



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Gestão de riscos e o Código da Contratação Pública (CCP)

Que consequências para o dono de obra, projectista e empreiteiro?

Ordem dos Engenheiros
6 de Maio de 2011

Gestão de Riscos nas Empreitadas (uma perspectiva jurídica)

Rui Medeiros / Lino Torgal

Lívato

Plano de Exposição

- I. Introdução
- II. A distinção entre trabalhos a mais e trabalhos de suprimento de erros e omissões
 - Importância prática da distinção
 - Regime dos trabalhos a mais
 - Trabalhos a mais nos casos do limite dos 25%
 - Regime dos trabalhos de suprimento de erros e omissões
 - Em busca da identificação do conceito de erros e omissões
- III. A cláusula de maior onerosidade
- IV. Introdução de condições pelo dono da obra

Lívato

I. Introdução

Lívato

I. Introdução

Colocação do Problema

Lívato

I. Introdução

A dificuldade:

Qualquer solução não pode ignorar a preocupação central do CCP com um maior rigor na gestão dos dinheiros públicos

Límites

I. Introdução

Manifestações da preocupação do CCP com um maior rigor na gestão dos dinheiros públicos

(que não se confunde com limitação de custos)

- Relevância dos erros e omissões na fase anterior à apresentação das propostas e limites aos trabalhos a mais
- Limites às empreitadas de concepção-construção
- A aparente redução do espaço reservado à empreitada por série de preços
- Outras manifestações:
 - ✓ Obrigação de transparência (artigo 315.º)
 - ✓ Responsabilidade civil do empreiteiro após recepção definitiva (artigo 398.º, n.º7)

Límites

II. A distinção entre trabalhos a mais e trabalhos de suprimento de erros e omissões

Limites

II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

a) A importância prática da distinção

Limites

II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

Limites quantitativos regra aos trabalhos a mais

- Sentido geral do limite dos 5%
 - ✓ Sentido geral
 - ✓ Compensação dos trabalhos a mais com os trabalhos a menos
 - ✓ Irrelevância, para este efeito, dos trabalhos de suprimento de erros e omissões
- A regra especial dos 25% (*remissão*)
- O limite dos 50%

Limites quantitativos aos trabalhos de suprimento de erros e omissões

Livato

II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

A relevância prática para determinação da responsabilidade do
empregado e do projectista

Livato

II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

b) Regime dos trabalhos a mais

Lívato

II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

A relevância da superação de um modelo monista à luz da jurisprudência restritiva do Tribunal de Contas quanto aos trabalhos a mais

Lívato

II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

Evolução dos requisitos materiais dos trabalhos a mais

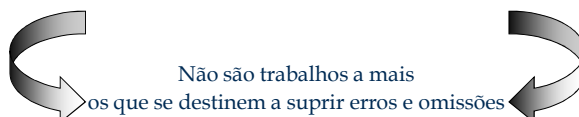
- Historicamente: decisivo era a realização da *mesma empreitada*
- Autonomização das obras complementares no DL 230/90
- Fusão dos dois regimes a partir do RJEOP/93

Lívolo

II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

Requisitos materiais dos trabalhos a mais (art. 370.º, n.º 1)

- Pressuposto: trabalhos cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato
- Requisitos:
 - ✓ necessários na sequência de uma circunstância imprevista;
 - ✓ destinados à execução da mesma obra;
 - ✓ não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objecto do contrato sem inconvenientes graves para o dono da obra ou, embora separáveis, sejam estritamente necessários à conclusão da obra.



Lívolo

II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

Dois requisitos em conexão

Trabalhos destinados à realização da mesma empreitada

E

Que 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



II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

Trabalhos necessários à execução da mesma obra na sequência de uma circunstância imprevista

- Circunstância *imprevista* – a dificuldade de harmonização entre a jurisprudência restritiva do Tribunal de Contas e a distinção no CCP entre:
 - ✓ Circunstância imprevista
 - ✓ Circunstância impreviável (alteração das circunstâncias – artigo 312.º)
 - ✓ Urgência imperiosa resultante de acontecimentos impreviáveis pela entidade adjudicante que não lhe sejam, em caso algum, imputáveis (artigo 24.º, n.º 1, alínea c))

- A *necessidade* à luz do princípio democrático



II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

c) Trabalhos a mais nos casos do limite dos 25%



II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

O limite inicial dos 25%

- Construção de túneis presume-se sempre obra complexa do ponto de vista geotécnico?
- Aplicação a toda a obra (em função das características predominantes) ou apenas à parte da obra correspondente?
- Limite fixado *a priori* ou *a posteriori*?



