davam bom acolhimento ao aviltamento dos preços**. Tal era resultado do convite objetivamente feito pelo nº 1, do seu artigo 71 (consideradas propostas anormalmente baixas as que fossem 40% ou mais inferior ao fixado no caderno de encargos no caso dos contratos de empreitada de obra pública, e 50% ou mais, no caso dos procedimentos para adjudicar contratos públicos de fornecimento de bens ou de prestação de serviços), em que a frequência com que concorrentes desesperados apresentavam ofertas financeiras que não cobriam, sequer, os custos da execução do contrato, era muito grande. O jogo estava, assim, viciado desde o princípio, e só faltaria, agora, que esta situação fosse considerada como uma *virtude* que maquilhasse a evidente desatualização do preço base, quando a entidade adjudicante aceita, total ou parcialmente, a declaração pré-contratual obrigatoriamente feita.

Existe, assim, uma trilogia nefasta entre o erro de projeto, a sua não valorização num cálculo sério e rigoroso do preço base e a triste realidade da apresentação sistemática de preços abaixo do preço de custo.

Sobre a correção do preço base mal calculado, a única solução que o Código dos Contratos Públicos encontrou para esta situação foi indireta, e,

manifestamente, insuficiente. No artigo 64, nº 2 (versão 2008), a propósito da prorrogação de prazos de apresentação das propostas, afirmou-se que *caso a prestação de esclarecimentos implicassem a alteração de aspetos fundamentais das peças do procedimento*, a prorrogação seria obrigatória. **Caso implicassem, o que significa que em caso algum seria imperativa tal alteração, mesmo aceitando a irregularidade.**

Tudo isto se manteve com a reforma de 2017, como se constata, sem qualquer dúvida ou dificuldade, na redação do atual artigo 64, nº 2, conjugado com o novo texto do artigo 50, nomeadamente no seu nº 6.. Se levada a sério, pode ou não por em causa, pelo menos em parte, a fundamentação que *a priori* sustentou a determinação do preço base. Não sendo assim agora o convite ao aviltamento sairá da solução permitida pela nova redação do nº 1, do artigo 71. Ou seja, dará, certamente, o resultado oposto daquele que o legislador aparentemente terá desejado.

1.5. Da correção do objeto contratual à remuneração conseguida em resultado de contencioso posterior favorável ao adjudicatário.

Apesar do artigo 61 pretender que, por sua operação, se atingisse um esclarecimento complementar do objeto contratual, certo é que separou o que seria a parte que caberia ao empreiteiro, e aquela que era reservada ao dono da obra. Porque tanto é objeto a obra a realizar, como o preço a, por tal, pagar.

Em concreto, e em sequência lógica (mas reiteradamente desequilibrada) da não obrigatoriedade de correção do preço base, a lei separou (e, aparentemente, continua a separar) **entre o que era o novo objeto e o que não era a nova remuneração**. No fundo, transformou o contrato de empreitada de obra pública em só **parcialmente oneroso**, em pura contradição das definições europeia (afirmação geral de que os contratos públicos são celebrados a título oneroso, alínea 5, do nº 1, do artigo 2º, da diretiva 2014/24/UE) e nacional (nº 1, do artigo 343, do CCP, para as empreitadas, inalterado em 2017), por meio de um **regime indireto de responsabilidade objetiva**. Se com isto se incrementou a liberdade contratual, como sustenta entusiasticamente o preâmbulo do decreto-lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, estaríamos perante um resultado ainda mais estranho.

O que queremos apontar, neste passo, é que se o empreiteiro, tendo declarado, ou não, trabalhos cujo reconhecimento de necessidade de execução esteja em disputa, vier a ter vencimento num contencioso, judicial ou arbitral, e lhe for conferido direito a remuneração pela execução desses trabalhos, isso representará que, para além da descrição **anterior** do artigo 370, **outros trabalhos de suprimento podem existir, além dos que estão previstos nessa descrição legal**. Seriam trabalhos de suprimento reconhecidos em momento bastante posterior à fase pré-contratual, mas não resultam de só se ter percebido, em plena execução, que deles havia necessidade. O mal estava feito antes. A decisão sobre a esta correção seria a única coisa posterior. Portanto, há que distinguir, como

faremos neste texto, entre as classificações formais (**número II.1.1.**), e a realidade do esclarecimento do objeto.

II. As duas categorias de trabalhos excedentários, segundo a versão inicial do Código dos Contratos Públicos.

2.1. Trabalhos a mais e trabalhos de suprimento.

O modelo resultante das redações anteriores para os artigos 61 e 370 a 378, vivia da divisão do universo dos trabalhos excedentários, entre dois tipos de trabalhos: *trabalhos a mais* e *trabalhos de suprimento*.

Se outras consequências não tivesse esta dicotomia normativa, pelo menos dever-se-ia depreender que não havia trabalhos que merecessem uma dupla classificação. Por exemplo, um trabalho que fosse necessário devido a uma circunstância imprevista também não constava do contrato inicial, mas teria sempre de ser um trabalho a mais, ainda que tivesse naturais consequências sobre o conteúdo do projeto (*vide* nº 4, do anterior artigo 370). Porém, durante o período de vigência deste modelo, que cessou com a reforma de 2017, era frequente ver donos de obra tentarem alterar a qualificação dos trabalhos excedentários, conforme os seus interesses. Um dos casos mais repetidos era o de, perante um evidente trabalho a mais, tentar classificá-lo como um trabalho de suprimento, algo que deveria ter sido declarado na fosse pré-contratual. O intento era pura e simplesmente, não pagar o que era devido. O problema é que o dono de obra confessava uma falha da qual, perante o Tribunal de Contas, os seus representantes iriam responder.

2.1.1. Trabalhos a mais.

Os primeiros trabalhos excedentários mantinham a definição legal anterior, como se confirma do teor do nº 1, do artigo 370 – “1. São trabalhos a mais aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato e que: a) Se tenham tornado necessários à execução da mesma obra na sequência de uma circunstância imprevista; e b) Não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objecto do contrato sem inconvenientes graves para o dono da obra ou, embora separáveis, sejam estritamente necessários à conclusão da obra.”

O enquadramento absoluto (pela definição positiva do seu estatuto) e relativo (pela sua posição face aos trabalhos de suprimento) era razoavelmente claro. E tinha um lastro jurisprudencial, dado na jurisdição financeira, que o tornava denso, facilitando a sua interpretação, e consequente aplicação.

Era porque aquilo que o legislador de 2008 quis foi **criar uma nova categoria, os trabalhos de suprimento, sem perturbar a regulação da anteriormente existente**. Logo, não tinha necessidade de tocar no que era a definição de trabalhos a mais. Sobre a interpretação das normas definidoras deste instituto, ver a parte V., neste texto, com a identificação da jurisprudência financeira.

2.1.2. Trabalhos de suprimimento.

Os trabalhos de suprimimento, apesar de serem uma inovação muito salientada pelo legislador (*vide* preâmbulo do decreto-lei nº18/2008, de 29 de janeiro, que aprovou o Código dos Contratos Públicos) **nunca mereceram uma definição positiva**, antes estando distribuídas por numerosas disposições o seu regime. Com efeito, surge, na versão de 2008, a referência a esse tipo de trabalhos no nº 2, e no nº 4, do artigo 61. Depois, há numerosas referências, nos artigos 376, 377 e 378, para descrever o respetivo regime jurídico. Mas, repetimos, **sem que haja uma definição substantiva do conceito**, ao contrário do que ocorria com o de trabalhos a mais (antes e depois do CCP). Na alteração dada pelo decreto-lei nº 149/2012, de 12 de julho, foram alterados, neste particular, os artigos 376, 377 e 378, mas também sem introduzir qualquer definição.

A relação entre os dois tipos de trabalhos excedentários era a estabelecida no nº 4, do artigo 370. Que tinha o seguinte texto (inalterado em 2012): “4. *Não são considerados trabalhos a mais aqueles que sejam necessários ao suprimimento de erros e omissões, independentemente da parte responsável pelos mesmos*”. E a necessidade de realização de trabalhos de suprimimento resultaria, ora da aceitação de reclamação do empreiteiro, nos termos do **nº2**, do anterior artigo 61, ou da ação espontânea nesse sentido, do dono de obra, executando o artigo 371, do CCP.

Esta norma, além de propiciar um critério de divisão dos conceitos em causa, tinha dois outros objetivos: a) constituir a **novidade** do CCP, como se daqui resultasse qualquer melhoria da qualidade da contratação, depois de ter sido muito afetada pela abrangência do âmbito do dever de declaração, degradando, como nunca se havia visto até aqui, a qualidade exigível aos projetos; b) facilitar a **incriminação** perante o Tribunal de Contas, em sede de responsabilidade financeira, de todos os que participassem no reconhecimento da necessidade de execução de trabalhos de suprimimento. Este último aspeto passou, inicialmente, despercebido, mas rapidamente se constatou ao que conduzia o regime dos trabalhos de suprimimento (do CCP) somado à reforma da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, produzida pela lei nº 48/2006, de 29 de agosto. Basta a lista de auditorias que a 1ª secção do Tribunal passou a fazer, conforme ia recebendo os adicionais que tinha ficado dispensados de sujeição a *visto*, e, detetando irregularidades, aplicava, de imediato, as correspondentes multas. O que começou a fazer logo em 2006, e teve um desenvolvimento importante a partir de 2008/2009.

O Código dos Contratos Públicos, ao criar a nova categoria de trabalhos de suprimimento, com a generosa taxa inicial de 45% sobre o preço contratual (o que sofreu alteração com o decreto-lei nº 149/2012, de 12 de julho), convidava os donos de obra a confessar os erros de projeto que haviam escapado ao crivo do anterior artigo 61. À primeira vista, seria uma ajuda à conclusão da obra, dado que passava a existir uma nova possibilidade de colmatar os defeitos que o projeto tivesse. Porém, para formalizarem a necessidade de realização de trabalhos de

suprimento, aquilo que os donos de obra (melhor, os seus representantes) tinham de assumir era que haviam incorrido em erro, e com algum nível de gravidade. Logo, remetiam os adicionais para o Tribunal de Contas, devidamente instruídos com a justificação que os tornava alvos, pelo menos, de processos de multa.

É evidente que, tendo sido extinta a categoria dos trabalhos de suprimento, tudo quanto diz respeito a esta temática perde grande parte da sua importância. Porém, dado o complexo exercício interpretativo que é exigido para compreender, e aplicar, o que dizem, em conjunto, os artigos 50, 370 e 378 (todos como novas redações em 2017), a comparação com o que lhes pré-existia deve ser feita. Por exemplo, a instituição (em 2008, mas continuado em 2017) do sistema de responsabilidade que visava não pagar trabalho efetivamente executado, era feito através da desmultiplicação de trabalhos de suprimento por várias subcategorias. No modelo do anterior artigo 378 (que foi alterado pelo decreto-lei nº 149/2012, de 12 de julho), tanto eram trabalhos de suprimento os que deviam ser pagos pelo dono de obra (nº 1, desse artigo), como os que era da responsabilidade do empreiteiro, e que apresentassem uma relação direta com a declaração obrigatória do anterior artigo 61 (números 3 a 5, do mesmo artigo). Neste último caso, tanto poderiam ser remunerados, como não. Como apontámos atrás, o legislador de 2008 (e o de 2017 quis fazer o mesmo, mas temos dúvidas que o tenha conseguido) manipulou o carácter oneroso do contrato de empreitada. Uma vez respeitou-o, noutras prescindiu dele.

2.1.2.1. Os trabalhos cuja necessidade tivesse sido pré-contratualmente reconhecida em execução do artigo 61, versão 2008, não eram trabalhos de suprimento.

Na versão inicial do Código dos Contratos Públicos, tal como consta da declaração de retificação nº 18-A/2009, e depois legislado pelo decreto-lei nº 278/2009, de 2 de outubro, cremos ser pacífico não serem, em primeira classificação, trabalhos de suprimento aqueles que a entidade adjudicante considerasse como necessário, em aceitação de declarações pré-contratuais dos interessados. Com efeito, esses trabalhos seriam, bem ou mal, incluídos, desde logo, no objeto contratual inicial. Coisa diferente, como vimos (**número I.V.**, neste texto), era o estatuto de trabalhos de suprimento cujo reconhecimento estivesse em disputa. Uma futura decisão judicial, ou arbitral, poderia considerar correta a qualificação que era dada pelo empreiteiro, e determinar a correspondente remuneração integral. Logo, teriam o essencial do regime dos trabalhos de suprimento, mas *a posteriori*.

Logo, verdadeiros trabalhos de suprimento eram aqueles que, antes do mais, resultavam da previsão do nº 2, do artigo 61, a qual (retificada em março de 2008, e legislada em 2009), afirmava: *“Exceptuam-se do disposto no número anterior os erros e omissões que os interessados, atuando com a diligência objetivamente exigível em face das circunstâncias concretas, apenas pudessem detectar na fase de execução do contrato.”*

2.1.2.2. O universo completo dos trabalhos de suprimento versus a disciplina europeia dos trabalhos a mais. Trabalhos inelegíveis para co-financiamento pelos fundos estruturais.

A novidade do CCP, os trabalhos de suprimento, tinham ainda outro problema de enquadramento. É que **não eram compatíveis com a definição europeia de trabalhos a mais**, que era a principal modalidade de modificação do objeto (ao contrário do que agora sucede, por consequência do disposto no artigo 72, da diretiva 2014/24/UE, que regulou, e desmultiplicou, tais oportunidades). Nem havia qualquer outra categoria de variação do objeto, na legislação europeia.

E é extremamente simples de confirmar a afirmação atrás feita, por mero recurso ao teor do nº 4, do artigo 31, da diretiva 2004/18/CE, que estava em vigor à data da publicação do CCP (ironicamente, o CCP deveria mesmo ter promovido a transposição das regras dessa diretiva ...). Nessa alínea afirma-se que *“As entidades adjudicantes podem celebrar contratos públicos recorrendo a um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio, nos seguintes casos: (...) 4. No caso dos contratos de empreitada de obras públicas e dos contratos públicos de serviços: a) Relativamente a obras ou serviços complementares que não constem do projecto inicialmente previsto nem do contrato inicial e que se tenham tornado necessários, na sequência de uma circunstância imprevista, para a execução da obra ou a prestação de serviço neles descritos, na condição de o adjudicatário ser o mesmo operador económico que executa a referida obra ou o referido serviço – quando essas obras ou esses serviços complementares não possam ser técnica ou economicamente separados do objecto de contrato inicial sem grande inconveniência para as entidades adjudicantes ou – quando essas obras ou esses serviços, embora possam ser separados do objeto do contrato inicial, sejam absolutamente necessários à sua conclusão. Contudo, o valor total dos contratos relativos a obras ou serviços complementares não pode exceder 50% do montante do contrato inicial.”*

Esta definição clássica de trabalhos a mais servia para a definição das regras de penalização quanto ao co-financiamento pelos fundos estruturais. Da decisão da Comissão, de 19 de dezembro de 2013, *relativa à definição e à aprovação das orientações para a determinação das correcções financeiras a introduzir nas despesas financiadas pela União no âmbito da gestão partilhada, em caso de incumprimento das regras em matéria de contratos públicos*, e, em particular, do teor das páginas 18 e 19, do seu anexo, que contém as orientações a propósito, mostra bem que não havia espaço para a comparticipação de despesas como as necessárias com o pagamento de trabalhos de suprimento. **Terá valido a pena comprar este risco adicional, se apreciado pelas suas consequências durante os nove anos em que vigorou?**

2.2. O regime das modificações objetivas nos termos dos artigos 311 a 315, do Código dos Contratos Públicos.

Tendo em conta o tema de principal interesse para este texto, optámos por entrar, diretamente, no detalhe dos regimes dos trabalhos a mais, e dos trabalhos

de suprimento. Porém, na sistemática do CCP, antes das normas que disciplinam alguns contratos administrativos, em concreto (título II, da parte III), existem regras gerais sobre o regime geral dessa categoria de contratos. Estão elas no título I, da mesma parte III. E aí estão organizados cinco artigos (do 311 ao 315).

Que a contratação de trabalhos a mais e dos trabalhos de suprimento constituíam modificações objetivas, face ao contrato inicial, é algo que não suscita dúvida. Mas serão coerentes os dois conjuntos normativos, entre si? Aqui, a resposta já é bem mais complexa.

Vejam os artigos a que se dirigem os referidos artigos :

- a) O 311, epígrafado simplesmente *modificações objetivas*, tem um conteúdo multifacetado; o nº 1 diz **como se pode efetuar** a modificação objetiva (por acordo entre as partes, obrigatoriamente assumindo a forma de contrato), e o nº 2 contém um **fundamento** (razões de interesse público), que, sendo invocado, permite que a modificação objetiva seja produzida por ato administrativo ;
- b) o 312, na versão original, só previa modificações objetivas por *motivos limite* (alteração de circunstâncias e novamente razões de interesse público, mas relacionadas com novas necessidades, ou nova ponderação das circunstâncias existentes); na redação dada pelo decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto, foi acrescentado, no corpo do artigo 312 a expressão **nas condições nele previstas** (nela, o contrato), o que abre campo para uma significativa desorganização do conceito de modificações objetivas; na verdade, parece um convite aos contraentes públicos para anteciparem casos de modificação, que serão, por natureza, fora da dramática descrição das alíneas do mesmo artigo 312; e pouco tem a ver com a filosofia original, que, como referimos, estava endereçada a *casos limite*;
- c) o artigo 313 refere os limites da operação das modificações objetivas (também foi alterado em 2017), mas, no contexto desses limites, excepciona tudo quanto diga respeito ao regulado nos contratos em especial (nº 3, deste artigo 311) ;
- d) o artigo 314, igualmente sujeito a alteração, em 2017, refere as consequências da modificação objetiva, parecendo que serão só as que digam respeito às diretamente regulada entre os artigos 311 a 315, e não as maioritárias, constantes da parte dos contratos em especial;
- e) o artigo 315 disciplina a publicidade que deriva das modificações objetivas, e também foi alterado.

Portanto, temos, desde 2008, um estranho conjunto normativo, que, em vez de servir de regime geral, contém normas para um certo tipo de modificações objetivas, segregando para regimes especiais o que deverá ser a larga maioria de casos em que o instituto opere.

Perguntando diretamente, **onde estão os fundamentos gerais para modificações objetivas como eram a ordem de execução de trabalhos a mais ou**

trabalhos de suprimento, ou, agora dos trabalhos complementares? No artigo 312 não estavam, nem estão, porque os trabalhos a mais (e os anteriores trabalhos de suprimento) não só estão muito longe de aplicação das regras relativas à alteração de circunstâncias, como nada têm a ver com os casos de não previsão, imprevisão ou imprevisibilidade, referidos nos n.º 2 e 4, do artigo 370, sempre que tais circunstâncias não atinjam níveis tais que perturbem os fundamentos do estabelecimento da relação contratual (como é a situação normal). Só podem estar nas normas instrumentais, como as que referem como se efetuam, ou formalizam, essas alterações (artigo 311). Mas essas são manifestamente insuficientes para caracterizar a riqueza do(s) regime(s) especiais que permitem concretizar tais modificações.

Mais do que a regulação concreta das modificações objetivas, o que fica em causa, com este conjunto de soluções é a própria função do título I, da parte III, do Código, onde deveriam estar as balizas dos institutos que são indispensáveis para disciplinar os contratos em especial. Com problemas como os reportados aqui, é muito difícil aceitar que estamos perante conjuntos normativos harmonizados *entre si*. O que temos por certo é que, uma vez verificados os requisitos legais estabelecidos no conjunto normativo formado pelos artigos 311 a 315 do CCP, é legalmente admissível proceder à modificação objetiva de cada um dos tipos contratuais regulados no título II da parte III do Código. Mas no que diz respeito à modificação traduzida na execução de trabalhos ou serviços complementares (ordenada unilateralmente pelo contraente público ou acordada entre as partes), ela só é admissível se forem respeitados os fundamentos e limites estabelecidos nos artigos 370, 420-A e 454 do CCP. É o que resulta do disposto no n.º 2 do artigo 313, no n.º 5 do artigo 370 e no n.º 5 do artigo 454, normas que impõem o recurso à adjudicação de um novo contrato para a realização dessas prestações, quando os limites respetivos não possam ser respeitados (aqui sem qualquer distinção, ao contrário do que sucede no corpo dos números 2 e 4 dos artigos 370 e 454, entre os casos em que o contraente público ordena unilateralmente a sua execução, dos casos em que tal resulta de acordo entre as partes). Dizemos fundamentos e limites, porque, embora estas últimas normas legais usem a palavra *limites*, a verdade é que no corpo dos artigos 370, 420-A e 454 do CCP, se misturam fundamentos para a ordem de execução dos trabalhos e serviços complementares (são claramente fundamentos os que se referem às circunstâncias não previstas, imprevisas ou imprevisíveis) com os limites, que têm sobretudo natureza quantitativa, que estão previstos nessas normas.

Do **número V.5.**, deste texto, consta uma breve análise da jurisprudência do Tribunal de Contas, em execução de algumas das disposições atrás referidas.

III. O n.º 7, do artigo 43, do Código dos Contratos Públicos, e a portaria n.º 701-H/2008, de 29 de julho.

3.1. O n.º 7, do artigo 43, do CCP.

O n.º 7, do artigo 43, do Código, teve o seguinte texto: “1. O conteúdo obrigatório

dos elementos referidos nos n.ºs 1 e 3 é fixado por portaria do ministro responsável pela área das obras públicas”. **Esta norma não teve, até agora, qualquer alteração**, se bem que os n.ºs 1 e 3, do mesmo artigo 43, tenham sido modificados pelo decreto-lei n.º 149/2012, de 12 de julho.

O n.º 1, do artigo 1.º, da citada portaria, afirma o seguinte (os sublinhados são de nossa responsabilidade): “1. A presente portaria aprova, ao abrigo do n.º 7 do artigo 43 do Código dos Contratos Públicos, o conteúdo obrigatório do programa e do projeto de execução, a que se referem os n.ºs 1 e 3 do artigo 43.º do CCP, bem como os procedimentos e normas a adoptar na elaboração e faseamento de projectos de obras públicas, designados como instruções para a elaboração de projectos de obras, constantes do anexo I à presente portaria, da qual faz parte integrante.”

Sucedem que não há, no texto anexo à portaria (e da qual faz parte integrante) qualquer outra distinção entre o que seja conteúdo obrigatório, e o que sejam instruções. Aliás, convidamos o leitor a tentar esse exercício, se conseguir segregar o que seja, ou não obrigatório, no documento anexo à portaria. Em qualquer caso, **é claríssimo que em relação a programa e projeto de execução** (que é a matéria que interessava, para a aplicação do artigo 61, e agora do artigo 50, este último por efeito do decreto-lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto) **sempre estaríamos perante matéria normativa, ainda que regulamentar, de natureza imperativa para as entidades adjudicantes.**

Basta a consulta do teor das supostas instruções, para se ver que só não constam como regras sobre o **programa** e o **projeto de execução** o que respeita à descrição de algumas das *fases iniciais da elaboração do projeto* (estudo prévio, anteprojecto), e algo posterior, que tem a ver com o acompanhamento da execução do mesmo (*assistência técnica*). **Esta divisão temática consta não só das disposições gerais das declaradas instruções, mas também na caracterização de cada tipo de obra.** Portanto, em cada uma delas, é possível ver o que está previsto como integrando as respetivas fases de execução, com natural realce para o projeto de execução. Sem a mínima dificuldade.

