



Sentença 1/2018

Processo nº 3/2017-JRF/3ª Secção

Sumário

1. Os demandados 1 a 4, ao terem autorizado, enquanto membros do CA, a execução dos trabalhos a mais, pelos 4º, 7º e 8º adicionais ao contrato de empreitada em causa nos autos, cujo preço ultrapassou o limite de 5%, estabelecido na al. c) do nº 2 do art.º 370º do CCP (na redação vigente à data de adjudicação daqueles contratos adicionais) e tendo atuado com culpa, incorreram na prática de uma infração de natureza sancionatória, prevista no art.º 65º, nº 1, al. l) da LOPTC, por violação daquele preceito e do art.º 19º al. b) do CCP.
2. Considerando que a empreitada em causa visava a execução de infraestruturas de um conjunto de lotes a edificar no futuro e, por outro lado, atentas as características da empreitada, nada aponta no sentido de que estejamos perante uma obra com “especiais características de imprevisibilidade”, nomeadamente por ser uma obra “complexa do ponto de vista geotécnico”, pelo que o limite de 5% de trabalhos a mais não deve considerar-se elevado para 25%, ao abrigo do nº 3 do art.º 370º do CCP (na redação então vigente)
3. Os demandados 5 e 6, ao terem informado, nos termos em que informaram, sobre a realização dos trabalhos a mais, relativos aos 4º, 7º e 8º adicionais ao contrato de empreitada em causa nos autos, não cuidaram de esclarecer, devidamente, que uma vez que o preço dos mesmos, já compensado dos trabalhos a mais, ultrapassava o limite de 5%, estabelecido na al. c) do nº 2 do art.º 370º do CCP (na redação vigente à data de adjudicação daqueles contratos adicionais), tais trabalhos deveriam ser objeto de adjudicação, a efetuar na sequência de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, tendo assim atuado com culpa e incorrido, atento o disposto no art.º 61º, nº 4, da LOPTC, na prática de uma infração de natureza sancionatória, prevista no art.º 65º, nº 1, al. l) da LOPTC, por violação daqueles preceitos e do art.º 19º al. b) do CCP.
4. O legislador, ao ter aumentado, de 5% para 40% o limite de trabalhos a mais (redação dada à al. c) do nº 2 do art.º 370º do CCP pelo art.º 2º do DL 149/2012), passou a considerar que até este limite, não haveria violação de norma legal sobre a contratação pública, pelo que, à face da lei nova, não



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

estão preenchidos os elementos típicos da infração, por não haver violação de norma legal relativa à contratação pública, ocorrendo assim como que uma eliminação da infração, devendo os demandados ser absolvidos, por aplicação do art.º 2º, n.º 2, do Código Penal, *ex vi* art.º 67º, n.º 4, da LOPTC.

5. O demandado 1, ao não ter procedido à remessa de um contrato autónomo de trabalhos, relacionado com a obra em causa, celebrado por ajuste direto, para efeitos de fiscalização prévia do Tribunal de Contas, o qual foi entretanto executado, incorreu na prática de uma infração de natureza sancionatória, prevista no art.º 65º, n.º 1, al. h) da LOPTC, por violação do disposto nos art.ºs 46º, n.º 1, al. b), 48º, n.º 2 e 81º, n.º 4, todos da LOPTC.
6. A circunstância de a dispensa de aplicação de multa prevista no n.º 8 do art.º 65º ter sido introduzida na LOPTC em momento posterior à prática da infração em causa nos autos, não é impeditivo da sua aplicação ao caso *sub judicio*, por força do princípio geral de aplicação do regime que concretamente se mostre mais favorável, consagrado no art.º 2º, n.º 4, do Código Penal e aplicável *ex vi* art.º 67º, n.º 4, da LOPTC.

INFRAÇÃO FINANCEIRA SANCIONATÓRIA – TRABALHOS A MAIS –
OBRA COMPLEXA DO PONTO DE VISTA GEOTÉCNICO - VISTO
PRÉVIO – ELIMINAÇÃO DA INFRAÇÃO – DISPENSA DE MULTA

Juiz Conselheiro: António Francisco Martins



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

Sentença n.º 1/2018

Processo n.º 3/2017/JRF-3ª Secção

Demandante: Ministério Público

Demandados:

1. Emílio Fernando Brogueira Dias (D1)
2. Amadeu Ferreira da Rocha (D2)
3. João Pedro Tarujo de Almeida Braga da Cruz (D3)
4. Raquel Sofia Guimarães de Matos Maia (D4)
5. Pedro Carlos Tato Brito (D5)
6. Diogo Vasconcelos Sousa Magalhães (D6)

*

I – Relatório

1. O demandante intentou o presente processo de julgamento de responsabilidade financeira, contra os demandados, identificados supra, pedindo a condenação:

a) de cada um dos demandados pela prática de uma infração de natureza sancionatória, prevista e punida (doravante p. e p.), no art.º 65º, n.ºs 1, al. l) e 2, da Lei n.º 98/97 de 26.08, na redação vigente à data dos factos (doravante LOPTC), na multa de € 2.550,00 (25 UC x € 102,00);

b) do D1, pela prática de mais uma infração de natureza sancionatória, p. e p. no art.º 65º, n.º 1, al. h) e 2, da LOPTC, também na multa de 25 UC.

