

**O CONTROLO DE CUSTOS
NAS EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS
ATRAVÉS DO NOVO REGIME DE TRABALHOS
DE SUPRIMENTO DE ERROS E OMISSÕES
E DE TRABALHOS A MAIS**

RUI MEDEIROS

**1. O REFORÇO DOS MECANISMOS DESTINADOS
A ASSEGURAR MAIOR RIGOR NA GESTÃO DOS
DINHEIROS PÚBLICOS COMO UMA DAS PREO-
CUPAÇÕES FUNDAMENTAIS QUE SUBJAZ À
RECENTE REFORMA DO REGIME DAS EMPREI-
TADAS DE OBRAS PÚBLICAS**

I. É hoje inequívoco que o Código dos Contratos Públicos introduziu uma profunda mudança no regime jurídico das empreitadas de obras públicas. Na tentativa de reconstrução sistemática da nova regulamentação legal, a doutrina, para além de divergir na avaliação do mérito das soluções consagradas, tem hesitado, porém, na própria identificação das opções fundamentais que subjazem ao novo regime plasmado no Código. Esta situação é particularmente evidente em relação às soluções adoptadas quanto à posição jurídica das partes no contrato de empreitada e à mudança de paradigma na definição das fontes do regime aplicável a este tipo contratual. Em contrapartida, no que concerne ao reforço dos mecanismos destinados a assegurar maior rigor na gestão dos dinheiros públicos, a divergência centra-se, não tanto no reconhecimento de que esse foi um dos objectivos fundamentais que presidiu à reforma, mas sobretudo na avaliação da bondade e eficácia do novo modelo adoptado.

II. Começando pela questão da identificação do sentido da reforma no que concerne à posição jurídica das partes no contrato de empreitada, alguns autores afirmam que o Código, não obstante assumir uma “*inequívoca opção pela preservação do sinal distintivo dos contratos administrativos*”, procura atenuar a “*excessiva disparidade ou desequilíbrio das posições contratuais*” na relação jurídica de empreitadas de obras públicas (1). A própria opção do Código, no artigo 307.º, se bem que sublinhe a “*imagem de marca da administratividade do contrato*” (2), mediante a afirmação da natureza administrativa dos actos praticados no âmbito da respectiva execução, “*acantona a administratividade dos [mencionados] actos no núcleo dos poderes de ingerência mais intensos ao dispor do contraente público*” (3). Neste sentido, “*os actos aos quais se reconhece administratividade são apenas e só aqueles cuja funcionalização à realização do interesse público, com continuidade e qualidade, se revele inquestionável*” (4). Nesta perspectiva, afirma-se, portanto, que o Código “*resguardou adequadamente o princípio do equilíbrio entre as partes*” (5).

Este entendimento não é, todavia, de modo algum, pacífico. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, por exemplo, ao mesmo tempo que sublinha que o contrato administrativo deve ser prioritariamente encarado “*como uma fonte de relações jurídicas eminentemente paritárias*” e que a própria “*jurisprudência portuguesa sempre tendeu, desde tempos muito recuados, a assumir*

(1) Cfr. LINO TORRAL, *A empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos — breve nota sobre algumas das principais novidades*, in CJA, n.º 64, 2007, pág. 65.

(2) Cfr. CARLA AMADO GOMES, *A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 522.

(3) Cfr. CARLA AMADO GOMES, *A conformação da relação contratual*, pág. 559.

(4) Cfr. CARLA AMADO GOMES, *A conformação da relação contratual*, pág. 559.

(5) Cfr. CARLA AMADO GOMES, *A conformação da relação contratual*, pág. 565.

um entendimento favorável à afirmação das relações contratuais administrativas como relações eminentemente paritárias”, refere-se à “*submissão do contraente privado a um exacerbado estatuto de autoridade na esfera do contraente público*”, e, com “*evidentes ressonâncias autoritárias*”, “*em termos que, no que especificamente diz respeito aos poderes de conformação conferidos ao contraente público, o ordenamento jurídico do Estado Novo não tinha, entre nós, consagrado*” (6).

A discussão assenta, provavelmente, numa redução cuja bondade se pode questionar. Como se confirmará mais adiante, não é seguro que a questão se coloque nos mesmos termos em relação à regulamentação aplicável aos contratos administrativos em geral e ao regime relevante para os contratos de empreitadas de obras públicas. Em todo o caso, e deixando para momento ulterior a questão de saber em que medida esta problemática assume contornos específicos em relação ao contrato de empreitada de obras públicas (infra *b*)), nada obsta a que se reconheça, quanto aos contratos administrativos em geral, que o Código, ao mesmo tempo que reforça os traços de administratividade dos contratos administrativos, não deixa de assumir que as relações jurídicas administrativas, num Estado de Direito, não podem ser construídas à margem de uma ideia de Administração paritária. Neste plano geral, o Código limita-se a concretizar a ideia de que a “*lógica do contrato administrativo*” está marcada “*pela conjugação de uma dualidade: autoridade e supremacia da Administração, por um lado, e consensualidade ou pactum, por outro*” (7).

a) Assim, e no tocante ao primeiro aspecto, sem dúvida que o Código rejeita inequivocamente o *requiem pelo contrato*

(6) Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos*, in CJA, n.º 66, págs. 9-12 e 16.

(7) Cfr. PEDRO GONÇALVES, *O contrato administrativo como uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*, Coimbra: Almedina, 2003, pág. 101.

administrativo (na expressão de MARIA JOÃO ESTORNINHO), recusando igualmente as concepções que advogam a qualificação “como administrativos [de] todos os contratos celebrados por entidades públicas” (8), configurando, pelo contrário, o contrato administrativo como *uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo* (para empregar o título da conhecida obra de PEDRO GONÇALVES). O Código reforça, neste sentido, a *autonomia substantiva* do contrato administrativo (9). A tendencial administrativização dos contratos de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços por contraentes públicos e a disciplina estabelecida no Título I da Parte III do Código, aplicável aos contratos administrativos em geral e, subsidiariamente, nos termos do artigo 280.º, n.º 2, aos contratos de empreitadas de obras públicas são bem reveladoras da intenção que subjaz à nova lei. Deste modo, para o Código, o contrato de empreitadas de obras públicas, ainda que submetido a uma regulamentação parcialmente específica, é assumido inequivocamente como um contrato administrativo.

Todavia, e tendo já em consideração o segundo aspecto acima mencionado, na definição do regime substantivo dos contratos administrativos em geral, o Código repudia a adopção de uma lógica centrada na concepção da Administração como *poder*, procurando, pelo contrário, acentuar a dimensão paritária das relações jurídicas administrativas de natureza contratual. Assim, para além do reforço da posição dos concorrentes e do adjudicatário no procedimento pré-contratual (simbolicamente sintetizada na afirmação inequívoca de um dever de adjudicação no artigo 76.º — ou, numa solução análoga, de um dever de qualificação no artigo 187.º), a referida conclusão transparece de diversas soluções consagradas no

(8) Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos administrativos e poderes de conformação*, págs. 9 e 14.

(9) Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O acto administrativo contratual*, in *CJA*, n.º 63, pág. 3.

Título I da Parte III (tendencialmente aplicável à generalidade dos contratos administrativos). O princípio da admissibilidade da invocação pelo co-contratante da excepção de não cumprimento ou do direito de retenção (artigos 327.º e 328.º) é, neste contexto, significativo. O regime aplicável em caso de mora do dono da obra por atraso nos pagamentos é igualmente sugestivo (artigos 299.º e 326.º). A própria regulamentação da liberação da caução revela uma preocupação em assegurar uma adequada ponderação entre os interesses públicos e privados em presença (artigo 295.º).

É certo que, aparentemente, a dimensão paritária é fortemente restringida em virtude da opção do Código — justificada pela preocupação “de assegurar a efectiva primazia do interesse público” (10) — por conferir ao contraente público um conjunto relevante de poderes de conformação da relação contratual. Efectivamente, e deixando de lado outras manifestações da tutela do interesse público na relação contratual, a nova lei determina que revestem a natureza de acto administrativo as declarações do contraente público sobre a execução do contrato que se traduzam em ordens, directivas ou instruções no exercício dos poderes de direcção e de fiscalização, na modificação unilateral das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público, na aplicação das sanções previstas para a inexecução do contrato ou na resolução unilateral do contrato (artigos 302.º e 307.º). Consequentemente, a impugnação destes actos administrativos sobre a conformação da relação contratual reveste, nos termos gerais, a forma da acção administrativa especial, devendo a acção ser proposta pelo interessado, no caso de actos anuláveis, no prazo de três meses (artigo 58.º, n.º 2, alínea *b*), do CPTA).

É importante, ainda assim, não olvidar que, na delimitação dos actos administrativos contratuais, o princípio geral, pro-

(10) Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos*, Lisboa: Dom Quixote, 2008, pág. 140.

clamado no n.º 1 do artigo 307.º, continua a ser o de que “as declarações do contraente público sobre interpretação e validade do contrato ou sobre a sua execução são meras declarações negociais, pelo que, na falta de acordo do co-contratante, o contraente público apenas pode obter os efeitos pretendidos através do recurso à acção administrativa comum”. Ou seja, “a regra, no contrato administrativo, é a de que a Administração é parte, não autoridade, os seus actos (decisões) são declarações negociais, não actos administrativos” (11). Por outro lado, cumpre igualmente ter presente que a autonomização do acto administrativo contratual, acompanhada da previsão de um regime próprio (designadamente, em matéria de audiência dos interessados e de executividade — artigos 308.º e 309.º), é relativizada a vários níveis. Desde logo, na própria conformação da relação contratual, o Código acolhe expressamente a figura dos acordos endocontratuais, permitindo que as partes celebrem entre si tais acordos em substituição da prática de actos administrativos pelo contraente público (artigo 310.º). Por outro lado, embora o prazo legal de impugnação de actos administrativos contratuais anuláveis seja apenas de três meses, o que traduz um encurtamento significativo do prazo previsto para a propositura de acções tendentes à discussão de litígios emergentes da execução do contrato de empreitada, não se pode perder de vista que a não impugnação de determinado acto dentro do mencionado prazo não tem, nos termos gerais, efeito convalidatório, não dispondo o acto consolidado da força e autoridade próprias do caso julgado e não se transformando o acto ilegal, com o decurso do prazo de impugnação, num acto legal (12). Por isso, mesmo que a inimpugnabilidade do acto administrativo signifique que, em relação à situação fáctica e jurídica relevante no momento da decisão administrativa entretanto tornada inimpugnável, a

(11) Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O acto administrativo contratual*, pág. 12.

(12) Cfr. RUI MACHETE, *Sanação (do acto administrativo inválido)*, in *DJAP*, VII, págs. 327 e segs.

regulamentação nela adoptada deve, independentemente dos vícios de que eventualmente padeça, ser considerada decisiva na actividade ulterior da própria Administração (13), não está necessariamente excluído que — à semelhança do que se prevê no artigo 38.º do CPTA — o tribunal, numa acção com outro objecto (*v. g.* resolução do contrato com fundamento no exercício ilícito dos poderes do contraente público — artigo 332.º, n.º 1, alínea *d*) — ou com base em incumprimento por parte do co-contratante de ordens, directivas ou instruções transmitidas no exercício do poder de direcção sobre matéria relativa à execução das prestações contratuais — artigo 333.º, n.º 1, alínea *b*)), possa conhecer como questão prejudicial, da ilegalidade do acto administrativo contratual. Enfim, se é verdade que o acto administrativo contratual anulável só pode ser impugnado no prazo de três meses, é também verdade que os restantes litígios sobre a execução do contrato deixam, no caso das empreitadas de obras públicas, de estar sujeitos ao prazo de 132 dias previsto no artigo 255.º do RJEOP/99.

b) Conforme se adiantou, a conclusão alcançada a respeito da presente questão não pode, porém, ser transposta acriticamente para o contrato de empreitada de obras públicas. Efectivamente, a preocupação com o reforço da posição jurídica dos co-contratantes nas relações contratuais administrativas em geral não se manifesta, com a mesma nitidez, no âmbito deste tipo contratual. É que o contrato de empreitada foi, justamente, um daqueles em que se assistiu, muito antes do Código, a uma maior aproximação entre o regime administrativo e o regime de direito privado (14). Um exemplo é

(13) Cfr. PETER BADURA, *Das Verwaltungsverfahren*, in *Allgemeines Verwaltungsrecht* (org. Hans-Uwe Erichsen / Dirk Ehlers), Berlin — New York, 2002, págs. 557 e segs.

(14) Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, 1992, págs. 142 e segs. Não surpreende, por isso, que, antes do Código, fosse “cada vez mais frequente” que as partes, numa empreitada particular, remetessem para a aplicação do regime jurídico das empreitadas de obras públicas.

sugestivo. A consagração da possibilidade de invocação pelo co-contratante da excepção de não cumprimento (artigo 327.º), se constitui um importante reforço da tutela dos co-contratantes nos contratos administrativos em geral, surge, em contrapartida, numa linha de continuidade em relação aos contratos de empreitadas de obras públicas. “Desde, pelo menos, 1969 que se reconhece, na verdade, que a falta de pontualidade nos pagamentos por parte do dono da obra, trazendo ao empreiteiro naturais dificuldades financeiras (...) perturba gravemente a normal administração da empreitada e subverte, de modo mais ou menos sensível, a sua economia. E, tratando-se de uma inadmissível infracção contratual, justo era que, apesar de no direito dos contratos administrativos em geral não existir a *exceptio non adimpleti contractus*, ao empreiteiro se conferisse a faculdade de, se tal se tornar necessário e ultrapassando a mora determinado período, suspender os trabalhos”. Daí que a alínea c) do n.º 2 do artigo 185.º do RJEOP/99, na esteira dos seus antecessores, com o aplauso generalizado da doutrina, conferisse “tradução a estas considerações” (15) (16).