3.2. A revogação expressa da portaria de honorários, pela portaria n.º 701-H/2008, de 29 de julho.

A portaria n.º 701-H/2008, de 29 de julho, não foi o primeiro documento a dispor, de forma organizada, sobre o conteúdo do projeto. Pré-existia no ordenamento aquela que ficou conhecida como *portaria de honorários*, dada que a denominação oficial do documento anexo que aprovou. O qual foi - *instruções para o cálculo de honorários referentes aos projectos de obras públicas*.

Era um documento tendencialmente **temporário**, que mais não fazia do que apresentar instruções. E *instruções* para os cálculos de honorários. Como se percebe do teor do preâmbulo desse documento (o sublinhado é nosso) - “Manda o Governo da República Portuguesa, pelo Ministro das Obras Públicas e das Comunicações, aprovar a título provisório, as instruções para o cálculo dos honorários referentes aos

projectos de obras públicas, anexas à presente portaria.”

O que se passou, entretanto, foi que nunca chegaram a ser publicadas, até 2008, regras obrigatórias definitivas sobre tudo o que tenha a ver com a elaboração de projetos para obras públicas. E apesar de não ser objetivo da *portaria de honorários* uma descrição vinculativa, os intervenientes no mercado acabaram por depositar nessas instruções a identificação das fases de elaboração do projeto, e o seu conteúdo respetivo. Mas isso nunca modificou a sua natureza precária.

O artigo 3º da portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho, estabeleceu que: “*Sem prejuízo do disposto no nº 3 do artigo seguinte, com a entrada em vigor da presente portaria é revogada a portaria de 7 de Fevereiro de 1972, publicada no Diário do Governo, 2ª série, nº 35 (suplemento), de 11 de fevereiro de 1972, alterada pela portaria de 22 de Novembro de 1974, publicada no Diário do Governo, 2ª série, nº 2, de 3 de Janeiro de 1975, e pela portaria de 27 de janeiro de 1986, publicada no Diário da República, 2ª série, nº 53, de 5 de Março de 1986*”.

Não restará dúvida que, em 2008, se quis revogar **e substituir**, a portaria de 1972. Seja qual for a natureza jurídica que deva ser atribuída ao documento mais antigo.

3.3. O que eram puras instruções, anexas à portaria de honorários, são, desde 2008, normas imperativas, que definem as qualidades positivas dos projetos.

O facto de, no título do documento anexo à portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho, se encontrar a expressão *instruções para a elaboração de projectos de obras, de nada vale*. Quanto muito, quem entendeu repetir, - porque de repetir se trata, - o que fora afirmado em 1972, não compatibilizou tais supostas *instruções* com o que estava escrito, e determinado, nos artigos da portaria. **Porque é perfeitamente contraditório com a natureza jurídica anterior**. Aliás, como já referimos, nada mais existe do que os artigos da citada portaria, e, logo depois, as pretensas *instruções*. Que o não são. Não se encontra qualquer divisão entre o que seria obrigatório, e o que o não seria.

Se conjugarmos as normas constantes do nº 7, do artigo 43, com o disposto no documento anexo à portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho, encontramos um numeroso conjunto de normas, obedecendo à seguinte sistemática: capítulo I (*disposições gerais*), capítulo II (*disposições especiais*), sendo este subdividido em vários tipos de obras: secção I (edifícios), secção II (instalações, equipamentos e sistemas em edifícios), secção III (*pontes, viadutos e passadiços*), secção IV (*estradas*), secção V (*caminhos de ferro*), secção VI (*aeródromos*), secção VII (*obras hidráulicas*), secção VIII (*túneis*), secção IX (*abastecimento e tratamento de água*), secção X (*drenagem e tratamento de águas residuais*), secção XI (*resíduos urbanos e industriais*), secção XII (*obras portuárias e de engenharia costeira*), secção XIII (*espaços exteriores*), secção XIV (*produção, transformação, transporte e distribuição de energia eléctrica*), secção XV (*redes de comunicações*). Muitas destas secções estão divididas

em subseções, e, tudo se organiza a partir dos conceitos nucleares colocados nas disposições gerais.

Vejamos alguns breves exemplos para se evidenciar o mundo jurídico em que conviveram o anterior artigo 61 (e o atual artigo 50) com as disposições do documento aprovado por esta portaria.

Primeiro exemplo (os sublinhados no texto regulamentar, neste e nos exemplos seguintes, são da nossa responsabilidade): na definição que consta das *disposições gerais* das declaradas *instruções*, para o projeto de execução, consta o seguinte, que constitui a alínea t), do nº 1, do artigo 1º: “t) *Projecto de execução, o documento elaborado pelo Projetista, a partir do estudo prévio ou do anteprojecto aprovado pelo Dono da Obra, destinado a facultar todos os elementos necessários à definição rigorosa dos trabalhos a executar*” ;

Segundo exemplo: no artigo 7º, das declaradas *instruções*, sobre a definição do que seja o teor do projeto de execução, em todas as obras, o seguinte, no seu nº 2, alínea c): “2. *Se outras condições não forem fixadas no contrato, o Projecto de execução inclui, além de outros elementos constantes de regulamentação aplicáveis, as seguintes peças: (...) c) Medições e mapas de quantidades de trabalhos, dando a indicação da natureza e da quantidade dos trabalhos necessários para a execução da obra*”;

Terceiro exemplo: no artigo 19, das declaradas *instruções*, sobre o conteúdo do projeto de execução para os edifícios, temos normas como as que constam da alínea c), do seu nº 1, com o seguinte conteúdo: “1. *São elementos especiais do Projecto de execução: (...) c) A planta geral do edifício e do conjunto em que se insere, perfis longitudinais e transversais e outras peças desenhadas, a escalas adequadas a cada caso, que representem a as informações relativas à execução de todos os trabalhos exteriores do edifício, nomeadamente: (i) Movimento de terras (...); (ii) Arruamentos, incluindo a estrutura da plataforma e do pavimento (...); (iii) Redes de águas residuais, abastecimento de águas, eletricidade, gás, comunicações e outras (...); (iv) Muros de suporte, vedações e outras construções, exteriores ao edifício; (v) projecto de espaços exteriores (...).*

Quarto exemplo: no artigo 80, sobre o projeto de execução de pontes viadutos e passadiços, encontramos, em várias das suas alíneas: “São elementos especiais do Projecto de execução: (...) e) desenhos estruturais de todos os elementos estruturais da obra (...); g) *Indicações de execução, de natureza obrigatória, demonstrativas dos processos construtivos ou métodos especiais a utilizar*; h) *Planos de execução, nomeadamente, faseamento construtivo, plano de betonagem e de pré-esforço, quando for o caso; (...) v) Especificação de actividades periódicas de manutenção de equipamentos, designadamente, aparelhos de apoio e dispositivos anti-sísmicos.*”

Quinto exemplo: no artigo 87, quanto a obras de estrada, temos o seguinte, no seu nº 1, e em várias alíneas do nº 2: “1. *O Projeto de Execução deve*

ser acompanhado do Relatório de Conformidade Ambiental do Projecto de Execução (RECAPE), sem a aprovação do qual a obra não poderá ter início. 2. São elementos especiais do Projecto de Execução: (...) c) Traçado em planta, incluindo vias suplementares para veículos lentos, se necessárias, nas escalas 1:1.000 ou 1:2000 e incluindo o traçado dos restabelecimentos da rede viária existente, num sistema de coordenadas ligado à rede geodésica do país; (...) i) Projecto de terraplanagem, incluindo tipos de equipamentos a utilizar, gráfico de distribuição de terras e identificação das zonas de depósito; (...) x) Estudo das obras acessórias, tais como serventias e caminhos paralelos, vedações, iluminação e telecomunicações".

Exemplos de **detalhe** sobre o que tem de ser o conteúdo obrigatório do projeto de execução são tantas quanto as normas que se dirigem a esse documento, em todas as declaradas como instruções. **Como estamos longe da descrição do âmbito de declaração pré-contratual**, que constava do artigo 61, da versão inicial do Código dos Contratos Públicos, e consta agora do artigo 50, que estabeleceram um rigoroso dever dos interessados em identificar tudo quanto estivesse incorreto num projeto. Sem limite para a degradação de qualidade de tal projeto, tudo sendo, para efeitos dessa declaração pré-contratual, tratado da mesma forma independentemente dos defeitos em questão.

Qual a possibilidade de tudo quanto os interessados venham a declarar, em cada procedimento pré-contratual, enquanto desconformidades, não o serem já, e com a adequada censura jurídica, por simples respeito ao nº 7, do artigo 43, Código dos Contratos Públicos, conjugado com a portaria que o executou? Nenhuma, como é fácil de compreender !

3.4. Um projeto com erros, por ação ou omissão, é, desde a entrada em vigor da portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho, um projeto ilegal.

Tendo as *instruções* de fevereiro de 1972 sido transformadas nas **normas imperativas** de julho de 2008 (e assim mantidas em agosto de 2017), nada mais resta do que constatar que **um projeto que não respeite tais normas não é só um produto defeituoso, mas, também, algo de ilícito.**

Portanto, o quadro normativo de 2008 (Código e portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho) conduz a um resultado **insólito**: alguém que tem de elaborar um projeto, **e o fizer violando regras jurídicas**, ao invés de ser responsável pelos defeitos em questão quem os cometeu (na fase pré-contratual), ou quem deles se utilizou, teria o prémio de ser a outrem imputado o resultado danoso.

E não se diga que as normas que responsabilizam, de modo mitigado, o projetista (números 6 e 7, do artigo 378, do CCP) **respondem às questões atrás colocadas.** É que o projeto, feito seja por quem for, será o essencial do objeto do contrato de empreitada de obra pública. Portanto, será apresentado pelo dono de obra, ainda na sua qualidade entidade adjudicante. Logo, **antes de se saber qual**

a responsabilidade do projetista, perante o dono de obra, importa esclarecer a responsabilidade do dono de obra face ao empreiteiro, por ter utilizado um projeto ilegal, num procedimento pré-contratual.

Naturalmente que **não é dispensada a aferição da dimensão e intensidade do desrespeito pelas normas da portaria.** Ou seja, da sua importância na (má) definição do objeto do futuro contrato (e, não esquecer, do objeto do procedimento pré-contratual, para permitir o estabelecimento de uma verdadeira concorrência). Logo, **da ilegalidade não se passa, automaticamente, à impossibilidade de prosseguir com o procedimento.** Mesmo sem, e antes de, intervir eventualmente a sanção da nulidade, com o regime trazido na reforma de 2017.

Uma coisa é certa, caso os defeitos do projeto sejam tais que os interessados tenham o dever de declarar algo de substancial, de acordo com o anterior nº 1, do artigo 61, ou, agora, com o nº 2, do artigo 50, é porque o projeto é ilegal. E esta ilegalidade provoca a nulidade do caderno de encargos.

3.5. Apreciação do anterior artigo 61, do Código dos Contratos Públicos, à luz da portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho.

Depois do nº 1, do artigo 61, do CCP, ter admitido todo o tipo de vícios ou defeitos, por ação ou omissão, do caderno de encargos, não deixa de causar surpresa a patente contradição entre essa opção e uma outra, **em que se caracteriza o que é um projeto bem feito.** O problema é que a segunda dimensão resulta de regras que executam o diploma onde estão as primeiras.

O anterior artigo 61 baseava-se em alguns princípios bastante afastados da realidade do mercado. *Primeiro*, porque concebia a participação dos concorrentes condicionada a que eles realizassem **uma completa e gratuita** (para a entidade adjudicante, como é evidente) **revisão de projeto**, porque só com um exercício desse tipo seria possível a identificação dos defeitos que ele pudesse conter, na amplitude prevista pelo objeto da declaração. O que representava um **custo**, que teria de ser integrado pelos citados concorrentes. Portanto, o legislador assentou o seu modelo de esclarecimento do objeto numa **doação de serviço** por parte de todos os interessados, quanto à revisão de projeto. *Em segundo lugar*, a margem de apreciação da entidade adjudicante não estava limitada a qualquer outro critério que não fosse conduzir a uma aceitação, ou a uma recusa (mesmo que esta última se pudesse depreender do silêncio administrativo), acompanhada, mas só desde 2012, da obrigação de identificar, e quantificar, o que fosse necessário para acomodar a correção dos erros. Nenhuma regra, na versão original do artigo 61, afirmava que caso um interessado tivesse razão, isso obrigava a uma correção (ou a uma pronúncia complementar, caso as declarações fossem aceites), por parte da entidade adjudicante. *Em terceiro lugar*, **as obrigações cometidas aos concorrentes eram superiores às que o tinham sido aos projetistas.** Ou às entidades adjudicantes que utilizavam os projetos nos procedimentos pré-contratuais, como se fossem seus. Já vimos que esta característica é completamente

contraditória com o que a portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho, define como as qualidades do projeto, de acordo com o seu faseamento de execução. *Em quarto lugar*, mesmo que fosse dada razão aos interessados, nada era imposto quanto à alteração do preço base.

Tudo isto se mantém, no essencial, na reforma efetuada ao Código dos Contratos Públicos, produzida pelo decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto.

3.6. Até onde irá o desvalor da ilicitude do projeto deficiente?

Se se identifica uma situação de ilegalidade, e não se encontra uma consequência jurídica posterior a tal constatação, o juízo de censura é completamente vazio. O que, como solução, é inaceitável no contexto de um ordenamento jurídico **completo e fechado**.

Se isso se une a um modelo de responsabilidade objetiva, como o é o que, em 2008, resultava do conjunto das normas organizadas nos artigos 61 e 378 (e agora resulta da conjugação do artigo 50 e do 378), do Código dos Contratos Públicos, **pior ainda**.

Logo, mesmo que não seja tarefa fácil a identificação de todas as consequências da remessa da **responsabilidade patrimonial emergente de um projeto ilegal**, certamente que elas não podem deixar de existir. E, como veremos, a lei (sempre o artigo 43, mas agora outras das suas disposições), antecipou algo quanto às consequências de tal desvalor.

3.6.1. A nulidade do caderno de encargos.

Se se aplicar uma interpretação literal do artigo 43, encontra-se uma solução (radical, mas uma solução) para o problema atrás identificado: a **nulidade do caderno de encargos**. De facto, recorrendo ao texto de 2008, temos o seguinte: “8. O caderno de encargos é nulo: a) Quando não seja integrado pelos elementos de solução da obra previstos no nº 1 e na parte final do nº 3; b) Seja elaborado em violação do disposto nos nºs 1, 2 e 4; c) O projecto de execução nele integrado não esteja acompanhado dos elementos previstos no nº 5; d) **Os elementos da solução da obra nele integrados não observem o conteúdo obrigatório previsto na portaria referida no número anterior.**”

Independentemente de se perceber, de imediato, onde se cruzam o tema objeto deste texto e a respostas legais correspondentes, cremos ser fundamental percorrer cada uma das alíneas, acompanhadas da evolução legislativa que sofreram, ou que sofreram outras normas que são por elas chamadas.

3.6.1.1. Alínea a), do nº 8, do artigo 43.

Assim, a alínea a) refere que será nulo o caderno de encargos que não seja integrado pelos elementos de solução da obra previstos no nº 1, e na parte final do

nº 3. Como o segundo caso só tem aplicação na conceção-construção, ficaremos pelo primeiro. Aqui, importa ver quais os textos que se sucederam, em 2008, 2012 (decreto-lei nº 149/2012, de 12 de julho) e 2017. A redação de 2012 foi mantida em 2017.

Em 2008, o nº 1, do artigo 43, tinha a seguinte redacção: *“1. O caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de empreitada de obras públicas deve ser integrado pelos seguintes elementos da solução da obra: a) Programa; b) Projecto de execução”*.

A redacção de 2012 e 2017 foi: *“Sem prejuízo do disposto no nº 2 do artigo anterior, o caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de empreitadas de obras públicas deve incluir um projeto de execução. A referência ao nº 2, do artigo 42, é inócua face ao que estamos apreciando, conforme se comprova do seu teor: “2. Nos casos de manifesta simplicidade das prestações que constituem o objeto do contrato a celebrar, as cláusulas do caderno de encargos podem constituir numa mera fixação de especificações técnicas e numa referência a outros aspetos essenciais da execução desse contrato, tais como o preço ou o prazo.”*

Portanto, a alteração essencial *post*-2008 reside na eliminação do *programa* como exigível para a formação de um contrato de empreitada. Manteve-se a do caderno de encargos.

Aqui, porém, cremos que o alvo das normas é o da omissão, pura e simples, de certos elementos (programa e projeto de execução, em 2008, e caderno de encargos, em 2012/2017). Não se dirige a partes integrantes defeituosas do caderno de encargos. Faltando o projeto, o caderno de encargo é nulo.

3.6.1.2. Alínea b), do nº 8, do artigo 43.

As normas em causa são as seguintes: *“8. O caderno de encargos é nulo quando: (...) b) Seja elaborado em violação do disposto no nº 2”*. Não houve qualquer alteração desta alínea, desde que, em 2008, foi redigida. Mas o nº 2, do artigo 43, para onde remete, teve, também, alterações em 2012, igualmente mantidas na reforma de 2017.

O texto inicial do nº 2, do artigo 43, foi: *“2. Quando a obra a executar assuma complexidade relevante ou quando sejam utilizados métodos, técnicas ou materiais de construção inovadores, o projecto de execução referido no número anterior deve ser objecto de prévia revisão por pessoa singular ou colectiva devidamente qualificada para a elaboração de projecto e distinta do autor do mesmo.”*

Em 2012, como o decreto-lei nº 149/2012, de 12 de julho, a redação foi a seguinte: *“2. Quando a obra seja classificada, nos termos do nº 7, na categoria III ou superior, bem como naqueles casos em que o preço base, fixado no caderno de encargos, seja enquadrável na classe 3 de alvará ou em classe superior, o projecto de execução referido no número anterior deve ser objecto de prévia revisão por entidade devidamente qualificada para a sua elaboração, distinta do autor do mesmo.”*

Seja com base dos conceitos indeterminados, bem a gosto do legislador de

2008, seja com a solução de 2012, mantida, em 2017, certo é que esta alínea b) dirige-se a casos em que, sendo obrigatória a revisão de projeto, ela não foi feita. Nestas situações, o caderno de encargos é nulo.

3.6.1.3. Alínea c), do nº 8, do artigo 43.

As normas causa, agora, são as seguintes: “8. O caderno de encargos é nulo quando: (...) c) O projecto de execução nele integrado não esteja acompanhado dos elementos previstos no nº 5”. Esta redação, de 2008, manteve-se até hoje.

O que não se manteve igual foi o nº 5, para onde o nº 8, do mesmo artigo 43, remete. Vejamos a evolução:

Em 2008, o texto do nº 5 era o seguinte: “5. Em qualquer dos casos previstos nos nºs 1 a 3, o projecto de execução deve ser acompanhado, sempre que tal se revele necessário: a) Dos levantamentos e das análises de base e de campo; b) Dos estudos geológicos e geotécnicos; c) Dos estudos ambientais, incluindo a declaração de impacto ambiental, nos termos da legislação aplicável; d) Dos estudos de impacte social, económico e cultural, nestes se incluindo a identificação das medidas de natureza expropriatória a realizar, dos bens e direitos a adquirir e dos ónus e servidões a impor; e) Dos resultados dos ensaios laboratoriais ou outros; f) Do plano de prevenção e gestão de resíduos de construção e demolição, nos termos da legislação aplicável.”

A parte final do corpo deste nº 5 era algo estranha, por afirmar: “sempre que tal se revele necessário”. Realmente, com a importância dos elementos que eram solicitados, não se percebia o motivo para a liberdade que era conferida à entidade adjudicante. Isso foi corrigido em 2012 (decreto-lei nº 149/2012, de 12 de julho), quando, mantendo-se o conteúdo de todas as alíneas, de a) a f), se alterou o citado corpo, que passou a ser assim: “5. Em qualquer dos casos previstos nos nºs 1 a 3, o projeto de execução deve ser acompanhado, para além dos elementos legalmente exigíveis, dos que, em função das características específicas da obra, se justifiquem, nomeadamente”. Duas coisas são patentes, nesta modificação legislativa: a) a eliminação da liberdade conferida à entidade adjudicante, que, agora teria de exigir mesmo os elementos em causa, potencialmente em todos os casos; b) o reforço de exigência quanto ao teor dos elementos indispensáveis, feita pelo recurso à expressão “para além dos demais elementos legalmente exigíveis”. Ora, de entre os demais elementos legalmente exigíveis, sobressaem aqueles que constam da portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho.

O decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto, manteve a solução de 2012, sem modificações. A lista dos elementos necessários, não foi alterada desde o início.

Não vamos aqui comentar o facto de a elaboração (ou a manutenção) desta lista ser feita com completa indiferença do que a portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho estabelece. A sobreposição de matérias é extensa, e nada se perderia se existisse uma mínima harmonização de conteúdos. Aliás, ajudaria a esclarecer quando a nulidade seria aplicável a infração de normas sobre a qualidade do projeto.

Fiquemos, portanto, com o essencial das normas organizadas na alínea c), do nº 8, do artigo 43, chamando as que constam do nº 5, do mesmo artigo: caso falte qualquer dos elementos insertos na lista em questão, o caderno de encargos será nulo. Algo que ficou perfeitamente estabelecido com a redação trazida pelo decreto-lei nº 149/2012, de 12 de julho, e mantida pelo decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto.

3.6.1.4. Alínea d), do nº 8, do artigo 43.

Finalmente, a alínea d), que tão próximo está da nossa temática: “8. O caderno de encargos é nulo quando: (...) d) Os elementos da solução da obra nele integrados não observem o conteúdo obrigatório previsto na portaria referida no número anterior”. Como se constata sem qualquer dificuldade, o critério da lei reside exclusivamente na natureza obrigatória, ou não, do conteúdo da portaria aí chamada, que é a nº 701-H/2008, de 29 de julho. A este aspeto daremos atenção de seguida.

Porém, diga-se que ao co-existirem as alíneas c) e d), do nº 8, do artigo 43, isso demonstra que existe matéria da portaria que pode suscitar a nulidade do caderno de encargos, além daquilo que consta da lista colocada no nº 5, do mesmo artigo. Mesmo com a sobreposição temática, entre tal lista e o teor da portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho.