*

2. Alega, em resumo:

2.1. No âmbito da execução do contrato de empreitada de “Terraplanagem, Infraestruturas e Pavimento do Pólo 1 (Gonçalves) da Plataforma Logística de Leixões”, celebrado entre a APDL-Administração dos Portos do Douro e Leixões, S.A. e a Construções Gabriel A. S. Couto, S.A. foram celebrados nove contratos adicionais, ascendendo o valor total dos trabalhos a mais, desses adicionais, deduzido do valor de todos os trabalhos a menos, ao montante de € 1.025.898,90, o que corresponde a 9,71% do preço contratual inicial, que foi de € 10.560.000,01 (s/IVA).

Assim, com a execução dos trabalhos a mais relativos aos adicionais n.ºs 4º, 7º e 8º, autorizados pelos demandados 1 a 4, membros do Conselho de Administração (doravante CA) da APDL, S.A, foi ultrapassado o limite legalmente fixado de 5%, estabelecido na alínea c) do n.º 2 do artigo 370º do CCP, aplicável *ex vi* artigo 5º n.º 1, do DL n.º 149/2012, de 12 de julho.

Tais trabalhos deviam ter sido objeto de adjudicação a efetuar na sequência de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, de acordo com o disposto no artigo 19º, alínea b) e Título I da Parte II, do Código dos Contratos Públicos.



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

Os D5 e D6, ao elaborarem as informações, com propostas para adjudicação dos trabalhos objeto dos adicionais 4.º, 7.º e 8.º, quando já havia sido ultrapassado o limite legal de 5% do valor inicial da empreitada, não cuidaram de esclarecer os membros do CA sobre todos os aspetos legais da realização dos trabalhos, mormente que os trabalhos a mais respeitantes aos contratos adicionais 4.º, 7.º e 8.º deviam ser submetidos a concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação.

Mais alega que os D1 a D4, membros do CA, enquanto gestores públicos, estavam obrigados ao dever genérico de cumprir e fazer cumprir a lei da contratação pública e de monitorizar e supervisionar a execução da empreitada e não podiam ter presumido que o teor das informações/propostas dos dois últimos demandados era legalmente correto, antes deveriam ter controlado a exatidão de tais informações.

Finalmente alega que todos os demandados não atuaram com a atenção, a diligência e a prudência exigíveis pela natureza da empreitada e de que eram capazes, em função das qualidades e responsabilidades públicas em que estavam investidos.

Conclui, assim, que cada um dos demandados incorreu na prática da infração financeira sancionatória p. e p., no art.º 65º, nºs 1, alínea l) e 2 da LOPTC.

2.2. Acresce que, no âmbito de execução daquela empreitada, foram também autorizados e adjudicados a Construções Gabriel A. S. Couto, por ajuste direto, nos termos do artigo 19º, alínea a), do CCP, nove trabalhos, sendo quatro deles trabalhos autónomos, mas interligados com a empreitada inicial, no valor global de € 80.237,75.

Apesar de tais trabalhos terem sido integralmente executados, os contratos respeitantes aos mesmos não foram submetidos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, em violação do disposto nos artigos 46º, n.º 1 alínea b), 47º n.º 1, alínea a), e 48º n.º 2 da LOPTC.

Incumbia ao D1, enquanto presidente do CA da APDL, S.A., remeter estes contratos ao Tribunal de Contas para efeitos de fiscalização prévia e garantir que os mesmos não fossem executados sem o respetivo visto, incumprindo assim tal dever e incorrendo, em consequência, na prática da infração financeira sancionatória p. e p., no art.º 65º, nºs 1, alínea h) e 2 da LOPTC.

*

3. Contestaram todos os demandados, em peças processuais separadas, embora iguais quanto ao aspeto comum da infração que tem por base a realização de trabalhos a mais além do limite legal, pedindo a absolvição das responsabilidades financeiras que lhes são imputadas.



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

Na sua contestação o D1 pede igualmente a absolvição da outra infração financeira que lhe é imputada, relativa à execução de quatro ajustes diretos sem submissão dos respetivos contratos a fiscalização prévia.

*

4. Em síntese, os demandados estribam a sua defesa alegando:

4.1. Quanto àquele aspeto comum, que os trabalhos a mais ocorridos na obra em apreço, atenta a sua dimensão em planta, a localização em zonas geológicas de variabilidade muito elevada, os problemas de drenagem e as limitações aos estudos de previsão geotécnica, devem ser aceites no contexto do CCP “com especiais características de imprevisibilidade”.

Acresce que, pelo seu desenvolvimento em larga área em planta, pelo peso da componente de escavações e terraplenagens e pela dificuldade de resolverem drenagens subterrâneas indispensáveis ao correto comportamento dos aterros, tal obra tem todas as condições para ser considerada complexa do ponto de vista geotécnico.

Concluem, assim, que o tipo de obra e as características geotécnicas em que se desenvolveu permitem enquadrar os referidos trabalhos a mais no n.º 3 do artigo 370º do CCP, admitindo uma margem superior (de 5% para 25%) de acréscimo do preço contratual, daí que nenhuma infração às regras da contratação pública tenha sido cometida pelos demandados.