Perante isto, e na medida em que as disposições do Título I da Parte III do Código dos Contratos Públicos (sobre o regime substantivo dos contratos administrativos em geral) não sejam afastadas, nos termos da habilitação contida no artigo 280.º, n.º 2, pela regulamentação *especial* aplicável aos contratos de empreitada, resulta claro que alguns dos novos traços de administratividade dos contratos administrativos — como aqueles que se manifestam nos poderes de conformação da relação

(15) Cfr. LINO TORRAL, *A empreitada de obras públicas...*, cit., págs. 66 e 67. Cfr., para maiores desenvolvimentos, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Para uma comparação entre empreitada civil e as empreitadas celebradas por entidades públicas*, in *DJ*, sep., págs. 6 e segs.

(16) Cfr. JOSÉ MANUEL MARÇAL PUJOL, *Aplicação do regime jurídico das empreitadas de obras públicas às empreitadas particulares*, in *ROA*, Julho 1994, pág. 528.

contratual dos contraentes públicos através de acto administrativo — rompem com as soluções mais paritárias acolhidas na legislação revogada. Não se esqueça, na verdade, que resultava do artigo 254.º n.º 1, do RJEOP/99 que as questões sobre interpretação, validade ou execução do contrato de empreitada de obras públicas deviam, em geral, ser discutidas no âmbito de uma acção administrativa comum.

III. Como tivemos oportunidade de referir, a controvérsia doutrinária, na tentativa de descobrir a unidade de sentido da revolução operada no regime das empreitadas de obras públicas pelo Código dos Contratos Públicos, estende-se, igualmente, ao alcance — para além do mérito — da deslegalização operada pelo legislador.

A discussão não respeita, em rigor, ao reconhecimento de que o Código operou, em matéria de empreitadas, uma ampla deslegalização. É sobejamente sabido que o RJEOP/99 se assunha, na esteira dos anteriores diplomas, *como uma lei hiper-regulamentadora do conteúdo contratual* e que, por isso, o contrato de empreitada resultava, em larga medida, da aplicação de um modelo praticamente único de contrato, de origem legal (17). Pelo contrário, e sem prejuízo da conversão de algumas das normas consagradas tradicionalmente em sede de empreitadas em normas aplicáveis em geral à execução dos contratos administrativos, o Código procedeu a um emagrecimento substancial da regulamentação legal das empreitadas.

Controverso é, no entanto, o alcance desta nova opção assumida pelo legislador.

A exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 18/2008 sublinha que uma das razões para a “redução substancial do título IV (‘Execução da Empreitada’) do Decreto-Lei n.º 59/99” prende-se com a consideração de que uma disciplina minuciosa do contrato de empreitadas de obras públicas contribui para a cristalização de um regime que se deve pretender dinâ-

(17) Cfr. LINO TORRAL, *A empreitada de obras públicas*, pág. 68.

mico, transformando — numa solução considerada “menos boa” — a lei em “contrato normativo” e, sobretudo, retirando “aos sujeitos das relações contratuais um espaço de decisão que deveria ser deles por excelência”. Ou seja, na perspectiva das considerações preambulares do Código, com a eliminação de muitas das regras inscritas no RJEOP/99, passa “o respectivo conteúdo a depender da autonomia do dono do concurso — que as acolherá, ou não, no caderno de encargos — e, ainda que com todas as limitações de que a mesma consabidamente padece, da liberdade contratual das partes — que as inserirão, ou não, no clausulado contratual”. Em conformidade, parte da doutrina sublinha que a nova lei pretende, justamente, reforçar a autonomia contratual e, em especial, a autonomia do dono da obra, recusando uma opção que passe por acolher “rígida e indiscriminadamente nos diversos contratos administrativos de empreitada de obras públicas soluções que, em concreto (...), poderão nem sempre ser as mais ajustadas ao volume, à natureza e às características das obras públicas a realizar, gerando ineficiências várias” (18).

Algumas vozes, porém, ao mesmo tempo que sublinham que a autonomia contratual das partes em matéria de contrato de empreitada constitui, em rigor, uma miragem, beneficiando unicamente os donos de obra e desprotegendo, ao invés, os empreiteiros, defendem que a deslegalização operada pelo Código não implica necessariamente um correspondente alargamento da autonomia contratual, sendo compatível com a aprovação por portaria, nos termos do artigo 46.º do Código, de formulários de cadernos de encargos vinculativos para as entidades adjudicantes. A deslegalização, nesta perspectiva, é pois compatível com uma regulamentação exaustiva da relação jurídica de empreitada por acto regulamentar.

Pela nossa parte, e sem prejuízo de aspectos parcelares do regime de execução dos contratos de empreitada de obras públicas poderem ser definidos em termos vinculativos por

(18) Cfr. LINO TORGAL, *A empreitada de obras públicas*, pág. 68.

via regulamentar, o Código não admite uma solução que passe pela adopção, através de portaria do ministro responsável pela área das obras públicas, de formulários de cadernos de encargos com uma regulamentação densificada de observância obrigatória (19). Não se trata, com isto, de defender a prevalência das considerações enunciadas na exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 18/2008: não se ignora que, independentemente da importância que se atribua à *mens legislatoris* em matéria de interpretação, o preâmbulo não tem o sentido de determinação que é próprio de uma fonte de direito, pelo que, havendo contradição, é o que está no articulado que prevalece (20). A verdade é, porém, que o Código assume como princípio fundamental que o contrato constitui fonte da relação jurídica administrativa, dispondo expressamente, no artigo 279.º, que, “sem prejuízo do disposto no presente título em matéria de conformação da relação contratual, esta rege-se pelas cláusulas e pelos demais elementos integrantes do contrato que sejam conformes com a Constituição e a lei”. Deste modo, e ainda que a referência à lei, contida no citado preceito, não deva ser forçosamente entendida como uma alusão aos actos formalmente legislativos, o que se pretende sublinhar é tão-somente que, ao estabelecer o referido princípio logo no pórtico do regime substantivo dos contratos administrativos, o Código pretende acentuar a relevância de uma participação co-constitutiva do contraente público e do co-contratante na definição dos termos da execução do contrato (21).

(19) Cfr., embora criticando a solução, JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos comentado e anotado*, Coimbra: Almedina, 2009, págs. 179 e 180.

(20) Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, Coimbra: Almedina, 2005, 13.ª ed., págs. 408 e 409; ANTÓNIO VITORINO, *Preâmbulo e Nota Justificativa*, in *A feitura das leis*, II, Oeiras, 1986, pág. 129.

(21) Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa*, in *Legislação. Cadernos de ciência de legislação*, n.ºs 9-10, Janeiro-Junho 1994, pág. 147.

IV. Como referimos também, menos dúvidas suscita a afirmação segundo a qual um dos objectivos fundamentais que presidiu à definição do novo regime jurídico das empreitadas de obras públicas foi o de assegurar um maior rigor na gestão dos dinheiros públicos. Naturalmente, a bondade das soluções gizadas neste domínio pelo Código é controversa, discutindo-se em que medida elas permitirão efectivamente reduzir as derrapagens nos custos das obras públicas. Mas não sofre contestação séria que o novo diploma procurou dar resposta ao grave problema da crónica derrapagem dos custos das obras, consagrando normas destinadas a evitar diferenças significativas entre o valor contratado e o valor final das obras públicas e a promover uma cultura de maior responsabilidade dos principais intervenientes na concepção e execução de um projecto de empreitadas de obras públicas ⁽²²⁾.

Ora, justamente, uma das manifestações mais marcantes — e mais contestadas — da preocupação do novo diploma em introduzir uma regulamentação legal destinada a permitir um maior controlo das derrapagens nos preços das empreitadas de obras públicas reside nas alterações introduzidas em matéria de trabalhos de suprimento de erros e omissões e de trabalhos a mais. Justifica-se, por isso, que as soluções consagradas neste domínio pelo Código mereçam uma atenção especial.

2. A RELEVÂNCIA DOS ERROS E OMISSÕES NA FASE ANTERIOR À APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS

I. A principal inovação do Código dos Contratos Públicos, no que aos trabalhos de suprimento de erros e omissões con-

⁽²²⁾ Cfr., para uma primeira concretização das principais manifestações da preocupação do novo diploma com o problema da derrapagem dos custos das obras públicas, LINO TORGAL, *A empreitada de obras públicas*, págs. 57 e segs.

cerne, reside na relevância atribuída aos erros e omissões na fase anterior à apresentação das propostas.

II. Nos termos do n.º 1 do artigo 61.º, e ao contrário do que se dispunha no artigo 14.º, n.º 1, do RJEOP/99, “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 as omissões do caderno de encargos detectados”.

O âmbito dos erros e omissões relevantes para este efeito é desenhado, no n.º 1 do artigo 61.º do Código, em termos amplos. Recorde-se que, no n.º 1 do artigo 14.º do RJEOP/99, fazia-se apenas referência, por um lado, a “erros ou omissões do projecto, relativos à natureza ou volume dos trabalhos, por se verificarem diferenças entre as condições locais existentes e as previstas ou entre os dados em que o projecto se baseia e a realidade” e, por outro, a “erros de cálculo, erros materiais e outros erros ou omissões das folhas de medições discriminadas e referenciadas e respectivos mapas-resumo de quantidades de trabalhos, por se verificarem divergências entre estas e o que resulta das restantes peças do projecto”. O n.º 1 do artigo 61.º do Código, pelo contrário, não só se refere em geral a erros e omissões do caderno de encargos — e não já apenas do projecto —, como também esclarece que os erros e omissões podem dizer respeito, quer a quaisquer aspectos ou dados que se revelem desconformes com a realidade, quer à espécie ou quantidade de prestações estritamente necessárias à integral execução do objecto do contrato a celebrar, quer ainda a quaisquer condições técnicas de execução do contrato que o interessado não considere exequíveis.

A formulação abrangente do Código compreende, assim, a generalidade das situações em que a entidade adjudicante revele, no caderno de encargos, uma representação errada ou uma falta de representação da realidade fáctica existente ou das condições técnicas relevantes para a execução da obra, incluindo erros ou omissões na descrição dos trabalhos pre-

paratórios ou acessórios à execução da obra (alínea *a*) do n.º 4 do artigo 43.º e artigo 350.º). A conclusão vale inclusivamente para os erros de cálculo ou análogos. É certo que o n.º 1 do artigo 61.º tem sobretudo em vista o chamado erro-vício, não aludindo, ao contrário do que se dispunha na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 14.º do RJEOP/99, aos simples erros ou contradições na declaração. Aliás, neste domínio, dispõe o artigo 50.º que na fase de esclarecimentos o órgão competente para a decisão de contratar pode proceder à rectificação de erros e omissões das peças do procedimento. Ainda assim, se até ao termo do segundo terço do prazo fixado para a apresentação das propostas não tiver lugar a devida rectificação, a formulação do n.º 1 do artigo 61.º e a razão de ser do novo regime permitem afirmar que o ónus de identificação de erros e omissões não deixará de cobrir igualmente este tipo de erros.

Em contrapartida, os erros ou omissões do caderno de encargos não compreendem as situações em que se verifica simplesmente um deficiente planeamento da obra no seu conjunto. Frequentemente, quando decide realizar uma determinada obra, a entidade adjudicante adopta soluções pouco funcionais ou pouco convenientes à luz do interesse público. É o que pode suceder, por exemplo, quando, numa empreitada para a construção de uma ETAR, a entidade adjudicante não engloba na obra a realizar a construção de um acesso permanente à ETAR. Nestes casos, porém, a deficiência refere-se, não já à identificação das prestações estritamente necessárias à integral execução do objecto do contrato, mas antes à própria configuração inicial da obra a realizar. Não há, portanto, um erro ou omissão do projecto ou do caderno de encargos, mas sim, a montante, uma deficiente concepção da obra à luz do interesse público que a entidade adjudicante pretende prosseguir com a decisão de contratar ⁽²³⁾.

⁽²³⁾ Cfr., por exemplo, Decisão da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas n.º 23/04; Decisão da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas n.º 4/06.

III. A apresentação da lista de erros ou omissões por qualquer *interessado* ⁽²⁴⁾ — ainda que não tenha adquirido as peças do procedimento (elemento que, não obstante o conceito de interessado plasmado na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 11.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho, só releva, neste domínio, para efeitos do dever de notificação nos termos dos n.ºs 4 e 6 do artigo 61.º do Código) — suspende o prazo fixado para a apresentação das propostas desde o termo do quinto sexto daquele prazo (artigo 61.º, n.º 3).

a) A suspensão só cessa com a pronúncia do órgão competente para a decisão de contratar sobre os erros e as omissões identificados ou, na ausência de decisão expressa, com o termo do prazo fixado inicialmente para a apresentação das propostas (artigo 61.º, n.º 5). Nada impede, porém, que, quando a identificação de pretensos erros ou omissões constitui um mero “expediente dilatatório” ⁽²⁵⁾ para prorrogar o prazo de apresentação das propostas, a entidade adjudicante rejeite liminarmente os pretensos erros e omissões invocados.

A aceitação pela entidade adjudicante de erros ou omissões identificados pelos interessados é devidamente publicitada, devendo os interessados, nas respectivas propostas, indicar os termos de suprimento de cada um dos erros ou omissões aceites, bem como o valor atribuído a cada um dos referidos suprimentos (artigo 61.º, n.ºs 6 e 7).

A aceitação de erros ou de omissões do caderno de encargos pode implicar, como é expressamente reconhecido na primeira parte do n.º 2 do artigo 64.º, “alterações de aspectos

⁽²⁴⁾ A redacção do n.º 2 do artigo 61.º inicialmente publicada referia-se a *concorrentes*, embora o ónus de apresentação da lista de erros ou omissões se situasse num momento anterior à apresentação das propostas (artigo 53.º do Código e alínea *b*) do n.º 2 do artigo 11.º da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de Julho).