3.6.1.4.1. A noção de *conteúdo obrigatório da portaria*, segundo o nº 8, do artigo 43.

Há dois pontos de contacto entre o que é disciplinado enquanto teor lícito do projeto de execução (parte do caderno de encargos), e os casos em que surge a sanção da nulidade: a) o apontado na alínea c), sobretudo depois da reforma de 2012, e a alínea d), que refere explicitamente a portaria prevista no nº 7, do mesmo artigo 43.

Depois do que ficou demonstrado atrás (III.1 a III.5.), é indiscutível, conjugando o nº 7, do artigo 43, e o nº 1, do artigo 1º, da portaria, que pelo menos o que dissesse respeito ao projeto de execução era obrigatório (o programa, desvalorizado desde 2012, perdeu importância).

No entanto, um elementar exercício de interpretação sistemática levará, naturalmente, à conclusão de que o que será difícil é encontrar matéria das supostas instruções (que, como a portaria declara, dela são parte integrante), que não seja obrigatório.

Será que isto leva a concluir que tudo quanto seja desrespeito pela integralidade das supostas instruções provoca a nulidade do caderno de encargos? Certamente que não, sempre que se possa concluir, a partir de uma adequada fundamentação técnica, que as irregularidades não atinjam níveis que perturbem o conhecimento do que é a obra.

Agora o que é verdadeiramente contrastante é a descrição do âmbito da declaração obrigatória, e aquilo que deriva da execução do nº 7, do artigo 43,

do Código dos Contratos Públicos. Dito de outro modo, se as desconformidades chegassem ao ponto limite do pior do antecipado pelo então nº 1, do artigo 61, e agora, do nº 2, do artigo 50, não cremos que reste dúvida razoável de que o caderno de encargos seria nulo. Em nosso entender, mesmo antes da publicação do decreto-lei nº 149/2012, de 12 de julho, apesar de se reconhecer que este diploma acentuou a tendência que já constava da lei, desde 2008.

3.6.2. A sanção prevista nos novos números 9 e 10, do artigo 43.

A reforma de 2017 trouxe consigo a previsão expressa, para efeitos do Código dos Contratos Públicos, de várias possibilidades de sanção. Para os efeitos da temática deste texto, tal só é relevante no sentido de que **não vemos como se possa sanar o vício, sem apresentar um projeto lícito, em respeito das regras da portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho.** E se tal for feito, estarão reunidas as condições para uma concorrência adequada. E, estando reunidas as restantes condições legais, para que se possa efetivar a sanção da nulidade apontada no nº 8, do artigo 43.

3.7. A instrução de reclamações técnicas e financeiras dos empreiteiros, com base no desrespeito do disposto na portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho.

Independentemente da aferição exata das consequências da ilicitude que atrás apontámos, o conforto da qualidade de descrição das características do projeto, que consta da portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho, serve muito adequadamente à instrução das disputas que se desenvolvam entre dono de obra, e empreiteiro. Nem poderia ser de outra forma, dado que a qualidade da obra é algo que corporiza a defesa do interesse público.

E, no caso de o contencioso evoluir para sede judicial, ou arbitral, sempre será importante da defesa da posição da cada uma das partes, saber se qualquer delas cumpriu as obrigações de princípio que lhe estão cometidas.

E este aspeto é particularmente importante **quando se apreciar o delicado tema de saber a quem cabe pagar trabalhos que se tenham revelado necessários em execução, mas que não foram objeto de declaração pré-contratual por parte do adjudicatário.** A pressão que a legislação financeira faz, para que o dono de obra não reconheça razão ao empreiteiro (se a reconhecer, assina a sua própria penalização com multa pelo Tribunal de Contas, dado que, a não ser que a situação resulte de circunstância imprevista ou imprevisível, a falha que justificou os trabalhos de suprimento, constituía uma violação das regras de contratação pública) levará, muito provavelmente, a uma **negativa**. Se o empreiteiro conseguir demonstrar, com os elementos à sua disposição, que o projeto patenteado pelo dono de obra (ao tempo, na sua qualidade prévia de entidade adjudicante) não obedecia aos requisitos de qualidade estabelecidos regulamentarmente, marcará um ponto a seu favor, pois o jogo da responsabilidade objetiva, como tudo na

vida, tem os seus limites.

3.8. A responsabilidade da entidade adjudicante, além das normas do Código dos Contratos Públicos.

A elaboração, ou a utilização, de um projeto ostensivamente errado, eventualmente acompanhada de uma negação desse facto, por recusa das declarações pré-contratuais, é um evidente caso de ilicitude do comportamento da Administração Pública. Que pode responsabilizar diretamente quem praticou os atos que levam à utilização do projeto, ou, sendo essa imputação inexequível, caberá no conceito de *funcionamento anormal do serviço*, nos termos e para os efeitos do artigo 7º, do Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, aprovado pela lei nº 67/2007, de 31 de dezembro (alterado pela lei nº 31/2008, de 17 de julho). Este princípio de responsabilidade que foi reforçado neste particular, pela remissão expressa do artigo 1º-A, do CCP (versão 2017), para o artigo 16 do novo Código do Procedimento Administrativo.

Que, no estrito contexto do Código dos Contratos Públicos, o empreiteiro pode perfeitamente ter a razão do seu lado, e, por uma posição arbitrária da entidade adjudicante, ou dela posteriormente enquanto dono de obra, e nada conseguir, é evidente. O convite ao contencioso, num momento em que boa parte da jurisdição administrativa não está em condições de produzir decisões em tempo útil, está muito bem patente no CCP de 2008. A eliminação apressada (objeto único do regime especial de entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, segundo o nº 2, do artigo 18, do decreto-lei nº 18/2008, de 29 de janeiro) das tentativas de conciliação, organizadas no extinto Conselho Superior de Obras Públicas e Transportes, é disso também prova.

Pode haver quem sustente que o regime de responsabilidade objetiva, criado em 2008 entre os anteriores artigos 61 e 378, feche a questão. Não temos essa posição. A experiência do que é a apresentação, e discussão (ou negociação) de uma reclamação financeira, pode muito bem mostrar quais os verdadeiros motivos para os erros de projeto. E, nesse âmbito, que eles corporizam ilegalidades cometidas antes mesmo do desencadeamento do procedimento pré-contratual.

3.9. As regras de 2008 num universo em que o CCP, pelo menos aparentemente, não simpatiza com a conceção-construção.

O impacto do regime do anterior artigo 61 tem de ser medido no contexto do mercado que o Código dos Contratos Públicos quis moldar: **um mercado dominado pela disponibilização do projeto pelo dono da obra**, ao invés de aceitar uma verdadeira opção entre essa possibilidade e o recurso à conceção-construção. É assim que se tem de interpretar o confuso (e, por isso, parcialmente inútil) texto que consta do nº 3, do artigo 43, do Código.

Esta escolha do legislador, de aparente hostilização da conceção-construção

(à semelhança do que, muitos antes, tinha sido feito pelo decreto-lei nº 341/88, de 28 de setembro), colide, antes do mais, com a **noção europeia do contrato de empreitada de obra pública**, porque esta coloca em **pé de igualdade** a modalidade de execução de projeto apresentado pelo dono de obra, e aquela em que ao empreiteiro cabe também a elaboração do projeto. Como o dispõe, atualmente, a alínea 6, do nº 1, da diretiva 2014/24/UE. E que mais não é do que a repetição do que a legislação europeia prescreveu, desde que a diretiva 89/440/CEE alterou a diretiva 71/305/CEE. A alínea a), do artigo 1º, desta última diretiva, tal como alterada em 1989, estabelecia, de modo claro, que tanto era uma empreitada a que visava a execução de um projeto patenteado pelo dono de obra, como aquela que envolvia a respetiva conceção. **Sem preconceitos, desconfiança ou sugestões de desaplicação de qualquer das modalidades.** O contrário do estilo do nº 3, do artigo 43, do Código dos Contratos Públicos.

Mas o sentido real da alteração, feita em 2008, no regime da conceção-construção (face ao disposto, por exemplo, no artigo 11, do decreto-lei nº 59/99, de 2 de março) **não se concentra essencialmente numa aplicação dificultada dessa modalidade.** A alteração essencial está no nº 2, do artigo 378, do Código dos Contratos Públicos, cujo texto original era: *“Quando o empreiteiro tenha a obrigação de elaborar o projecto de execução, é o mesmo responsável pelos trabalhos de suprimento dos respectivos erros e omissões, excepto quando estes sejam induzidos pelos elementos elaborados ou disponibilizados pelo dono da obra”* (na versão de 2017, a única diferença é a troca dos trabalhos de suprimento pelos trabalhos complementares), **alterando profundamente a matriz de risco do contrato.** A solução legal anterior, como se comprova do teor do nº 2, do artigo 37, do decreto-lei nº 59/99, de 2 de março, era bem diferente. **E muito mais favorável aos interesses do dono da obra** – *“2. Quando o projecto ou variante for da autoria do empreiteiro, mas estiver baseado em dados de campo, estudos ou previsões fornecidos, sem reservas, pelo dono de obra, será este responsável pelas deficiências e erros do projecto ou variante que derivem da inexactidão dos referidos dados, estudos ou previsões”*. Portanto, até ao Código dos Contratos Públicos, só os *dados de campo, estudos e previsões* que fossem entregues pela entidade adjudicante, **sem reservas**, a responsabilizavam pelos erros de projeto. Com o CCP, **tudo o que seja disponibilizado por essa entidade, responsabiliza-a totalmente enquanto dono de obra, na execução do contrato.** Mais estranho ainda, o Código, **em vez de incrementar** a exigência de qualidade dos documentos que têm de ser patenteados pela entidade adjudicante, e respondidos pelos interessados **degradou-a.**

Assim, onde em 1999 se exigia que as entidades adjudicantes tivessem de patentear, para permitir a elaboração das propostas, algo com as qualidades de um **programa base**, em 2008 passou a ser possível com um **programa** (conceito, esse, que nem correspondia a qualquer um, constante da então *portaria de honorários*, pelo que se supõe que esta redação tenha sido um equívoco, não corrigido nem da generosa retificação de março de 2008). Pelo decreto-lei nº 149/2012, de 12 de julho, em pleno período da *troika*, **a degradação foi confirmada (!)**, escrevendo-se

programa preliminar onde estava **programa**. Ora (para compreender a solução de janeiro de 2008) basta a consulta à *portaria de honorários*, para se confirmar que nela estavam os conceitos de **programa preliminar** e de **programa base**, sendo o primeiro de menor dignidade. E o mesmo sucede com a nomenclatura da portaria nº 701-H/2008, de 28 de julho: dela constam os conceitos de **programa base** e de **programa preliminar**. Logo, quando chegou a reforma de 2017, era este o quadro, repetimos, de **degradação da qualidade dos documentos exigidos à entidade adjudicante, para lançar um procedimento pré-contratual em regime de conceção-construção, face aos regimes anteriores**. E o que o decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto o que fez foi **confirmar esta opção**. Do nº 3, do artigo 43 (que foi muito alterado, mas não neste ponto) consta a referência ao **programa preliminar**.

E o mesmo se fez com as qualidades das propostas: onde em 1999 se exigia que os concorrentes apresentassem algo com a qualidade de um **projeto base**, agora basta um **estudo prévio**, de acordo com o decreto-lei nº 278/2009, de 2 de outubro, que alterou a alínea, c), do nº 2, do artigo 57, da versão inicial do CCP, que mencionava **projeto de execução** (novamente aqui só pode ter sido outro equívoco, porquanto não existiam, no conjunto da lei, quaisquer casos em que os interessados tivessem de entregar um projeto de execução). Percorrendo as duas portarias atrás referidas, confirma-se que o **estudo prévio** é um documento menos preciso do que um **projeto base**. Mas a *saga* dos documentos a trocar não ficou por aqui. Com efeito, no decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto, encontrávamos, na referida alínea c), do nº 2, do artigo 57, o conceito de **programa preliminar**, que era exatamente o mesmo que a entidade adjudicante tinha de patentear. Outro equívoco, certamente. Qual a solução? Colocar, *discretamente*, na primeira das retificações ao diploma de 2017 (declaração de retificação nº 36-A/2017, de 30 de outubro), a correspondente correção. E, agora, a aceitar que foi respeitado o âmbito constitucional, e legal ordinário, das retificações, efetivamente volta a constar o **estudo prévio**, na alínea c), do nº 2, do artigo 57.

Resumindo, tudo o que é decisivo, na definição deste regime jurídico, ficou inalterado na reforma de 2017. Mantendo-se a ideia de que só em casos excepcionais (embora essa excecionalidade continue a ser descrita de modo algo ambíguo) se poderia recorrer à conceção-construção, porquanto o nº 3, do artigo 43, conservou a sua redação. Portanto, a solução anterior do artigo 61, que agora foi transportada para o artigo 50, **deverá viver num mercado em que, quase exclusivamente, o dono de obra deva apresentar um projeto de execução, como parte do caderno de encargos**. Portanto, o sentido de prejudicar a **definição essencial de risco** a suportar pelos entes públicos, se quiserem recorrer à conceção-construção, manteve-se. Uma razão mais para que não se aplique esta modalidade, ao contrário, reiteramos da livre opção entre as duas que consta da disciplina europeia.

IV. O caminho paralelo da legislação europeia e da regulação nacional, quanto à adjudicação de trabalhos excedentários em relação aos trabalhos contratuais.

4.1. A solução europeia para os trabalhos excedentários em relação aos trabalhos contratuais, de 1971 a 2014.

4.1.1. Na diretiva 71/305/CEE.

A primeira opção da legislação europeia foi a de **caracterizar o que eram os trabalhos a mais, e excluí-los, de imediato, da incidência das suas normas**. Na alínea f), do artigo 9º, dispunha-se que: *“As entidades adjudicantes podem adjudicar obras públicas sem aplicar as disposições da presente directiva, com excepção das do artigo 10º (o artigo 10 continha normas sobre a proibição de discriminação em especificações técnicas), nos seguintes casos: (...) f) Quanto às obras complementares que não constem do projecto inicialmente adjudicado nem do primeiro contrato celebrado e que se tenham tornado necessárias, na sequência de uma circunstância imprevista, à execução da obra tal como descrita naqueles documentos, na condição de que a adjudicação seja feita ao empreiteiro que executa a referida obra: - quando essas obras não possam ser técnica ou economicamente separadas do contrato de empreitada principal sem inconveniente grave para as entidades adjudicantes; - ou quando essas obras, ainda que separáveis da execução do contrato inicial, sejam estritamente necessárias ao seu acabamento; contudo, o montante acumulado das adjudicações de obras complementares não pode ser superior a 50% do montante do primeiro contrato de empreitada”*. Logo, **é perfeitamente visível que o legislador europeu, embora querendo definir uma exclusão de incidência, fê-lo com um detalhe que mostrava bem a realidade em que se movia**. A ideia de que esta exceção poderia não durar muito, acabou por se confirmar, alguns anos mais tarde.

4.1.1.1. Um detalhe terminológico da legislação europeia.

Como se comprova do texto citado atrás, proveniente da diretiva 71/305/CEE, o conceito de **obras complementares constava do léxico jurídico europeu sobre contratação pública desde a primeira regulação dos procedimentos** (existe uma diretiva anterior, a 71/304/CEE, mas que se dirigia a princípios de liberação na adjudicação de contratos de empreitada de obra pública, e não a concretizar regras pré-contratuais).

Voltamos, na lei, a encontrar a expressão obras complementares, nos seguintes casos: nova redação do nº 3, do artigo 5º, da diretiva 71/305/CEE, dada pela diretiva 89/440/CEE; alínea d), do nº 3, do artigo 7º, da diretiva 93/37/CEE, alínea a), do nº 4, do artigo 31, da diretiva 2004/18/CE, finalmente, no artigo 72, da diretiva 2014/24/UE.

Portanto, há que reconhecer a imensa novidade no regime de encomenda de **obras complementares**, trazida pelo artigo 72, da diretiva 2014/24/UE, em tudo menos na expressão **obras complementares**. A qual veio ser transposta,

em Portugal, pelo decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto, para o conceito de **trabalhos complementares**. Isto no âmbito das empreitadas de obra pública, co-existindo com a regulação da modificação de objeto nos casos dos contratos públicos de serviços e nos contratos públicos de fornecimento de bens.

4.1.2. Na diretiva 89/440/CEE.

A reforma para a realização do Mercado Interno continua, até ao momento, **o mais importante movimento legislativo sobre contratação pública, no âmbito da integração europeia**. De entre todos os documentos que a corporizaram, destaca-se a diretiva 89/440/CEE, a primeira que, por exemplo, refere a figura do *organismo de direito público*.

No contexto dessa reforma, passou a ser previsto um novo procedimento pré-contratual, a par do concurso público e do concurso limitado: **o procedimento por negociação** (na diretiva 89/440/CEE, esse procedimento era assim definido: “... concursos nacionais em que as entidades adjudicantes consultam empresários à sua escolha, negociando com um ou vários deles as condições do contrato”). Depois, esse procedimento por negociação tinha duas modalidades: com ou sem publicação de anúncio. É no procedimento de **negociação sem publicação de anúncio** que se encontrava a solução para os chamados trabalhos a mais (e também a solução para o ajuste direto em condições excecionais). As normas que o definiram constavam da nova redação dada à alínea d), do nº 3, do artigo 5º, da diretiva 71/305/CEE (a técnica legislativa da diretiva 89/440/CEE foi a de introduzir alterações nas regras da diretiva de 1971; só em 1993, com a diretiva 93/37/CEE, foi o primeiro documento objeto de revogação). Para evidenciar a similitude entre as redações (embora com propósitos diferentes, como vimos) de 1971 e 1989 vejamos o texto a que nos referimos: “3. As entidades adjudicantes podem celebrar contratos de empreitada de obras públicas recorrendo ao concurso por negociação, sem publicação prévia de anúncio, nos seguintes casos: (...) d) Em obras complementares que não constem do projecto inicialmente adjudicado nem do primeiro contrato celebrado e que se tenham tornado necessárias, na sequência de uma circunstância imprevista, para a execução da obra tal como descrita naqueles documentos, na condição de que sejam atribuídas ao empresário que executa a referida obra: - quando essas obras não possam ser técnica ou economicamente separadas do contrato principal sem inconveniente maior para as entidades adjudicantes, - ou quando essas obras, ainda que se aparáveis da execução do contrato inicial, sejam estritamente necessárias à perfeição do contrato. Contudo, o montante cumulado dos contratos relativos às obras complementares não pode ser superior a 50% do montante do contrato principal”. Portanto, é fácil concluir que se se modificou o enquadramento quanto à adjudicação, o objeto em causa era o mesmo de 1971.

4.1.3. Nas diretivas 93/37/CEE e 2004/18/CE.

As diretivas 93/37/CEE e a diretiva 2004/18/CE seguiram a solução de 1989. Dispensamo-nos de reproduzir as normas em causa, bastando a referência a que a matéria consta, na diretiva 93/37/CEE, na alínea d), do nº 3, do seu artigo 7º, e que na diretiva 2004/18/CE surge na alínea a), do nº 4, do artigo 31.

A diretiva 97/52/CE, aprovada para promover a receção, no ordenamento jurídico europeu, do Acordos sobre Contratos Públicos, celebrado no contexto da Organização Mundial do Comércio (ver, a propósito, a Decisão do 94/800/CE, de 22 de dezembro de 1994). As alterações que a diretiva 97/52/CE efetuou na diretiva 93/37/CEE, não atingiram os temas objeto deste texto.

4.1.4. Na diretiva 2014/24/EU (breve referência).

A diretiva 2014/24/UE provocou uma **enorme alteração** no ordenamento europeu sobre contratação pública. A execução do contrato passou a ser diretamente regulada, mesmo que, por enquanto, só quanto a quatro aspetos, correspondendo a outros tantos artigos da diretiva 2014/24/EU:

- a) Condições de execução, no sentido de ser permitida a fixação de condições especiais de execução pelas entidades adjudicantes, desde que as mesmas estejam relacionadas com objeto do contrato (artigo 70) ;
- b) subcontratação (artigo 71) ;
- c) modificação de contratos durante o seu período de vigência (artigo 72) ;
- d) rescisão de contratos (artigo 73).

Como veremos *infra*, no que tange os trabalhos complementares, o regime jurídico que foi previsto nesse diploma constitui uma verdadeira revolução. A análise a estas novidades é o tópico essencial de **VI.**, neste texto.

4.2. A regulação contemporânea do ajuste direto quando se constatassem circunstâncias excecionais. A imprevisibilidade.

Uma matéria que, por vezes, é confundida com a regulação dos trabalhos a mais é a do **ajuste direto em circunstâncias excecionais**. O vocábulo *imprevisível* – mais concretamente – surge na regulamentação desta modalidade de contratação, que em termos nacionais, é reconduzida ao ajuste direto.

Como sucedeu, no início, com a encomenda de trabalhos a mais, também a contratação em condições excecionais foi remetida para a não incidência das normas da diretiva 71/305/CEE. O texto dessa isenção foi – “*Na medida do estritamente necessário, quando a urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pelas entidades adjudicantes não seja compatível com os prazos exigidos por outros processos*”, segundo a alínea d), do seu artigo 9º.

Volvidos 43 anos, o texto correspondente, na diretiva 2014/24/UE, alínea

c), do nº 1, do seu artigo 32, é o seguinte: *“Na medida do estritamente necessário, quando, por motivo de urgência extrema resultante de acontecimentos imprevisíveis para as autoridades adjudicantes, não possam ser cumpridos os prazos exigidos pelos concursos públicos, e pelos concursos limitados ou pelos procedimentos de concurso com negociação. As circunstâncias invocadas para justificar a urgência imperiosa não podem, em caso algum, ser imputáveis às autoridades adjudicantes”*. Logo, **ainda em 2014 se consegue identificar perfeitamente a raiz da solução jurídica**, e apesar de a atual ser mais desenvolvida, não parece haver qualquer mudança de rumo.

Na diretiva 2014/24/UE, *mérito lhe seja dado*, ficaram completamente separados os dois temas tornando ostensiva a inconveniência de os misturar. Com efeito, como passou a haver um capítulo (o IV) exclusivamente dedicado à execução do contrato, a disciplina da adjudicação em condições excecionais (que, definida para o procedimento por negociação sem publicação de anúncio, pode a ela corresponder o ajuste direto nacional) ficou depositada na alínea c), do nº2, do seu artigo 32.

4.3. A noção de trabalhos excedentários em relação aos trabalhos contratuais, na legislação nacional, de 1969 a 2017.

Se há tema que se cruza com os atuais trabalhos complementares ele é o dos trabalhos a mais. Instituto previsto **em benefício do dono da obra, e não do empreiteiro**, e que permitia que fosse encomendada a execução de mais trabalhos do que aqueles que estavam previstos no contrato inicial, por aplicação da lista de preços unitários acrescida, eventualmente, da revisão de preços, ou, alternativamente, pela criação dos chamados preços novos.