II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

O estranho aditamento introduzido pelo Decreto-lei N.º 278/2009

Livato

II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

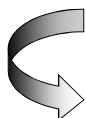
d) Regime dos trabalhos de suprimento de erros e omissões

Livato

II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

Regime repartido entre a Parte II e a Parte III

- O empreiteiro tem o ónus de detectar os erros e omissões na fase pré-contratual (artigo 61.º, n.ºs 1 e 2)
- O empreiteiro tem o ónus de detecção de erros e omissões durante a fase de execução do contrato (artigo 378.º, n.º 4)



Responsabilidade pelos erros e omissões





II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

Ónus de apresentação da lista de erros e omissões até ao termo de 5/6 do prazo para a apresentação das propostas

(art.61.º, n.º 1)

- Aspectos ou dados que se revelem desconformes com a realidade
- Espécie ou quantidade de prestações estritamente necessárias à integral execução do contrato
- Condições técnicas de execução do contrato consideradas inexecutáveis



II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

Excepções

- Exceptuam-se os erros e omissões que os concorrentes, actuando com a diligência objectivamente exigível em face das circunstâncias concretas, apenas pudessem detectar na fase de execução do contrato (art.61.º, n.º2)
- Suspensão do prazo para a apresentação das propostas desde o termo do respectivo 5/6 até á publicação da decisão da entidade adjudicante ou ao termo do prazo para tomar essa decisão (art.61.º, n.º3)



II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

Procedimento Subsequente

- As listas dos concorrentes e a decisão da entidade adjudicante são publicitadas na plataforma electrónica utilizada pela entidade adjudicante (art.61.º, n.º4 e 6)
- Consideram-se rejeitados os erros e omissões não expressamente aceites (art.61.º n.º5)
- Nas propostas, os concorrentes devem indicar (n.º7):
 - ✓ Os termos do suprimento dos erros/omissões
 - ✓ O valor de cada um dos suprimentos (incorporado no preço apresentado)



II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

Importância do Artigo 64º, N.º 2

- Sentido geral
- Limites à discricionarieidade da decisão administrativa
- Eventual obrigação de indemnização, seja por acto lícito, seja por facto ilícito

Língua

II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

Ónus *ulterior* de identificação dos erros e omissões no prazo de 30 dias a contar da data em que lhes seja exigível a sua detecção (art. 378.º, n.º 4)

Língua

II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

Princípio Geral:

Quem elabora / disponibiliza os elementos que apresentam erros e omissões é responsável pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões (Art. 378.º, N.º 1 e 2)



II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

Responsabilidade do Adjudicatória por erros e omissões (art. 378.º)

- Quando a sua deteccção fosse exigível na fase de formação do contrato (excepto erros e omissões que sejam identificados pelos concorrentes mas que não sejam expressamente aceites pela entidade adjudicante ou que sejam rejeitados):
 - ✓ Responsabilidade em 50%
 - ✓ Não se admite prorrogação do prazo de execução da empreitada (art. 377.º)
- Quando não sejam identificados no prazo de 30 dias a contar da data em que lhe fosse exigível a sua deteccção na fase de execução do contrato (apesar de não ser exigível na fase de formação do contrato):
 - ✓ Responsabilidade em 100%
 - ✓ Não se admite prorrogação do prazo de execução da empreitada (art. 377.º)



II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

Atenuantes

- A responsabilidade do empreiteiro em relação a erros e omissões que lhe era exigível ter detectado na fase de formação do contrato corresponde a metade do preço dos trabalhos de suprimento dos mesmos (artigo 378.º/5)
- Caso os erros ou omissões decorram do incumprimento de obrigações de concepção assumidas por terceiros perante o dono da obra (artigo 378.º/6):
 - ✓ Deve o dono da obra exercer obrigatoriamente o direito que lhe assista de ser indemnizado por parte destes terceiros
 - ✓ Fica o empreiteiro subrogado no direito de indemnização que assista ao dono da obra perante esses terceiros até ao limite do montante que deva ser por si suportado

Lívato

II. A distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais

e) Em busca da identificação do conceito de erros e omissões

Lívato

III. A cláusula de maior onerosidade

- Cláusula com longa tradição no direito português das empreitadas de obras públicas
- Consagração legal (hoje sem esse nome) no art. 354/1 do CCP:
- ✓ “Se o dono da obra praticar ou der causa a facto donde resulte *maior dificuldade* na execução da obra, com agravamento dos encargos respectivos, o empreiteiro tem o direito à reposição do equilíbrio financeiro.”