⁽²⁵⁾ Cfr. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos comentado e anotado*, pág. 230.

fundamentais das peças do procedimento”. O Código admite, assim, que os parâmetros base do caderno de encargos ou outros aspectos fundamentais da execução do contrato que não sejam submetidos à concorrência sejam alterados em consequência da aceitação de erros ou omissões. Concretamente, o preço base ou o prazo da execução da obra podem ser modificados em virtude da assunção da necessidade de realização de trabalhos de suprimento de erros e omissões do caderno de encargos inicial. Se tal acontecer, acrescenta o n.º 2 do artigo 64.º, “o prazo fixado para a apresentação das propostas deve ser prorrogado, no mínimo, por período equivalente ao tempo decorrido desde o início daquele prazo até (...) à publicitação da decisão de aceitação de erros ou de omissões”. Significa isto que, embora o procedimento de formação do contrato não seja verdadeiramente reiniciado — o que se afigura particularmente relevante nos concursos limitados por prévia qualificação —, os concorrentes dispõem de um significativo alargamento do prazo para a apresentação das propostas.

b) Questão diversa é a de saber se a entidade adjudicante, ao reconhecer que o caderno de encargos contém erros ou omissões que implicam alterações de aspectos fundamentais das peças do procedimento, pode revogar a decisão de contratar. Uma resposta afirmativa decorre do artigo 80.º, n.º 2, do Código. Por outro lado, a relevância central atribuída pelo Código aos erros e omissões na fase anterior à apresentação das propostas também aponta no sentido de que a Administração não está vinculada a prosseguir com o procedimento. Doutra forma, com o novo regime, na perspectiva do controlo dos custos das obras públicas, a novidade limitar-se-ia a incluir o custo da correcção e suprimento dos erros e omissões nas diferentes propostas e, depois, escolhida a proposta economicamente mais vantajosa ou a que apresente o mais baixo preço, no preço do contrato em vez de o contabilizar como adicional ao preço contratual. Ora, se a aceitação dos erros e omissões determinar uma alteração de aspectos fundamentais das peças

do procedimento, designadamente um aumento do preço base, tem sentido que a entidade adjudicante possa reponderar se se justifica, à luz da nova realidade conhecida, prosseguir com o procedimento.

Ainda assim, se a Administração optar por revogar a decisão de contratar, os interessados lesados poderão, nos termos gerais, exigir uma indemnização, seja por acto lícito, seja, quando os erros ou omissões do caderno de encargos forem imputáveis a uma acção ou omissão censurável da entidade adjudicante, por facto ilícito.

Todavia, embora possa — sem prejuízo da obrigação de indemnização — revogar a decisão de contratar, uma tal possibilidade só deve ser admitida, não obstante o disposto no artigo 80.º, n.º 2, do Código, em circunstâncias excepcionais e devidamente fundamentadas ⁽²⁶⁾. Por um lado, o Código não permite em geral configurar a decisão de contratar como um mero convite a contratar em que a entidade adjudicante preserva a sua liberdade de contratar ou não. Pelo contrário, em relação às propostas não excluídas, a nova lei, não só enumera as causas de não adjudicação (artigo 79.º ⁽²⁷⁾), como também consagra expressamente um dever de adjudicação (artigo 76.º). Por outro lado, o princípio da colaboração que subjaz ao ónus de identificação de erros ou omissões do caderno de encargos na fase de apresentação das propostas e o princípio da boa fé não se compadecem com a possibilidade de a entidade adjudicante, justamente após a detecção pelos interessados de erros

⁽²⁶⁾ O que obriga a uma leitura cuidadosa das alíneas *c*) e *d*) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP.

⁽²⁷⁾ Ali n.º 3 do artigo 79.º estabelece, aliás — ainda que em termos não aplicáveis à situação vertente — que, quando a decisão de não adjudicação for fundamentada na verificação de que, em virtude de circunstâncias imprevistas, é “necessário alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento após o termo do prazo fixado para a apresentação das propostas”, “é obrigatório dar início a um novo procedimento no prazo máximo de seis meses a contar da data da notificação da decisão de não adjudicação”.

ou omissões do caderno de encargos por ela própria patenteado, revogar livremente a decisão de contratar.

IV. O Código procura criar mecanismos capazes de induzir os interessados a colaborar com a entidade adjudicante na identificação de erros ou omissões na fase de apresentação das propostas.

Desde logo, o novo diploma não confere ao empreiteiro um direito à prorrogação do prazo de execução da obra quando esteja em causa a realização de trabalhos de suprimento de erros e omissões cuja detecção fosse exigível na fase de apresentação das propostas e que não tenham sido oportunamente identificados pelos interessados (artigo 377.º, n.º 2, alínea *b*), *a contrario*). Por outro lado, e este segundo aspecto afigura-se decisivo, o Código estabelece que “o empreiteiro é responsável pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões cuja detecção era exigível na fase de formação do contrato (...), excepto pelos que hajam sido identificados pelos concorrentes na fase de formação do contrato mas que não tenham sido expressamente aceites pelo dono da obra” (artigo 378.º, n.º 3).

As consequências assinaladas revelam que “o encargo que impende sobre os interessados de identificarem, durante o período de apresentação de propostas, os erros e omissões do caderno de encargos, configura um verdadeiro ónus” (28). Este ónus que recai sobre o empreiteiro não permite, porém, escamotear que, sendo o caderno de encargos elaborado ou disponibilizado pela entidade adjudicante, o primeiro responsável pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões das peças patenteadas é o próprio dono da obra (não podendo ser assacada nos mesmos termos àqueles que tiveram apenas um quinto sexto do prazo fixado para a apresentação das propos-

(28) Cfr., neste sentido, J. M. SÉRVULO CORREIA / ANTÓNIO CADILHA, *O regime da responsabilidade por erros e omissões do projecto nas empreitadas de concepção/construção em face do Código dos Contratos Públicos*, no prelo, págs. 5-6.

tas para identificar erros ou omissões do caderno de encargos). Naturalmente, para regular esta situação de concorrência de causas, o Código dos Contratos Públicos poderia ter consagrado uma solução semelhante àquela que está acolhida, a propósito da figura da *culpa do lesado*, no artigo 570.º do Código Civil. O n.º 5 do artigo 378.º estabelece, porém, independentemente das concretas circunstâncias do caso, que a responsabilidade do empreiteiro “corresponde a metade do preço dos trabalhos de suprimento dos erros e omissões executados”. O n.º 5 do artigo 378.º opta, em nome da certeza e segurança na aplicação do Direito, por uma solução rígida de repartição do valor dos trabalhos de suprimento de erros e omissões em partes iguais, não abrindo espaço para que se possa falar de uma simples presunção *iuris tantum* (ilidível mediante a demonstração de que, numa determinada situação concreta, atendendo à gravidade das culpas do dono da obra, que elaborou ou disponibilizou o caderno de encargos, e do empreiteiro, que não identificou erros ou omissões detectáveis na fase de apresentação das propostas, a repartição da responsabilidade deve ser desigual).

A repartição em partes iguais da responsabilidade pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões cuja detecção fosse exigível na fase de apresentação das propostas não significa, como já se disse, que a primeira responsabilidade pelas deficiências do caderno de encargos não recaia sobre o dono da obra que o elaborou ou disponibilizou. Por isso, quando os erros ou omissões decorram do incumprimento de obrigações de concepção assumidas por terceiros perante o dono da obra, deve este exercer obrigatoriamente o direito que lhe assista de ser indemnizado por parte destes terceiros, ficando o empreiteiro subrogado no direito de indemnização que assista ao dono da obra perante esses terceiros (artigo 378.º, n.º 6).

Em contrapartida, a mesma solução não está prevista para os casos em que a concepção do projecto pertence a funcionários ou agentes do dono da obra. Uma tão significativa diferença de tratamento suscita, porém, reservas. Não se

esqueça, com efeito que, podendo as normas que consagram as chamadas *instruções para a elaboração de projectos de obras* — e que actualmente constam da Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de Julho — ser qualificadas como *normas de protecção*, não está excluído que a actuação de um funcionário ou agente que elabore um deficiente projecto de obras consubstancie uma actuação ilícita e censurável. E, se houver dolo ou culpa grave, nada deveria obstar a que, em coerência com o princípio que subjaz ao disposto no artigo 8.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, o empreiteiro pudesse demandar directamente o funcionário ou agente em causa pelos danos advenientes da respectiva conduta (29).

V. As consequências assinaladas conferem absoluta centralidade ao critério de distinção entre erros e omissões cuja detecção fosse exigível na fase de apresentação das propostas e os demais erros e omissões.

O n.º 2 do artigo 61.º, ao clarificar o critério de *exigibilidade*, vem ressaltar do regime que se tem vindo a analisar “os erros e omissões que os interessados, actuando com a diligência objectivamente exigível em face das circunstâncias concretas, apenas pudessem detectar na fase de execução do contrato”. Nestes casos, e deixando agora de lado o problema das empreitadas de concepção-construção (30), a responsabilidade pelos

(29) Cfr. ANTONIO CARULLO / GIOVANNI IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Milano: Cedam, 2009, págs. 851 e segs. Cfr. ainda ANTONIO CIANFLONE / GIORGIO GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano: Giuffrè, 11.ª ed, 2003, pág. 818.

(30) Como é sabido, em relação aos erros e omissões, o Código dos Contratos Públicos assenta numa distinção básica: de um lado, *empreitadas em que o projecto de execução da obra seja elaborado pelo dono da obra*; do outro, *empreitadas de concepção/construção*, isto é, empreitadas em que a elaboração de tal projecto compete ao empreiteiro. A questão da distribuição do risco nas empreitadas de concepção/construção foi recente-

trabalhos de suprimento de erros e omissões recai sobre o dono da obra, salvo se, já na fase de execução do contrato, o empreiteiro não identificar os erros e omissões em causa “no prazo de 30 dias a partir da data em que lhe fosse exigível a sua detecção”.

O n.º 2 do artigo 61.º apela a uma ideia de “diligência objectivamente exigível em face das circunstâncias concretas”. Mas não é seguro o alcance desta fórmula legal.

O Código não pretendeu, certamente, adoptar o critério mais exigente para o empreiteiro plasmado no n.º 2 do artigo 14.º do RJEOP/99. Recorde-se que, para que o empreiteiro não ficasse responsabilizado pelos correspondentes trabalhos de suprimento de erros e omissões, o referido preceito estabelecia que, findo o prazo ordinário de reclamação quanto a erros e omissões do projecto, só eram admissíveis reclamações com fundamento em erros ou omissões do projecto, desde que, arguindo o erro ou omissão nos 11 dias subsequentes ao da verificação, o empreiteiro demonstrasse que lhe era *impossível* descobri-lo mais cedo. Solução que se explicava pelo facto de o empreiteiro dispor já de um prazo razoável *contado da data da consignação* para reclamar em geral contra erros e omissões do projecto. Ora, no Código, a detecção de erros ou omissões do caderno de encargos é exigível na própria fase anterior à apresentação das propostas, isto é, muito antes de o dono da obra proceder à consignação da obra.

Da mesma forma, mas no extremo oposto, afigura-se igualmente redutor considerar que o ónus que, por força do artigo 61.º do Código, conjugado com o artigo 380.º do mesmo diploma, passa a recair sobre os concorrentes antes da apresentação das propostas tem apenas em vista os erros grossei-

mente objecto de um estudo específico, pelo que não se justifica, na economia do presente trabalho, regressar ao tema (cfr., sobre esta problemática, J. M. SÉRVULO CORREIA / ANTÓNIO CADILHA, *O regime da responsabilidade por erros e omissões do projecto*, passim). Por isso, na exposição subsequente, ter-se-á apenas em vista os casos em que o projecto de execução é elaborado pelo dono da obra.

ros. Com efeito, não se vislumbra a base legal para, com base na referência do n.º 2 do artigo 61.º à diligência objectivamente exigível em face das circunstâncias concretas, legitimar a restrição do ónus do interessado aos casos erros crassos ou ostensivos. Além disso, como se compreenderá melhor de seguida, não se pode ignorar que, ao contrário do que resultava do já citado n.º 2 do artigo 14.º do RJEOP/99, o Código admite mais amplamente a identificação pelo empreiteiro no decurso da obra de erros ou omissões cuja identificação não seja exigível na fase de apresentação das propostas. Ora, bem vistas as coisas, a flexibilização assim introduzida pressupõe que, na fase de apreciação das propostas, os interessados sejam efectivamente diligentes na detecção de erros ou omissões do caderno de encargos.