É verdade que a adjudicação de quantidades significativas de trabalhos a mais, com o consequente aumento da despesa pública, serviu, amiúde, para campanhas políticas em suposta defesa da transparência. A mais significativa foi a corporizada pelo decreto-lei nº 59/99, de 2 de março, e o seu *sistema de controlo de custos*. **O qual castigou, com propalada impiedade, a encomenda de trabalhos a mais, mas deixou no campo da licitude o pagamento de indemnizações aos empreiteiros, por diversos motivos**. Ou seja, passou a ser muito limitada a despesa que tinha uma consequência benéfica para o interesse público (a execução de trabalhos a mais), mas quando se tratava de só aumentar o preço, sem necessária contrapartida, já não havia obstáculo. Entretanto, o Estado lançava numerosos empreendimentos em regime de concessão, incorrendo em encargos muito mais significativos. Diferidos para o futuro, mas muito mais elevados do que os correspondentes ao pagamento de puras empreitadas. Mesmo as que tinham justificado a encomenda de vultuosos trabalhos a mais, como sucedeu enquanto o limite dos 50%, oriundo da legislação europeia, valeu como regra de variação.

O direito civil não esqueceu, na regulação típica do seu contrato de empreitada, o qual, ao contrário da empreitada de obra pública, não tem de se projetar na intervenção num bem imóvel, a problemática da variação do objeto

contratual (que também merece atenção nos artigos 1214 e 1215).

Não havendo a necessidade de proteger os valores que estão implicados na contratação pública, e definido para valer para todo o tipo de alterações (daí a referência a *alterações ao plano convencionado*) o artigo 1216, do código civil determina que: “1. O dono da obra pode exigir que sejam feitas alterações ao plano convencionado, desde que o seu valor não exceda a quinta parte do preço estipulado e não haja modificação da natureza da obra. 2. O empreiteiro tem direito a um aumento do preço estipulado, correspondente ao acréscimo de despesa e trabalho, e a um prolongamento do prazo para a execução da obra. 3. Se das alterações introduzidas resultar uma diminuição de custo ou de trabalho, o empreiteiro tem direito ao preço estipulado, com dedução do que, em consequência das alterações, poupar em despesas ou adquirir por outras aplicações da sua actividade”. Coincidente com o regime e as consequências de execução dos trabalhos a mais da empreitada de obra pública são o nº 1, que dá o poder de alteração unilateral ao dono de obra, e o nº 2, que explicita as consequências dessa execução. O nº 3 tem correspondência com o atualmente disposto no artigo 381, do Código dos Contratos Públicos. E cruza-se igualmente com o disposto no artigo 379, quanto aos trabalhos a menos.

4.3.1. No decreto-lei nº 48871, de 19 de fevereiro de 1969.

Regressando às empreitadas de obra pública, no fundamental diploma de 1969 estava prevista a adjudicação de trabalhos a mais, conforme se comprova do teor do seu artigo 22. Cujo texto foi: “1. **O empreiteiro é obrigado a executar os trabalhos a mais ou de espécie diversa dos previstos no contrato desde que se destinem à realização da mesma empreitada.** 2. A obrigação cessa quando o empreiteiro opte por exercer o direito de rescisão ou quando, sendo os trabalhos a mais de espécie diferente dos previstos no contrato, o empreiteiro alegue, dentro de dez dias após a recepção da ordem, e a fiscalização verifique, que não possui o equipamento indispensável para a sua execução. 3. O projecto de alteração deve ser entregue ao empreiteiro com a ordem escrita de execução. 4. Do projecto de alteração não poderão constar, a não ser que outra coisa haja sido anteriormente estipulada, preços diferentes dos contratuais ou dos já acordados para trabalhos da mesma espécie e a executar nas mesmas condições. 5. Quando, em virtude do reduzido valor da alteração ou por outro motivo justificado, não exista ou se não faça projecto, deverá a ordem de execução conter, além da discriminação dos trabalhos a executar, os preços unitários daqueles para que não existam ainda preços contratuais ou acordados por escrito. 6. Havendo acordo entre as partes, poderão os trabalhos ser executados em regime de percentagem. 7. A ordem de execução deverá ser averbada ao contrato como suplemento deste, oficiosamente ou a requerimento do empreiteiro.”

Reproduzimos integralmente esta disposição, para que se compare este texto com um vasto conjunto de normas que, - por vezes sob outras vestes, e colocadas noutros pontos dos regimes jurídicos de empreitadas de obra pública - se sucederam, até 2008, *exclusive*. Normas que visaram a agilização do que é necessário realizar para que a encomenda, e a execução, de trabalhos a mais, se concretize

4.3.2. No decreto-lei nº 235/86, de 18 de agosto.

Quando foi publicado o decreto-lei nº 235/86, a 18 de agosto de 1986, já Portugal era parte da então Comunidade Europeia. Por isso, tinha obrigação de transpor a legislação europeia sobre a adjudicação de contratos de empreitada de obra pública, bem como dos contratos públicos de fornecimento de bens. Esta última teve de esperar um longo período, até 1992 (decreto-lei nº 24/92, de 25 de fevereiro) e 1995 (decreto-lei nº 55/95, de 29 de março). Quanto às empreitadas, Portugal foi mais ágil, com a aprovação do decreto-lei nº 235/86, de 18 de agosto.

Porém, **o diploma de 1986 não acolheu as soluções europeias sobre os trabalhos a mais**. Limitou-se, simplesmente, a prever, quanto a esta matéria, algo de muito semelhante ao que havia disposto o decreto-lei nº 48871, de 19 de fevereiro de 1969. As disposições a tal relativas encontravam-se organizadas no artigo 27, do decreto-lei nº 235/86, de 18 de agosto, que teve **texto exatamente igual** ao do artigo 22, do decreto-lei nº 48871, de 19 de fevereiro de 1969. Por isso, dispensamos a respetiva reprodução.

Com esta ambiguidade do decreto-lei nº 235/86, de 18 de agosto, começa uma crise de relação entre o ordenamento nacional da contratação de empreitadas, e o europeu. Que só teria verdadeiramente terminado em 1999, com o decreto-lei nº 59/99, de 2 de março. Porém, mesmo este diploma tem numerosos casos de discrepância com as normas que pretendia transpor (caso da matéria relativa ao critério de adjudicação, em que o nº 1, do artigo 104, continha o oposto do que tinha sido estabelecido pelo nº 1, do artigo 30, da diretiva 93/37/CEE; no decreto dizia-se que só existia um critério de adjudicação, na diretiva eram dois).

4.3.3. No decreto-lei nº 320/90, de 15 de outubro.

A insuficiente, e deficiente, transposição das normas europeias sobre a contratação de empreitadas, que tangia muitas outras matérias além dos trabalhos a mais, provocou alguma fricção com os serviços da Comissão Europeia, e o Governo de então optou por aprovar um pequeno diploma, que dava resposta a algumas das mais evidentes questões de divergência. Uma delas foi a regulação dos trabalhos a mais, que foi enfrentada através da inserção, no decreto-lei nº 235/86, de 18 de agosto, de um novo artigo, o 27-A (feita pelo decreto-lei nº 320/90, de 15 de outubro). Com o seguinte texto, que **marca o verdadeiro início da adoção nacional da solução europeia quanto aos trabalhos a mais**: “1. *Serão consideradas obras complementares todas aquelas que se tenham tornado necessárias na sequência de uma circunstância imprevista à execução da obra: a) Quando essas obras não possam ser técnica ou economicamente separadas do contrato de empreitada principal, sem inconveniente grave para as entidades adjudicantes; b) Quando essas obras, ainda que separáveis da execução do contrato inicial, sejam estritamente necessárias ao seu acabamento.* 2. *Nos casos previstos no número anterior e sempre que o montante daquelas exceda 50% do valor da adjudicação, o dono da obra procederá à abertura de*

novo concurso nas modalidades e termos previstos no presente diploma. 3. O estatuído no número anterior aplica-se apenas às obras de valor superior ao montante que determina a aplicabilidade das directivas comunitárias em vigor. 4. O montante referido no número anterior será publicado na 2ª série do Diário da República mediante despacho do Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações."

Começa aqui, verdadeiramente, a história dos trabalhos a mais segundo o modelo europeu, no nosso ordenamento jurídico, algo que nem sempre é devidamente salientado. Num regime que, em muito, **sobreviveu** até que o decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto, teve de executar a espinhosa tarefa de transpor o artigo 72, da diretiva 2014/24/UE.

4.3.4. No decreto-lei nº 405/93, de 10 de dezembro.

No artigo 26, do decreto-lei nº 405/93, de 10 de dezembro, foi colocada uma disciplina muito semelhante à do diploma de 1990. Agora, já em linha com o disposto na reforma feita na diretiva 71/305/CEE pela diretiva 89/440/CEE. Os nºs 1 e 2, desse artigo 26, são bem claros quanto ao sentido da manutenção da opção legislativa anterior: *"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 da empreitada principal, 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. 2. Estes trabalhos são realizados pelo adjudicatário, não podendo o seu montante exceder 50% do valor da adjudicação, devendo, neste caso, o dono da obra proceder à abertura de novo concurso nas modalidades e termos previstos no presente diploma."*

A redação dos preceitos citados não é exatamente igual à correspondente, do decreto-lei nº 320/90, de 15 de outubro, mas a consolidação do conceito europeu vê-se perfeitamente.

4.3.5. No decreto-lei nº 59/99, de 2 de março.

O decreto-lei nº 59/99, de 2 de março, poderia caracterizar-se com tendo trazido uma novidade importante, que constituiu o denominado *sistema de controlo de custos*, inspirado na lei italiana de 1994 (*legge quadro in matéria di lavori pubblici*, de 11 de fevereiro de 1994, especialmente o seu artigo 25) mas também **por ter confundido o ajuste direto em condições excecionais com a encomenda de trabalhos a mais**. E foi este talvez o **maior problema** que, nesta precisa matéria, acabou por criar.

Com efeito, para além do artigo 26, do decreto-lei nº 59/99, de 2 de março, o novo regime jurídico de empreitadas de obra pública inseriu a seguinte expressão,

no corpo do nº 1, do seu artigo 136 – “1. Para além dos caos previstos nas alíneas d) e e) do nº 2, do artigo 48º, e no artigo 26º, o ajuste direto só é admissível, seja qual for o valor estimado do contrato, nos seguintes casos (...)”. Portanto, e em aparente equívoco criado perante o tratamento que era dado no modelo jurídico europeu, os trabalhos a mais ganhavam duas dimensões: a contratual, e outra em sede de procedimentos pré-contratuais. A realidade, contudo, era, e nunca deixou de ser, antes e depois de 1999, outra, a de que esta disciplina só valia na dimensão contratual. E não era o facto de a legislação nacional trabalhar enquadrada numa modalidade de aplicação do processo por negociação (era assim denominado, na diretiva 93/37/CEE) sem publicação de anúncio, que o desmentiria.

O Tribunal de Contas aplicou, naturalmente, a lei nos termos exatos em que esta fora produzida, mas não foi isso que o impediu de reafirmar a sua anterior jurisprudência sobre os trabalhos a mais (*vide* acórdão 2/2006, de 17 de janeiro, plenário da 1ª secção, ou acórdão 13/2006, de 21 de fevereiro, acórdão 39/2006, de 20 de junho, plenário da 1ª secção, entre muitos outros).

Sobre a aplicação complementar do limite dos 15%, de acordo com o disposto no artigo 45, do decreto-lei nº 59/99, de 2 de março, tem interesse a jurisprudência do Tribunal de Contas, reafirmando a natureza dos trabalhos, segundo o disposto no artigo 26, do mesmo diploma, nomeadamente a dada no acórdão 37/2003, de 18 de novembro, do plenário da 1ª secção (ou no acórdão 10/2006, de 7 de fevereiro, também do plenário da 1ª secção, entre outros). Noutra vertente, o Tribunal caracterizou o estudo elaborado por entidade externa e independente ao dono de obra, para exceder o limite geral dos 15%, do seguinte modo: “2. A omissão do referido estudo, que não tem carácter vinculativo, constitui uma ilegalidade susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato, a qual se encontra sanada pela junção posterior do mesmo” (acórdão 12/2005, de 5 de abril plenário da 1ª secção). Tendo em conta a introdução, pelo decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto, de numerosas justificações para se desencadear o processo de contratação (caso da nova redação do artigo 36, ou da regulamentação da consulta preliminar, e da prevenção de conflitos de interesses), é importante reter o que seja (no entendimento do Tribunal de Contas) a possibilidade da sanção de vícios, por ausência de produção de documentos agora obrigatórios.

4.3.6. Na versão inicial do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo decreto-lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, em alteração resultante do decreto-lei nº 149/2012, de 12 de julho (breve referência).

Como já vimos (número II.1.), o Código previu a existência de duas categorias de trabalhos, os trabalhos a mais, e os impropriamente chamados *trabalhos de suprimento de erros e omissões*. Mas as novidades concentraram-se, realmente, na segunda categoria, porque, quanto à primeira, a similitude com a regulação de 1999 era patente, em tudo menos no valor permitido para a encomenda dos mesmos. Foi objeto de atenção específica noutros passos deste texto.

4.3.7. Na versão dada pelo decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto (breve referência).

A reforma de 2017, na legislação nacional, tinha de realizar a pesada, e árdua, tarefa de transpor as normas das diretivas de 2014.

No capítulo V, deste texto, será tratado em detalhe o que tem a ver com os **trabalhos complementares**, nova designação nacional (europeia, era desde 1971, enquanto obras complementares, como já vimos). Aqui, diga-se que a opção nacional não constitui uma verdadeira transposição. Existem fortes razões que o justificam, mas, ainda assim, não deixa de constituir uma característica marcante do regime nacional imposto pelo decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto.

As consequências das opções assumidas pelo legislador são o principal objeto deste texto. Remetendo, aqui, sobretudo para **VI**. e **VII**.

4.4. A regulação simultânea do ajuste direto face a circunstâncias excecionais. A imprevisibilidade.

Do mesmo modo que ocorria com a legislação europeia, também no ordenamento nacional (exceto no decreto-lei nº 48871, de 19 de fevereiro de 1969, que não se dirigia à fase pré-contratual, e no decreto-lei nº 235/86, de 18 de agosto, por defeito seu) existiam normas que previam a contratação em circunstâncias excecionais. Tendo em conta que as normas nacionais provinham da transposição de regras europeias sobre a utilização do procedimento por negociação sem publicação de anúncio, gerou-se alguma confusão. Porém, sem qualquer fundamento. Daí a crítica que fizemos à consideração da adjudicação de trabalhos a mais de uma modalidade de ajuste direto, como o fez o decreto-lei nº 59/99, de 2 de março.

As normas concretas que promoveram, ao longo do tempo, a transposição das normas europeias sobre este tipo de contratação (as constantes do decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto, no que alteraram o Código dos Contratos Públicos, constituem a solução em vigor):

- a) No decreto-lei nº 405/93, de 10 de dezembro, era na alínea c), do nº 2, do seu artigo 52, que se encontrava a contratação em condições excecionais com descrição similar às diretivas; era este o teor dessas normas: “2. *Sem prejuízo do que se determine para contratos de menor valor na legislação especial sobre realização de despesas com obras públicas, a celebração do contrato por ajuste directo, nas empreitadas de valor igual ou superior ao referido no nº 3, do artigo 58º, só poderá ocorrer nos seguintes casos: (...) c) Quando a urgência da execução da obra resulte de acontecimentos não previsíveis pelo dono da obra e não imputáveis a este e seja incompatível com os prazos exigidos pelos concursos público, limitado ou por negociação*”;
- b) quanto ao decreto-lei nº 59/99, além do que referimos sobre a qualificação da encomenda de trabalhos a mais como ajuste direto, encontramos a

solução permitida pela legislação europeia na alínea c), do nº 1, do seu artigo 136, com este texto: *“1. Para além dos casos previstos nas alíneas d) e e) do nº 2, do artigo 48º, e no artigo 26º, o ajuste directo só é admissível, seja qual for o valor estimado do contrato, nos seguintes casos: (...) c) Na medida do estritamente necessário quando, por motivos de urgência imperiosa, resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra, não possam ser cumpridos os prazos dos concursos público, limitado e por negociação, desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis ao dono da obra”*;

- c) na versão inicial do Código dos Contratos Públicos, regulamentação semelhante estava na alínea c), do nº 1, do artigo 24, aplicável a todos os contratos abrangidos pelo respeito da parte II, independentemente do seu objeto;
- d) o mesmo sucede com a versão do CCP, resultante da reforma produzida pelo decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto, ou seja, igualmente na alínea c), do nº 1, do artigo 24, do CCP.

Portanto, mais não resta do que constatar que a lei portuguesa, **desde o decreto-lei nº 320/90, de 15 de outubro**, acolheu, no essencial, o que lhe cabia, enquanto obrigação de transposição, quanto à contratação em condições excecionais, caracterizada pela obrigatoriedade de serem reunidos os seguintes elementos: a) que a necessidade de realização de tal obra resulte de acontecimentos **imprevisíveis**; b) que a realização de tal obra tenha uma urgência imperiosa; c) que essa urgência torne incompatível a aplicação de procedimentos com publicidade e concorrência; d) finalmente, que a adjudicação dessa obra seja limitada ao estritamente necessário, para a satisfação do interesse públicos.

Nada disto tem a ver com trabalhos a mais (ou, desde 2008, com trabalhos de suprimimento). Trata-se de uma relação contratual totalmente autónoma, e individualizada, e não de uma extensão de objeto de um contrato anteriormente celebrado.

V. A jurisprudência financeira sobre trabalhos a mais.

5.1. A indispensabilidade do conhecimento deste acervo.

O Tribunal de Contas oferece, no exercício das suas competências, uma vastíssima, e valiosíssima, jurisprudência sobre o conceito de trabalhos a mais. À qual deve, sempre, ser dada a maior atenção. O que não significa, forçosamente, concordância com o que tenha sido decidido, ou com os respetivos fundamentos, ou raciocínios.

Com o advento do Código dos Contratos Públicos, haveria que considerar o regime dos trabalhos a mais como co-existindo com a disciplina geral das modificações objetivas, e com o novo instituto dos trabalhos de suprimimento. Mesmo que a harmonia sistemática de todo este acervo normativo possa estar em causa (ver, neste texto, o **número II.2.**).

Vamos aqui aproveitar algumas decisões, quase todas do plenário da 1ª secção (acompanhadas de exemplos de auditorias). Tratar-se-à de um pequeno exercício, na impossibilidade prática de dar relevo a todas as decisões sobre essa temática, mas que consideramos perfeitamente representativo do sentido da jurisprudência financeira.

Tendo em conta o que foi a a história jurídica das últimas décadas, o conhecimento da jurisprudência financeira sobre as variações de objeto é **absolutamente indispensável** para a compreensão da efetividade da disciplina da contratação pública. Como, cremos, ficará suficientemente demonstrado *infra*.

5.1.1. A dispensa, desde 2006, de remessa para efeitos de fiscalização prévia, de alguns adicionais ao Tribunal de Contas, e a estabilidade da jurisprudência sobre trabalhos a mais.

Até à lei nº 48/2006, de 29 de agosto, era obrigatória a remessa dos **contratos adicionais** para exercício de poderes de fiscalização financeira prévia, à 1ª secção do Tribunal de Contas. Depois, e em solução que ainda se mantém, embora servida por regras diferentes, alguns desses contratos adicionais passaram a estar dispensados da concessão de *visto*, mas têm de ser remetidos para conhecimento do Tribunal (não se confunda o universo em questão como sendo composto por todos os contratos adicionais; para evidência das diferenças, vale aqui a decisão constante do acórdão nº 7/2015, do plenário da 1ª secção, de 3 de março de 2015, que manteve a recusa de concessão de *visto*, ao documento “*Adenda ao contrato para prestação de serviço de gestão oficial de frota do INEM,IP*”).

Em 2006, o prazo para remessa era de 15 dias sobre a data do início da execução, segundo a alínea d), do nº 1, do artigo 47, e o nº 2, do mesmo artigo. Atualmente, com a lei nº 20/2015, de 9 de março, tal prazo foi estendido para 60 dias, contados sobre a data do início da respetiva execução, sempre resultante da alínea d), do nº 1, do artigo 47, e seu nº 2. As normas em causa são as seguintes: “1. *Excluem-se do disposto do artigo anterior* (que define a incidência da fiscalização prévia, nota nossa): (...) d) *Os atos ou contratos que, no âmbito de empreitadas de obras públicas já visadas, titulem a execução de trabalhos a mais ou de suprimento de erros e omissões, os quais ficam sujeitos a fiscalização concomitante e sucessiva*”. 2. *Os atos, contratos ou documentação referidos na alínea d) do número anterior são remetidos ao Tribunal de Contas no prazo de 60 dias a contar do início da sua execução*”.

A anterior sujeição dos adicionais aos poderes de fiscalização prévia levou à produção de uma abundante jurisprudência quanto à contratação de trabalhos a mais, cuja pertinência se mantém plenamente. Das numerosas auditorias agora feitas pela 1ª secção, desencadeadas a partir da remessa, *a posteriori*, desses adicionais, **não se constata diferença quanto ao conceito anteriormente desenvolvido**. Em particular no que diz respeito à verificação indispensável de “circunstância imprevista”. Serve para demonstrar esta afirmação, por exemplo, o relatório de auditoria nº 3/2017 (1ª secção), dedicado à *evolução dos acréscimos*

de custos nos contratos de empreitada, designadamente por força de adicionais. Reportada à informação recebida pelo Tribunal de Contas em 2016, basta a leitura da **recomendação 2.9.** para se compreender que nada mudou no conceito dos trabalhos a mais (sem prejuízo do respeito simultâneo para o regime dos trabalhos de suprimento) – “(...) ‘circunstâncias imprevistas’ são apenas aquelas que sejam qualificáveis como inesperadas ou inopinadas, ou seja, como circunstâncias que um decisor público normal, colocado na posição do real decisor, não podia nem devia ter previsto”. Para a confirmação de que o mesmo entendimento é seguido, em casos individualmente considerados, servem, por exemplo, o relatório de ação de fiscalização concomitante nº 5/2008 (à Câmara Municipal de Paredes de Coura no âmbito da empreitada “Centro de Educação e Interpretação Ambiental de Corno do Bico-25/03”), páginas 3 de 4, no relatório de ação concomitante nº 1/2014 (empreitada de “Terraplanagem, Infra-estruturas e pavimentação do Pólo I- Gonçalves, da Plataforma Logística de Leixões”, páginas 31 a 34, ou no relatório de auditoria nº 3/2014 (Auditoria relativa à execução do contrato de empreitada “ampliação e beneficiação da ETAR da Quinta da Bomba”-contratos adicionais outorgados pelos serviços municipalizados de água e saneamento de Almada), páginas 30 a 32.

5.2. A aplicação dos vários requisitos para o reconhecimento dos trabalhos a mais, com realce para a verificação da “circunstância imprevista”.

