

Título: REVISÃO EXTRAORDINÁRIA DE PREÇOS NOS CONTRATOS DE EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS (DECRETO-LEI Nº36/2022, DE 20 DE MAIO). FUNDAMENTAÇÃO DO PEDIDO

Data: 07-07-2023

Parecer N.º: DAJ-PROC Nº 50/2023

Informação N.º: I07278-2023-DSAL/DAJ

Através do seu ofício com a referência 1625, entendeu o Exmo. Senhor Presidente da Câmara Municipal de ... submeter, à apreciação desta Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional, pedido de parecer jurídico que, de forma muito sucinta, incide sobre pedido formulado pelo empreiteiro relativo à revisão extraordinária de preços em contrato de empreitada de obras públicas, conforme regime aprovado pelo Decreto-Lei nº 36/2022, de 20 de maio.

Para tal, instruiu aquele seu pedido de parecer, com os seguintes elementos:

- a) Pedido de revisão extraordinária de preços, formulado pelo empreiteiro;
- b) Cláusulas jurídicas do caderno de encargos, com destaque das respeitantes à revisão de preços;
- c) Lista de preços unitários;
- d) Programa do procedimento;
- e) Prorrogação graciosa do prazo de execução da empreitada.

Compulsados aqueles elementos, de forma muito sucinta e com relevância para análise da questão, importa salientar a seguinte fatualidade:

1. Em 30 de junho de 2020, e no seguimento de procedimento pré contratual por concurso público, foi celebrado contrato de empreitada relativo ao "Reordenamento do trânsito na rua 23 de Novembro e Beco das Piscinas para a mobilidade urbana";
2. Empreitada cujo prazo de execução, conforme definido nas peças do procedimento (cfr. artigo 15º do programa de procedimentos), que o contrato fixou em 480 dias;
3. Em 19 de janeiro de 2022, no seguimento de pedido formulado pelo empreiteiro e conforme parecer técnico da fiscalização, a Câmara Municipal de ... deliberou aprovar a prorrogação graciosa daquele prazo em 75 dias;
4. Em 8 de maio de 2023, o empreiteiro veio apresentar pedido de revisão extraordinária de preços, atento o regime fixado no Decreto-Lei nº 36/2022, de 20 de maio;
5. Pedido que fundamenta na existência de um material [perfilados pesados e ligeiros (M45)] que representa (...) mais de 3% do preço contratual e sofreu um aumento de preços superior a 20% (...);
6. Demonstrados, em seu entender, (...) os sobrecustos e prejuízos que se encontra a suportar com a execução do contrato [solicita a revisão extraordinária de preços da empreitada] nos termos do disposto na interpretação conjugada e devidamente ponderada do disposto no artigo 3º, nº 3 alínea b), do Decreto-Lei nº 36/2022, de 20 de maio, no artigo 437º do Código Civil, e na alínea a), do nº 1 do artigo 311º, da alínea b), do artigo 312º e no nº 2 do artigo 314º, todos do CCP, realizando-se a revisão de preços segundo a forma contratualmente estabelecida, sendo os coeficientes de atualização (Ct) resultantes dos respetivos cálculos multiplicados por um fator de compensação de 1,1.

Atento aquele pedido, cumpre emitir o solicitado parecer o qual sendo prestado no âmbito das atribuições de apoio técnico às autarquias locais integradas na circunscrição territorial desta Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional, conforme previsão da alínea p) do nº 1 do artigo 4º do Anexo ao Decreto-Lei nº 36/2023, de 26 de maio e alínea f) do ponto 5º da Portaria nº 528/2007, de 30 de abril, o que se faz nos termos e com os fundamentos seguintes.

Em termos gerais, a função administrativa dos diferentes contraentes públicos (1) pode ser exercida através da celebração de contratos administrativos os quais, enquanto fonte da relação jurídica administrativa, constituem (...) para o contraente público e para o cocontratante, situações subjetivas ativas e passivas que devem ser exercidas e cumpridas de boa fé e em conformidade com os ditames do interesse público, nos termos da lei (2) (cfr. artigo 286º do Código dos Contratos Públicos).