Em rigor, a questão da exigibilidade da detecção de erros e omissões do caderno de encargos na fase anterior à apresentação das propostas não pode ser reduzida a um problema estritamente psicológico e cognitivo. O que está em jogo não é saber se os concorrentes dispunham ou não de uma capacidade psicológica de conhecimento do erro ou omissão ou se podiam ter agido de outra maneira. A questão é normativa. Ou seja, e estas considerações têm igualmente implicações quanto à repartição do ónus da prova nesta matéria, para que a actuação do concorrente seja censurável, e portanto responsabilizante à luz do artigo 377.º e do n.º 3 do artigo 378.º do Código, é preciso que ela revele uma atitude desvaliosa em face dos princípios jurídicos aplicáveis⁽³¹⁾. Ora, se por um lado o princípio da colaboração entre entidades adjudicantes e particulares justifica a imposição de um ónus aos participantes num procedimento pré-contratual no sentido de contribuir para a detecção de erros ou omissões do caderno de encargos numa fase anterior à própria apresentação das propostas, tanto mais

⁽³¹⁾ Cfr., se bem que a propósito do erro no Direito Penal, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, págs. 630 e segs.

que um tal ónus pretende contribuir para evitar a derrapagem crónica no preço das obras públicas, a verdade é que, por outro, o limite da exigibilidade deve ser traçado quando a exigência de identificação de determinados erros ou omissões num concreto procedimento se traduza na imposição de um encargo excessivo aos interessados à luz das irradiações normativas decorrentes de dois princípios que devem constituir referencial interpretativo na aplicação das normas contratuais e legais que regulam esta matéria: o princípio da culpa e o princípio da proporcionalidade das prestações contratuais e do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos⁽³²⁾. O princípio da culpa — transversal às diferentes áreas do Direito — postula que a atribuição ao empreiteiro da responsabilidade por um erro ou omissão do projecto decorra de uma omissão que “lhe seja *subjectivamente imputável*. Só este título de imputação justifica, em termos jurídicos, a imputação a tal agente dos danos sofridos na esfera do dono da obra”⁽³³⁾. O princípio da proporcionalidade das prestações contratuais e do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos — que não beneficia apenas o contraente público (ao contrário do que uma leitura reductionista do artigo 281.º poderia inculcar) e, pelo contrário, numa lógica de reciprocidade, está subjacente a diversos institutos relevantes em matéria de regime substantivo dos contratos administrativos (*v. g.*, poder de modificação unilateral e *fait du prince*; direito à reposição do equilíbrio financeiro; regime de remuneração dos trabalhos a mais) — tem subjacente a preocupação em “garantir a *reciprocidade dos interesses e equivalência honesta* entre aquilo que é acordado como benefício do empreiteiro e aquilo que lhe é exigido”⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA / ANTÓNIO CADILHA, *O regime da responsabilidade por erros e omissões do projecto*, pág. 9.

⁽³³⁾ Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA / ANTÓNIO CADILHA, *O regime da responsabilidade por erros e omissões do projecto*, págs. 11-12 e 25.

⁽³⁴⁾ Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA / ANTÓNIO CADILHA, *O regime da responsabilidade por erros e omissões do projecto*, págs. 14 segs.

Neste contexto, para determinar o comportamento exigível dos interessados e, nessa medida, para efeitos de fixação do critério de apreciação de culpa dos mesmos, afigura-se irrelevante a capacidade de cada concreto concorrente para detectar erros ou omissões do caderno de encargos. O n.º 2 do artigo 61.º apela unicamente à diligência *objectivamente* exigível ou, por outras palavras, à diligência padrão exigível no caso. A maior capacidade técnica de um concorrente, resultante designadamente da experiência anterior em obras similares ou dos recursos humanos, tecnológicos ou materiais de que dispõe, não legitima, portanto, que lhe seja imposto um ónus agravado de detecção de erros ou omissões do caderno de encargos.

Isto não significa, porém, que as circunstâncias concretas não sejam decisivas para a aferição do grau de diligência exigível aos interessados. Concretamente, para a fixação do padrão de diligência, afigura-se, desde logo, decisivo o prazo estabelecido para apresentação das propostas. Como é sabido, embora na fixação do prazo se deva atender a diversos factores, incluindo a necessidade de prévia inspecção ou visita a locais, o prazo é fixado livremente pela entidade adjudicante (ainda que com respeito pelos limites mínimos estabelecidos no Código — artigo 63.º). Ora, quanto menor for o prazo estabelecido, menor à partida é o grau de diligência exigível dos concorrentes. Mas, para além do prazo de apresentação das propostas, importa ainda, para concretizar o critério de exigibilidade, ponderar outros factores, designadamente: *i*) a configuração das estipulações contratuais relativas ao preço, condições de execução da obra e responsabilidade pelos estudos prévios, *ii*) o tipo de trabalhos que esteja em causa e a experiência e perícia normalmente exigida a um empreiteiro para a sua projecção, *iii*) o comportamento do dono da obra na disponibilização dos elementos informativos de que disponha” (35).

(35) Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA / ANTÓNIO CADILHA, *O regime da responsabilidade por erros e omissões do projecto*, pág. 27.

VI. Como já foi antecipado, ao mesmo tempo que confere relevância à identificação de erros ou omissões na fase de apresentação das propostas, o Código admite, em termos menos restritivos, trabalhos de suprimento de erros e omissões detectados apenas na fase da execução da obra.

Efectivamente, e desde logo, o Código esclarece expressamente que “não são considerados trabalhos a mais aqueles que sejam necessários ao suprimento de erros ou omissões, independentemente da parte responsável pelos mesmos” (artigo 370.º, n.º 4). Daí que não se lhes aplique o limite quantitativo específico dos trabalhos a mais (5% ou, quando estejam em causa obras cuja execução seja afectada por condicionalismos naturais com especiais características de imprevisibilidade, 25% — artigo 370.º, n.º 2, alínea *c*), e n.º 3). Os trabalhos de suprimento de erros e omissões encontram-se apenas submetidos ao limite juscomunitário dos 50% (artigos 370.º, n.º 2, alínea *d*), e 376.º, n.º 3 (36)). O contraste com o disposto no artigo 45.º do RJEOP/99 — os limites dos 15% e dos 25% incluíam o valor resultante de alterações do projecto decorrentes de erro ou omissão do mesmo — é, pois, significativo.

Uma segunda diferença fundamental merece ser assinalada. Como é sabido, no artigo 14.º do RJEOP/99 exigia-se, para que o empreiteiro não ficasse responsabilizado pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões não detectados dentro do prazo ordinário de reclamação, não apenas que o erro ou omissão fosse arguido nos 11 dias subsequentes ao da sua verificação, mas também que o empreiteiro demonstrasse que lhe era *impossível* descobri-lo mais cedo. Limitação análoga estava prevista para o dono da obra. Este requisito permitia à jurisprudência limitar a admissibilidade da realização de tra-

(36) Para este efeito, atendendo à razão de ser deste limite comunitário, da mesma forma que não há que deduzir o preço de trabalhos a menos (ao contrário do que se prevê na hipótese do artigo 370.º, n.º 2, alínea *c*)), também releva o valor total dos trabalhos e não apenas a parte suportada pelo dono da obra.

balhos de suprimento de erros e omissões por conta do dono da obra. O Tribunal de Contas sublinhava, justamente, que, decorrido o prazo de 66 dias a contar da data da consignação, os erros e omissões só eram atendíveis, do ponto de vista financeiro, se o empreiteiro demonstrasse que lhe foi impossível detectá-los mais cedo (artigo 14.º, n.ºs 1 e 2) ou, em relação aos erros ou omissões mandados corrigir pelo dono da obra, se tais erros ou omissões se devessem a causas cuja previsão ou descoberta fosse impossível na altura da elaboração do projecto (artigo 14.º, n.º 5) ⁽³⁷⁾. E, como nestes casos, ainda segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas, também não se podia falar em trabalhos a mais — pois não havia uma circunstância imprevista em relação a “trabalhos que tiveram origem em erros manifestos do projecto” ⁽³⁸⁾ —, existia assim uma forte limitação à admissibilidade de o dono da obra suportar este tipo de trabalhos. O Código, em contrapartida, limita-se a estabelecer, no n.º 4 do artigo 378.º, que o empreiteiro é “ainda responsável pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões que, não sendo exigível que tivessem sido detectados na fase de formação do contrato nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 61.º, também não tenham sido por ele identificados no prazo de 30 dias a contar da data em que fosse exigível a sua detecção”. Significa isto que, não só o novo diploma não lança mão de uma ideia de impossibilidade de identificação mais cedo dos erros ou omissões, como também não introduz um limite análogo àquele que estava previsto no n.º 5 do artigo 14.º do RJEOP/99 em relação aos trabalhos de suprimento de erros ou omissões da iniciativa do dono da obra. É significativo que, mesmo quando o dono da obra ordene a execução de trabalhos de suprimento de erros e omissões que, apesar de terem sido detectados na fase de formação do contrato, não tenham sido por si expressamente aceites, o n.º 5 do artigo 376.º do Código

⁽³⁷⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 165/05.

⁽³⁸⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 17/05. Cfr. ainda Acórdão do Tribunal de Contas n.º 36/06.

se limite a exigir que o dono da obra justifique a razão pela qual os considera essenciais à conclusão da obra e faça constar esse facto no relatório final da obra.

VII. Analisadas sinteticamente as principais novidades do novo regime aplicável aos trabalhos de suprimento de erros e omissões, importa verificar em que medida a nova regulamentação pode contribuir para um maior rigor na gestão dos dinheiros públicos.

Naturalmente, em face da abertura do Código à realização de trabalhos de suprimentos de erros ou omissões não detectados ou que, tendo sido detectados, não tenham sido aceites na fase de apresentação das propostas, pode concluir-se que o novo regime aplicável aos erros ou omissões identificados na fase de execução da empreitada não está configurado como um instrumento de controlo de custos das obras públicas.

Em contrapartida, a relevância agora atribuída aos erros e omissões na fase anterior à apresentação das propostas pretende contribuir, a um duplo título, para limitar as derrapagens nos custos das obras públicas. Por um lado, implicando a aceitação de erros ou omissões alterações de aspectos fundamentais das peças do procedimento, a entidade adjudicante pode, ainda que apenas em circunstâncias excepcionais e devidamente fundamentadas, e sem prejuízo do eventual dever de indemnizar, revogar a decisão de contratar. Por outro lado, ao antecipar o ónus de identificação de erros ou omissões, o Código permite que o valor dos trabalhos de suprimento dos erros e omissões detectados e aceites seja incorporado nas propostas e, assim, submetido igualmente à concorrência, permitindo assim à entidade adjudicante na análise das propostas escolher a melhor solução e mais competitiva.

3. OS NOVOS LIMITES QUANTITATIVOS AOS TRABALHOS A MAIS

O Código dos Contratos Públicos não alterou significativamente o enquadramento legal em matéria de trabalhos a

mais. Ainda assim, para além de outros aspectos, como seja o reconhecimento de que os trabalhos a mais não são formalizados através de instrumentos jurídico-contratuais autónomos (contrato adicional ao contrato de empreitada — artigo 26.º, n.º 7, do RJEOP/99), consubstanciando antes meras modificações objectivas do contrato (artigos 370.º, n.º 5, e 375.º do Código), ou a enunciação de uma nova condição para a execução de trabalhos a mais relacionada com o tipo de procedimento adoptado (artigo 370.º, n.º 2, alínea *b*)), há uma novidade fundamental na perspectiva do controlo dos custos das obras públicas: os novos limites quantitativos aos trabalhos a mais.

Efectivamente, rompendo com a solução monista consagrada no artigo 45.º do RJEOP/99, que não permitia, “em caso algum”, que o dono da obra autorizasse a realização de trabalhos a mais, trabalhos de suprimento de erros e omissões ou outros trabalhos análogos quando o seu valor acumulado durante a execução da empreitada excedesse 25% do valor do contrato de empreitada de que eram resultantes, o Código vem prever limites quantitativos específicos para a realização de trabalhos a mais.

Assim, em geral, dispõe a alínea *c*) do n.º 2 do artigo 370.º que “o preço atribuído aos trabalhos a mais, somado ao preço de anteriores trabalhos a mais e deduzido do preço de quaisquer trabalhos a menos”, não pode “exceder 5% do preço contratual”. A referência ao preço contratual significa que não há que tomar em conta o valor resultante de quaisquer alterações que entretanto tenha havido, incluindo em virtude da revisão de preços. Por outro lado, o que importa, neste domínio, é apenas o saldo entre trabalhos a mais e trabalhos a menos, não relevando, para efeitos desta compensação, trabalhos não reconduzíveis a estas duas categorias ⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ Cfr., em relação ao artigo 45.º do RJEOP/99, no sentido de que o limite de 25% aí estabelecido não operava apenas a partir do momento em que os trabalhos a mais atingissem essa percentagem, bastando antes que a estimativa dos trabalhos a mais, no seu conjunto,

O universo dos trabalhos a mais é, no entanto, muito heterogéneo. Um dos domínios de maior incerteza numa obra é, como é sabido, o da engenharia geotécnica. O conhecimento das características e comportamentos dos solos e terrenos contém, na verdade, uma componente elevada de incerteza. E, já se vê, da incerteza em geotécnica pode advir acréscimo de custo para o empreendimento. Alguns ordenamentos, como por exemplo o italiano, autonomizam, justamente, os trabalhos a mais resultantes de dificuldades de execução da obra derivadas de causas geológicas, hídricas ou análogas. A resposta do Código está plasmada no n.º 3 do artigo 370.º do Código, quando estabelece, na sua redacção originária, que o limite dos 5% dos trabalhos a mais “é elevado para 25% quando estejam em causa obras cuja execução seja afectada por condicionalismos naturais com especiais características de imprevisibilidade”. O mesmo preceito contém, em seguida, uma concretização meramente exemplificativa das obras que beneficiam deste limite quantitativo mais flexível. Decisivo, em qualquer caso, para responder correctamente às diversas dúvidas interpretativas colocadas pelo n.º 3 do artigo 370.º, é ter presente que a flexibilização operada deve ter lugar se e na medida em que os trabalhos a mais forem efectivamente consequência de a execução da obra ser afectada por condicionalismos naturais com especiais características de imprevisibilidade. Assim, embora se possa afirmar, em face da exemplificação proposta na lei, que as obras marítimo-portuárias e a construção de túneis se presumem obras cuja execução é afectada por condicionalismos naturais com especiais características de imprevisibilidade, a teleologia e a coerência intrínseca da redacção inicial do preceito apontam no sentido de que uma tal presunção pode ser afastada no caso concreto. Por outro lado, como numa determinada obra os trabalhos a mais podem assumir uma natureza muito diversa, de nada adianta caracterizar toda

apontasse para um valor superior àquele limite, Acórdão do Tribunal de Contas n.º 16/05.

a obra, em função das suas características predominantes, como uma obra cuja execução seja afectada por condicionalismos naturais com especiais características de imprevisibilidade. O n.º 3 do artigo 370.º não pretende, nesta perspectiva, dar cobertura a situações em que, em função do nível de complexidade, da experiência acumulada, da informação geotécnica e do risco de danos, a estrutura geotécnica seja *a priori* classificada pelo dono da obra no caderno de encargos como apresentando um nível de imprevisibilidade elevada. A flexibilização operada pelo texto original do n.º 3 do artigo 370.º deve, pelo contrário, ser verificada em concreto, caso a caso, em relação aos diferentes trabalhos a mais ordenados pelo dono da obra ⁽⁴⁰⁾ ^(40-a).