O Tribunal muito contribuiu para despistar teorias mais ou menos imaginativas, ou, mesmo, fantasiosas, sobre a amplitude do conceito de trabalhos a mais. Aplicou a regra de que os trabalhos teriam de ser para a mesma empreitada (acórdão nº 17/2004, de 4 de novembro, acórdão 15/2006, de 3 de março, plenário da 1ª secção – “2. ‘Mesma empreitada’ significa aquela que foi posta a concurso com a definição precisa do respetivo objecto”; acórdão 11/2005, de 29 de março – “3. Os trabalhos que, por sua natureza, consubstanciem obra nova estão excluídos do conceito legal de trabalhos a mais”); afastou a tese, tantas vezes tentada e arguida, de que a simples melhoria da qualidade da obra pudesse justificar a contratação de trabalhos a mais (igualmente do relatório do acórdão 15/2006, afirma o plenário da 1ª secção, perentoriamente: “(...) se (o dono da obra, nota nossa) quer introduzir melhorias no projeto deve fazê-lo antes do lançamento do concurso” (página 9), ou acórdão 46/2006, de 18 de julho, do plenário da 1ª secção (“6. A alegação, desacompanhada de qualquer outro facto, de que os trabalhos relativos ao presente adicional resultaram da necessidade de melhorar as condições de funcionamento do objecto da empreitada, exclui a existência de qualquer circunstância imprevista); verificou se esses trabalhos, no concreto, podiam, ou não, ser separáveis da empreitada sem grave prejuízo para o dono da obra (ver, em especial, o acórdão 47/2006, de 27 de julho, do plenário da 1ª secção). Mas, como mandava a lei (e, neste campo, também continua a mandar, se bem que no contexto do muito complexo novo artigo 370), limitando este último requisito a servir de confirmação, se os dois primeiros estivessem reunidos. Na página 8, do acórdão 2/2005, de 25 de janeiro, do plenário da 1ª

secção, está a explicação deste carácter complementar: *“Alega ainda que os trabalhos em curso se destinam a uma mesma empreitada e que não são separáveis da execução do contrato e, ainda, que porventura o fossem, seriam estritamente necessários ao seu acabamento. Não vamos proceder à análise desta última questão, pois o que importa decidir é se, mesmo considerando que os trabalhos em causa se destinam à realização da mesma empreitada e não possam ser técnica ou economicamente ser separados do contrato, os mesmos se tornaram necessários em sequência de uma circunstância imprevista.”*

E foi essencialmente na composição do conceito de “circunstância imprevista” que se concentrou a mais valia da interpretação da lei, segundo o Tribunal de Contas.

O Tribunal de Contas não aderiu, ou aplicou, a teoria de que a “circunstância imprevista” não tivesse de ser densificada. “Imprevisto” nunca se reduziu a “não previsto”. E se bem que, até 2017, a lei não tenha recorrido à expressão “não previsto” (que é aquela que agora jaz no nº 2, do artigo 370, do Código dos Contratos Públicos), também é certo que na anterior jurisprudência financeira não se discerne qualquer intenção de relaxar a exigência, confundindo “imprevisto” e “não previsto”. Aliás a principal manifestação dessa densificação encontra-se na diligência que é exigida a um decisor público, para justificar a encomenda dos trabalhos a mais. Se um dono de obra diligente pudesse antecipar os factos, não haveria “circunstância imprevista”.

Não faltam decisões que corporizam estas opções. *“Circunstância imprevista é toda a circunstância que um decisor público normal, colocado na posição do real decisor não podia nem devia ter previsto”* (acórdão nº 34/2006, de 16 de maio, plenário da 1ª secção). Ou, noutra formulação, mais desenvolvida – *“(…) II.- Devem considerar-se circunstâncias imprevistas factos ou ocorrências desconhecidas do dono da obra que não constem no projecto posto a concurso, devendo-se tal deficiência ao facto de ser muito difícil a sua previsão ou, sendo a mesma possível, daí resultarem custos elevadíssimos para o erário público”* (acórdão nº 17/2005, de 21 de junho, plenário da 1ª secção). Ou, ainda noutra enunciação, com algumas diferenças, que surge no acórdão nº 23/2006, de 28 de março: *“1.-De acordo com o disposto no art. 26º nº 1 do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, só pode considerar-se circunstância imprevista factos ou ocorrências relacionados com a execução da obra e que um agente normalmente diligente e competente não estava em condições de prever antes do lançamento do concurso”*. Pode haver alguma hesitação quanto ao momento em que se afere o cumprimento da diligência (no acórdão 26/2005, de 23 de outubro, o plenário da 1ª secção afirmou o seguinte, com sublinhado nosso – *“2. Deve entender-se por ‘circunstância imprevista’ aquela que, por ter surgido de forma inesperada, não pode ser tomada em conta por ocasião da celebração do contrato*) mas o essencial do conceito foi nitidamente definido.

O *inesperado* surge, muito frequentemente como integrando o conceito substantivo da “circunstância imprevista”. **Mas inesperado face ao que deveria ser a diligência de um decisor público responsável.** Não inesperado face a alguém que seja negligente no cumprimento das suas obrigações de boa administração

dos recursos públicos que lhe esteja cometida. Ou seja, a interpretação da lei deveria ser feita considerando **todos** os elementos relevantes.

5.3. Imprevisibilidade.

A referência a **acontecimentos imprevisíveis** surge no contexto do ajuste direto em condições excecionais, na legislação europeia, sempre, e quase sempre na legislação nacional (com a já apontada confusão constante do artigo 136, do decreto-lei nº 59/99, de 2 de março). Não faz necessariamente parte do mundo dos trabalhos a mais. Como, em discurso corrente, imprevisível é menos exigente do que imprevisto, é perfeitamente possível que o imprevisível seja usado com fundamento para a adjudicação de trabalhos a mais (ver, a este propósito, páginas 6 e 7, do acórdão 5/2004, de 11 de maio, do plenário da 1ª secção). O contrário é que, em nosso entender, não.

O Tribunal de Contas não confundiu, em regra, o conceito de “imprevisto” com o de “imprevisível”, sem prejuízo de algumas particularidades, que têm de ser devidamente contextualizadas, sobretudo quanto à flexibilidade interpretação quanto ao significado de “imprevisível”, no regime de ajuste direto, por circunstâncias excecionais. Ao contrário, portanto do que sucedeu, com muitos outros intérpretes da lei. Surpreendentemente, em alguns com **funções inspetivas**, ou de **auditoria** de importantes investimentos públicos, como os co-financiados pelos fundos estruturais. Aí, não faltam confusões entre os dois conceitos atrás referidos, tudo a evidenciar uma preocupante **ignorância**, seja dos termos da lei, seja da jurisprudência financeira.

Há que ter muito cuidado com a aplicação do conceito da imprevisibilidade porque, na língua portuguesa, literalmente, **imprevisível é o que não pode, pura e simplesmente, ser previsto**. Fazer uma aplicação precipitada deste conceito, acabaria com ele a ter uma intervenção muito, mas mesmo muito, residual. Quase nenhuma.

Não foi isso que o Tribunal de Contas fez. Aceitou uma interpretação que, sendo exigente, não deixou, em geral, de ser pautada pelo bom senso. O qual conduz à relativização do conceito, afastando-o do radicalismo linguístico. **Imprevisível não será, assim, o que não pode ser previsto, mas algo que, para além de imprevisto, é muito pouco provável de ocorrer, ou que corresponde a um negativo da normal vida em sociedade**. Ou seja, exigirá que não exista qualquer relação entre a omissão do dever de diligência por parte da entidade adjudicante, e que, em simultâneo, corporize uma situação rara, completamente inesperada, mesmo que não se possa afirmar, quanto a ela, que fosse completamente impossível de admitir que pudesse ocorrer.

O Tribunal de Contas não precisou, sequer, de catástrofes naturais ou de atentados para aceitar a licitude do ajuste direto em condições excecionais. Basta ver como o plenário da 1ª secção decidiu favoravelmente o recurso quanto à recusa de concessão de *visto* dos acessos rodoviários ao novo hospital

de Braga (acórdão nº 8 /2011, de 12 de abril), para ver como a constatação de acontecimentos imprevisíveis não foi desmentida. Ou, não aceitando a verificação de acontecimentos imprevisíveis, quando afirmou, no acórdão 2/2008, de 22 de janeiro, que “3. Não pode dar-se como verificado o pressuposto de que a eventual urgência resulte de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra, cujas circunstâncias não lhe sejam imputáveis, quando a necessidade das obras se tenha evidenciado através de actos inseridos na sua própria actuação, que ele teve a possibilidade de ponderar e avaliar, sem envolver qualquer surpresa.”

Noutro caso, decidido no acórdão 35/2005, de 15 de setembro, o plenário da 1ª secção descreveu acontecimentos imprevisíveis como “7. Acontecimentos imprevisíveis são todos aqueles que um decisor público normal, colocado na posição do real decisor, não podia nem devia ter previsto. Estão, portanto, fora do conceito de acontecimentos imprevisíveis, os acontecimentos que aquele decisor público podia e devia ter previsto” (ver, igualmente, o relatório do acórdão 11/2007, de 10 de julho, página 29). Logo, o Tribunal adota uma posição tão flexível quanto a acontecimentos imprevisíveis que se aproxima, e muito, da que dá a “circunstância imprevista”. Mas, atenção, **não por considerar que imprevisto e imprevisível seja o mesmo, mas antes para proceder unicamente a uma aplicação razoável de um conceito tão radical como o imprevisível.** A proximidade da definição de “circunstância imprevista”, que resulta da redação do aresto citado não dispensa, como sempre, a sua devida contextualização. Porque uma coisa é esse aproveitamento instrumental, outra é compreender que o espectro do imprevisível, enquanto conceito, sempre será mais vasto mais do que o imprevisto. E os pontos de contacto entre os dois não produzem qualquer fusão das noções. Sobretudo, não exige, como não podia exigir, face ao teor da lei, europeia e nacional, que a “circunstância imprevista” tivesse de reunir todas as qualidades do que seria o “acontecimento imprevisível”. Se dúvidas existissem, quanto a este aspeto final, veja-se o rigor com que o Tribunal de Contas decidiu, no acórdão 4/2008, de 12 de fevereiro (plenário da 1ª secção), recusando a verificação de acontecimento imprevisível: “5. Não pode considerar-se um acontecimento imprevisível, gerador de urgência imperiosa, determinante da escolha de um procedimento de ajuste directo, a circunstância de ter sido rescindido, anteriormente, por incumprimento contratual, um contrato de prestação de serviços, que havia sido celebrado com outra empresa, e com o mesmo objecto”. Ou, no acórdão 6/2008, de 11 de março, plenário da 1ª secção: “V. Não pode considerar-se acontecimento imprevisível, gerador de urgência imperiosa, e da escolha de um procedimento por ajuste directo, a circunstância de ter ocorrido um grande aumento dessa oferta já vinha a verificar-se desde o ano lectivo de 2005/2006.”

5.4. O Tribunal de Contas, e a densificação do conceito de “circunstância imprevista”. A diferença para qualquer “circunstância não prevista”.

Para perceber qual foi, até agora, o entendimento do Tribunal de Contas, não basta a consulta dos resumos dos acórdãos, mesmo com a riqueza dos que

decidiram recursos, mas importa observar os relatórios. Aqui, o que encontramos é muito interessante, para o propósito de uma interpretação cuidada.

No acórdão 5/2004, dado a 11 de maio, plenário da 1ª secção, é dito – *“(…)no caso, não ocorreu qualquer circunstância imprevista, e portanto, qualquer imprevisibilidade na realização dos trabalhos, na medida em que a verificação da necessidade da sua realização estava ao alcance do dono da obra, antes do lançamento do concurso da empreitada inicial, se tivesse agido com a diligência necessária”* (páginas 6 e 7). Depois, num passo que chega a ser divertido – *“Quando à alegada reacção da população local, de duas, uma. Ou a mesma não tinha razão de ser e não devia ser atendida, ou tinha (e provavelmente este é o caso) mas não há qualquer circunstância imprevista pois a população já lá estava e o dono da obra, antes de a por a concurso, deveria ter verificado se tudo quanto era necessário à sua realização estava ou não previsto”* (página 7). Com a empreitada em questão pretendia-se a construção de um pontão entre duas margens de um rio, e a população havia protestado para que lhe fossem, por alteração do objeto da obra, dadas contrapartidas que a compensassem dos inconvenientes da execução da mesma.

Será que uma situação como estas será agora aceite, pelo Tribunal de Contas, como permitindo a contratação de tais trabalhos como trabalhos complementares, tudo exclusivamente baseado no conceito de que esses novos trabalhos resultavam de “circunstâncias não previstas” pela entidade adjudicante ?

Vejamos outro caso. No relatório do acórdão nº 25/2005, de 25 de outubro, reporta-se a seguinte situação: *“Teríamos então como circunstância imprevista o surgimento inesperado de terrenos de consistência insuficiente para garantir a segurança da obra, o que teria determinado a necessidade de maior escavação e, com ela, a ideia de proceder ao aproveitamento do referido desnível. A verdade é que, como se estrai claramente dos autos, a decisão de contratar os trabalhos objecto deste contrato nada teve a ver com qualquer necessidade de maior escavação. No próprio dia da consignação da empreitada principal – antes, portanto, de iniciada a obra – foi pedido ao empreiteiro orçamento para a execução das caves”*(página 7).

Mais uma situação que o Tribunal de Contas classificaria agora no nº 2, do artigo 370, porque bastaria que estes trabalhos não estivessem, como efetivamente não estavam, previstos ?

No acórdão nº 29/2005, de 15 de novembro, e ainda do plenário da 1ª secção, escreve-se, claramente: *“Circunstância imprevista é, como aliás se referiu, toda a circunstância que um decisor público normal, colocado na posição do real decisor não podia nem devia ter previsto. Equivale isto a dizer que se a circunstância for previsível o que se verifica é, tão só, erro do decisor público. Simplificando, circunstância previsível =a erro”* (página 13). Deixou esse erro de ser, completamente, relevante, sendo tais trabalhos, que não podiam ser trabalhos a mais, ser agora, em qualquer caso de omissão dos mesmos, trabalhos complementares, na jurisprudência financeira? A **omissão do dever de diligência**, na definição do objeto contratual, passou a ser algo de tolerável, por integrável no novo sistema? Isto é, o que verdadeiramente era a preocupação da jurisdição financeira, a de que a afetação

de recursos públicos tivesse de resultar de um exercício de diligência da entidade adjudicante, seria agora um vazio adorno ?

No acórdão 35/2006, de 16 de maio, encontramos este texto: “(...) como o próprio recorrente reconhece, o projecto terá sido mal elaborado e as deficiências podiam ter sido corrigidas atempadamente se tivesse havido diligência. O certo é que durante a execução da obra nada de inopinado ou inesperado surgiu que não pudesse ter sido previsto”(página 9). Diligência acompanhando o juízo do imprevisto.

Não custa antecipar o interesse em saber qual será a interpretação do Tribunal de Contas (e, no imediato, da sua 1ª secção) sobre o que será o conceito de “circunstância não prevista”, conforme mencionada no nº 2, do artigo 370, do Código, tal como resultou da reforma de 2017. Porque, de duas, uma: ou entende que a “circunstância não prevista” é só o que se retira da expressão literal, sendo um **repositório residual** onde tudo quanto não foi previsto cabe; ou segue o essencial do que era o seu entendimento de “circunstância imprevista”, e a aplicação prática do instituto dos novos trabalhos complementares será árdua. Se ao universo dos trabalhos complementares detetados em execução, resultante de circunstâncias não previstas e de circunstâncias imprevisíveis, somarmos o que resulta da aceitação, total ou parcial, da necessidade de realização de trabalhos complementares resultante da declaração pré-contratual de erros, por ação ou omissão, e à aceitação, total ou parcial, das reclamações apresentadas ao abrigo dos nº 3 e 4, do artigo 378 (nova redação), a questão complica-se.

Regressando, para concluir este passo, aos ensinamentos dos arestos do plenário da 1ª secção, e utilizando aqui o relatório do acórdão nº 26/2005, de 25 de outubro, não podemos deixar de registar esta perplexidade como fundamento para recusar um recurso de não concessão de visto: “A resposta (do dono de obra em causa) não é esclarecedora e esquece, aparentemente, que, entre o momento do lançamento do concurso (com os respectivos documentos, nomeadamente o projecto) e o dos ‘trabalhos a mais’ há uma proposta que foi objeto de adjudicação ... Esquecendo isso, teríamos sempre com que uma ‘navegação à vista’, na execução das obras, em que tudo seria imprevisto”. Ou não previsto, atualizado para 2017, acrescentamos nós !

Naturalmente que o histórico da jurisprudência financeira, permite cruzar conceitos antigos com novidades legislativas. No acórdão nº 48/2006, de 27 de julho, do plenário da 1ª secção, afirma-se, sem tibieza: “(...) *circunstância imprevista não pode ser obviamente, equivalente a circunstância não prevista (cfr, a este propósito, o Acórdão nº 8/2004, proferido em 8/6/2004, nos autos de recurso ordinário nº 35/03-SEM*”(página 12). Resta saber, no contexto do novo nº 2, do artigo 370, que consequências interpretativas retirará a 1ª secção do Tribunal de Contas.

5.5. O Tribunal de Contas e a aplicação do artigo 312, do Código dos Contratos Públicos.

Nos termos do CCP, sempre foi claro que a adjudicação de trabalhos a mais

(e a de trabalhos de suprimentos) se inseria no campo das modificações objetivas. Basta a organização sistemática dos artigos 370 a 378, para se constatar que, nessas normas, a matéria da modificação objetiva é repetida para as empreitadas. E assim ficou, com as respetivas novidades de regime, com o decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto.

Porém, o Código inseriu outras normas sobre a modificação objetiva, insertas na no título I, da parte III, isto é, nas disposições gerais do regime substantivo dos contratos administrativos. Com alguma surpresa se constata alguma indiferença relativa entre estes dois grupos de normas, não sendo evidente que aquelas que se destinam à regulação das empreitadas sejam um desenvolvimento coerente das que cabem no âmbito geral. Já tivemos a oportunidade de comentar, se bem que de modo muito breve, este regime, evidenciando algumas questões que cremos merecem profunda reflexão.

É, também, muito interessante ver como o Tribunal de Contas aplicou diretamente as regras gerais sobre as modificações objetivas (artigos 311 a 315), evitando que as mesmas se convertessem em caminho alternativo para a laxidão.

No acórdão 21/2014, do plenário da 1ª secção, dado a 28 de outubro, a matéria foi abordada, porque a parte pública do contrato submetido para fiscalização prévia pretendia a aplicação direta das normas atrás referidas. Foi negado provimento ao recurso (aliás, foi mesmo mandada extrair certidão de um documento para o processo de apuramento de responsabilidades financeiras, já em curso) e, no relatório do acórdão (página 10) encontra-se: *“Admitindo teoricamente a hipótese defendida pelo recorrente, vejamos se os requisitos do mecanismo invocado se verificam. Nos termos do artigo 312º do CCP, só podem constituir fundamento para a modificação do objecto do contrato: a- alterações anormais e imprevisíveis das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar; - razões de interesse público decorrentes de necessidades novas; - razões de interesse público decorrentes de uma nova ponderação das circunstâncias existentes. Como referimos atrás, a situação é uma circunstância conhecida, Foi feita uma estimativa dos serviços necessários, mas o facto de essa estimativa poder falhar pela natureza própria da imponderabilidade dos sinistros é do conhecimento de todos. E o facto é que essa estimativa, supostamente calculada com base em cálculos de natureza histórica, não foi corrigida apesar de ter falhado redondamente nos meses anteriores”. A partir deste relato crítico, o Tribunal conclui, resumidamente, que: “1. Erros de estimativa e insuficiências de planeamento e controlo na execução de contratos de prestação de serviços vigentes para um determinado período de tempo e com um valor máximo estimado não constituem alteração de circunstâncias decorrente de acontecimento imprevisito, para os efeitos do disposto no artigo 312º do Código dos Contratos Públicos.”*

No acórdão 7/2015, de 3 de março, dado igualmente pelo plenário da 1ª secção, e estando em causa outro contrato, mas da mesma entidade pública, a conclusão do Tribunal é a mesma, com o mesmo fundamento.

A conclusão a retirar destes dois arestos é que o Tribunal de Contas **não viabilizou uma via alternativa para a variação do objeto contratual, fora dos**

estritos limites do que o artigo 312 dispunha (este artigo foi alterado na reforma de 2017, podendo ser retiradas consequências significativas quanto à solução desejada pela lei). Nos casos atrás referidos, **quem invocara a aplicação das normas gerais sobre a modificação objetiva fora a entidade pública recorrente, razão pela qual o Tribunal teve de se pronunciar expressamente sobre tal aspeto**. Pena foi que não tenha elaborado mais no tipo de relação sobre supostas normas gerais (artigos 311 a 315), e normas especiais, as quais variam conforme o objeto do contrato.

5.6. A necessidade de identificar a omissão de diligência por parte da entidade adjudicante, para recusar a aplicação do conceito de “circunstância imprevista”.

Um aspeto muito importante, e que, de algum modo, contrasta com muitos dos fundamentos que o Tribunal de Contas definiu e aplicou, tem a ver com a atribuição de uma espécie de *responsabilidade objetiva* ao dono de obra, quando se trata de o imputar quanto à ordem de execução de trabalhos a mais, em casos de erros de projeto. Mais concretamente, no caso de todo e qualquer erro de projeto.

Com efeito, se a posição essencial da justiça financeira quanto à “circunstância imprevista” parece ser perfeitamente razoável e adequada ao esclarecimento do sentido da lei, já o mesmo não se pode dizer de decisões como a seguinte: “(...) os chamados erros e omissões do projecto, quando ocorram em resultado de circunstância que podia ou devia ter sido prevista pelo projectista ou, em última análise, pelo dono da obra, estão sempre fora do conceito de circunstância imprevista” (acórdão 166/2005, de 11 de outubro, 1ª secção em subsecção, transitado em julgado sem recurso). Então se o dono da obra for diligente nos termos da contratação do projeto, se fornecer todas as informações necessárias a uma completa execução, e, depois, for surpreendido com erros no projeto que pagou na convicção de que era um produto de qualidade, e em relação ao qual nada tinha de mau a suspeitar, não se verifica uma “circunstância imprevista”? Ou seja, não é para ele, imprevisto, depois de ter cumprido diligentemente tudo quanto lhe cabia, e estava ao seu alcance? Será que o dono de obra tem de antecipar que os projetistas, por natureza ou insólito destino, são incompetentes, e mandar tudo refazer, *ad eternum*, para ter a certeza, sempre precária, de que tudo está bem? E, por exemplo, se for contratada uma **revisão de projeto**, e, mesmo assim, se vier a constatar a existência de erros de projeto (feito e revisto) em plena execução, também não é “circunstância imprevista” para o dono de obra? Esta distância que, por vezes, organismos com competências inspetivas ou de fiscalização cultivam de afastamento da realidade é muito, mas muito, negativa, para uma ponderada aplicação da lei. E, sobretudo, é errada, incongruente e não encontra acolhimento no próprio regime jurídico que pretendem fazer aplicar.