Entre as diversas espécies contratuais previstas no Código dos Contratos Públicos, e atento o objeto do solicitado, o artigo 343º do Código dos Contratos Públicos, define "empreitada", como o contrato oneroso que tenha por objeto quer a execução quer, conjuntamente, a conceção e a execução de uma obra pública que se enquadre nas subcategorias previstas no regime de ingresso e permanência na atividade de construção sendo, para este efeito, "obra pública" o resultado de quaisquer trabalhos de construção, reconstrução, ampliação, alteração ou adaptação, conservação, restauro, reparação, reabilitação, beneficiação e demolição de bens imóveis executado por conta de um contraente público (cfr. nºs 1 e 2 do artigo referenciado).

Trabalhos que o Código dos Contratos Públicos determina terem que ser executados conforme o conjunto coordenado de documentos escritos e desenhados, que integram o projeto ordenador e demais projetos, que definem e caracterizam a conceção funcional, estética e construtiva da obra, mediante uma contraprestação financeira determinada em sede da proposta adjudicada (preço contratual).

Sem embargo desta estabilidade contratual, e porque o dinamismo associado à realidade pode obrigar a uma nova ponderação das necessidades, pode resultar a necessidade de em determinado contrato administrativo serem introduzidas alterações, não só quanto às partes mas também relativamente a parâmetros relacionados com o seu objeto, natureza ou conteúdo das prestações contratuais, desde que verificados determinados requisitos e respeitados os limites fixados pelo legislador.

Assim, e a nível geral, estabelece-se no nº 1 artigo 311º do Código dos Contratos Públicos que os contratos podem ser modificados por: (i) Acordo entre as partes; (ii) Decisão judicial ou arbitral; ou (iii) Ato administrativo do contraente público, quando o fundamento invocado sejam razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.

Modificações que, atentos os fundamentos previstos no artigo 312º do Código dos Contratos Públicos (3), têm subjacente a impossibilidade de se traduzirem numa alteração da (...) natureza global do contrato, considerando as prestações principais que constituem o seu objeto (cfr. nº 1 do artigo 313º do Código dos Contratos Públicos) mas também, quando fundadas em razões de interesse público, de implicarem uma modificação substancial do contrato ou que configure uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência, designadamente quando seja passível de:

(...)

a) Introduzir alterações que, se inicialmente previstas no caderno de encargos, teriam ocasionado no procedimento pré-contratual, de forma objetivamente demonstrável, a alteração da qualificação dos candidatos, a alteração da ordenação das propostas avaliadas, a não exclusão ou a apresentação de outras candidaturas ou propostas;

b) Alterar o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante de modo a que este seja colocado numa situação mais favorável do que a resultante do equilíbrio inicialmente estabelecido;

c) Alargar consideravelmente o âmbito do contrato (4).

(...)

No que ao contrato de empreitada de obras públicas respeita, o Código dos Contratos Públicos estabelece, em especial, que o regime das modificações objetivas daquele contrato se reconduz aos trabalhos complementares e à revisão ordinária de preços.

Quanto à revisão ordinária de preços, estabelece o artigo 382º do Código dos Contratos Públicos.

(...)

1- Sem prejuízo do disposto nos artigos 282º, 300º e 341º, o preço é obrigatoriamente revisto nos termos contratualmente estabelecidos e de acordo com o disposto em lei.

2- Na falta de estipulação contratual quanto à fórmula de revisão de preços, é aplicável a fórmula tipo estabelecida para obras de mesma natureza constante de lei.

(...)

Norma que nos remete para o disposto do Decreto-Lei nº 6/2004, de 6 de janeiro, alterado pelo Decreto-Lei nº 73/2021, de 18 de agosto, o qual estabelece o regime de preços de empreitadas de obras públicas, de obras particulares e de aquisição de bens e serviços e que, no nº 1 do seu artigo 1º, determina (...) O preço contratual das empreitadas de obras públicas, a que se refere o artigo 97º do Código dos Contratos Públicos, em anexo ao Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, na sua redação atual (CCP) fica sujeito a revisão em função das variações, para mais ou para menos, dos custos de mão-de-obra, dos materiais e dos equipamentos de apoio, relativamente aos correspondentes valores considerados no mês anterior à data limite fixada para a entrega das propostas.