4. A COMPLEXA DISTINÇÃO ENTRE TRABALHOS DE SUPRIMENTO DE ERROS E OMISSÕES E TRABALHOS A MAIS

a) Uma questão fundamental no quadro do Código dos Contratos Públicos

A distinção entre trabalhos de suprimento de erros e omissões e trabalhos a mais assume, como vimos, uma importância fundamental no Código. A solução adoptada pelo novo

⁽⁴⁰⁾ Cfr., sobre esta temática, num texto muito interessante, ANTÓNIO VALADARES / LUÍS VALADARES TAVARES / CARLOS SANTOS PEREIRA, *O “Código dos Contratos Públicos” e as obras geotécnicas — qual a incerteza que vale 25%?*, in *Ingenium*, n.º 106, Junho/Agosto 2008.

^(40-a) Entretanto, quando este artigo já se encontrava no prelo, o Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, veio dar uma nova redacção ao n.º 3 do artigo 370.º do Código, estendendo o limite mais flexível dos 25% às “obras de reabilitação ou restauro de bens imóveis”. É duvidoso, porém, que esta hipótese nova — agora prevista — tenha uma analogia substancial com as demais situações previstas na redacção inicial do n.º 3 do artigo 370.º do Código. Por outro lado, não está excluído que, com esta nova redacção, haja um argumento suplementar para admitir mais amplamente a flexibilização prevista no n.º 3 do artigo 370.º

diploma não tem, nesta perspectiva, paralelo nem na legislação comunitária nem na legislação portuguesa sobre empreitadas de obras públicas revogada.

A Directiva n.º 2004/18/CE analisa esta temática apenas na perspectiva da contratação pública. E, ao fazê-lo, o legislador comunitário opta por uma construção monista. O artigo 31.º da Directiva começa por estabelecer que não é exigível a abertura de um procedimento concorrencial no caso de contratos de empreitadas de obras públicas “relativamente a obras (...) 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 (...) neles descritos, na condição de o adjudicatário ser o mesmo operador económico que executa a referida obra (...), quando essas obras (...) complementares não possam ser técnica ou economicamente separados do objecto do contrato inicial sem grandes inconvenientes para as entidades adjudicantes ou quando essas obras (...), embora possam ser separados do objecto do contrato inicial, sejam absolutamente necessárias à sua conclusão”. O mesmo preceito acrescenta, porém, logo a seguir, que “o valor total dos contratos relativos a obras (...) complementares não pode exceder 50% do montante do contrato inicial”. O legislador comunitário adopta, assim, uma formulação abrangente de *obras complementares*. Fundamentalmente, à luz da Directiva, decisivo é tão-somente que se trate de trabalhos não referidos no contrato e que sejam necessários para a execução da mesma empreitada em virtude de uma circunstância não prevista inicialmente. Os trabalhos complementares podem resultar, tanto de um falso conhecimento da realidade no momento em que se iniciou o procedimento de contratação, como de qualquer circunstância superveniente. O importante, em qualquer caso, é que o valor dos trabalhos complementares não ultrapasse 50% do valor do contrato inicial. Trata-se, por conseguinte, de um modelo monista.

O RJEOP/99, por seu turno, embora autonomizasse expressamente os trabalhos de suprimento de erros e omissões a pro-

pósito da empreitada por preço global (artigo 14.º), conferia uma relevância mitigada à distinção. Em particular, para efeitos do regime central de *controlo de custo das obras públicas*, os limites — de 15% e de 25% — estabelecidos no artigo 45.º aplicavam-se indistintamente aos trabalhos a mais e aos trabalhos decorrentes de erro ou omissão do projecto. Além disso, como já foi assinalado, após o prazo ordinário de reclamação contra erros ou omissões do projecto, os n.ºs 2 e 5 do artigo 14.º do RJEOP/99 eram muito limitativos na admissibilidade de trabalhos de suprimento de erros e omissões.

Pelo contrário, como já foi assinalado, o Código adopta um modelo assumidamente dualista, distinguindo os trabalhos de suprimento de erros e omissões dos trabalhos a mais. Ora, neste contexto, já se vê que a distinção entre o âmbito de aplicação das duas figuras assume uma relevância decisiva.

b) Em busca da identificação do *quid specificum* dos trabalhos de suprimento de erros e omissões

I. A teoria geral do erro e o enquadramento geral das omissões juridicamente relevantes podem, neste domínio, oferecer alguns subsídios relevantes.

Em geral, tanto no Direito Penal como no Direito Civil, a doutrina não hesita em afirmar que o erro em sentido amplo não deve ser “tomado apenas no sentido de uma representação positiva errada, mas também no sentido de uma *falta de representação*” (41). O erro de percepção, nesta perspectiva, compreende quer a falsa representação quer a ignorância da realidade, ou seja, a suposição do que não existe e o desconhecimento do que existe (42). Ou seja, o erro, enquanto “des-

(41) Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, I, cit., págs. 356 e 357.

(42) Cfr. RUI PATRÍCIO, *Erro sobre regras legais, regulamentares ou técnicas nos crimes de perigo comum no actual Direito Português*, Lisboa: AAFDL, 2000, págs. 118 e 119.

conformidade entre a realidade e o entendimento dessa realidade” (43) — ou enquanto “conhecimento do que não é, e por isso também (...) ignorância do que é” (44) —, pode resultar tanto de uma representação inexacta da realidade como da ignorância de uma qualquer circunstância que seja determinante para a celebração do contrato em certos termos (45).

Em qualquer caso, e a conclusão vale plenamente para os erros ou omissões do caderno de encargos, “o elemento não considerado ou falsamente representado (...) tem de respeitar a uma *realidade passada* ou presente em relação ao momento” da publicitação do procedimento. “Quanto a factos futuros não pode haver erro” (46). Pode haver, certamente, “uma *previsão deficiente* ou uma *imprevisão*”. Mas, mesmo quando se fala, a este propósito, de “*error in futurum*”, está-se a usar uma expressão “inexacta e enganadora” (47).

Por outro lado, e no que se refere especificamente à falta de representação, não deve ser adoptado um conceito naturalístico de omissão. Não se esqueça que, para o Direito, não relevam todas as omissões, interessando de modo particular as omissões que contrastem com os seus preceitos ou, se se quiser, que ofendam um dever jurídico de agir (48). Significa isto que, na perspectiva do nosso tema, não basta para que se possa falar em omissão do caderno de encargos que o trabalho não

(43) Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2005, pág. 497.

(44) Cfr. MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, Lisboa / São Paulo: Verbo, 1982, pág. 531.

(45) Cfr. CARLOS DA MOTA PINTO (com a colaboração de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO), *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pág. 504.

(46) Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Lisboa: UCE, 2007, pág. 200.

(47) Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, pág. 200.

(48) Cfr. PEDRO NUNES DE CARVALHO, *Omissão e Dever de Agir em Direito Civil*, Coimbra, 1999, págs. 110-111 e 137.

esteja previsto. Para que haja uma omissão do caderno de encargos é preciso que se esteja perante uma omissão indevida, isto é, perante a não previsão de algo que devia estar previsto.

Tudo isto pode ser exemplificado numa empreitada de concepção-construção. Como é sabido, nos termos do n.º 3 do artigo 43.º do CCP, a elaboração do projecto de execução pode, em casos excepcionais, caber ao empreiteiro. O dono da obra não está, neste caso, obrigado a “facultar todos os elementos necessários à definição rigorosa dos trabalhos a executar” (artigo 1.º, alínea *t*), do Anexo I da Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de Julho). Isto não significa, porém, que o caderno de encargos apresente, nessa medida, erros ou omissões que devam ser detectadas pelo empreiteiro, pois, à partida, nada aponta no sentido da existência de qualquer desconformidade entre a realidade e o entendimento dessa realidade pelo dono da obra. Este, em rigor, limita-se a aproveitar uma possibilidade que lhe é aberta pela lei para, no momento em que inicia o procedimento concorrencial, apresentar tão-somente uma ideia essencial da obra a realizar, evidenciando as suas linhas fundamentais e indicando o preço aproximativo da empreitada. A própria estimativa das quantidades de trabalhos a realizar pode, em teoria, ser apresentada como tendo assumidamente carácter embrionário. Ou seja, nestes casos, o pretense erro ou omissão recai afinal sobre elementos juridicamente irrelevantes, visto que, embora a realidade representada não coincida inteiramente com a realidade existente, a divergência não tem relevância em relação ao quadro normativo aplicável⁽⁴⁹⁾. E, se assim for, só haverá verdadeiramente erro ou omissão se se verificar que a própria concepção geral corporizada nos elementos patenteados aos concorrentes se revelar errada ou apresentar incompletudes incompatíveis com a obrigação de o caderno de encargos integrar o programa da obra.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, págs. 532 e segs.

A mesma conclusão — no sentido de que a existência de um erro ou omissão pressupõe que, no momento do início do procedimento, exista um falso conhecimento da realidade ou o desconhecimento pelo dono da obra de uma parte da realidade que devia por ele ser conhecida — assume, como se confirmará mais adiante, uma importância determinante na aplicação da distinção entre trabalhos a mais e trabalhos de suprimento de erros e omissões às empreitadas por série de preços.

II. Questão diversa é a de saber se qualquer elemento indevidamente não considerado ou falsamente representado respeitante a uma realidade passada ou presente em relação ao momento da publicitação do procedimento consubstancia um erro ou omissão do caderno de encargos. Aparentemente, mesmo o erro indesculpável, invencível, insuperável ou irresistível não deixa de traduzir um conhecimento falso da realidade⁽⁵⁰⁾. A verdade, porém, é que não está excluído que, na busca de um conceito de erro ou omissão do caderno de encargos funcionalmente adequado ao sentido da distinção entre trabalhos a mais e trabalhos de suprimento de erros e omissões acolhida no Código, se possa exigir ainda, como requisito suplementar dos erros ou omissões relevantes, uma ideia de *exigibilidade* da representação correcta da realidade⁽⁵¹⁾.

O problema não deve ser visto na perspectiva dos interessados sobre quem recai o ónus de, na fase de apresenta-

⁽⁵⁰⁾ Cfr. MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, págs. 534 e 535.

⁽⁵¹⁾ Cfr., no sentido de que devem ser qualificados como trabalhos a mais aqueles que se tenham tornado necessários na sequência de uma circunstância que, embora desconhecida pelas partes, já existia no momento da preparação do contrato, desde que a circunstância causadora das dificuldades materiais que justificam os novos trabalhos, não só não tenha sido prevista, como nem sequer fosse previsível à luz de um *padrão de diligência exigível* a determinar no caso concreto, J. M. SÉRVULO CORREIA / ANTÓNIO CADILHA, *O regime da responsabilidade por erros e omissões do projecto*, págs. 24 e segs.

ção das propostas, identificar erros ou omissões do projecto. Naturalmente, se não era exigível aos concorrentes num concurso público que tivessem antecipadamente previsto a circunstância que motivou a incorrecção, não é possível formular o *juízo de censura* que é pressuposto da imputação ulterior do facto ao empreiteiro nos termos do n.º 3 do artigo 378.º Mas, em rigor, daí não se segue que não se esteja verdadeiramente perante um *erro ou omissão* do caderno de encargos. Pelo contrário, na perspectiva do Código, um erro ou omissão que não fosse detectável por um concorrente usando da diligência que lhe era exigível não deixa, por esse simples facto, de ser um erro ou omissão. Por isso, justamente, o n.º 4 do artigo 378.º, a propósito dos erros e omissões — e não dos trabalhos a mais —, determina que “o empreiteiro é ainda responsável pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões que, *não sendo exigível que tivessem sido detectados na fase de formação 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 detecção”.

Em contrapartida, à luz da redacção inicial do n.º 3 do artigo 370.º e das hipóteses nela previstas (51-a), afigura-se claro que, para efeitos da delimitação dos trabalhos de suprimento de erros e omissões, não se pode ignorar a *previsibilidade* ou *imprevisibilidade* do facto que constitui causa de tais trabalhos para a entidade adjudicante que elaborou ou disponibilizou o caderno de encargos. O que inculca uma ideia de negligência na elaboração ou disponibilização do caderno de encargos com o conteúdo patentado (52). O citado preceito revela, na verdade, que os trabalhos que se tornem necessários na sequência de uma circunstância que um decisor público normal colocado

(51-a) A referência às obras de reabilitação ou restauro do bem — aditada pelo Decreto-Lei n.º 278/2009 — tem em vista hipóteses substancialmente distintas e que não obedecem à mesma teleologia.

(52) Cfr., neste sentido, ANTONIO CARULLO / GIOVANNI IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, págs. 853 e 854.

na posição do real decisor não podia ter previsto se integram no conceito de trabalhos a mais (53). Ou seja, independentemente da bondade da distinção assim estabelecida — tema a que se regressará no final deste estudo —, pode concluir-se que, em face do Código, devem ser qualificados como trabalhos a mais os trabalhos que resultem de circunstâncias que não eram conhecidas do dono da obra e que só muito dificilmente e com enormes custos poderiam ser conhecidas antes do lançamento do procedimento pré-contratual (54).

c) A necessária releitura dos pressupostos dos trabalhos a mais

I. A autonomização substancial dos trabalhos de suprimento de erros e omissões tem implicações importantes no modo como, com a entrada em vigor do Código, se deve interpretar os pressupostos dos trabalhos a mais. Significa isto que, embora a delimitação literal dos trabalhos a mais no novo diploma não se afaste substancialmente daquela que estava acolhida no RJEOP/99 e que ainda hoje consta da Directiva n.º 2004/18/CE, a opção do Código por um modelo marcadamente dualista obriga o intérprete, na determinação do alcance dos pressupostos dos trabalhos a mais, a evitar leituras que conduzam, na prática, a soluções sobrepostas.