O que tem valor, na jurisprudência do Tribunal de Contas sobre a

“circunstância imprevista” são decisões como esta – *“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”* (acórdão 8/2006, de 1 de fevereiro, 1ª secção em plenário). Logo, a omissão de diligência como critério base para a construção de um conceito rigoroso. Rigoroso, mas não cego.

Não se conclua este passo sem que se reconheça que nem sempre o Tribunal de Contas decide no sentido que aqui criticamos. E há casos em que os recursos para o plenário da 1ª secção foram bem sucedidos, mesmo sem que sejam acompanhados de recomendações. Foi o que sucedeu no processo do qual emergiu o acórdão nº 32/2006, de 16 de maio, em cujo relatório se lê o seguinte: *“(...) sucede que do que vem invocado no presente recurso, ocorreu um desajustamento entre a topografia real do terreno em que seria implantada a obra e a que foi considerada. Mais se apurou que o levantamento topográfico estava a cargo da empresa projectista que dele estava encarregado para efeitos de elaboração do projecto para efeitos de concurso. Até ao início das obras, a autarquia não conhecia nem podia conhecer (salvo fazendo outro levantamento, como fez o empreiteiro antes de iniciar a empreitada) o aludido desfazamento. De tudo o que resulta invocado e esclarecido, em sede de recurso, parece assim poder ter-se como não adquirido que a aludida inexactidão, com cortejo de nefastas consequências que trouxe à obra, tenha resultado de qualquer omissão da entidade dona da obra ou dos serviços. Pelo contrário, tudo aponta para o que o levantamento em que se basearam os projectos tenha originado os já referidos erros com que o dono da obra se viu confrontado sem que, razoavelmente, nada o fizesse supor”* (páginas 11 e 12). Com este raciocínio, todo baseado no cumprimento, ou na omissão, da diligência, nos reconhecemos plenamente (ver igualmente o acórdão 3/2005, de 15 de fevereiro, também do plenário da 1ª secção). E cremos que dota o Tribunal de Contas para a exigente tarefa da interpretação do nº 2, do artigo 370, do Código dos Contratos Públicos, versão 2017.

Num outro caso, o Tribunal avançou na consideração do que poderia ser aceitável como circunstância imprevista, mesmo quando fosse possível detetar o defeito, mas que tal só seria viável através de um enorme dispêndio pela entidade adjudicante. No acórdão 17/2005, de 21 de junho, concedendo provimento a um recurso de recusa de concessão de visto, afirma-se – *“II. Devem considerar-se circunstâncias imprevistas factos ou ocorrências desconhecidas do dono da obra que não constem no projecto posto a concurso, devendo-se tal deficiência ao facto de ser muito difícil a sua previsão, ou, sendo a mesma possível, daí resultarem custos elevadíssimos para o erário público”*. Conforme se comprova do relatório (páginas 6, 7 e 8), nunca esteve em questão a negligência da entidade adjudicante, mas a constatação de que, mesmo sendo diligente, recorreu aos meios razoáveis e, por isso, exigíveis, para conseguir uma boa descrição quanto ao objeto contratual. Fazer de outro modo, poderia evitar a necessidade de execução de trabalhos a mais, mas com um custo brutal.

Outras situações em que não há omissão de diligência por parte da entidade adjudicante (e, depois, na sua qualidade de dono de obra), tem a ver

com intervenção externa, incontrollável por ela. No acórdão 30/2002, de 5 de novembro, ainda aplicando as normas sobre trabalhos a mais do decreto-lei nº 405/93, de 10 de dezembro, o plenário da 1ª secção deu provimento a um recurso, concedendo o *visto* a um adicional de uma empreitada de remodelação de uma escola que se justificara pela ocorrência de acontecimentos supervenientes, em concreto, o aproveitamento de um espaço anteriormente ocupado pela PSP (Polícia de Segurança Pública) no âmbito da citada remodelação. A possibilidade de utilização destas instalações fora determinada posteriormente à firma do contrato, pelo que o seu projeto nunca as poderia ter acolhido.

Concluindo, quando o Tribunal de Contas declara (acórdão 24/2006, de 30 de maio, plenário da 1ª secção): *“4. Não resultante de circunstância imprevista os trabalhos que tiverem origem em erros manifestos do projecto ou de alterações decididas no decurso da obra”*, dever-se-à considerar, igualmente, os termos em que tais erros ou alterações se concretizaram. Quando o Tribunal fala de “manifesto”, para qualificar o erro, estará, certamente, a levar em conta algo relativo à diligência exigível a um normal, e competente, decisor público.

VI. A reforma de 2017 e as suas consequências.

6.1. A mais recente reforma da legislação europeia.

Em 2014 foi concluída mais uma reforma da legislação europeia sobre contratação pública. Para a compreender, é necessário percorrer um conjunto de inovações legislativas, que, em rigor, começaram em 2000, com a disciplina sobre os atrasos de pagamento aplicável aos setores público e privado (diretiva 2000/35/CE, substituída, depois, pela diretiva 2011/7/UE). Ou seja, depois de concluída a adaptação das diretivas então vigentes ao teor do Acordo sobre Contratos Públicos celebrado no seio da Organização Mundial de Comércio (OMC), tarefa cumprida pelas diretivas 97/52/CE e 98/4/CE. Continuaram com a aplicação do Vocabulário Comum para os Contratos Públicos (CPV), determinada pelo regulamento 2195/2002 (CE), alterado pelo regulamento (CE) 213/2008, da Comissão, e pela reforma das diretivas recursos, determinada pela diretiva 2007/66/CE (pouco depois da revisão geral das diretivas sobre contratação, de 2004) e pela normativa quanto à adjudicação de contratos públicos de material de defesa e segurança (diretiva 2009/81/CE). Tudo acompanhado por documentos destinados a determinar o conteúdo dos diversos anúncios previstos nas diretivas (sendo a primeira a diretiva da Comissão 2001/78/CE, depois alterada pela diretiva da Comissão 2005/51/CE) e pelos regulamentos da Comissão para atualização bienal dos limiares.

Foram três as diretivas, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, publicadas no *JOUE*, a 28 de março de 2014 :

- a) A diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão ;
- b) a diretiva 2014/24/UE, de 26 de fevereiro de 2014, do Parlamento

Europeu e do Conselho, relativa aos contratos públicos e que revoga a diretiva 2004/18/CE; e

- c) a diretiva 2014/25/UE, de 26 de fevereiro de 2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a diretiva 2004/17/CE.

Às quais se soma a diretiva 2014/55/UE, sobre a faturação electrónica e a criação do *E-Certis*, pelo regulamento de execução (UE) 2016/7 da Comissão.

6.2. A invasão do campo da execução do contrato.

Até a esta nova vaga de diretivas europeias, só dois temas interessavam diretamente a legislação europeia sobre contratação pública: a) a adjudicação de trabalhos a mais; b) os atrasos de pagamento, desde que, pela diretiva 2000/35/CE (entretanto revogada e substituída pela diretiva 2011/7/EU, como atrás apontado) este fenómeno mereceu normas comuns aos sectores público e privado.

Com as diretivas de 2014, **a execução do contrato passou a interessar, diretamente, a legislação europeia**. Na diretiva 2014/23/EU (concessões), a ela se dirigem as normas contidas nos artigos 42 a 45. Na diretiva 2014/25/EU (setores especiais), as dos artigos 87 a 90.

Mas centrando-nos da diretiva 2014/24/EU, por ser a de maior aplicação dado os conceitos de entidade adjudicante e de objeto que acolhe, algo nela existe que representa uma **forte guinada nos valores essenciais prosseguidos**, até então, pelo normativo europeu. A começar pelo respeito pelo **princípio da transparência**, afirmado pelo Tribunal de Justiça, mesmo antes da legislação ordinária o declarar como sua parte (tendo esse Tribunal sempre reafirmado esta sua posição, depois de 2004) como foi feito no artigo 2º, da diretiva 2004/18/CE: *“As entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade e tratamento e da não discriminação e agem de forma transparente”*, e no nº 1, do artigo 19, da diretiva 2014/24/EU, cujo texto é: *“1. As entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação e atuam de forma transparente e proporcionada. Os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos”*.

Como acórdãos mencionando a submissão ao princípio da transparência servem, entre outros, o dado no processo C-19/00 (SIAC Construction) a 18 de outubro de 2001, o dado no processo C-410/04 (ANAV), a 6 de abril de 2006, o dado no processo C-6/05 (Medipac), a 14 de junho de 2007, o dado no processo C-220/06 (Asociación Profesional), a 18 de dezembro de 2007, o dado no processo C-481/06 (Comissão *versus* Grécia), de 18 de dezembro de 2007, o dado

no processo C-532/06 (Lianakis), a 24 de janeiro de 2008, o dado no processo C-213/07 (Michaniki), a 16 de dezembro de 2008, o dado no processo C-538/07 (Assitur), a 19 de maio de 2009. Numa das conclusões (a primeira) do acórdão dado no processo C-324/07 (Coditel Brabant), o Tribunal usa a singular expressão “1) (...) os princípios da igualdade e da não discriminação em razão da nacionalidade e o dever de transparência que deles decorre”(decisão de 13 de novembro de 2008). Portanto, considerando que só com o respeito pela transparência de processos de adjudicação, os princípio anteriores poderiam ser prosseguidos (ou, até, como é feito no já citado processo C-6/05 (Medipac), em que no início da primeira conclusão se refere: “O princípio da igualdade de tratamento e a obrigação de transparência (...)” . É claro que se pode erigir a transparência em princípio, como é referido na conclusão do acórdão dado no já mencionado processo C-410/04 (ANAV). Aduzindo outro elemento, saliente-se o valor que sempre foi dado à **publicidade** representa, sem qualquer margem para dúvida, a importância cometida ao respeito pela transparência.

Seja qual for a leitura, ou a construção jurídica, preferidas, pode afirmar-se que, quer a legislação, quer a jurisprudência europeias, sempre foram sensíveis a esta vertente nuclear da contratação. **Como pode o regime da vasta mancha de modificação do objeto dos contratos públicos ser compatível com essa transparência ?**

Porque o modelo, todo o modelo, de oportunidades de incrementar o negócio a partir de um contrato inicialmente adjudicado, trazem consigo, como é óbvio, uma forte possibilidade de **favorecimento dos co-contratantes**. Além de **descontrolarem completamente a disciplina da despesa pública**, com todo o tipo de consequências que situações deste tipo provocam. Seria da mais elementar curiosidade exercitar a aplicação, em simultâneo, desta regulamentação europeia sobre as modificações objetivas e da Lei dos Compromissos e Pagamentos em Atraso. Só para comprovar que são grupos normativos totalmente opostos. Se se preferir, completamente incompatíveis.

6.3. As numerosas, e relevantes, modalidades de modificação de objeto do contrato, na diretiva 2014/24/UE.

O artigo 72 desmultiplica-se em várias modalidades de **modificação de contratos durante o seu período de vigência** (é exatamente assim a epígrafe desse artigo 72). Em concreto, são **seis** as modalidades que tais disposições prevêm, e a elas vamos dar, de seguida, atenção detalhada. Sigamos as normas da diretiva 2014/24/UE, que corporizam as soluções legais intervenientes.

6.3.1. Modificação prevista nos documentos iniciais, de acordo com a alínea a), do nº 1, do artigo 72.

O corpo do nº 1, do artigo 72, é o seguinte: “1. Os contratos e os acordos-

quadro podem ser modificados sem novo procedimento de contratação, nos termos da presente diretiva, em qualquer dos seguintes casos”, corpo esse que não será, aqui, repetido na apreciação das alíneas posteriores. Além disso, e como já referido, há diversos sublinhados que não constam dos textos legais, sendo, pelo contrario, da nossa responsabilidade, para enfatizar especialidades de regime.

A alínea a), do nº 1, do artigo 72, continua com o seguinte texto: *“a) se as modificações, independentemente do seu valor monetário, estiverem previstas nos documentos iniciais do contrato em cláusulas de revisão (podendo incluir cláusulas de revisão de preços), ou opção claras, precisas e inequívocas. Essas cláusulas devem indicar o âmbito e natureza das eventuais modificações ou opções, bem com as condições em que podem ser aplicadas. Não podem prever modificações ou opções que alterem a natureza global do contrato ou do acordo-quadro”*.

Esta modalidade não estava, nem foi, em 2017, prevista na nossa legislação nacional. Aqui, contudo, e em nosso entender, sem problema relevante de transposição, exceto no que diz respeito à completa indiferença (concretizada numa pura omissão) desta modalidade, numa desnecessária *afrenta* ao conjunto do sistema normativo europeu para a contratação pública.

No entanto, neste caso existem outros elementos que justificam uma posição de não-censura essencial ao legislador nacional. É que o regime do CCP quanto ao preço-base é, também, uma baía a respeitar no desencadeamento do procedimento pré-contratual, **e não foi colocada na lei portuguesa para contrariar as regras europeias**. Normas de revisão tão abertas como as previstas na alínea a), do nº 1, do artigo 72, obrigariam ao estabelecimento de um preço-base muito elevado, provavelmente muito acima dos recursos que ficassem afetos ao cumprimento do contrato. Nem se perceberia como poderiam ser conciliáveis com a Lei dos Compromissos e Pagamentos em Atraso, produto do período da *troika*. Dito de outro modo, **a imobilização de meios financeiros para deixar viver um contrato com esta primeira modalidade seria um absurdo em termos de gestão pública**.

6.3.2. Modificação para que possam ser considerados trabalhos complementares que não tenham sido previstos no contrato, de acordo com a alínea b), do nº 1, do artigo 72.

Na alínea b), do nº 1, do artigo 72, dispõe-se: *“b) Se houver necessidade de obras, serviços ou fornecimentos complementares por parte do contratante original que não tenham sido incluídos no contrato inicial, caso a mudança de contratante: i) não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas, como requisitos de permutabilidade ou interoperacionalidade com equipamento, serviços ou instalações existentes, adquiridos ao abrigo do contrato inicial, e ii) seja altamente inconveniente ou provoque uma duplicação substancial de custos para a autoridade adjudicante. Todavia, o aumento do preço não pode exceder*

50% do valor do contrato original. Em caso de várias modificações sucessivas, esse limite aplica-se ao valor de cada modificação. Tais modificações sucessivas não podem ter por objetivo a não aplicação das disposições da presente diretiva”.

Neste caso, o que surge como critério de aplicação é a **dificuldade extrema** em resolver questão relevante surgida na execução contratual **mediante o lançamento de novo procedimento** para escolha de outro contratante. **Esta modalidade não está prevista na legislação nacional, o que afasta, de modo sério, o regime europeu do nosso, porque se trata de uma omissão muito relevante.** Vê-se que é aproveitado o anterior critério da inconveniência da separação das novas prestações em relação às originais, constante do regime europeu dos trabalhos, e dos serviços, a mais.

Surpreende a dimensão autorizada do valor das alterações, que são de 50%, e **repetíveis sem limite de número de tais modificações**. Tudo exclusivamente dependente de ser indesejável a escolha de novo contratante, e as novas prestações se tornem necessárias pela inconveniência, técnica ou financeira, de desencadear novo procedimento. Nada é referido sobre o respeito pela “natureza global do contrato” ou “alteração substancial do contrato”, tudo ficando pela pia intenção de não se recorrer a estas normas com o intuito de defraudar o que a diretiva estabelece. Registam-se as boas intenções, já que nada de verdadeiramente consequente se consegue retirar.

6.3.3. Modificação que derive de uma necessidade que uma entidade adjudicante diligente não possa prever, de acordo com a alínea c), do nº 1, do artigo 72.

Na alínea c), do nº 1 do artigo 72, dispõe-se que: *“c) Se se verificarem todas as seguintes condições: i) a necessidade de modificação decorre de circunstâncias que uma entidade adjudicante diligente não possa prever; ii) a modificação não altera a natureza global do contrato, iii) o aumento de preço não ultrapassa 50% do valor do contrato ou acordo-quadro original. Em caso de várias modificações sucessivas, esse limite aplica-se ao valor de cada modificação. Tais modificações sucessivas não podem ter por objetivo a não aplicação das disposições da presente diretiva”.*

Aqui, mas **em concomitância com as duas possibilidades anteriores** (e as posteriores), surge a necessidade de resposta a circunstâncias a que uma entidade adjudicante diligente não pudesse prever. Esta possibilidade de modificação do objeto do contrato parte da noção de *circunstância imprevisível* que o legislador comunitário densificou no considerando 109 da diretiva, que tem o seguinte conteúdo: *“(109) As autoridades adjudicantes podem ser confrontadas com circunstâncias externas que não podiam ter previsto quando adjudicaram o contrato, em especial quando a execução deste se prolonga por mais tempo. Neste caso, é necessário ter alguma flexibilidade para adaptar o contrato a essas circunstâncias sem um novo procedimento de contratação. O conceito de circunstâncias imprevisíveis refere-se a factos*

que a autoridade adjudicante não podia prever, apesar de ter preparado a adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente, tendo em conta os meios que tinha à sua disposição, a natureza e as características do projeto específico, as boas práticas no domínio em questão e a necessidade de assegurar uma relação adequada entre os recursos gastos na preparação da adjudicação do contrato e o seu valor previsível. Contudo, este conceito não se pode aplicar nos casos em que uma modificação dê lugar a uma alteração da natureza global do contrato público, por exemplo substituindo obras, fornecimentos ou serviços a adjudicar por algo diferente ou alterando profundamente o tipo de contrato, uma vez que, em tal situação, é previsível que o resultado final seja influenciado.”

Ou seja, ocorrendo uma *circunstância imprevisível* no sentido adotado pelo legislador comunitário, o contraente público pode ordenar a execução de trabalhos complementares, modificando o objeto do contrato inicial, sem ter, portanto, de recorrer a um novo procedimento de contratação e a um novo contrato. Se bem que esta considerando da diretiva 2014/24/EU não seja um *primor* de clareza e esclarecimento, também não deve ser omitido numa reflexão como a presente.

Sobre a questão de saber se a legislação nacional transpôs estas normas, muito se escreverá, sem dúvida, no futuro. Será que a segunda hipótese do nº 4, do artigo 370, visava esse exercício? Ainda assim, o limite que consta da legislação nacional é de 40 e não de 50%. Depois, a nossa legislação colocou, como vimos, esta hipótese a par da ocorrência de *circunstâncias imprevisíveis*, o que não facilita uma interpretação generosa da segunda parte do corpo do citado nº 4, do artigo 370.

Em qualquer caso, pode afirmar-se, sem grande margem para dúvida, que o legislador nacional não se reviu na solução europeia. E não a transpôs.

6.3.4. Modificação derivada da substituição do adjudicatário original por outro co-contratante, segundo o disposto na alínea d), do nº1, do artigo 72.

Na alínea d), do nº 1, do artigo 72, dá-se a solução legal para as vicissitudes derivadas da substituição do contratante inicial. O seu texto é: “*d) Se o adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato for substituído por um novo adjudicatário, por um dos seguintes motivos: i) uma cláusula de revisão ou opção inequívoca, em conformidade com a alínea a), ii) transmissão universal ou parcial da posição do contratante inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão ou aquisição, ou de uma insolvência, para outro operador económico que satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecida, desde que daí não advenham outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação da presente diretiva, ou iii) assunção pela própria autoridade adjudicante com os seus subcontratantes, se tal possibilidade estiver prevista na legislação nacional em conformidade com o artigo 71^o.*”

É muito interessante esta mescla que é feita de situações variadas: a modificação objetiva, a mudança de adjudicatário (a diretiva insiste em mencionar

adjudicatário para identificar quem, já o tendo sido, deveria ser tratado como parte contratual), e, mesmo, a possibilidade de o ente público poder recorrer diretamente aos subcontratados do anterior contraente privado. Certo é que, com este conjunto normativo, se cria uma ampla margem de liberdade para adaptar o contrato ao que seja a sua nova vida. Em rigor, e apesar de semelhanças de texto, esta hipótese não foi transposta para a nossa lei.

6.3.5. Modificação derivada da previsão geral da alínea e), do nº 2, do artigo 72.

Na alínea e), do nº 1, do artigo 72 (e, portanto, também a coberto do corpo do nº 1, desse artigo) surge um texto muito vago, que remete para o nº 4, do mesmo artigo 72. É ela: *“e) Se as modificações, independentemente do seu valor, não forem substanciais, na aceção do nº 4”*.

Aqui, só se apreende o que seja o regime jurídico se se unirem as normas atrás citadas, e as que estão contidas no nº 4, do mesmo artigo 72, que será analisado no número IV.4., deste texto. Mas que se trata de uma modalidade de aplicação só condicionada a que não se produzam alterações essenciais, cremos não suscitar dúvida.

6.3.6. Modificação livre, segundo o disposto no nº 2, do artigo 72.

No nº 2, do artigo 72, encontramos uma possibilidade mais de modificação do contrato, assim descrita: *“2. Além disso, e sem que seja necessário verificar se se encontram preenchidas as condições previstas no nº 4, alíneas a) a d), os contratos podem igualmente ser modificados sem necessidade de novo procedimento de contratação, nos termos da presente diretiva, caso o valor da modificação seja inferior a ambos os seguintes casos: i) os limiares estabelecidos no artigo 4º, e ii) 10% do valor do contrato inicial no caso dos contratos de serviços e fornecimentos, e 15% do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de empreitada de obras. Contudo, a modificação não pode alterar a natureza global do contrato ou do acordo-quadro. Em caso de várias alterações sucessivas, esse valor é avaliado com base no valor líquido acumulado das alterações sucessivas.”*

O artigo 4 inclui as normas sobre os limiares de valor dos contratos, para efeitos de aplicação dos procedimentos europeus. Logo, a norma citada do artigo 72 representará, neste caso, que não só não se podem ultrapassar tais montantes nas modificações dos contratos. Ou seja, caso aplicando os 10 ou 15% isso significasse aceitar uma alteração com valor que atinja os limiares previstos no artigo 4º, por esses limites ter-se-ia de ficar. Como nota de informação, os limiares constantes do citado artigo acabam de ser atualizados pelos seguintes documentos legais: os da diretiva 2014/23/UE pelo regulamento delegado (UE) 2017/2366 da Comissão; os da diretiva 2014/24/UE pelo regulamento delegado (UE) 2017/2365, da Comissão e os da diretiva 2014/25/UE pelo regulamento

delegado 2017/2364, da Comissão. Todos estes regulamentos têm a data de 18 de dezembro de 2017, e foram publicados no *Jornal Oficial da União Europeia*, no dia seguinte.

Esta modalidade de modificação do contrato não tem qualquer requisito jurídico para a sua aplicação. É, por assim dizer, livre, uma muito significativa margem de tolerância, a ser gerida pelos contraentes públicos, como melhor entendam. Veja-se a referência expressa à não aplicação do nº 4, do artigo 72, para se perceber que não está em causa o respeito seja da “alteração substancial ao contrato” ou da “natureza global do contrato”.