Revisão que, nos termos do disposto no nº 2 daquele artigo, será obrigatória, devendo cumprir com o preceituado naquele regime e de acordo com as cláusulas específicas insertas nos cadernos de encargos e nos contratos, cobrindo todo o período compreendido entre o mês anterior ao da data limite fixada para a entrega das propostas e a data do termo do prazo de execução contratualmente estabelecido, acrescido das prorrogações legais. Já quando o contrato seja omissivo relativamente à fórmula de revisão de preços, a mesma operará de acordo com a fórmula tipo para obras da mesma natureza ou que mais se aproxime do objeto da empreitada (cfr. nº 3 do artigo 1º).

Revisão de preços que visa (...) permitir o ajustamento do preço inicialmente estipulado em função das variações normais que podem produzir-se em parâmetros (preços das matérias primas, salários, etc.) condicionantes do preço de custo. Ele é assim um meio que, no consenso das partes, poderá permitir, dadas as variações previsíveis de mercado, um resultado financeiro normal no negócio bem conduzido (5) e que, conforme previsão do artigo 5º do Decreto-Lei nº 6/2004, de 6 de janeiro, pode ser calculada com recurso a Fórmula; Garantia de Custos ou Fórmula e Garantia de Custos.

Trata-se, portanto, de um instituto que procura garantir que os preços contratuais acompanham os movimentos estruturais do mercado, nas componentes que sejam passíveis de influenciar os custos associados, de modo a preservar o equilíbrio contratual que foi desejado e assumido pelas partes, aquando da outorga do contrato. Através do confronto entre os custos das principais especialidades da obra ao tempo da apresentação da proposta, com aqueles que vigoram no momento da execução dos trabalhos, torna-se possível adequar o preço a pagar, pelo dono da obra, à nova realidade económica, garantindo, não só, que o empreiteiro não assume maiores responsabilidades do que aquelas que resultavam aquando da apresentação da sua proposta, mas também que não obtém maiores vantagens económicas do que as inicialmente previstas.

Em suma, atento o efeito do decurso do tempo sobre os custos de alguns dos elementos mais relevantes num contrato de empreitada, o legislador consagrou, com carácter obrigatório, a necessidade dos preços, fixados no contrato, relativos aos trabalhos de execução da obra serem revistos nos termos contratualmente estabelecidos e de acordo com o disposto na lei podendo, daquela revisão, resultar não só o seu aumento, mas também a sua redução.

Não obstante aquele regime, e em resultado da (...) situação excecional nas cadeias de abastecimento e as circunstâncias migratórias resultantes da pandemia da doença COVID-19, da crise global na energia e dos efeitos resultantes da guerra na Ucrânia [que] resultou em aumentos abruptos dos preços das matérias-primas, dos materiais e da mão de obra, com especial relevo no setor da construção (6), veio-se a constatar que o mesmo não se revelava adequado para responder a eventos anormais e imprevisíveis. Deste modo, e porque as fórmulas-tipo de revisão de preços nos contratos administrativos não conseguiam dar resposta às variações intensas e rápidas dos custos, entendeu o legislador estabelecer medidas excecionais e temporárias de revisão de preços,

tendo em vista assegurar que aqueles aumentos não colocam em causa a execução e conclusão dos contratos, especialmente dos contratos de empreitada de obras públicas, sob pena de ficar comprometida a prossecução do interesse público associado aos mesmos.

Regime, excecional e temporário, que se corporizou através do Decreto-Lei nº 36/2022, de 20 de maio (7) e cujo âmbito de aplicação se reconduz não somente aos contratos de empreitada de obras públicas mas também aos demais contratos públicos (8) em execução ou em que a mesma se esteja a iniciar; àqueles que venham a resultar de procedimentos de formação de contratos já iniciados ou a iniciar mas também aos que, independentemente da natureza jurídica do dono da obra, estejam sujeitos a regras de contratação pública (cfr. n.ºs 1 a 3 do artigo 2º do referido diploma).