The logo for 'Límite' is written in a white, elegant cursive script on a dark blue rectangular background.

III. A cláusula de maior onerosidade

- Refracção do princípio do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos
- Refracção do princípio de que o credor não deve agravar, com facto próprio, o cumprimento pelo devedor da obrigação a que está vinculado
- Carácter residual (face às outras manifestações do princípio)

The logo for 'Límite' is written in a white, elegant cursive script on a dark blue rectangular background.

III. A cláusula de maior onerosidade

Função:

- Assegurar a indemnização de sobrecustos sofridos pelo empreiteiro e causados por actos contratuais (jurídicos e materiais) não culposos do dono de obra, naqueles casos em que não exista outra figura adequada para o efeito; ou seja,
- Corrigir desequilíbrios de valor económico entre prestação e contraprestação surgidos em momento posterior à celebração do contrato por força de uma actuação, mesmo que lícita, do dono da obra – a parte a quem a obra aproveita



III. A cláusula de maior onerosidade

- Larga aplicação da figura no emblemático caso da obra hidráulica Beliche - ETA de Tavira (Algarve, anos 90), apreciada por um Tribunal Arbitral
- Obra do tipo da empreitada de concepção - construção,...
- ... em que o empreiteiro não procedeu - como era suposto - à mera concretização do projecto contratado (em sede de execução do contrato), mas, sim, a uma ampla reformulação da concepção-geral da obra, e à medida que a obra ia avançando



III. A cláusula de maior onerosidade

Consequência:

- Significativos atrasos na implementação da programação estabelecida para a obra e imobilização improdutiva de meios humanos e mecânicos, além de outros gastos
- Recuperação posterior de tais atrasos com a adopção de ritmos de produção muito acelerados, isto a partir do momento (dois anos após a assinatura do contrato) em que ficou assente a concepção da obra a executar,...
- ... através do reforço (não programado) de meios humanos e mecânicos para executar trabalhos segundo uma sequência diversa da contratada e, por vezes, de forma simultânea quando fora prevista uma execução faseada.



III. A cláusula de maior onerosidade

- Factores anteriores (subesforço, no primeiro período, e sobreesforço, no segundo período) geraram sobrecustos para o empreiteiro,...
- ... que apresentou pedido judicial de indemnização de tais sobrecustos a título de “reposição do equilíbrio das prestações contratuais”



III. A cláusula de maior onerosidade

- Atendimento parcial de pretensão pelo Tribunal Arbitral mediante a aplicação da cláusula de *maior onerosidade*
- Afastamento pelo Tribunal de outros institutos jurídicos:
 - ✓ Poder de modificação unilateral
 - ✓ Imprevisão
 - ✓ Responsabilidade civil contratual subjectiva
 - ✓ Enriquecimento sem causa

The logo for 'Líneo' is written in a white, cursive script on a dark blue background.

IV. Introdução de condições pelo dono da obra - uma hipótese juridicamente viável?

- Diferenciação pelo dono da obra entre um objecto altamente provável (certo) e um objecto pouco provável (eventual) do contrato
- Espécie de variantes ao projecto de autoria do dono da obra
- Necessidade de se identificar e caracterizar com suficiente densidade os trabalhos certos e os trabalhos eventuais

The logo for 'Líneo' is written in a white, cursive script on a dark blue background.

IV. Introdução de condições pelo dono da obra - uma hipótese juridicamente viável?

- Trabalhos incertos, não serão trabalhos a mais, pois já estão previstos (a título eventual) no objecto do contrato
- Trabalhos a mais serão, assim, apenas os que não foram previstos...



IV. Introdução de condições pelo dono da obra - uma hipótese juridicamente viável?

- No Caderno de Encargos, o objecto do contrato inclui, assim, prestações e contraprestações (suspensiva e resolutivamente) condicionadas



Uma Equipa de Referência

Rua Garrett, n.º 64
1200-204 Lisboa
Portugal
Tel: (+351) 21 093 30 00
Fax: (+351) 21 093 30 01/02
Email: geral@servulo.com

www.servulo.com