Os D1 a D D4 alegam, ainda, que todas as decisões de adjudicação de trabalhos a mais em que participaram assentaram no pressuposto de que a obra se enquadrava no disposto no n.º 3 do artigo 370º do CCP e decidiram com base nos pareceres e informações técnicas que a enquadravam nesse dispositivo legal, pelo que agiram sem culpa.

Sem prescindir, invocam a aplicação da lei mais favorável, por força do art.º 2º do Código Penal e art.º 29º da Constituição da República Portuguesa, atento o facto de o limite para o somatório dos trabalhos a mais de uma empreitada, desde a entrada em vigor do DL n.º 149/2012, de 12.07, que deu nova redação ao art.º 370º, n.º 2, al. c), do CCP, estar fixado em 40%, tendo ocorrido assim uma “despenalização do facto punível”.

*

4.2. O D1, quanto à infração por não remessa de contratos de ajuste direto, para efeitos de fiscalização prévia, invoca que a mesma se deveu, apenas e tão só, a uma situação involuntária e inteiramente desculpável, atento aquilo que considera ser uma lacuna existente na lei.

*

4.3. Os D5 e D6 invocam que, considerando a sua formação de engenharia e os conteúdos funcionais dos cargos que desempenhavam, não lhes cabia esclarecer os decisores sobre “todos os aspetos legais” e “assegurar o cumprimento da legislação então vigente em matéria de contratação pública”,



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

pelo que as informações que elaboraram têm de ser vistas e analisadas sob o ponto de vista técnico e não jurídico.

Concluem que não lhes pode ser assacada qualquer responsabilidade sancionatória, por terem violado normas legais relativas à contratação pública ou por terem conduzido a que essa violação ocorresse.

*

5. O Tribunal é competente, o processo é o próprio, não enfermado de nulidade total que o invalide, o Ministério Público e os demandados têm legitimidade e não se verificam nulidades secundárias, exceções dilatórias ou perentórias que obstem ao prosseguimento dos autos ou conhecimento do mérito da causa.

6. Procedeu-se a julgamento, com observância do formalismo legal, como da ata consta.

*

II – Fundamentação

A - De facto

A.1. Produzida a prova e discutida a causa, julgam-se como **factos provados (f. p.)**, os seguintes:

1. O D1 integrou, nos anos de 2013 a 2015, o Conselho de Administração (doravante CA) da Administração do Porto de Viana do Castelo, S.A (ano de 2013), da APDL-Administração dos Portos do Douro e Leixões, S.A (ano de 2014), e da APDL-Administração dos Portos do Douro, Leixões e Viana do Castelo, S.A, (doravante APDL, S.A.), no ano de 2015, na qualidade de presidente, auferindo o vencimento líquido de € 4.864,34;

2. O D2 integrou, nos anos de 2013 a 2015, o CA da Administração do Porto de Viana do Castelo, S.A (ano de 2013), da APDL-Administração dos Portos do Douro e Leixões, S.A (ano de 2014), e da APDL-Administração dos Portos do Douro, Leixões e Viana do Castelo, S.A, (APDL, S.A.), no ano de 2015, na qualidade de vogal, auferindo o vencimento mensal líquido de € 3.891,47 (ano de 2015);

3. O D3 integrou, desde 12.07.2013 a 31.12.2013 o CA do Porto de Viana do Castelo, S.A., na qualidade de vogal, auferindo o vencimento mensal líquido de € 2.562,75;

4. A D4 integrou, nos anos de 2014 e 2015, o CA da APDL-Administração dos Portos do Douro e Leixões, S.A (ano de 2014), e da APDL-Administração dos Portos do Douro, Leixões e Viana do Castelo, S.A, (APDL, S.A.), na qualidade de vogal, auferindo o vencimento mensal líquido de € 3.891,476;

5. O D5 exerceu, desde 2013, o cargo de Chefe da Divisão de Obras, na Administração do Porto de Viana do Castelo, S.A (ano de 2013), da APDL-Administração dos Portos do Douro e Leixões, S.A., e da APDL-



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

Administração dos Portos do Douro, Leixões e Viana do Castelo, S.A., (APDL, S.A.), auferindo o vencimento líquido de € 2.549,60;

6. O D6 exerceu, desde 2013, cargo de chefia, na Administração do Porto de Viana do Castelo, S.A, da APDL-Administração dos Portos do Douro e Leixões, S.A, da APDL-Administração dos Portos do Douro, Leixões e Viana do Castelo, S.A., (APDL, S.A), sendo desde 18/07/2014, o Chefe da Divisão de Compras e Gestão de Contratos, auferindo o vencimento líquido de € 2.469,41;

7. A APDL-Administração dos Portos do Douro e Leixões, S.A. remeteu ao Tribunal de Contas, para fiscalização prévia, o contrato de empreitada de “Terraplanagem, Infraestruturas e Pavimento do Pólo 1 (Gonçalves) da Plataforma Logística de Leixões”, celebrado em 26.04.2012, com a empresa Construções Gabriel A. S. Couto, S.A., pelo valor de € 10.560.000,01 (s/IVA), o qual foi visado, com recomendação, na sessão diária de visto da 1ª Secção do Tribunal de Contas, realizada em 19.07.2012;