II. Para que se possa falar em trabalhos a mais, isto é, trabalhos cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato, é preciso, de acordo com o n.º 1 do artigo 370.º do Código, que os trabalhos (i) se tenham tornado necessários à

(53) Cfr., se bem que em relação ao caso específico dos contratos *design & build* e à responsabilidade do empreiteiro, J. M. SÉRVULO CORREIA / ANTÓNIO CADILHA, *O regime da responsabilidade por erros e omissões do projecto*, págs. 24-25 e 26, em nota.

(54) Cfr., se bem que em face da legislação revogada pelo Código, Acórdão do Tribunal de Contas n.º 17/05.

execução da mesma obra (ii) na sequência de uma circunstância imprevista e que tais trabalhos (iii) não sejam 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.

Em rigor, independentemente agora do critério de identificação do objecto do contrato (e da consequente discussão sobre a bondade da aplicação neste domínio da teorização civilística em torno do objecto do negócio jurídico⁽⁵⁵⁾ ou do próprio conceito de obra nova⁽⁵⁶⁾), não se afigura fácil a articulação entre o requisito de que os trabalhos a mais se destinem à realização da mesma obra (artigo 370.º, n.º 1, alínea a), primeira parte) e a exigência de que os trabalhos a mais não possam ser técnica ou economicamente separados do objecto do contrato sem inconveniente grave para o dono da obra ou, sendo separáveis, sejam estritamente necessários à conclusão da obra adjudicada (artigo 370.º, n.º 1, alínea b)). Com efeito, a partir do momento em que o RJEOP de 1993 veio eliminar a categoria dos trabalhos *complementares* (em que não estava portanto em causa a realização da mesma empreitada), passando

(55) Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Contrato Administrativo*, in DJAP, III, págs. 81 e 82. Cfr., considerando excessivo equiparar a modificação do objecto do contrato administrativo à simples eliminação de qualquer parcela da obra ou do fornecimento, criticando assim a decisão do STA de 1959 que considerou que a ulterior exclusão administrativa de um fogão do âmbito do fornecimento de uma cozinha envolvia uma alteração do objecto do contrato, AUGUSTO DE ATAÍDE, *Para a Teoria do Contrato Administrativo: Limites e Efeitos do Exercício do Poder de Modificação Unilateral pela Administração*, in *Estudos de Direito Público em Honra do Prof. Marcello Caetano*, Lisboa, 1973, págs. 80 e 81.

(56) Cfr. ADRIANO VAZ SERRA, *Empreitada*, I, in BMJ, n.º 145, págs. 88 e segs. Cfr. ainda, por exemplo, AUGUSTO DE ATAÍDE, *Para a Teoria do Contrato Administrativo: Limites e Efeitos do Exercício do Poder de Modificação Unilateral*, págs. 79 e segs.; ANTONIO CIANFLONE / GIORGIO GIOVANNINI, *Lápalto di opere pubbliche*, págs. 797 e segs., e 812 e segs.; CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obra*, Madrid: Marcial Pons, 1997, págs. 120 e segs., bem como 138 e segs.

concomitantemente a rodear a realização de trabalhos a mais de um requisito que anteriormente caracterizava aqueles — a exigência de que os trabalhos a mais não possam ser técnica ou economicamente separados do contrato sem inconveniente grave para as entidades adjudicantes ou, sendo separáveis, sejam estritamente necessários à conclusão da obra adjudicada⁽⁵⁷⁾ —, tornou-se difícil de justificar a autonomia substancial dos dois requisitos. Assim, e estando em causa trabalhos a mais destinados à realização da mesma empreitada, não será à partida difícil demonstrar a verificação do requisito do artigo 370.º, n.º 1, alínea b). Em contrapartida, quando os trabalhos a mais não possam ser técnica ou economicamente separados do contrato sem inconveniente grave para o dono da obra ou, sendo separáveis, sejam estritamente necessários à conclusão da obra adjudicada, há que, provavelmente, flexibilizar a exigência de que os trabalhos a mais ou de espécie diversa dos previstos no contrato se destinem à realização da mesma obra e se relacionem, por isso, com o objecto material do contrato (e, em última análise, com o próprio objecto do procedimento concorrencial que conduziu à celebração do contrato de empreitada). Confirma-se, assim, que a exigência de que os trabalhos se destinem à realização da mesma empreitada tem de ser conexcionada com a verificação da inconveniência da separação técnica ou económica dos trabalhos ou da sua estrita necessidade à conclusão da obra.

O segundo requisito dos trabalhos a mais — já não relacionado intrinsecamente com a questão da unidade ou identidade da empreitada — traduz-se na (dupla) exigência de que os trabalhos se tenham tornado *necessários* em resultado de uma *circunstância imprevista*⁽⁵⁸⁾.

(57) Cfr., sobre a evolução dos requisitos substantivos dos trabalhos a mais, RUI MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial*, in *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*, Madrid: INAP, 2004, págs. 168-169.

(58) Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 8/04.

III. O Tribunal de Contas adopta, neste domínio, um entendimento restritivo.

Em particular, para o Tribunal de Contas, ao aludir à necessidade dos trabalhos a mais, a lei não considera suficiente “a mera conveniência ou simples utilidade da execução” dos trabalhos adicionais ⁽⁵⁹⁾. Assim, por exemplo, estando em causa apenas a construção de uma ETAR, a ulterior construção de um arruamento de acesso à ETAR, com as respectivas redes de água e esgotos, embora seja uma decisão que se destine a resolver situações pouco funcionais ou pouco convenientes decorrentes do projecto submetido a concurso, não é um trabalho necessário ou não separável ⁽⁶⁰⁾. O mesmo se diga quando, numa empreitada que tenha por objecto a construção de uma rede de saneamento de um município, se exige posteriormente a realização dos ramais domiciliários para ligação à rede de saneamento ⁽⁶¹⁾. Numa palavra, à luz deste entendimento, forçoso é concluir que, ao contrário do que ocorre no domínio do direito privado, na empreitada de obras públicas não são admitidas alterações exigidas pelo dono da obra que não sejam necessárias ⁽⁶²⁾.

Por outro lado, no que se refere à exigência de que se esteja perante uma *circunstância imprevista*, o Tribunal de Contas sublinha que uma circunstância imprevista “é algo inesperado que surge durante a execução da obra e que um agente normalmente diligente não estava em condições de prever antes do lançamento do concurso” ⁽⁶³⁾. O Tribunal de Con-

⁽⁵⁹⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 8/04.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. Decisão da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas n.º 23/04.

⁽⁶¹⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 162/98.

⁽⁶²⁾ Cfr. PEDRO ROMANO MARTÍNEZ / JOSÉ MANUEL MARÇAL PUJOL, *Empreitada de obras públicas*, Coimbra: Almedina, 1995, pág. 53.

⁽⁶³⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 36/06 — cfr., porém, quando discute a admissibilidade do ajuste directo, a afirmação de que a lei não se basta com acontecimentos imprevistos, “ou seja, que simplesmente não foram previstos”, mas sim a acontecimentos imprevisíveis,

tas acrescenta que se deve entender “por circunstância imprevista aquela que, por ter surgido de forma inesperada, não pode ser tomada em conta por ocasião da celebração do contrato” ⁽⁶⁴⁾. Numa palavra, “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” ⁽⁶⁵⁾. Neste sentido, não se pode falar em circunstância imprevista em relação aos trabalhos que decorram “de alterações decididas no decurso da obra” ⁽⁶⁶⁾. Além disso, mesmo no que concerne aos erros ou omissões do projecto, “não resultam de circunstância imprevista os trabalhos que tiveram origem em erros manifestos do projecto”, sendo necessário que a deficiência fosse de muito difícil previsão ou, sendo possível, daí resultassem custos elevadíssimos para o erário público ⁽⁶⁷⁾.

IV. O entendimento do Tribunal de Contas tem como pano de fundo a ideia de que os trabalhos a mais devem ser excepcionais. Ou seja, na perspectiva do Tribunal, a realização de trabalhos a mais assume-se como uma excepção ⁽⁶⁸⁾.

A verdade, porém, é que os trabalhos a mais são, em larga medida, uma manifestação, no domínio das empreitadas, do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos por razões de interesse público. A realização de uma obra pública é uma operação demasiado importante para que o dono da obra se encontre definitivamente vinculado pelo plano

ou seja, “factos insusceptíveis de serem previstos por um dono de obra normalmente diligente”, Acórdão do Tribunal de Contas n.º 4/06.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 8/04 — cfr. ainda Acórdão do Tribunal de Contas n.º 6/04.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 17/05.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 36/06.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Acórdãos do Tribunal de Contas n.º 17/05. Cfr. ainda Acórdão do Tribunal de Contas n.º 36/06.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 36/06.

inicial. Neste sentido, “a possibilidade legal de o dono da obra exigir ao empreiteiro a execução de trabalhos a mais (...) configura a expressão de um poder unilateral da Administração em modificar o conteúdo das prestações do empreiteiro” (69). Ora, sendo o poder de modificação unilateral do contrato uma das manifestações mais relevantes da possibilidade que a lei oferece ao contraente público de conformar unilateralmente a relação contratual, uma argumentação centrada no binómio *regra-excepção* afigura-se redutora.

É certo que o âmbito e o concreto alcance do poder de modificação variam em função do tipo de contrato administrativo (70). E, num quadro marcado pela degeneração do poder de modificação do contrato de empreitada de obras públicas, traduzido muitas vezes na utilização abusiva do *ius variandi*, com o conseqüente crescimento exponencial dos custos das obras públicas por referência aos custos inicialmente projectados (71), compreende-se, sem dificuldade, que a lei introduza crescentemente novos limites à realização de trabalhos a mais. Não repugna, por isso, que o poder de modificação unilateral dos contratos administrativos, apontado tradicionalmente como “prerrogativa exorbitante por excelência” dos contratos administrativos (72), encontre, num contrato

(69) Cfr. PAULO OTERO, *Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas*, in ROA, Dezembro 1996, pág. 930.

(70) Cfr. CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obra*, págs. 63 e segs.

(71) Cfr. sublinhando que a tendência degenerativa que conduziu ao abuso no recurso ao *ius variandi* conduziu, também em Itália, a uma forte limitação da admissibilidade da modificação do contrato de empreitada durante a execução da obra, limitação hoje bem evidenciada no disposto no artigo 132.º do *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (aprovado pelo decreto legislativo n. 163, de 12 de Abril de 2006, e entretanto modificado, ROBERTO GAROFOLI / GIULIA FERRARI, *Codice degli Appalti Pubblici e nuova Direttiva Ricorsi*, 2009, págs. 1150 e 1154.

(72) Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem*, pág. 131.

emblemático como o contrato de empreitada de obras públicas, uma forte limitação (73).

A verdade, porém, é que os argumentos usados pelo Tribunal de Contas têm uma enorme força expansiva, não sendo específicos das modificações do contrato de empreitada de obras públicas. Basta pensar na afirmação de que o regime dos trabalhos a mais, não só traduz um aumento de custos não previstos aquando da autorização da despesa, como também “representa uma grave distorção às regras da concorrência” (74). Por isso, tratando-se de argumentos de alcance geral, a sua aceitação significaria, afinal, que o próprio poder de modificação unilateral dos contratos administrativos, consagrado com amplitude pelo Código, deveria, em rigor, ser substancialmente esvaziado. Por outro lado, embora o Tribunal de Contas defenda, desde há muito, que não se afigura admissível fazer depender a realização dos trabalhos a mais apenas de um “simples limite quantitativo” (75), a verdade é que, com a introdução no Código do estrito limite quantitativo dos 5%, a preocupação que subjaz a uma tal argumentação — impedir a transformação dos trabalhos a mais num “instrumento de utilização sistemática” (76) — fica, em larga medida, acautelada. Não significa isto, obviamente, que os diversos requisitos dos trabalhos a mais sejam, afinal, consumidos pelo limite dos 5%. Do que se trata é apenas de reconhecer que, procurando este limite impedir que os trabalhos a mais provoquem uma grave distorção da concorrência ou uma significativa derrapagem nos custos das obras públicas, nada justifica que se proceda a uma interpretação restritiva dos demais requisitos dos trabalhos a mais. Ora, mesmo sem recorrer à analogia — e, bem pelo contrário, no estrito quadro de uma interpretação declarativa —, é

(73) Cfr. CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obra*, págs. 74 e segs.

(74) Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 8/04.

(75) Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 8/04.

(76) Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 8/04.

possível adoptar uma leitura dos trabalhos a mais coerente com o reconhecimento — que se mantém actual — de que a realização de uma obra pública é, efectivamente, uma operação demasiado importante para que o dono da obra se encontre definitivamente vinculado pelo plano inicial.

V. Neste contexto, merece, desde logo, reservas o sentido atribuído pelo Tribunal de Contas à exigência de que os trabalhos se tenham tornado *necessários* à execução da empreitada.

A referência à necessidade dos trabalhos a mais não é, em rigor, incompatível com o reconhecimento de que, independentemente das situações em que existe um *design* incompleto ou defeituoso e em que se pode, portanto, lançar mão dos trabalhos de suprimento de erros e omissões, pode haver uma modificação unilateral do conteúdo das prestações do contrato de empreitada por razões de interesse público. É que, em rigor, o apelo da lei a uma ideia de necessidade dos trabalhos a mais não traduz mais do que o acolhimento expresso nesta sede do princípio da proporcionalidade.