Já em sentido contrário, e porque tal poderia resultar num duplo benefício para a resolução do mesmo problema (aumento extraordinário de preços), o nº 4 do supra referenciado artigo determina a exclusão, deste regime excecional e temporário de revisão de preços, [d]os setores cujos cocontratantes tenham sido abrangidos por medidas específicas de apoio, sempre que a revisão extraordinária de preços seja destinada a compensar os efeitos do aumento dos custos das mesmas matérias-primas, materiais, mão de obra e equipamentos de apoio já apoiados por medidas específicas.

Relativamente à revisão extraordinária de preços nos contratos de empreitada de obras públicas, preconiza o artigo 3º do Decreto-Lei nº 36/2022, de 20 de maio que quando um determinado tipo de material, mão de obra ou equipamento de apoio: (i) represente, ou venha a representar durante a execução, pelo menos 3% do preço contratual; e (ii) a taxa de variação homóloga do custo seja igual ou superior a 20% (9), tal habilita o empreiteiro a apresentar, junto do dono da obra, um pedido de revisão extraordinária de preços (cfr. nº 1 daquele artigo). Pedido que, para além da demonstração da sua elegibilidade, deve ser apresentado até à receção provisória da obra, identificando, de modo devidamente fundamentado, a forma de revisão extraordinária de preços pretendida, escolhida de entre os métodos previstos no artigo 5º do Decreto-Lei nº 6/2004, de 6 de janeiro, que melhor se adegue à empreitada em execução, em contraponto à aplicação da revisão ordinária de preços prevista nas cláusulas contratuais específicas (cfr. n.ºs 2 e 8 do artigo 3º).

Proposta que, atento o nº 3 daquele artigo 3º, constitui o dono da obra na obrigação de se pronunciar dispondo, para tal, do prazo de 20 dias contados da receção do pedido, sob pena da sua aceitação tácita. Sem embargo da sua concordância com o teor da proposta apresentada, pode o dono da obra, em caso de discordância, reagir, de forma exclusiva e alternativa:

a) Apresentando uma contraproposta, também ela devidamente fundamentada que, na falta de acordo com o cocontratante, constituirá a metodologia a utilizar na revisão extraordinária de preços [cfr. alínea a) do nº 3 e nº 4, ambos do artigo 3º];

b) Realizando a revisão de preços segundo a forma contratualmente estabelecida aplicando, os coeficientes de atualização (Ct) resultantes dos respetivos cálculos multiplicados por um fator de compensação de 1,1 quando a fórmula prevista no contrato se revele desadequada para fazer face aos "novos" custos da empreitada, [cfr. alínea b) do nº 3 e nº 4, do artigo 3º] (10/11);

c) Incluindo determinados materiais e mão de obra numa revisão calculada de acordo com o método da garantia de custos, aplicando aos restantes a fórmula constante do contrato, sem qualquer majoração [cfr. alínea c) do nº 3 e nº 4 do artigo 3º conjugado com o artigo 10º da Lei nº 6/2004, de 6 de janeiro].

Revisão extraordinária de preços que se aplicará a todos os materiais, tipos de mão de obra, equipamentos de apoio e com referência a todo o período de execução do contrato de empreitada.

Perante o enquadramento supra, e desde que aferidos os respetivos requisitos de elegibilidade previstos nas alíneas a) e b) do nº 1 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 36/2022, de 20 de maio, mas também que a mesma sobrevém antes da receção provisória da obra, a proposta de revisão extraordinária de preços que venha a ser

apresentada pelo empreiteiro, carece de ser devidamente fundamentada, demonstrando que este mecanismo extraordinário de revisão é aquele que se revela como o mais adequado à estrutura de custos da empreitada, em comparação com a metodologia de revisão prevista no contrato (cfr. nº 2 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 36/2022, de 20 de maio). Ou seja, e salvo melhor entendimento, os métodos de revisão a utilizar serão aqueles que se encontram definidos no Decreto-Lei nº 6/2004 de 6 de janeiro, na sua atual redação, devendo o pedido fundamentar aquela escolha com base na estrutura de custos da empreitada e não, como parece suceder, com base na aplicação de um fator de compensação (12) .

(1) Cfr. Na aceção do artigo 3.º do Código dos Contratos Públicos.