8. Através do DL n.º 83/2015, de 21.05, operou-se a fusão, por incorporação, da APVC-Administração do Porto de Viana do Castelo, S.A., na APDL-Administração dos Portos do Douro e Leixões, S.A., tendo sido aprovados os estatutos da nova sociedade, que passou a designar-se “APDL-Administração dos Portos do Douro, Leixões e Viana do Castelo, S.A.”, com capitais exclusivamente públicos;

9. Por despacho de 28.05.2014, do Juiz Conselheiro da 1ª Secção, foi determinada a realização de uma auditoria à execução do contrato de empreitada descrito supra, abrangendo os respetivos contratos adicionais;

10. Em 07.02.2017, o Tribunal de Contas, em reunião de subsecção da 1ª secção, aprovou o relatório da auditoria, n.º 1/2017, determinando a sua remessa ao Ministério Público, nos termos e para os efeitos dos artigos 57º, n.º 1 e 77º, n.º 2 alínea d), da LOPTC;

11. A empreitada referida em 7 supra tinha por objeto a realização de trabalhos de terraplanagem, infraestruturização e pavimentação e estendia-se por cerca de 31 hectares, trabalhos melhor discriminados no Anexo II-A, do relatório de auditoria n.º 1/2017-1.ª Secção, tendo sido celebrados, no âmbito de execução dessa empreitada, nove contratos adicionais;

12. O 1º contrato adicional foi autorizado pela deliberação n.º 132, do CA, de 23.04.2013, aprovada por unanimidade, pelos D1 e D2 (ata n.º 17/13) e teve por objeto trabalhos “a mais”, “não previstos”, de tratamento da fundação dos aterros do patamar 5, no montante de € 61.391,08;

13. De acordo com a Informação de serviço n.º APDL_333/2013, de 22.03.2013, estes trabalhos “não previstos” na empreitada são o resultado de uma:



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

“(…) situação não identificada no projeto e que somente foi de possível deteção por parte do empreiteiro com o desenvolvimento dos trabalhos.

Entende-se que a necessidade de execução deste trabalho a mais se insere no que pode ser identificado como surpresa geológica/geotécnica, ou seja, apesar de estar patente no projeto de execução que foi a concurso um estudo geológico e geotécnico com identificação do nível freático em determinadas zonas, e de estar previsto nesse projeto trabalhos com vista a mitigar essa situação, constatou-se, com o desenvolvimento dos trabalhos de movimento de terras, que a quantidade de água existente no solo é bastante superior ao que foi possível prever com as sondagens efetuadas.

Trata-se (...) de uma situação que se enquadra no conceito de circunstância imprevista, cujo trabalho a mais daí resultante é imprescindível e indissociável dos da restante empreitada, não podendo ser técnica ou economicamente separado do objeto do contrato sem inconvenientes graves para o dono da obra.”;

14. Estes trabalhos adicionais, fundamentados no artigo 370.º, n.º 1, do CCP, reportam-se aos seguintes capítulos:

Art.	TM3 - Tratamento da fundação dos aterros do patamar 5	
3.1	Terraplenagem	57.081,80 €
3.2	Captação e condução de água	4.309,28
	Total	61.391,08 €

15. Da execução destes trabalhos resultou também a não execução (trabalhos a menos) de determinada quantidade do trabalho contratual previsto no artigo 1.II. 1.3.1.1.-Escavação em empréstimo em terreno de qualquer natureza e colocação em aterro, indemnização por matagem e arranjo para enquadramento paisagístico da zona de empréstimo-Carga, transporte, espalhamento e compactação: - 2.690,00 m² x 0,80 m x 3,89 €/ m³ = - € 8.371,28;

16. O 2.º contrato adicional dizia respeito a trabalhos “a mais” de tratamento da fundação dos aterros dos patamares 1 e 2 e execução de drenagem interna, no montante de € 281.911,50 e foi autorizado pela deliberação n.º 209, do CA, de 04.07.2013, aprovada por unanimidade, pelos D1 e D2 (ata n.º 25/13);

17. Nos termos da Informação de serviço n.º APDL_597/2013, de 03.06.2013, os trabalhos em apreço, resultaram, tal como os do 1.º adicional:

“(…) de situação não identificada no projeto e que somente foi de possível deteção, por parte do empreiteiro, com o desenvolvimento dos trabalhos.

Entende-se que a necessidade de execução deste trabalho não previsto se insere no que pode ser identificado como surpresa geológica/geotécnica, ou



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

seja, apesar de estar patente no projeto de execução que foi a concurso um estudo geológico e geotécnico com identificação do nível freático em determinadas zonas, e de estarem previstos nesse projeto trabalhos com vista a mitigar essa situação, constatou-se, com o desenvolvimento dos trabalhos de movimento de terras, que a quantidade de água existente no solo é bastante superior ao que foi possível prever com as sondagens efetuadas.

Trata-se (...) de uma situação que se enquadra no conceito de circunstância imprevista, cujo trabalho a mais daí resultante é imprescindível e indissociável dos da restante empreitada, não podendo ser técnica ou economicamente separado do objeto do contrato sem inconvenientes graves para o dono da obra (...).

Da execução (...) resulta a não execução de determinada quantidade de trabalhos contratuais, relativos ao volume dos aterros que não irão ser executados, e agora substituídos pelas camadas drenantes (...).