Como é sabido, quando a Constituição e a lei se referem ao princípio da proporcionalidade, a formulação utilizada faz frequentemente apelo a uma ideia de necessidade. Assim, por exemplo, as restrições de direitos, liberdades e garantias devem “limitar-se ao *necessário* para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (n.º 2 do artigo 18.º da CRP). Da mesma forma, “no acesso a cargos electivos a lei só pode estabelecer as inelegibilidades *necessárias* para garantir a liberdade de escolha dos eleitores e a isenção e independência do exercício dos respectivos cargos” (n.º 3 do artigo 50.º da CRP). Enfim, para referir apenas mais um exemplo, entre os inúmeros que podiam ser trazidos à colação, as medidas de polícia não devem “ser utilizadas para além do estritamente *necessário*” (n.º 2 do artigo 272.º da CRP).

Ora, estando em causa o exercício do poder de modificação unilateral de um contrato de empreitada de obras públicas, que se consubstancia na prática pelo contraente público

de um acto vinculativo para o empreiteiro, que fica obrigado a executar os trabalhos a mais (artigo 371.º), tem plena justificação a exigência legal da necessidade (*rectius*, de proporcionalidade) da medida. Mas, se é assim, não se pode também esquecer que, no controlo da necessidade dos trabalhos a mais, a prerrogativa de avaliação pertence ao dono da obra.

VI. Sérias reservas merece igualmente o significado atribuído pelo Tribunal de Contas à exigência legal de que ocorra uma circunstância imprevista.

Não se contesta, é certo, que, se a circunstância imprevista significasse apenas a não previsão dos trabalhos no projecto inicial, forçoso seria concluir que tal referência se revelava inútil e redundante, uma vez que essa não previsão já resulta da parte inicial do n.º 1 do artigo 370.º (ao estabelecer que “são trabalhos a mais aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato”). Por isso, o Tribunal de Contas tem razão quando conclui que “a circunstância imprevista terá de ser algo mais” (77), não sendo compatível com uma possibilidade genérica de imposição de alterações na obra por simples opção discricionária do dono da obra no decurso da realização da empreitada (78).

Não se pode, contudo, olvidar que o Código distingue, nitidamente, três níveis diferentes de circunstâncias, com significados e teleologias substancialmente distintos. A *circunstância imprevista*, relevante para efeitos de trabalhos a mais (artigo 370.º, n.º 1), não se confunde, concretamente, nem com as *circunstâncias imprevistas* determinantes para que possa haver modificação do contrato administrativo com fundamento na alteração das circunstâncias (artigo 312.º, alínea *a*)), nem com a urgência imperiosa resultante de *acontecimentos imprevistos* pela entidade adjudicante e que não lhe sejam, em caso

(77) Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 6/04.

(78) Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 8/04.

algum, imputáveis, que legitima o recurso ao ajuste directo em função de critérios materiais (artigo 24.º, n.º 1, alínea c)). Neste sentido, dificilmente se pode contestar que uma circunstância imprevista pode não ser uma circunstância imprevisível⁽⁷⁹⁾. Obviamente, a circunstância imprevista, enquanto limite à realização de trabalhos a mais, não compreende o chamado “já agora”. Tão-pouco abrange — por força do modo como o Código delimita os trabalhos de suprimento de erros ou omissões — as situações em que se verifica alguma das circunstâncias referidas no artigo 61.º, n.º 1, já existente no momento da publicitação do procedimento e que era previsível pela entidade adjudicante. Mas, por um lado, para além das circunstâncias imprevisíveis abrange quaisquer circunstâncias *novas* — ainda que previsíveis — não previstas inicialmente pela entidade adjudicante. Por outro lado, mesmo que os elementos da *facti species* inicialmente considerada não se alterem, pode haver circunstâncias supervenientes que legitimem uma reponderação do interesse público. Concretamente, se é certo que muitos dos trabalhos a mais advêm de um défice de ponderação no momento inicial de configuração da obra⁽⁸⁰⁾, a verdade é que, num Estado Democrático, nada impede que os novos decisores públicos, legitimados democraticamente, procedam, dentro dos estritos limites em que são admitidos trabalhos a mais, à introdução de modificações numa empreitada em curso⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. PEDRO ROMANO MARTÍNEZ / JOSÉ MANUEL MARÇAL PUJOL, *Empreitada*, pág. 55.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. SALVATORE BUSCEMA / ANGELO BUSCEMA, *Trattato di Diritto Amministrativo* (org. Giuseppe Santaniello), VII — *I Contratti della Pubblica Amministrazione*, Padova: Cedam, 3.ª ed, 1998, pág. 605.

⁽⁸¹⁾ Cfr. AUGUSTO DE ATAÍDE, *Para a Teoria do Contrato Administrativo: Limites e Efeitos do Exercício do Poder de Modificação Unilateral*, pág. 100, em nota.

5. A DIFÍCIL ARTICULAÇÃO ENTRE O NOVO REGIME DE TRABALHOS DE SUPRIMENTO DE ERROS E OMISSÕES E TRABALHOS A MAIS NA EMPREITADA POR SÉRIE DE PREÇOS

I. Uma das questões mais complexas que o novo diploma coloca prende-se com o espaço reservado para as empreitadas por série de preços. Aparentemente, à luz da exposição de motivos, a recusa do Código em consagrar expressamente a “tradicional tricotomia «empreitada por preço global, por série de preços ou por percentagem» “ não prejudica o poder da entidade adjudicante de “desenhar as empreitadas com qualquer desses figurinos”. A verdade, porém, é que, para alguns autores, a nova regulamentação unitária das empreitadas de obras públicas coloca “sérias dúvidas quanto à possibilidade de, na prática, se adoptar as modalidades de empreitada por série de preços e por percentagem”⁽⁸²⁾. Concretamente, e deixando de lado as empreitadas por percentagem, uma das dúvidas que se coloca com maior acuidade é a de saber como se articula com as empreitadas por série de preços o modelo dualista adoptado pelo Código em sede de modificações objectivas do contrato de empreitada — modelo plasmado na contraposição entre trabalhos de suprimento de erros e omissões e trabalhos a mais.

II. Como é sabido, tradicionalmente, na empreitada por série de preços, a remuneração do empreiteiro resulta “da aplicação dos preços unitários previstos no contrato para cada espécie de trabalho a realizar, às quantidades desses trabalhos realmente executadas”⁽⁸³⁾. Sem dúvida que, mesmo neste tipo de empreitadas, não deixam de estar previstas as espé-

⁽⁸²⁾ Cfr. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos comentado e anotado*, pág. 352, em nota.

⁽⁸³⁾ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II, Coimbra: Almedina, 1983 (reimp.), pág. 1006.

cies e as quantidades de trabalho que, ao menos previsivelmente, serão necessários para a execução da obra. Contudo, uma vez que a remuneração do empreiteiro na empreitada por série de preços “resulta da aplicação dos preços unitários previstos no contrato para cada espécie de trabalho a realizar às quantidades desses trabalhos realmente executadas” (como se estabelecia no artigo 18.º do RJEOP/99), uma tal previsão não se reveste de carácter definitivo. As quantidades a executar, se bem que devam ser desde logo indicadas, podem variar ao longo da realização da obra, pelo que “o preço global só pode ser determinado após a conclusão da obra, por meio duma medição” (84). A situação difere, pois substancialmente daquela que se verifica na empreitada por preço global, visto que aqui “a totalidade dos trabalhos que constituem a empreitada, tal como é definida no projecto, é liquidada pelo preço global da proposta aprovada, independentemente das quantidades de trabalho e das importâncias constantes da medição do orçamento” (85). Daí que tradicionalmente se reconheça que, na empreitada por séries de preços, se após terem sido realizados todos os trabalhos subsistir ainda um saldo a favor do empreiteiro, este terá direito a receber a correspondente quantia (86).

Compreende-se, no quadro da distinção assinalada, que a problemática da reclamação quanto a erros e omissões do projecto se colocasse fundamentalmente nas empreitadas por preço global. Paraphraseando MARCELLO CAETANO (87), importa não

(84) Cfr. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, VII, Coimbra, 1934, pág. 614. Cfr., para maiores desenvolvimentos, DIOGO FREITAS DO AMARAL / RUI MEDEIROS, *Obras Públicas — Do pagamento do Prémio pela Conclusão Antecipada da Empreitada*, Lisboa: Azeredo Perdigão & Pereira de Almeida, 2001, págs. 57 e segs.

(85) Cfr. ALFREDO MENDES DE ALMEIDA FERRÃO, *Empreitadas de obras públicas*, I, Coimbra, 1965, pág. 81.

(86) Cfr. MIGUEL CATELA, *A contratação de empreitadas de obra pública em regime de preço global*, in *RTC*, n.º 36, 2001, págs. 115 e segs.

(87) Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, Coimbra, 1982 (reimp.), pág. 629.

olvidar que à partida, numa empreitada por preço global, obrigando-se o empreiteiro a realizar todos os trabalhos necessários para a execução da empreitada, o simples erro na previsão das espécies e quantidades de trabalho necessárias para a realização da obra deve ser assumido pelo empreiteiro como consequência natural do risco assumido nesse tipo de empreitada. Porém, justamente porque, na empreitada por preço global, os erros e omissões do projecto se revestem de particular gravidade — nesta modalidade, o empreiteiro compromete-se a realizar todos os trabalhos necessários à execução da obra por certo preço global —, a legislação portuguesa conferia ao empreiteiro o direito de deduzir, num determinado prazo, reclamações contra tais erros e omissões (cfr. artigo 14.º do RJEOP/99 (88)).

A questão não se colocava nos mesmos termos nas empreitadas por série de preços. Com efeito, mesmo que se considerasse que a reclamação contra erros e omissões também se justificava nos contratos por série de preços (89), sempre se teria de reconhecer que nesta modalidade de empreitada havia como específico o facto de o risco da quantidade dos trabalhos ser suportado pelo dono da obra e, por isso, o preço do contrato, resultado da aplicação dos preços unitários às quantidades de trabalho previstas, não era definitivo, sendo as quantidades indicadas a título de previsão.

III. O Código dos Contratos Públicos parece romper com a tradição jurídica portuguesa nesta matéria.

É certo que, quanto ao preço final da empreitada, o novo diploma não contém qualquer disposição que impeça o dono da obra de estabelecer o preço de um modo global ou, em alternativa, por cada unidade a executar (90). Naturalmente,

(88) Cfr. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*, Coimbra: Almedina, 2003, pág. 68.

(89) Cfr., neste sentido, MIGUEL CATELA, *A contratação de empreitadas de obra pública em regime de preço global*, pág. 128.

(90) Cfr. PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, *Contrato de empreitada*, Coimbra, 1994, págs. 108 e 109.

mesmo que opte por uma empreitada por série de preços, e sem prejuízo das hipóteses a que se refere a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 96.º do Código, a existência de uma *estimativa* do preço final afigura-se fundamental. Isto mesmo resulta do artigo 9.º da Directiva n.º 2004/18/CE. Doutra forma, seria fácil contornar o próprio limite comunitário às obras complementares (cujo valor, nos termos do artigo 31.º da Directiva n.º 2004/18/CE, não pode exceder 50% do montante do contrato inicial). Considerações análogas podem, aliás, ser feitas em relação a outras disposições do Código que utilizam como parâmetro de referência o preço contratual (como sucede, por exemplo, na alínea *c*) do artigo 406.º, ao estabelecer que o empreiteiro pode resolver o contrato quando, avaliados os trabalhos a mais, os trabalhos de suprimento de erros e omissões e os trabalhos a menos, ocorrer uma redução superior a 20% do preço contratual). Ainda assim, um preço estimado não se confunde com um preço fixado *à forfait*, a corpo ou *per aversionem*. Com efeito, se por um lado a medição de todos os trabalhos executados deve incluir “os trabalhos não previstos no projecto” (artigo 387.º), o que é relevante para os pagamentos a realizar durante a execução da empreitada e, no caso da empreitada por série de preços, para o pagamento final, a verdade é que, por outro, nada no Código impede que, na empreitada por preço global, mesmo quando a quantidade dos trabalhos efectivamente executados é inferior àquela que constava do caderno de encargos, a remuneração do empreiteiro seja feita de acordo com o “respectivo preço previsto no contrato” (para empregar a fórmula do n.º 1 do artigo 393.º).

À primeira vista, porém, a situação muda de figura na perspectiva dos erros e omissões. Com efeito, não obstante resultar da exposição de motivos que a regulamentação diferenciada do Código em matéria de empreitadas não põe em causa a admissibilidade da adopção, em concreto, no âmbito da autonomia contratual, quer de uma empreitada por preço global quer de uma empreitada por série de preços, a verdade é que o novo regime aplicável aos trabalhos de suprimento de

erros e omissões se aplica indistintamente a qualquer modalidade de empreitada. Não se vislumbra, por outro lado, qualquer fundamento para considerar que a nova regulamentação neste domínio tem natureza supletiva. Efectivamente, não só as disposições do Código que consagram os aspectos nucleares do novo regime em matéria de erros e omissões não abrem espaço para uma regulamentação diversa baseada em *estipulação contratual*, como não se pode ignorar que as soluções adoptadas pela nova lei são elementos essenciais da aposta do Código na definição de novos instrumentos de combate à derrapagem dos custos das obras públicas.

Aparentemente, portanto, à luz do novo regime das empreitadas de obras públicas, mesmo na empreitada por série de preços, se o empreiteiro não reclamar dentro do prazo legalmente fixado contra os erros e omissões do caderno de encargos, não poderá ele pretender que o respectivo valor seja acrescido ao preço da adjudicação.

IV. Uma tal conclusão afigura-se, em nossa opinião, precipitada. Efectivamente, se bem que os aspectos fundamentais do regime consagrado no Código para os erros e omissões constem de normas injuntivas, isto não significa que não haja uma diferença estrutural consoante os erros e omissões surjam numa empreitada por preço global ou numa empreitada por série de preços. A diferença decorre do próprio conceito de erro ou omissão relevante neste domínio.