6.4. A surpreendente amplitude da possibilidade de alterações prevista na diretiva 2014/24/EU e os conceitos de “modificação substancial” de “natureza global do contrato”.

Por muito que se considere que a habitual rigidez das normas nacionais sobre a contratação pública tivesse de ser contrariada, para se conseguir maior eficácia, poucos antecipariam um resultado do tipo do propiciado pela lei europeia. Mesmo no *Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE, para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa* (Bruxelas, 27 de janeiro de 2011), que constitui um utilíssimo guia para compreender o conteúdo das diretivas de 2104, **não constam sugestões concretas para a enorme flexibilidade que se veio a concretizar.**

De facto, só militam contra a pleiade de oportunidades de modificação do objeto do contrato dois conceitos: o de “modificação substancial” e o de “natureza global do contrato”. Do referido *Livro Verde* consta uma importante reflexão sobre estas matérias nas suas páginas 26 e 27.

O primeiro deles – “modificação substancial” – merece, mesmo, um conjunto de normas organizadas no nº 4, do artigo 72. Que são: *“4. A modificação de um contrato ou de um acordo-quadro durante o seu período de vigência é considerada substancial, na aceção do nº 1, alínea e), quando tornar o contrato ou o acordo-quadro materialmente diferente do contrato ou acordo-quadro celebrado inicialmente, Em qualquer caso, sem prejuízo dos nºs 1 e 2, uma modificação é considerada substancial se se verificar uma ou mais das seguintes condições: a) A modificação introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso; b) A modificação altera o equilíbrio económico do contrato ou do acordo-quadro a favor do adjudicatário de uma forma que não esteja prevista no contrato ou acordo-quadro inicial; c) A modificação alarga consideravelmente o âmbito do contrato ou do acordo-quadro; d) O adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato é substituído por um novo adjudicatário, em casos não previstos no nº 1, alínea d).”*

Tendo em conta que, neste excerto legal, se afirma “sem prejuízo dos nºs

1 e 2”, teremos de concluir que estas regras têm sobretudo aplicação à hipótese prevista na alínea e), do nº 1, do artigo 72. É verdade que, aparentemente, também a modalidade de modificação estaria coberta pela exceção apontada. Mas a necessidade de interpretar, em conjunto, os normativos em causa, leva, em nosso entendimento, a que se privilegie a ação da remissão expressa feita na alínea e), do nº 1, para o nº 4, tudo no contexto do artigo 72.

Mais intrigante é o conceito de “natureza global do contrato”. Porque parece que impõe um juízo complementar quanto ao próprio objeto da relação contratual.

Mas isso age em circunstâncias precisas, não sendo um utensílio de índole geral. Já no artigo 72, da diretiva 2014/24/UE, o conceito de “natureza global do contrato” é utilizado na alínea a), do nº 1, na subalínea ii), da alínea c), do nº 1, no nº 2. Ou seja, em casos que, sendo aplicados, propiciariam uma significativa possibilidade de modificação de objeto.

Logo, teremos de concluir que o legislador europeu considerou necessário complementar as regras secas sobre as circunstâncias em que seria admissível a modificação do objeto contratual, por conceitos auxiliares, como os dois apontados. Os quais, se em certas situações provocam uma limitação da liberdade de aplicar as modificações em causa, noutros acaba por ter o efeito oposto.

6.5 A opção nacional e a definição geral de trabalhos complementares.

A opção nacional está contida no artigo 370, com uma redação **totalmente diferente da anterior**, dada pelo decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto. E (muito) pouco tem a ver com o disposto no artigo 72, da diretiva 2014/24/UE.

Com efeito, as duas possibilidades de adjudicar trabalhos complementares estão contidas nos números 2 e 4, do artigo 370, do Código dos Contratos Públicos, na versão resultante do decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto.

Tudo enquadrado na definição geral do que sejam os trabalhos complementares, que consta do nº 1, do mesmo artigo 370: **“1. São trabalhos complementares aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato”**. Logo, uma **definição formal e meramente descritiva**, em que o único critério escolhido é o de **não estarem tais trabalhos previstos no contrato**. Nada mais, nenhuma valoração quanto aos motivos pelos quais essa omissão se constata, ou se a ela pré-existe qualquer negligência por parte da entidade adjudicante.

Este comentário não expressa, forçosamente, uma crítica à opção técnica do legislador. Os impropriamente chamados *trabalhos de suprimento de erros e omissões* nem uma definição deste tipo mereceram, sendo simplesmente usado o conceito. E não foi por isso que deixaram de constituir um elemento fundamental do Código dos Contratos Públicos, versão inicial. **Mas é bom que o intérprete da reforma de 2017 tenha sempre presente a definição formal dos trabalhos complementares**, pois isso lhe fará muita falta quando tiver de esclarecer

temas tão importantes como a relação entre as declarações pré-contratuais e os trabalhos cuja necessidade de execução se detete na sua sequência. Ou os que sejam declarados, e aceites, a coberto dos nº 3 e 4, do artigo 378.

6.5.1. O regime do nº 2, do artigo 370, do CCP.

Das alínea a) e b), do nº 2, do artigo 370, consta o seguinte :

“2. Quando os trabalhos complementares resultem de circunstâncias não previstas, pode o dono da ordenar a sua execução ao empreiteiro desde que, de forma cumulativa :

- a) Não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves e impliquem um aumento considerável de custos para o dono da obra ;*
 - b) O preço desses trabalhos, incluindo o de anteriores trabalhos complementares igualmente decorrentes de circunstâncias não previstas, não exceda 10% do preço contratual; e*
- (...).”*

Numa apreciação sucinta, aponte-se que surge, pela primeira vez na legislação nacional, a expressão “circunstâncias não previstas”. O que abre um vasto campo de hipóteses de interpretação, para se conseguir a mais adequada. “Não previsto” será equivalente a “imprevisto”? **Basta que seja não previsto, para se poder ordenar licitamente a execução de trabalhos complementares?** Foi isso que se quis com a definição formal desta categoria de trabalhos? É que se assim for, teríamos amplamente confirmada, em 2017, a tese de que, com o Código dos Contratos Públicos admite tratar um projeto absolutamente defeituoso, como não só algo de normalíssimo, como, ainda, algo em relação ao qual quem o não fez tem de contribuir ativamente para a sua correção. Lateralmente, com violação grosseira do nº 7, do artigo 43, conjugado com o disposto na portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho.

Uma breve consulta a alguns dicionários da língua portuguesa mostrará que, há muito que a noção de *imprevisto* (como foi bem aceite pelo Tribunal de Contas) surge com tendo sinónimos *incúria*, *desmazelo* ou *negligência*. Logo, **sendo a noção de imprevisão enriquecido com um conteúdo substantivo, como o aplicou a jurisprudência financeira quanto aos anteriores trabalhos a mais**. Será que foi isto que o legislador quis mesmo provocar, ao substituir “circunstância imprevista” por “circunstância não prevista”? **Em nosso entender, não**. O que é aqui feito, como também o é no nº 4, do mesmo artigo 370, é aproveitar expressões que ou estão nas diretivas, ou que com tais expressões possam ter alguma relação. Mas para servirem soluções bem distantes, e distintas, daquelas que os diplomas europeus prevêm.

Portanto, **terá de ser no campo da interpretação que se vai dirimir uma das principais questões que são colocadas pela reforma do CCP, de 2017**. Porque

se alguém conseguir provar que a invocação de circunstância não prevista constitui *remédio* para classificar tudo quanto falha do projeto, aquilo que se teria conseguido, mesmo com total infidelidade quanto às normas europeias, **era destruir todo o controlo de despesa em execução de contratos públicos, até agora vigente, degradando brutalmente a qualidade dos atos de decisão de tal despesa.**

6.5.2. O regime do nº 4, do artigo 370, do CCP.

Do nº 4, do artigo 370, consta o seguinte :

“4. Quando os trabalhos complementares resultem de circunstâncias imprevisíveis ou que uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto, pode o dono da obra ordenar a sua execução desde que :

- a) Não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves e impliquem um aumento considerável de custos para o dono da obra; e*
- b) O preço desses trabalhos, incluindo o de anteriores trabalhos complementares igualmente decorrentes de circunstâncias imprevisíveis, não exceda 40% do preço contratual.”*

Também numa breve apreciação, existem várias questões que são levantadas. Agora, aparece a noção de “circunstâncias imprevisíveis”, cuja verificação nunca foi indispensável para a adjudicação de trabalhos a mais. Indispensável era para a adjudicação, em procedimento pré-contratual autónomo, de uma empreitada de obra pública em condições excecionais. No entanto, compreende-se que existe, em paralelo, a intenção de alguma a coisa literalmente acolher, da disciplina do artigo 72, da diretiva 2014/24/UE.

Depois, **parece serem previstas duas possibilidades, sendo uma delas a atrás apontada ocorrência de circunstâncias imprevisíveis e a outra a de uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto. Separados pela conjunção ou.**

Vejamos primeiro a aparente primeira possibilidade, para depois passarmos à segunda.

Exigir-se a circunstância imprevisível pode surgir como uma expressão da maior exigência admissível. **Aliás, levada ao extremo, nem se consegue aplicar.** Porquanto o sentido linguístico para *imprevisível*, no seu mais singelo significado, é o que *não é possível de ser previsto*. Ora isso não existe, se considerado desta forma. Num exemplo extremo, mas muito real, imaginemos que, em Lisboa, durante a execução de uma empreitada, ocorreu, em sequência imediata, um terramoto, um maremoto e um incêndio. Pode-ser-ia aplicar, no âmbito do mesmo contrato, a hipótese de contratação de todos os trabalhos complementares que visassem substituir os destruídos pela catástrofe, ao abrigo do nº 4, do artigo 370, do Código dos Contratos Públicos? Se for pelo critério linguístico de *imprevisível*, não, porque já tivemos 1755 ... **E coisa que não falta**

são especialistas a sustentar que não existe qualquer dúvida que algo desse tipo vai voltar a ocorrer. Vai acontecer mesmo. Só não se sabe quando tal voltará a flagelar a cidade. E o mesmo se concluiria, em aplicação da alínea c), do nº 1, do artigo 24, do Código dos Contratos Públicos, para a adjudicação de uma empreitada autónoma. Portanto, novamente se revela a necessidade de ser moderada a interpretação a ser dada à noção de “acontecimento imprevisível”.

O que queremos significar é que o conceito jurídico do imprevisível – que adere quer a acontecimento imprevisível, ou a circunstância imprevisível, não é (não pode ser) tão rigoroso e restritivo quanto o linguístico. Sob pena de o recurso ao conceito de “circunstâncias imprevisíveis”, constante do nº 4, do artigo 370, ser completamente inútil, por inaplicável.

Mas mais complicado ainda é a oposição entre **a constatação das circunstâncias imprevisíveis e a aquelas que uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto.** É que são casos completamente diferentes, que, a ser desejo do legislador em os prever, efetivamente, mereceriam ser segregados em duas localizações separadas. E não em texto corrente.

E, em elementares termos lógicos, para que serve o aparente segundo critério, depois de se chegar à conclusão de que se teriam verificado “circunstâncias imprevisíveis”? Existirão “circunstâncias imprevisíveis” que pudessem ter sido previstas por uma entidade adjudicante? Claro que não, pelo que a segunda parte do corpo do nº 4, do artigo 370 é completamente inútil, por meramente repetitivo. Chega mesmo a entrar em contradição com o regime instituído pela directiva 2014/24/UE que, como vimos, integra no conceito de *circunstância imprevisível* os casos em que a causa dos trabalhos complementares não podia ser prevista por uma autoridade adjudicante razoavelmente diligente.

6.6. As diferenças entre o modelo europeu e o nacional.

Independentemente daquilo que já consta deste texto, cremos útil resumir as discrepâncias entre as soluções europeias e as nacionais, de modo a melhor se fundamentar que, em rigor, não foi praticado pelo decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto em relação, pelo menos, a normas muito importantes da diretiva 2014/24/UE, exercício que é facilmente extrapolado para a diretivas 2014/23/EU e 2014/25/UE.

6.6.1. A inexistência, na legislação nacional (e, em particular, no Código dos Contratos Públicos), de um conceito similar, ou equivalente, ao de “natureza global do contrato”.

Não há, na nossa lei, qualquer conceito que corresponda ao que a diretiva 2014/24/UE apelida de “natureza global do contrato”. Aquilo que existe é um objeto do contrato administrativo, e uma determinação obrigatória do mesmo. Depois, quando se consolida a relação bilateral, é estabelecido um conjunto de

prestações que o co-contratante tem de executar, contra o pagamento do preço contratual (artigo 97, CCP).

Será que a discreta alteração do corpo do artigo 312 tem alguma coisa a ver com a temática da “natureza global do contrato”? Na verdade, e de um modo que também provoca alguma perplexidade, o legislador de 2017 entendeu que devia prever a possibilidade de o contrato prever as *condições da sua modificação*. Pena foi que o mesmo legislador não tivesse reparado que o conceito de modificação objetiva que está descrito nas duas alíneas do artigo 312 se dirigem a situações extremas, como a alteração de circunstâncias. E não à banalidade do cumprimento normal de uma relação contratual.

6.6.2. A inexistência, na legislação nacional (e, em particular, no Código dos Contratos Públicos), de um conceito similar, ou equivalente, ao de “alteração substancial do contrato”.

Do mesmo modo que está atrás comentado para a “natureza global do contrato”, também não existe um conceito que corresponda à “alteração substancial do contrato”.

E compreende-se que assim seja, porque os limites de modificação objetiva são estritos, positivamente definidos, e não estão à mercê de uma descrição vaga.

6.6.3. A inexistência, na legislação nacional (e, em particular, no Código dos Contratos Públicos), de casos de modificação objetiva que não estejam sujeitos a limites de valor.

No artigo 72 existem vários casos em que se afirma, de modo inequívoco, que não estão sujeitas a limites de valor. Assim está na alínea a), do nº 1, na alínea d), do nº 1 (sem qualquer referência a montantes), e, muito especialmente, na alínea e), do nº 1.

E mesmo os casos das alíneas b) e c), do nº 1, do artigo 72, acabam a conduzir ao não estabelecimento de um limite de valor, dado que se podem suceder modificações, sobre as quais se repete a contagem dos 50%.

A lei portuguesa não insere qualquer caso em que não seja estabelecido que não há limite de valor. Pelo contrário, os dois casos previstos para a adjudicação de trabalhos complementares, têm valores limite fixados. E até em outras normas, com outras funções, que regulam as modificações objetivas, constam limites de valor. Como se constata da alínea d), do nº 1, do artigo 313.

6.6.4. A inexistência, na legislação nacional (e, em particular, no Código dos Contratos Públicos), da possibilidade de modificação objetiva relevante do contrato, segundo o seu próprio clausulado.

Enquanto que a diretiva 2014/24/UE abre um amplo caminho de mudar

o contrato de acordo com regras que o próprio contrato contenha, o CCP nada prevê, desta natureza. Não é comparável, nem complementar, aquilo que a nossa lei estipula quanto a revisão de preços, reequilíbrio financeiro, ou qualquer outro tipo de compensação (*vide* artigo 354, por exemplo). É mesmo pacífico que o regime de (re)equilíbrio financeiro e, em concreto, da revisão de preços, foi, em muito, limitado, logo na versão inicial do Código, em 2008, para os contratos que não fossem de empreitada. E esta direção não foi invertida na reforma de 2017.

Neste caso, contudo, não vemos, em princípio, que haja infração flagrante às disposições europeias, por parte do CCP (e aqui tanto serve a versão de 2008, como a de 2017), mas, simplesmente, um regime nacional menos favorável aos potenciais co-contratantes. De resto, seguindo uma possível aplicação nacional do disposto na alínea a), do n.º 1, do artigo 72, da diretiva 2014/24/UE, constata-se que esta modalidade de modificação só operaria se no contrato estivessem previstas as disposições que permitissem tal variação. Como é a entidade adjudicante que define as condições contratuais, bastaria que, mesmo que a legislação portuguesa tivesse reproduzido a solução europeia, ela não fosse, em cada procedimento, prevista.

Logo, este contraste só será relevante, em termos negativos, como uma evidência mais de que o legislador nacional não quis prever, sequer, esta modalidade. Aí, sim. Mas para servir uma apreciação de conjunto do que (não) foi a transposição.

6.6.5. A inexistência, na legislação nacional (e, em particular, no Código dos Contratos Públicos), da possibilidade de modificação objetiva, numa situação em que o adjudicatário mude.

Apesar de o legislador de 2017 ter previsto, como novidade, a cessão compulsiva da posição contratual, com o novo artigo 318-A, a previsão das suas normas nada tem a ver com a solução do artigo 72, da diretiva. Aliás, esse artigo até é de difícil aplicação, porque não esclarece devidamente como esse processo se implementaria, causando confusão de responsabilidades entre o adjudicatário original, e o que receberia a posição.

Portanto, temos aqui uma omissão total, o que não pode deixar de ter consequências, na apreciação sobre se houve transposição, ou não, das normas da diretiva 2014/24/UE.

6.6.6. A inexistência, na legislação nacional (e, em particular, no Código dos Contratos Públicos), de um regime de livre modificação do contrato, só contido pelo valor de incremento de 15% para as empreitadas, e de 10% para bens e serviços.

A diretiva 2014/24/UE prevê uma modalidade que, em rigor, é livre. Funciona como uma gestão de risco do contrato, adaptando-o permanentemente

às necessidades concretas. Não cremos que exista solução equivalente na legislação nacional, exceto se se considerar a noção de *circunstância não prevista*, mencionada no n.º 2, do artigo 370, tenha qualidades tão amplas, que tudo atraia quando se trate de justificar faltas na descrição do objeto contratual. Isto é, que alguém usasse o conceito de circunstância não prevista tão longe, que acabaria por se justapor a esta possibilidade constante da diretiva 2014/24/UE.

Deve aduzir-se que, na filosofia do sistema nacional, nunca se entendeu como necessário, ou, sequer, útil, que se reconhecesse uma *tolerância* diretamente ligada às vicissitudes menores da vida de um contrato. Por exemplo, a possibilidade de fazer incrementar a despesa em percentuais baixos (da dimensão de 1 ou 2%), sem burocracia, e em benefício de serem evitados contenciosos, esses sim, consumidores de recursos significativos, nunca teve qualquer acolhimento em Portugal. Estranho seria que, agora, se viesse a considerar adequado, a coberto de uma liberdade como a definida no n.º 2, do artigo 72, da diretiva 2014/24/EU, em conjunto com o estabelecido no n.º 2, do artigo 370, do CCP, admitir que essa tolerância tivesse sido mesmo estabelecida.

6.6.7. A inexistência, na legislação nacional (e, em particular, no Código dos Contratos Públicos), de solução compatível com o disposto na alínea b), do n.º 1, do artigo 72.

Na norma europeia em causa o que sobreleva é a circunstância de ser inconveniente a mudança de adjudicatário, para prover à realização de trabalhos que não estavam previstos no contrato inicial. Desde que se respeite o generosíssimo dispositivo de aumento de despesa (50% sucessivamente repetidos), pode ser produzida a modificação objetiva em questão. Aqui, nem a ocorrência de afetação da “natureza global do contrato” é impedimento.

Nada disto consta do CCP, e, em especial, dos números 2 e 4, do artigo 370.

6.6.8. A inexistência, na legislação nacional (e, em particular, no Código dos Contratos Públicos) de solução compatível com o disposto na alínea c), do n.º 1, do artigo 72.

Na norma europeia em causa, indica-se que a necessidade da realização dos trabalhos resultem de *circunstâncias que uma autoridade adjudicante diligente não possa prever*, que não altere a natureza global do contrato, e que respeite normas de limite (ou de permissão) de despesa iguais aos da alínea precedente.

É certo que expressão parecida surge no n.º 4, do artigo 370. Mas depois de se mencionar a ocorrência de *circunstância imprevisíveis* (não circunstâncias *imprevistas*, ou *não previstas*). Logo, muito diferente. E o limite da despesa consequente não é o da diretiva, mas antes 40%.

6.7. A compreensível relutância do legislador nacional em aceitar uma transposição verdadeira das soluções do artigo 72.

O percurso pelas diferenças entre as soluções europeias, e a nossa legislação, feita atrás, não deve ser confundida com uma simples censura à reforma do Código dos Contratos Públicas, tal como feita pelo decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto.

Na verdade, aceitar uma reprodução, pura e simples, daquilo que são as normas do artigo 72, da diretiva 2014/24/EU, **representaria o completo abastardamento do que é a disciplina da despesa pública**, tal como ela é concebida, em Portugal. **Não há, contudo, qualquer notícia que Portugal se tenha manifestado contra as normas das diretivas de 2014, em no momento a tal adequado, nos termos do processo legislativo da União Europeia.** Tendo aceite tão peculiar arquétipo legal, depois também não se percebe como foi aprovado um diploma como o decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto.

6.8. A impossibilidade de se reconhecer que tenha sido feita uma transposição, nos termos do artigo 288, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Se bem que se compreenda a relutância do legislador nacional em colocar, no nosso ordenamento jurídico, aquilo que consta do artigo 72, certo é que as diferenças entre os dois modelos, o nacional e o europeu, **são imensas**, como visto atrás. De facto, **pouco têm a ver um com o outro.**

E não cremos que tudo se possa reduzir a uma ideia de maior exigência. Muito mais impressionante do que um hipotético maior rigor, **é a clara intenção em legislar** (até por motivos respeitáveis) **de modo contrário ao que consta da legislação europeia.**

Por isso, **dizer que se fez uma transposição do que o artigo 72 dispõe, é, em nosso entender, não só inexato, mas sobretudo, impossível, perante os dois resultados normativos.**

Aquilo a que Portugal está obrigado, enquanto Estado-Membro é ao cumprimento do atualmente disposto no artigo 288 do Tratado de funcionamento da União Europeia (TFUE), que aproveita o lastro histórico do artigo 189, do Tratado CEE. Artigo 288 esse que afirma: *A directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios*".

Alguém duvida que o resultado a alcançar, pelas normas contidas no artigo 72, da diretiva 2014/24/UE, era uma vastíssima liberdade das entidades adjudicantes (depois, contraentes públicos) para modificar os contratos que firmarem? E que as seis possibilidades elencadas de modificação expressam, de modo exaustivo, o que poderiam fazer? E que isso era muito diferente do modelo europeu anterior, sendo perfeitamente visível (mesmo que criticável) o sentido

da reforma legislativa? E alguém duvida que isso não foi acolhido na legislação portuguesa, mesmo que, muito provavelmente, com o intuito de evitar que fosse desbaratada a disciplina da despesa pública envolvida na execução de contratos públicos ?

Cremos que as respostas às perguntas atrás colocadas não são difíceis de dar.