Nestas circunstâncias e face a esta imprevisibilidade não é apresentado montante relativo a trabalhos a menos, montante que somente poderá ser apurado com a execução e conclusão dos trabalhos”;

18. Estes trabalhos adicionais, qualificados como trabalhos a mais, nos termos do artigo 370.º, n.º 1, do CCP, respeitaram ao artigo “1.II Rede viária e Estacionamento-1.II Terraplenagem”;

19. O 3.º contrato adicional incluiu trabalhos “a mais”, relativos a quantidades que excederam as previstas no projeto, inseridos no capítulo de “Terraplenagem”, no montante de € 153.104,29, aprovados pela deliberação n.º 233, do CA, de 18.07.2013, aprovada por unanimidade, pelos D1 e D3 (ata n.º 27/13);

20. De acordo com a Informação de serviço n.º APDL_671/2013, de 25.06.2013, trata-se de:

“ (...) trabalhos contratuais relacionados com a especialidade de geologia/geotecnia, cujas quantidades excederam as previstas no projeto, nomeadamente nos artigos 1.II.1.1.5.1-Saneamento em fundação de aterros, incluindo carga, transporte e espalhamento em vazadouro ou depósito provisório, e eventual indemnização por depósito, 1.II.1.1.5.2.-Preenchimento dos volumes saneados com materiais adequados, incluindo o seu fornecimento, transporte, espalhamento e compactação e 1.II.1.2.2-Escavação com recurso a explosivos.

Entende-se, então, que a necessidade de execução destes trabalhos a mais se insere no que pode ser identificado como surpresa geológica/geotécnica, enquadrando-se no conceito de circunstância imprevista, cujo trabalho a mais daí resultante é imprescindível e indissociável dos da restante empreitada, não podendo ser técnica ou economicamente separado do objeto do contrato sem inconvenientes graves para o dono da obra.



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

Com a continuidade da atividade de movimentação de terras será de admitir novos aumentos das quantidades dos trabalhos em apreço (...) ”.

De acordo com a Informação de serviço n.º APDL_733/2013, de 16.07.2013:

“ (...) estes “trabalhos não previstos” são enquadráveis, face ao CCP, no conceito de “trabalhos a mais” (artigo 370º, n.º 1).”;

21. Os trabalhos “a mais” deste adicional respeitaram ao artigo “I.II Rede viária e Estacionamento I.II.1-Terraplenagem” e da execução “(...) Do trabalho referente ao artigo I.II.1.2.2-Escavação com recurso a explosivos, resulta uma diminuição da quantidade do artigo contratual I.II.1.2.1-Escavação com meios mecânicos (lâmina, balde ou ripper), visto tratar-se de uma substituição de escavação em rocha em vez de escavação em solos, resultando um trabalho a menos no valor de € 2.738,61 (=3.969,00 m³ x 0,69 €)”;

22. O 4.º adicional reportou-se a trabalhos “a mais”, respeitantes a quantidades que excederam as previstas no projeto II, no montante de € 673.775,63 e foi autorizado pela deliberação n.º 288, do CA, de 19.09.2013, aprovada por unanimidade, pelos D1, D2 e D3 (ata n.º 34/13);

23. Nos termos da Informação de serviço n.º APDL_850/2013, de 09.09.2013, os trabalhos “a mais”:

“ (...) resultam de aumento de quantidades de trabalhos contratuais cujas quantidades excederam as previstas no projeto (...)”, à semelhança do que foi proposto “(...) para o 3.º adicional. Na informação então prestada já tinha sido admitida a possibilidade de que as quantidades desses trabalhos contratuais viessem a sofrer novos aumentos, visto que a atividade de movimentação de terras ainda não tinha terminado. Foi precisamente essa previsão que se veio a confirmar, com um aumento da quantidade de rocha a desmontar (art.º 1.II.1.2.2.-Escavação com recurso a explosivos). (...).

(...) No entanto, surgiu agora um outro trabalho também previsto contratualmente, o do art.º 1.II.1.2.4.-Escavação de solos a rejeitar por falta de características para aplicação em aterros, incluindo carga, transporte, espalhamento em vazadouro e eventual indemnização por depósito, cuja quantidade já foi excedida (...). O enquadramento destes trabalhos a mais é em tudo semelhante ao exposto na referida I.S. n.º APDL_671/20B (...).

Acresce que uma das zonas do Pólo onde está previsto executar grande volume de movimentação de terras por escavação e onde agora foram detetadas significativas quantidades de rocha e de solos a rejeitar por falta de características para aplicação em aterros, são terrenos das parcelas n.ºs 55 e 56 do plano de expropriações, que eram propriedade de Domingos Soares Lopes, às quais só foi possível aceder no final do ano de 2012, já com a obra em curso. Por esse motivo, também não foi possível efetuar qualquer prospeção geológica/geotécnica nessa zona, que caracterizasse os solos existentes”;



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

24. Os trabalhos objeto deste adicional resumem-se no seguinte:

Art.	Trabalhos contratuais cujas quantidades excederam as previstas no projeto II	
1.II	Rede viária e Estacionamento	
1.II.1	Terraplenagem	
1.II.1.2.2	Escavação com recurso a explosivos	583.424,45 €
1.II.1.2.4	Escavação de solos a rejeitar por falta de características para aplicação em aterros, incluindo carga, transporte, espalhamento em vazadouro e eventual indemnização por depósito.	90.351,18 €
Total		673.775,63 €