(2) Princípios, da boa fé e da prossecução do interesse público, que, a par do princípio da legalidade, não afastam o cumprimento dos demais, como sejam o princípio da proporcionalidade e conexão material das prestações contratuais (cfr. 281º do Código dos Contratos Públicos); O princípio da execução pessoal do contrato (cfr. artigo 288º do Código dos Contratos Públicos); O princípio da colaboração recíproca (cfr. artigo 289º do Código dos Contratos Públicos) e o princípio da colaboração da proteção do cocontratante pelo contraente público (cfr. artigo 291º do Código dos Contratos Públicos).

(3) E que se reconduzem a: (i) Existência de cláusulas contratuais que indiquem de forma clara, precisa e inequívoca o âmbito e natureza das eventuais modificações, bem como as condições em que podem ser aplicadas; (ii) Alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que se fundou a decisão de contratar, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato; e (iii) Ocorrência de razões de interesse público em resultado de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.

(4) Cfr. nº 2 do artigo 313º do Código dos Contratos Públicos.

(5) In "Alguns Aspetos do Contrato de empreitada de Obras Públicas no Código dos Contratos Públicos II - Em Especial, a Reposição do Equilíbrio Económico e Financeiro do Contrato e a Determinação de Danos", Licínio Lopes Martins, Estudos de Contratação Pública, 2008, página 394.

(6)cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei nº 36/2022, de 20 de maio, na sua atual redação

(7) Diploma que foi alterado pelo Decreto-Lei nº 67/2022, 4 de outubro e Decreto-Lei nº 49-A/2023, de 30 de junho, tendo este último prorrogado a vigência do Decreto-Lei nº 36/2022, de 20 de maio, até 31 de dezembro de 2023.

(8) Como sejam, e "com as necessárias adaptações# os contratos públicos de aquisição de bens e de serviços, estes últimos nas categorias determinadas pela Portaria nº 74-A/2023, de 7 de março.

(9) Sobre o critério de elegibilidade da taxa de variação homóloga, e porque esta compara o nível da variável entre o mês corrente e o mesmo mês do ano anterior, importa que se tenha presente que a mesma deve ser aferida em relação ao mesmo mês do ano anterior àquele em que é apresentado o pedido de revisão. A este respeito, veja-se a resposta à pergunta nº 32 das FAQ's produzidas pelo IMPIC, I.P. sobre o regime extraordinário da revisão de preços, disponível em <https://www.impic.pt/impic/pt-pt/perguntas-frequentes/revisao-extraordinaria-de-precos>, onde se sustenta: Para verificar a segunda condição, variação homóloga superior a 20%, terá de se proceder ao cálculo utilizando o índice referente ao mês de execução dos trabalhos e o índice do mesmo mês, mas do ano anterior, independentemente de este cair fora do período da obra e ser mesmo anterior à entrega da proposta.

(10) Em resultado da alteração introduzida pelo artigo 2º do Decreto-Lei nº 49-A/2023, de 30 de junho, e com

referência a pedidos realizados até 30 de junho de 2023, os coeficientes de atualização (Ct) resultantes dos respetivos cálculos serão multiplicados por um fator de compensação de 1,1 ou 1,04, para os pedidos realizados a partir de 1 de julho de 2023.

(11) Sobre a incidência daquele fator de compensação, entendeu esta Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional suscitar o entendimento do Instituto dos Mercados Públicos do Imobiliário e da Construção, I. P. (IMPIC), tendo aquele Instituto, sem caráter vinculativo face à natureza da sua missão, informado (...) O Ct, tal como definido no número 1 do artigo 6º do Decreto-Lei nº 6/2004, de 06 de janeiro, na sua redação atual, corresponde ao "é o coeficiente de atualização mensal a aplicar ao montante sujeito a revisão, obtido a partir de um somatório de parcelas com uma aproximação de seis casas decimais" [concluindo] consideramos que será sobre esse coeficiente que é multiplicado o fator de compensação e não sobre o montante final que venha a resultar da revisão ordinária.

(12) Que o legislador, nos termos da alínea b) do nº 3 do artigo 3º daquele diploma, reserva como uma das formas de reação do dono da obra e não como um dos métodos a utilizar.

Relator: Nuno Sousa