Permitimo-nos, ainda, chamar a atenção para a principal consequência do não respeito pelas soluções do artigo 72. Não temos dúvida que um sistema como o nosso, em que existem apertadas regras para a celebração de contratos, e para a sua alteração em plena execução, **não sobreviveria ao impacto da mais recente legislação europeia**. Mas também temos de constatar que, a par de muitas consequências nocivas, uma que não o é, em cumprimento do artigo 72, seria o do incremento da atividade económica resultante da execução de contratos públicos. Em termos económicos, a procura pública emergente da celebração desses contratos não seria de x (preço contratual e modificações objetivas, principalmente), mas de $x + y$, sendo este último tudo quanto resultasse da execução das possibilidades contidas nas normas europeias. É verdade que, a médio, ou longo, prazos, se os trabalhos fossem necessários, mais cedo ou mais tarde acabariam por ser adjudicados, mesmo que por procedimentos pré-contratuais autónomos. Mas, no imediato, os limites nacionais à realização lícita de despesa seriam um obstáculo à expansão da atividade económica. A este argumento, sabe-se perfeitamente, o Tribunal de Justiça é muito sensível.

Esta seria, provavelmente, uma segunda vaga de contestação jurídica às soluções nacionais. No presente, parece simplesmente existir fundamento mais do que suficiente para considerar que a República Portuguesa não cumpriu as suas obrigações, definidas no artigo 288 TFUE, face às diretivas de contratação pública, de 2014.

VII. Onde cabem, nos trabalhos complementares, aqueles que derivem da aceitação de reclamações do empreiteiro, ou tenham tido a sua execução ordenada, espontaneamente, pelo dono da obra?

7.1. Os trabalhos que estão em causa.

Existem, - em nosso entender, - além do que está estabelecido nos números 2 e 4, do artigo 370, três casos em que, com o acordo, ou por iniciativa, do dono de obra, seja reconhecida como necessária a realização de trabalhos, que, simplesmente por não estarem previstos no contrato, entram na *acolhedora* previsão do nº 1, do mesmo artigo. E seja ordenada, pelo dono da obra, a sua execução. São trabalhos complementares, perante essa definição formal. As três situações em questão, são as seguintes :

- a) Os que resultam da aceitação, total ou parcial, da reclamação do empreiteiro, prevista no nº 3, do artigo 378 ;
- b) os que resultam da aceitação, total ou parcial, da reclamação prevista no

- nº 4, do artigo 378 ;
- c) os que, espontaneamente, vejam a sua execução determinada pelo dono de obra, mesmo que não se compatibilizem com os requisitos dos nº 2 e 4, do artigo 370.

7.1.1. O nº 3, do artigo 378.

O nº 3, do artigo 378, dispõe o seguinte: *“O empreiteiro deve, no prazo de 60 dias contados da data da consignação total ou da primeira consignação parcial, reclamar sobre a existência de erros ou omissões do caderno de encargos, salvo dos que só sejam detetáveis durante a execução da obra, sob pena de ser responsável por suportar metade do valor dos trabalhos complementares de suprimento desses erros e omissões.”*

Causa alguma perplexidade a utilização, como critério secundário para a determinação do prazo desta reclamação a **primeira consignação parcial**. Ora como só com a realização de toda a consignação o empreiteiro beneficia da plena disponibilidade de todos os locais, e dos elementos necessários à execução dos trabalhos (ver artigo 356, do CCP), que sentido faz afirmar que da primeira consignação parcial (que pode ser ínfima, face o conjunto do objeto) se conta tal prazo ?

Para ilustrar este nosso comentário, vejamos, - sobre o que, por vezes, sucede quanto à realização da consignação, - um passo do relatório de auditoria nº 6/2009, da 2ª secção do Tribunal de Contas, sobre uma das empreitadas da ampliação do Aeroporto Francisco Sá Carneiro (esta é uma das auditorias temáticas quanto às derrapagens em obras públicas - *“Apesar da DIA ter desenvolvido um adequado e complexo ‘planeamento e faseamento global’ da empreitada, que foi controlado e coordenado pela empresa (...), não foi evitado que fossem celebrados 20 Autos de Consignação Parcial de Empreitada desde 27/06/2003 até 27/03/2006, ou seja, durante um prazo de 33 meses, que se traduzem num processo construtivo complexo, dada a necessidade de assegurar a execução dos trabalhos sem prejuízo do normal desenvolvimento das actividades aeroportuárias. Estas consignações parciais foram impostas por condicionalismos de ordem funcional das instalações do Aeroporto, que tinham que continuar em operação. Os referidos autos são, no fundo, a prova clara e evidente das dificuldades que a ANA, SA, teve em disponibilizar o terreno para a obra”* (página 68, os sublinhados são de nossa responsabilidade). Talvez tivesse sido preferível ter definido como momento de contagem do prazo para a reclamação a última das consignações parciais, e não a primeira ...

Regressando ao essencial da nossa atenção, é claro que, **se o dono da obra reconhecer pertinência a uma reclamação apresentada a coberto do nº 3, do artigo 378, estaremos perante trabalhos complementares, nos termos do nº 1, do artigo 370**. Nada, na descrição do nº 3, do artigo 378, faz depender a sua existência da verificação de qualquer circunstância imprevista, ou imprevisível. Quanto muito, seria resultado de algo que não foi previsto (nº 2, do artigo 370), o que faria com que a definição e o conceito se confundissem de modo bizarro.

7.1.1.1. O âmbito de aplicação do nº 3, do artigo 378, face ao dever de declaração com o espectro previsto no nº 2, do artigo 50.

Se aproveitarmos a expressão literal deste nº 3, do artigo 378, teríamos de concluir que o empreiteiro teria duas oportunidades **iguais** de reclamar contra erros, por ação ou omissão, do caderno de encargos (onde se inclui o projeto). **Só que isso equivaleria a concluir pela total inutilidade do disposto no artigo 50.** O que não é, em sede interpretativa, inaceitável, porquanto representaria uma **desconsideração completa** de normas jurídicas vigentes.

Portanto, haverá que entender o alcance da disposição contida no nº 3, do artigo 378, como **posterior ao cumprimento do dever de declaração que o artigo 50 contém.** O mesmo artigo que afirma que o incumprimento dessa obrigação provoca as consequências previstas nos números 3 e 4, do artigo 378 (nº 4, do artigo 50).

Logo, além da expressão literal do nº 3, do artigo 378, concluímos que só são admissíveis reclamações que **extravasem o âmbito do dever de declaração que está contido no artigo 50.** Com a dimensão definida no seu nº 2, que é, como vimos, extensíssima. Só serão aproveitáveis, portanto, os casos que derivem de elementos que só se tornarem acessíveis ao empreiteiro **com a consignação** (daí a crítica à definição da primeira consignação parcial para a contagem do prazo de reclamação). E será este, - com o que será sustentado no próximo parágrafo, - o espectro que torna aproveitável o dispositivo do nº 3, do artigo 378. **Entendemos assim como adequada uma resposta negativa do dono de obra, fundada em que o empreiteiro poderia (deveria) ter suscitado a questão anteriormente.** Esta nossa posição, contudo, terá de tornear, num segundo exercício interpretativo, a distinção de requisitos entre os números 3 e 4, do artigo 378, quando o segundo refere que os erros para si em causa teriam de ter a ver com algo não detetável na fase pré-contratual (ver **VII.1.2.**, neste texto), o que não consta do nº 3. Este convite à reclamação pelo empreiteiro, nos termos do nº 3, não deixa de ser estranha, perturbando claramente o entendimento daquilo que o legislador de 2017 quis obter, como resultado.

Existe uma segunda possibilidade do aproveitamento, pelo próprio dono de obra, das normas contidas no nº 3, do artigo 378 (e até, do nº 4). Tal seria o caso de o dono de obra, depois de (na sua qualidade anterior de entidade adjudicante) ter negado razão a qualquer dos interessados quanto a declarações de erros, por ação ou omissão. Mas, depois, com fundamento mais elaborado pelo empreiteiro, e com os dados a que tem facultados com a consignação, reconsidere. Aqui, também seria possível aplicar o nº 3, do artigo 378. Porém, como se trata de uma modificação objetiva, teria de respeitar os **limites constantes do artigo 313**, para evitar que se violem as regras de uma sã concorrência.

7.1.2. O nº 4, do artigo 378.

O nº 4, do artigo 378, dispõe o seguinte: “4. O empreiteiro é ainda responsável

pelos trabalhos complementares que se destinem ao suprimento de erros e omissões que, não podendo objetivamente ser detetados na fase da execução do contrato, também não tenham sido por ele identificados no prazo de 30 dias a contar da data em que lhe fosse exigível a sua deteção.”

Como sucede com o nº 3, aquilo que parece ter sido concebido para definir a **responsabilidade do empreiteiro**, acaba por ter o resultado oposto: ou seja, autorizar **reclamações sucessivas**, a pretexto de estabelecer os requisitos de definição de responsabilidade do co-contratante.

7.1.2.1. O âmbito de aplicação do nº 4, do artigo 378, face ao nº 3, do mesmo artigo.

Existe uma condição que consta do nº 4, e não do nº 3. É ela a de o âmbito da segunda reclamação permitida ter de excluir o que seria detetável na fase pré-contratual. Se bem que consideremos que tal condição também tem de se depreender da conjugação das normas do artigo 50, com o nº 3, do artigo 378, não podemos deixar de chamar a atenção para este importante detalhe.

Caso o dono de obra reconheça a pertinência da reclamação do empreiteiro, e ordene, nesse contexto, a execução de mais trabalhos, **eles são trabalhos complementares**, face à sucinta definição que consta do nº 1, do artigo 370.

7.1.3. Os trabalhos cuja necessidade seja espontaneamente reconhecida, e cuja execução seja ordenada, pelo dono de obra.

Similares, em termos de estatuto jurídico, aos trabalhos cuja necessidade seja reconhecida após reclamação do empreiteiro são aqueles que o dono de obra de forma espontânea, declare como necessários à execução da obra. Como está, mas para a fase pré-contratual, previsto no nº 7, do artigo 50, também pode suceder que o dono de obra assuma a necessidade de realização de mais trabalhos, para que a obra fique completa (reforçado, na fase pré-contratual, pela intervenção do novo nº 6, do mesmo artigo 50).

Pode contestar-se a existência destes trabalhos, usando, de modo **superficial**, o teor do conjunto do artigo 370. E é verdade que este dispõe sobre modificações objetivas, concretamente as que poderão ocorrer em execução de uma empreitada de obra pública. Dito diretamente, pode alguém revoltar-se contra esta terceira categoria de trabalhos complementares, porque eles não estão na letra dos números 2 e 4, do artigo 370. E há que, também superficialmente, reconhecer que alguma pertinência a este obstáculo: o artigo 370 teria uma **enumeração taxativa** (?), logo, o que não está lá, não existe, enquanto trabalhos complementares. **Sucede que o Código dos Contratos Públicos não se resume ao artigo 370.** E, mesmo esse artigo, faz contratar uma previsão específica, parte dos seus números 2 e 4, a uma definição geral, muito ampla, servida por uma definição formal e descritiva. **Na verdade, se tudo se resumisse ao que estabelecem os números**

2 e 4, que falta faria o nº 1, e que utilidade teria a sua definição de trabalhos complementares ?

Depois, não foi por acaso que reproduzimos o teor dos números 2 e 4, do artigo 370. É que é muito claro que há duas oportunidades de reclamação, **em relação às quais não se pode afastar a possibilidade não só do empreiteiro ter razão, como, também, de o dono de obra lhe reconhecer**. E o normal resultado de uma reclamação bem sucedida não é só a vertente financeira. Nos casos precisos dos números 3 e 4, do artigo 378, estão em causa os impropriamente chamados *erros e omissões*. Logo, o que o empreiteiro quer não é só dinheiro; **quer o reconhecimento de que há trabalhos que têm de ser feitos e não previstos no contrato** (trabalhos complementares, portanto) e que a execução desses trabalhos deve ser ordenada. E conseqüentemente, devem ser pagos.

Ou será que se subentende que nunca haverá qualquer reclamação, de qualquer empreiteiro, em qualquer obra, e perante qualquer dono de obra, que tenha vencimento?

Portanto, **podem perfeitamente existir trabalhos complementares que não estão na lista dos artigos 2 e 4, do artigo 370**. Existindo estes, enquanto nova categoria, porque se deverá afastar a hipótese do dono da obra ordenar espontaneamente a execução de outros, mesmo fora do dramatismo do artigo 312?

Vejamos, com algum detalhe, o que está aqui verdadeiramente em causa. No(s) regime(s) anteriores ao Código dos Contratos Públicos, estava prevista, expressamente na modalidade de preço global, a possibilidade de o dono de obra efetuar alterações unilaterais ao projeto, para retificar erros. Além da disciplina dos trabalhos a mais. No decreto-lei nº 59/99, de 2 de março, era no nº 5, do artigo 14, que constava esta possibilidade – “5. *Se o dono da obra verificar, em qualquer altura da execução, a existência de erros ou omissões do projecto, devido a causas cuja previsão ou descoberta fosse impossível mais cedo, deve notificar dos mesmos o empreiteiro, indicando o valor que lhes atribui*”. A flexibilidade da série de preços permitia resolver, de modo quase impercetível, os problemas deste tipo.

Com o Código dos Contratos Públicos, foi a matéria correspondente remetida para os trabalhos a mais (artigo 371, sobretudo números 1 e 5). E com a reforma de 2017, como ficámos ?

Segundo o disposto no nº 1, do artigo 371 (que, salvo a referência ao conceito de trabalhos complementares, ficou inalterado na reforma de 2017), – “1. *O empreiteiro tem a obrigação de executar os trabalhos complementares, desde que tal lhe seja ordenado por escrito pelo dono da obra e lhe sejam entregues as alterações aos elementos da solução da obra necessárias à sua execução, quando os mesmos tenham integrado o caderno de encargos relativo ao procedimento de formação do contrato*”. Substancialmente, a solução é a mesma e a redação quase igual, mas sofre da reunião de duas categorias de trabalhos excedentários, numa só, a de trabalhos complementares. Logo, o que só valia, em 2008, para os trabalhos a mais (não para os trabalhos de suprimento), agora vale para tudo.

Além disso, e com o devido respeito pelo legislador do CCP, é preciso um esforço estóico para interpretar estas normas. Então só se podem ordenar trabalhos complementares **entregando ao empreiteiro elementos que ele já tem, porque integraram o caderno de encargos?** No caso de um erro, por ação ou omissão, o que se encontra no projeto (parte do caderno de encargos) **é uma expressão equivocada do que se quer, para que a obra seja integralmente executada, e a sua funcionalidade garantida, ao serviço do interesse público.** Logo, só se podem interpretar o nº 1, do artigo 371 como limitando esses elementos à conceção (e descrição) original da obra, mais ou menos detalhada. Isto é, **os elementos que corporizam o problema, e os meios que se prevejam para o resolver.** Os quais serão, em regra, **outros trabalhos.** Tenha-se em atenção que este nº 1, do artigo 371 vale, agora, para todos os trabalhos complementares (antes, era parte da exclusiva regulação dos trabalhos de suprimento), e não só aqueles que estamos a apreciar. Portanto, aqueles que aplicam os números 2 e 4, do artigo 370. Então para que o empreiteiro seja obrigado a realizar trabalhos complementares, mesmo que resultando da ocorrência de situações imprevistas ou imprevisíveis, **o dono de obra entrega-lhe, com a ordem, os dados que pré-existiam às circunstâncias inopinadas?** Servem para quê?

Não cabe no reduzido espaço deste texto discutir todas as consequências deste nº 1, do artigo 371. Mas que ele encerra muito tema para debate, disso não restará dúvida a um observador interessado. E expressa uma imensa distância entre o legislador e a pura realidade.

Regressando ao nosso ponto, entendemos que se o dono de obra, respondendo a reclamação apresentada pelo empreiteiro, ao abrigo do nº 3, ou do nº 4, do artigo 378, pode (deve, se entender que o empreiteiro tem razão) **ordenar a realização de trabalhos complementares**, sem que exista uma situação de imprevisão (entendida em termos iguais aos anteriormente aceites para os trabalhos a mais) ou de imprevisibilidade, **também pode o dono da obra ordenar a execução de trabalhos complementares se ele identificar erros no projeto**, por ação ou omissão. É esta a terceira modalidade da nova categoria de trabalhos complementares que sustentamos o legislador criou. Com maior, ou menor vontade, sua, criou, sob pena de ter de se considerar que o sistema de 2017 não funciona.

7.2. Caraterística comum aos três casos: todos estão previstos sem necessidade de resultarem de situações de imprevisibilidade, ou de imprevisão densificada.

Se há algo que reúne todas as três situações atrás apontadas, é que **não é indispensável que o reconhecimento da necessidade de execução de trabalhos complementares condicionada à constatação de que ocorreram circunstâncias não previstas**, ou de *circunstâncias imprevisíveis* ou *que uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto*. Isto é, nada têm a ver, em nossa opinião, com os

n.ºs 2 e 4, do artigo 370.

Nos casos dos números 3 e 4, do artigo 378, porque não consta disposições qualquer requisito relacionado com imprevisão ou imprevisibilidade. No caso do reconhecimento espontâneo pelo dono da obra, também não, porque não aceitamos a leitura de “não previsão” privada da apreciação da diligência do comportamento do dono da obra.

7.3. A posição dos empreiteiros, face ao disposto nos números 3 e 4, do artigo 378.

Independentemente daquilo que, em sede interpretativa, sustentamos como correto, deve ficar muito claro que **o empreiteiro não deve, em caso algum, desperdiçar as oportunidades de reclamação, que agora lhe são conferidas**. E fazê-las nos prazos que estão definidos na lei.

Com efeito, a ausência de reclamações desencadeará as consequências que estão previstas nos números 3 e 4, do artigo 378, que não são as mesmas: no caso do n.º 3, a ausência de reclamação é penalizada com o custeio de metade do valor dos trabalhos, e no do n.º 4, com a totalidade desse encargo.

Importa, ainda, ao empreiteiro, conjugar as suas ações com o que está definido no artigo 354, do CCP, porquanto é muito provável que as situações aí previstas se encadeiem com fenómenos de maior dificuldade de realização da obra. Aqui, como em 2008, o prazo para tal reclamação é de 30 dias sobre a ocorrência do evento.

7.4. Nova categoria de trabalhos suplementares, interpretação alargada do n.º 2, do artigo 370, ou alteração legislativa.

Há que encontrar uma solução para o problema criado pela reforma de 2017, quanto aos trabalhos complementares, e encontrá-lo nos termos da lei e com respeito pelos critérios obrigatórios de interpretação, constante do artigo 9.º, do Código Civil. A mera perplexidade face ao texto da lei não propicia a sua aplicação, seja qual for a modalidade preferida.

Vemos, para tal, três possibilidades, sendo duas no contexto da lei em vigor, e a terceira decorrendo de uma alteração que lhe seja feita.

7.4.1. Nova categoria de trabalhos complementares.

A conclusão natural do que temos vindo a sustentar, ao longo deste texto, é a de que existem (já existem) no Código dos Contratos Públicos, outros trabalhos complementares que não só os contidos nos números 2 e 4, do artigo 370. Trabalhos esses que são perfeitamente compatíveis com a definição formal e descritiva do n.º 1, do mesmo artigo 370.

Resultam esses trabalhos da aplicação do disposto nos números 3 e 4, do artigo 378, sempre que o dono de obra dê razão às reclamações aí previstas, e ordene, em consequência, a execução de outros trabalhos, além daqueles que constam do projeto. E podem ainda resultar da decisão espontânea do dono de obra em corrigir erros que detete, através de uma interpretação corretiva do disposto no nº 1, do artigo 371.

Independentemente de qualquer alteração legislativa, cremos que o Código, quer o afirme expressamente, quer por operação conjunta das disposições atrás citadas, já contempla essa nova categoria. Ou seja, não é possível aplicar o disposto nos números 3 e 4, do artigo 378, sem que se aceite que conduzem ao reconhecimento de uma outra categoria de trabalhos complementares.

Questão também complicada, é a de saber qual o limite excedentário sobre o preço contratual, que deve servir esta nova categoria. Questão complicada, mas não inultrapassável. Tendo em conta que, na lei nacional (não na diretiva 2014/24/UE) existem dois limites de valor (para as empreitadas), que são 10% (nº 2, do artigo 370) e 40% (nº 4, do artigo 370), e que os requisitos para a aplicação dos 40% são mais apertados do que ocorre para aplicar os 10%, optáramos por utilizar este último. Naturalmente que sendo aplicado em conjunto com os limites materiais das modificações objetivas constantes das alíneas a), b), c) e e), do nº 1, do artigo 313.

7.4.2 Interpretação alargada do nº 2, do artigo 370.

Se o Tribunal de Contas estiver disponível para renunciar à densificação do conceito de circunstância imprevista, necessária face à regulamentação anterior ao Código dos Contratos Públicos, pode abrir-se uma *janela de oportunidade* para transformar o nº 2, do artigo 370, num destino fatal para tudo quanto seja a resolução para a descrição irregular do objeto contratual.

Significaria isso **desconsiderar, por completo, o dever de diligência das entidades adjudicantes no patentear de projetos de qualidade, em defesa do interesse público que lhe cabe prosseguir**. E tornaria a portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho, num documento completamente inútil. Isto é, significaria regredir décadas na exigência quanto à elaboração de projetos, e desmentir tudo quanto, - em auditorias e sentenças, - foi o principal contributo do Tribunal de Contas para uma despesa pública assente em comportamentos exigentes para as entidades adjudicantes.

O nº 2, do artigo 370, e a respetiva interpretação (seja ela qual for), ameaça constituir-se num risco brutal para donos de obra e empreiteiros, por poder conduzir a uma de duas soluções totalmente antagónicas: a) ou se entende que a “circunstância não prevista” tudo *limpa*, e assim se assegura a continuidade de execução da obra até ao fim; b) ou se considera que terá de ser enriquecido o conceito com algo de semelhante ao que se considerou preencher o conceito de “circunstância imprevista”, e, unicamente a consideração de trabalhos

complementares como os que são permitidos pela soma das normas dos números 2 e 4, do artigo 370, é possível.

7.4.3. Alteração legislativa?

Finalmente, existe sempre a possibilidade de o legislador intervir novamente, esclarecendo, de modo claro e perentório, o conjunto do modelo de trabalhos complementares, dirigido sobretudo a fazer funcionar, de modo coerente, o que está disposto nos números 3 e 4, do artigo 378, com o conjunto do artigo 370. E como tudo é compatível com a obrigação de transposição das normas das diretivas de 2014, sobre a execução do contrato.

Poderia, igualmente, o legislador aproveitar a oportunidade para explicar qual o papel que deseja para a portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho, se se deseja que ela viva na mesma época da declaração obrigatória agora contida no artigo 50, com o largo espectro do seu nº 2. De modo a que não subsista um sistema de responsabilidade objetiva, que inverte a imputação de quem faz (ou não faz quando deveria ter feito) para os interessados em ter a adjudicação de um contrato público.