25. Da execução destes trabalhos “a mais” resultou a não execução, trabalhos a menos, no montante de € 35.911,05 (= 52.045,00 m³ x 0,69 €), uma vez que ocorreu diminuição da quantidade prevista no artigo contratual 1.II.1.2.1.-Escavação com meios mecânicos (lâmina, balde ou ripper), o que resulta de uma substituição de escavação em solos por escavação em rocha”;

26. O 5.º adicional reportou-se a trabalhos “de suprimento de erro” do projeto, designado por “Muro de Contenção M6”, no montante de € 83.411,44, nos termos do n.º 1 do artigo 378.º do CCP, e foi autorizado pela deliberação n.º 087, do CA, de 28.03.2014, aprovada por unanimidade, pelos D1, D2 e D3 (ata n.º 11/14);

27. Nos termos da Informação de serviço n.º APDL_189/2014, de 17.03.2014 estes trabalhos de suprimento de erro do projeto resultaram de:

“(…) solução preconizada pelo projetista ATKINS para a resolução de uma incompatibilidade constatada no projeto entre os limites da implantação do Pólo I e da respetiva expropriação.

Com a implantação dos limites da obra efetuada pelo empreiteiro, foi verificado que na zona adjacente ao Lote 7 do Pólo, a área de intervenção prevista ultrapassava os limites dos terrenos expropriados e na posse da APDL. (...) parece não ser da responsabilidade do projetista, pois foi a APDL quem definiu os limites do Pólo, não conhecendo a ATKINS o Plano de Expropriações que então estava a ser implementado. Não seria também possível ao empreiteiro identificar este problema em fase de concurso, pois nessa altura era do seu desconhecimento o referido Plano de Expropriações, somente facultado com a consignação da obra. Em posse desse elemento e após proceder à implantação dos limites da obra, conforme definidos no Projeto de Execução, foi esta questão colocada em 15.11.2012, um mês após a data de consignação. (...) situação que se enquadrará no conceito de erro de projeto, cuja responsabilidade será do Dono da Obra (...).

Trata-se de zona em escavação, na qual a crista do respetivo talude, tal como projetado inicialmente, se encontrava implantada em terrenos edificados não pertencentes à APDL. Se existiam zonas (extremo Sul) em que era possível “ripar” o talude para o interior do Pólo à custa de diminuição de áreas verdes, outras (extremo Norte), já obrigavam à construção de obras de contenção em



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

substituição do talude previsto, por forma a evitar sobreposição com zonas de lotes e de arruamentos.

Houve também que ter em consideração afastamentos mínimos às edificações confrontantes, devido, não só a questões de segurança e integridade dessas edificações, mas também para criação de zonas de circulação para futuras manutenções de áreas verdes do Pólo (localizadas para além da vedação) e de fachadas de edificações confrontantes existentes.

De referir, ainda, que a saia/inclinação dos taludes, bem como o projeto do muro de contenção foram sendo alterados pelo projetista, tendo em consideração as condições reais de implantação das construções existentes (não conhecidas inicialmente pela ATKINS) e também pelo progressivo conhecimento das características geológicas dos solos, à medida que se efetuavam as escavações.

Na zona em causa, veio a verificar-se a elevada presença de solos com características rochosas, o que permitiu aumentar a inclinação dos taludes, diminuindo assim a área de ocupação em terrenos no interior do Pólo, mas também otimizar o projeto e métodos de execução do muro de contenção, diminuindo em cerca de 45% o custo inicialmente estimado.

Definida a solução, a ATKINS emitiu a versão final do projeto, do qual resultou a adaptação do talude de escavação na zona Sul adjacente ao Lote 7, mas “ripado” para o interior do Pólo, e na zona Norte a substituição do talude previsto pelo Muro de contenção M6, com cerca de 110 m de comprimento e altura variável (3,70 m a 8,0 m, medidos desde a base da sapata de fundação até ao seu coroamento).

Tal alteração implicou a diminuição de área ajardinada e de 6 lugares de estacionamento para viaturas ligeiras.”