Já vimos, na verdade, que, para que haja um erro ou omissão juridicamente relevante, é preciso que se conclua que, no momento do início do procedimento, existia um falso conhecimento da realidade ou o desconhecimento pelo dono da obra de uma parte da realidade que devia por ele ser conhecida. Ora, na empreitada por série de preços, o dono da obra assume, *ab initio*, que o âmbito dos trabalhos necessários não pode ser previsto com segurança e, por isso, a previsão das quantidades de trabalho a realizar é assumida como simples directiva para a execução da obra. Assim, se a previsão tem o simples carácter de um cálculo, por cuja exactidão o empreiteiro nenhuma

garantia quer assumir ⁽⁹¹⁾, ou, o mesmo é dizer, se as quantidades são simplesmente indicadas a título de previsão, forçoso é concluir que, se no final for necessário realizar trabalhos a mais do que aqueles que estavam inicialmente previstos, não há, ainda assim, espaço para falar em erros e omissões. É que, num tal cenário, não se pode, em rigor, afirmar a existência de uma desconformidade entre a realidade e o entendimento dessa realidade pelo dono da obra no início do procedimento. Pelo contrário, ao lançar uma empreitada por série de preços, o dono da obra afirma implicitamente que, para a realização da concreta obra que se pretende realizar, não se compromete em termos exactos com a quantidade das diferentes espécies de trabalho que será necessário executar.

A inaplicabilidade do regime de erros e omissões plasmado no Código, salvo em relação a aspectos que ultrapassem a álea normal de uma empreitada por série de preços, ou mais concretamente a assunção de que a variabilidade das quantidades neste tipo de empreitada não pressupõe a existência de um erro ou omissão do caderno de encargos, não pode significar, porém, que numa empreitada por série de preços a preocupação central do legislador com o controlo de custos das obras públicas não tenha qualquer acolhimento. Pelo contrário, não sendo admissível a atribuição ao empreiteiro de uma espécie de *cheque em branco* quanto às quantidades de trabalho a realizar ⁽⁹²⁾, a realização de quantidades de trabalho não previstas no contrato há-de ter lugar no quadro da figura dos trabalhos a mais e, em especial, fica sujeita ao limite dos 5% consagrado na alínea *c*) do n.º 2 do artigo 370.º (ou, “quando estejam em causa obras cuja execução seja afectada por condicionalismos naturais com especiais características de imprevisibilidade, nomeadamente as obras marítimas-portuárias e

⁽⁹¹⁾ Cfr., a propósito do orçamento de despesas, ADRIANO VAZ SERRA, *Empreitada*, II, in *BMJ*, n.º 146, págs. 183 e segs.

⁽⁹²⁾ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL / RUI MEDEIROS, *Obras Públicas*, págs. 60 e 61.

as obras complexas do ponto de vista geotécnico, em especial a construção de túneis”, bem como as obras de reabilitação ou restauro de bens imóveis, ao limite dos 25% estabelecido no n.º 3 do artigo 370.º).

V. A leitura adoptada revela, afinal, que, ao contrário do que já foi anunciado por alguma doutrina, o Código não contraria a “tendência que no RJEOP se vinha verificando no sentido de afunilar a utilização da empreitada *por série de preços*”, em nome da “preocupação de controlar as despesas” ⁽⁹³⁾.

Como já ensinava LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, “o preço aleatório ou *à forfait* é um preço global e invariável, apesar da variabilidade das quantidades; é uma noção de preço e de risco, de tal sorte que o empreiteiro, nem poderá reclamar aumento de preço, se a obra ficar mais cara do que fora calculada, nem está sujeito à redução, se ela sair mais barata” ⁽⁹⁴⁾. Ora, e uma vez que, na prática, as alterações às quantidades de trabalho previstas se traduzem quase sempre num aumento das quantidades realmente utilizadas e quase nunca numa diminuição delas ⁽⁹⁵⁾, a empreitada por preço global “apresenta-se, em princípio, como mais vantajosa para o dono da obra, porque fica, de antemão, conhecedor do montante que lhe será exigido; em contrapartida, o empreiteiro corre mais riscos, porquanto terá de suportar eventuais maiores despesas se a sua previsão, quanto à realização de toda a obra, não estava correcta” ⁽⁹⁶⁾.

Não surpreende, por isso, que o RJEOP aprovado em 1999, ao procurar reduzir as derrapagens na realização de obras públicas, incluiu, entre outras medidas, uma preferência pelo

⁽⁹³⁾ Cfr., porém, recusando, porém, a linha de continuidade e preferindo, ao invés, acentuar a solução altamente inovadora do Código, JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos comentado e anotado*, pág. 352, em nota.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado VII*, pág. 613.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. ADRIANO VAZ SERRA, *Empreitada*, I, págs. 147 e 148.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, *Contrato*, pág. 106.

recurso às empreitadas por preço global em detrimento da utilização das empreitadas por série de preços. É certo que a tentativa radical de limitar o âmbito das empreitadas por série de preços, expressa no texto inicial do n.º 2 do artigo 18.º do RJEOP/99, não resistiu à superveniência da Lei n.º 163/99. Dispunha esse preceito que o recurso à empreitada por série de preços “dependerá, quando for o caso, de prévio despacho de autorização, devidamente fundamentado, do ministro respectivo”. Mas, independentemente desta disposição, revogada pela Lei n.º 163/99, de 14 de Setembro, a preocupação do RJEOP/99 em assegurar o reforço da tutela do interesse público do dono da obra e, designadamente, em garantir um maior controlo dos custos das obras públicas estava também visível noutros preceitos. Assim, ao contrário do que sucedia no RJEOP de 1993 (onde se estabelecia que só podiam “ser contratadas por preço global as obras cujos projectos permitam determinar a natureza e as quantidades dos trabalhos a executar, bem como os custos dos materiais e da mão-de-obra a empregar”), o n.º 2 do artigo 9.º do RJEOP/99, após a modificação da Lei n.º 163/99, não só eliminou um tal limite ao recurso às empreitadas por preço global, como, pelo contrário, veio tornar obrigatório a adopção dessa modalidade de empreitada nos casos em que fosse possível determinar “a natureza e as quantidades dos trabalhos a executar, bem como os custos dos materiais e da mão-de-obra a empregar”. Da mesma forma, havendo variante do empreiteiro, a sua execução deve ser feita em regime de preço global (n.º 3 do artigo 20.º do RJEOP/99), contrariamente à solução bastante mais flexível que resultava do n.º 3 do artigo 19.º do RJEOP de 1993 ⁽⁹⁷⁾.

O Código, aparentemente, admite em alternatividade qualquer das modalidades de empreitadas tradicionalmente admi-

⁽⁹⁷⁾ Cfr., sobre a evolução dos limites à opção entre empreitada por preço global e empreitada por série de preços, MIGUEL CATELA, *A contratação de empreitadas de obra pública em regime de preço global*, págs. 130 e segs.

tidas quanto à determinação do preço e, portanto, a entidade adjudicante pode optar livremente pela modalidade que entenda mais adequada à execução da obra ⁽⁹⁸⁾. Todavia, para compensar o risco de grandes derrapagens nos custos das obras públicas, a nova lei vem estabelecer, na alínea c) do n.º 2 do artigo 370.º, que “o preço atribuído aos trabalhos a mais, somado ao preço de anteriores trabalhos a mais e deduzido do preço de quaisquer trabalhos a menos”, não pode exceder 5% do preço contratual (ou, nos casos previstos no n.º 3 do artigo 370.º, 25%). O que, na prática, pode levar os donos da obra a não “arriscar” o lançamento de uma empreitada em regime de série de preços.

6. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS SOBRE A BONDADADE DO MODELO DUALISTA ADOPTADO PELO CCP

I. A bondade da opção do Código por um modelo assumidamente dualista, que atribui relevância fundamental à contraposição entre trabalhos de suprimento de erros e omissões e trabalhos a mais, pode ser contestada.

Já vimos que o legislador comunitário adopta uma construção monista, optando por uma formulação abrangente de *obras complementares*. Os trabalhos complementares, nesta perspectiva, podem resultar, tanto de um falso conhecimento da realidade no momento em que se iniciou o procedimento de contratação, como de qualquer circunstância superveniente. O importante, em qualquer caso, é que o valor dos trabalhos complementares não ultrapasse 50% do valor do contrato inicial.

Ora, arrancando da solução comunitária, há quem sustente que o legislador português “tem errado sempre que intervém nesta matéria”, não afirmando “de forma peremptória

⁽⁹⁸⁾ Cfr. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos comentado e anotado*, pág. 352, em nota.

que o conceito de trabalhos a mais” abrange “todas as modificações objectivas, incluindo erros e omissões”. Ou seja, segundo este entendimento, “no tratamento que se confere à matéria das obras complementares, a fonte de inspiração deveria ter sido a directiva comunitária, não se distinguindo onde esta não distingue, e submetendo ao mesmo regime todos os trabalhos que impliquem uma alteração das prestações contratuais” (99).

II. Em nossa opinião, porém, atendendo à heterogeneidade dos trabalhos adicionais que podem ser exigidos no decurso de uma empreitada, a diferenciação de regimes em matéria de modificações objectivas do contrato tem plena justificação. Nesta perspectiva, a crítica que deve ser dirigida ao Código reside, em rigor, não tanto na diferenciação entre trabalhos a mais e trabalhos de suprimento de erros e omissões, mas sim na incompletude e incoerência da distinção adoptada.

O campo das modificações objectivas de um contrato é, na verdade, muito vasto, compreendendo frequentemente realidades demasiado heterogéneas para serem submetidas a uma regulamentação unitária. Naturalmente, em função de cada instituto, as configurações concretas dos diversos regimes aplicáveis varia. Mas é frequente a rejeição de modelos monistas. Assim, por exemplo, no Direito Civil, e independentemente agora do regime aplicável às alterações ao plano convencionado da iniciativa do empreiteiro, a lei — inspirada no *Código Civile* italiano, distingue claramente as chamadas *alterações necessárias* — em que a modificação do plano convencionado pode provir de uma necessidade técnica desconhecida mas já existente no momento da conclusão do contrato — das *alterações exigidas pelo dono da obra* (artigos 1215.º e 1216.º do Código

(99) Cfr. RICARDO PRELHAZ FONSECA, *A modificação das prestações contratuais nas empreitadas de obras públicas: subsídios para uma delimitação conceptual dos erros e omissões e dos trabalhos a mais no Código dos Contratos Públicos*, 2008 (inédito).

Civil (100)). De resto, mesmo na regulamentação geral aplicável aos contratos administrativos, o Código não equipara a modificação do contrato com fundamento numa alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar da modificação do contrato por razões de interesse público, decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.

O Código dos Contratos Públicos reconheceu, bem, que os trabalhos de suprimento de erros e omissões merecem um regime específico. Naturalmente, mesmo nestes casos, deve haver limites. A conclusão impõe-se quer à luz do interesse público quer no quadro da tutela da posição jurídica do empreiteiro. Por isso, aliás, em relação a esta segunda dimensão, prevê-se expressamente que o empreiteiro pode resolver o contrato quando, “avaliados os trabalhos a mais, os trabalhos de suprimento de erros e omissões e os trabalhos a menos”, ocorrer uma redução superior a 20% do preço contratual (artigo 406.º, alínea c)). Todavia, estando em causa um erro ou omissão do projecto, não se pode obliterar que os respectivos trabalhos de suprimentos são *necessários* para execução ou conclusão da obra projectada. Por isso, salvo se o limite comunitário dos 50% não for respeitado, justifica-se, para que se possa realizar ou concluir a empreitada em causa, uma maior possibilidade de *corrigir* o caderno de encargos defeituoso ou insuficiente.

Em contrapartida, para além destas modificações estritamente necessárias à execução da obra, pode igualmente haver justificação, à luz do interesse público, para introduzir alterações a uma obra em curso. Tem sentido, na realidade, conferir ao dono da obra, por motivos de interesse público, “uma faculdade unilateral de redefinição parcial da posição jurídica do empreiteiro e, deste modo, do próprio conteúdo de certas cláusulas do contrato administrativo de empreitada de obras

(100) Cfr., sobre os trabalhos preparatórios, ADRIANO VAZ SERRA, *Empreitada*, I, págs. 88 e segs.

públicas” (101). Já se vê, porém, que a possibilidade de o dono da obra, numa empreitada em curso, impor ao empreiteiro a realização de trabalhos a mais não necessários — possibilidade que não é inócua, tanto na óptica do controlo dos custos das obras públicas e da tutela da concorrência, como na perspectiva da liberdade de empresa — pode estar, justificadamente, submetida a limites mais estritos. Daí o limite dos 5%.

Não significa isto que o concreto modo como as duas situações são distinguidas no Código não mereça reservas. Por um lado, além dos trabalhos de suprimento de erros e omissões, há trabalhos adicionais que são igualmente necessários à execução da empreitada e que se encontram submetidos ao limite dos 5%. Basta pensar nos trabalhos que derivam de erros ou omissões do caderno de encargos resultantes de circunstâncias que não eram conhecidas do dono da obra e que só muito dificilmente e com enormes custos poderiam ser conhecidas antes do lançamento do procedimento pré-contratual. O mesmo se diga de trabalhos adicionais — sujeitos, aliás, ao limite específico dos 25% — no âmbito de obras cuja execução seja afectada por condicionalismos naturais com especiais características de imprevisibilidade, nomeadamente obras marítimo-portuárias e construção de túneis (artigo 370.º, n.º 3). Por outro lado, não se afigura clara, na perspectiva do controlo dos custos das obras públicas — que constitui, afinal, uma das preocupações centrais do novo regime plasmado no Código —, a bondade de uma solução — que em radical contraste com o limite estrito dos 5% aplicável aos trabalhos a mais — passa por submeter apenas ao limite quantitativo juscomunitário dos 50% os trabalhos de suprimento de erros e omissões.

(101) Cfr. PAULO OTERO, *Estabilidade contratual*, págs. 930 e 931.