28. Os trabalhos, objeto deste adicional, fundamentados no artigo 376.º do CCP, foram os seguintes:



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

Artigo	Designação dos trabalhos	Valor (€)
EO 02	Muro de Contenção M6	
	Projetos de obras de urbanização	
7	Obras de contenção – Muro M6	
7.1	Movimento de Terras	10.097,49
7.2	Cofragens	14.586,49
7.3	Betões	23.732,44
7.4	Fornecimento e colocação de armaduras em aço A400 NR, incluindo sobreposições, empalmes, desperdícios, calços e arame de atar	24.313,21
7.5	Fornecimento e colocação de juntas de dilatação	549,83
7.6	Drenagem dos muros	10.131,99
	Total EO 02 - Muro M6	83.411,45
	Trabalhos a menos (trabalhos previsto contratualmente e não realizados por força da alteração introduzida no projeto com a execução do muro M6)	
1.1.2.1.1	Modelação do Terreno	
1.1.2.1.1.1	Modelação geral do terreno de acordo com o tipo de revestimento final do projeto. A modelação deverá ter em contas as cotas finais do projeto da especialidade de modelação do terreno. Incluindo todos os trabalhos necessários à boa execução da obra. (art.º contratual)	- 74,43
1.1.2.1.3.1	Espalhamento de terra de decapagem proveniente da obras de terraplanagens e de modelação do terreno, para revestimento do solo nas zonas de prado, taludes de aterro e de escavação, numa espessura de 0.20m. Incluindo todos os trabalhos necessários à boa execução da obra.	- 163,12
1.1.2.1.3.1.1	Terra de Decapagem (art.º contratual)	
1.1.2.1.4.1	Fornecimento e colocação de manta orgânica em fibra de composição 50% de Esparto e 50% de Fibra de côco (tipo ou equivalente a Manta Orgânica EK da Terracell), em taludes de aterro e escavação, incluindo todos os trabalhos e fornecimentos de acessórios, necessários à boa execução dos trabalhos.	
1.1.2.1.4.1.1	Manta Orgânica EK (art.º contratual)	- 754,06
1.1.2.1.2.1	Escavação com meios mecânicos (lâmina, balde ou ripper). (art.º contratual)	- 2.744,13
1.1.2.1	Camadas granulares:	
1.1.2.1.2	Com características de base:	
1.1.2.1.2.1	Em agregado britado de granulometria extensa:	
1.1.2.1.2.1.1	Com 0,20 m de espessura. (art.º contratual)	- 694,58
1.1.2.1.2.3	Carga, transporte e colocação em aterro dos materiais provenientes da escavação, incluindo espalhamento e compactação. (art.º contratual)	- 6.402,97
1.1.2.1.2.4	Pavimentação de passeios, separadores, caminho de ronda, ciclovia, estacionamento ou ilhas direcionais, escadas e rampas incluindo fundação:	
1.1.2.1.2.4.2	Em grelhas de enrelvamento:	
1.1.2.1.2.4.2.1	Em estacionamento de ligeiros. (art.º contratual)	- 982,22
1.1.2.1.2.3	Lancil de remate, incluindo fundação (Lancil B, 0.10m). (art.º contratual)	- 165,80
	TOTAL EO 02 - Muro M6 (não realizados)	- 11.981,31

29. Da execução destes trabalhos de suprimento de erro do projeto, com preços contratuais e preços novos, resultou a não execução, trabalhos a menos, relativos à diminuição de quantidades inicialmente previstas, no montante de € 11.981,31;

30. O 6.º contrato adicional teve por objeto trabalhos de “suprimento de omissão do projeto”, designados por “adução de água aos reservatórios do Pólo 1”, no montante de € 27.352,93, autorizados pela deliberação n.º 318, do CA, de 30.12.2014, aprovada por unanimidade, pelos D1 e D4 (ata n.º 43/14);

31. Nos termos da Informação de serviço n.º APDL_834/2014, de 11.12.2014, no projeto de execução patentado no procedimento concursal:



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

“ (...) não era feita referência à construção de caixa para o contador de água, nem ao trabalho de ligação (adiante designado por “picagem”) da rede de água do Pólo 1 à rede pública.

Com o início da obra a ATKINS remeteu uma revisão ao Projeto onde já estavam considerados os trabalhos relativos à construção dessa caixa para instalação do contador de água e respetivos acessórios, bem como foi definida pela Indaqua a metodologia, materiais e equipamentos para a execução da picagem da conduta existente, com vista à ligação da tubagem de abastecimento de água ao Pólo 1. Foi também exigida pela Indaqua a introdução de mais um equipamento (válvula-15-hidrolimitadora) na caixa do contador, para além dos definidos no mapa de quantidades fornecido pelo projetista.

Acresce que não foi possível respeitar a localização indicada no projeto revisto para a instalação do contador e respetivo ramal, pelo que foi encontrada, conjuntamente com o projetista e Indaqua, uma nova localização para a construção dessas infra-estruturas, o que se traduziu numa diminuição do comprimento do ramal a construir, desde a caixa do contador até à conduta existente na Rua Gonçalves Zarco.

Tratam-se de trabalhos imprescindíveis ao funcionamento do Pólo 1, e que parece que poderiam ter sido considerados no Projeto de Execução inicial (...). Entende-se que não poderiam ter sido identificados pelo empreiteiro em fase de concurso, pois a instalação de contador de água “à entrada” do Pólo, a montante dos reservatórios, pode ser vista como solução de projeto e a picagem na conduta existente poderia eventualmente ser executada pela própria Indaqua (...);

32. Os trabalhos não previstos para a “Adução de água aos reservatórios do Pólo 1”, enquadráveis nos artigos 376.º a 378.º do CCP, bem como os trabalhos a menos em causa, discriminam-se, em resumo, da seguinte forma:

Artigo	Designação dos trabalhos	Trabalhos a mais (€)	Trabalhos a menos (€)
	Adução de água aos reservatórios do Pólo 1		
1.IV.1.A	Abastecimento de água. Redes de distribuição		
1.IV.1.A.1	Abastecimento de água		
1.IV.1.A.1.5	Caixa para instalação do contador	16.284,65	
1.IV.1.A.1.6	Picagem de conduta em FFD DN350 existente na Rua Gonçalves Zarco, pertencente à concessionária INDAQUA	11.068,28	
	TOTAL	27.352,93	- 1.225,06

33. O 7.º contrato adicional referiu-se à execução dos trabalhos “a mais” de “ligação da rede de águas residuais do Pólo 1 ao exterior, no montante de € 7.124,63, autorizados pela deliberação n.º 025, do CA, de 29.01.2015, aprovada por unanimidade, pelos D1 e D4 (ata n.º 03/15);

34. Nos termos da Informação de serviço n.º APDL_819/2014, de 04.12.2014, a necessidade de executar estes trabalhos adicionais surgiu:



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

“ (...) na sequência do trabalho da ligação da rede de Aguas Residuais do Pólo 1 à rede pública, na Rua Gonçalves Zarco, foi verificado um conflito de cotas entre uma conduta adutora de água existente e a tubagem de saneamento do Pólo, a Essa adutora já tinha sido previamente identificada, no entanto não foi possível antecipar o referido conflito de cotas devido à Indaqua não possuir um cadastro suficientemente detalhado.

Verificou-se, então, ser necessária a realização de uma sondagem alargada, que contou com a presença da Indaqua, por forma a recolher informação suficiente que permitisse definir a solução para a resolução passaria por efetuar um desvio da adutora, rebaixando-a, de modo a possibilitar a instalação da tubagem de saneamento do Pólo, cujo escoamento se processa graviticamente (...);

35. Estes trabalhos adicionais para a “ligação da rede de águas residuais do Pólo 1 ao exterior”, fundamentados no artigo 370.º do CCP, respeitaram ao artigo “22-Desvio de conduta adutora em FFD DN350”;

36. O 8.º contrato adicional teve por objeto a execução dos trabalhos “a mais” e menores valias, no montante de € 728.336,82, e foi autorizado pela deliberação n.º 217, do CA, de 31.07.2015, aprovada por unanimidade, pelos D1, D2 e D4 e retificada, devido a um erro de cálculo no valor total dos trabalhos a mais, pela deliberação n.º 248, do CA, de 18.08.2015 (ata n.º 28/15);

37. No âmbito deste adicional ocorreram também trabalhos a menos e menores valias no montante de - € 16.887,79, que foram deduzidas, desde logo, ao valor dos trabalhos a mais, por deliberação do CA de 18.08.2015 (inicialmente calculados em € 745.224,61);

38. Nos termos da Informação de serviço n.º APDL_610/2015, de 27.07.2015 e dos esclarecimentos apresentados, o fundamento legal para a adjudicação foi o “n.º 1 do artigo 370.º do CCP, uma vez que se trata de trabalhos imprevistos e não separáveis do objeto do contrato.”;

39. Os trabalhos adicionais a mais e a menos em causa, bem como a sua justificação, foram os seguintes:



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

N.º	Designação dos trabalhos	Trabalhos a mais (€)	Trabalhos a menos (€)	Justificação apresentada
17.3	Alteração do sistema de segurança	101.288,80	119.129,79	Atualizar o tipo de fibra do sistema de segurança, uma vez que o previsto, já não era tecnicamente adequado.
18	ITUR - Alterações na rede de telecomunicações	199.929,18	170.325,10	Revisão do projeto para as normas ITUR, uma vez que à "data" do projeto o mesmo regia-se pelas da Portugal Telecom.
20	Terraplenagem / Movimento de Terras	316.659,81	198.387,33	Constatação de existência de rocha, solos a rejeitar e colocação de terra vegetal em obra.
24.1	Abertura de valas Infraestruturas	106.437,89		Constatação de existência de rocha numa percentagem de 31%, em vez dos 2% previstos no estudo geológico e geotécnico, o que alterou o preço de abertura de valas, considerado em terreno de qualquer natureza.
29	Camadas de sub-base em Asic		5.977,50	Decorrentes de propostas alternativas ao projeto, apresentadas pelo adjudicatário e aceites pelos projetistas.
30	Camadas de base em fresado		2.001,78	
31	Tela drenante no tardo dos muros		1.353,84	
32	Teto falso no edifício da Portaria		5.000,00	
37.1	Desvio águas na zona do Estaleiro	3.515,12		Surgimento de águas freáticas e de superfície, na zona do estaleiro, a drenarem para a zona da obra, obrigando ao desvio das águas.
41.1	Supressão das cabines da Portagem	1.058,16	91.891,23	Necessidade de alterar o tipo de operação das portagens para um sistema atual (o do projeto estava obsoleto), que opera com caixas de diálogo, a montar pela APDL, em vez de cabines de portagem e portageiros.
44	Menores Valias		2.554,67	Diversas menores valias, respeitantes a incumprimentos de diversos pormenores construtivos, solicitados ao empreiteiro, depois de tecnicamente aceites pelos projetistas.
45	Ensaio de descargas parciais dos cabos MT	16.335,65		Foi imposição da EDP, o que não acontecia à data da elaboração do projeto e, como tal não constava do mesmo.
TOTAL		745.224,61 ²⁰	596.621,24	

40. O 9.º contrato adicional reportou-se a trabalhos de “suprimento de erros e omissões do projeto”, no montante de € 228.895,41, autorizados pela deliberação n.º 217, do CA, de 31.07.2015, em que intervieram os D1, D2 e D4 (ata n.º 26/15);

41. Nos termos da Informação de serviço n.º APDL_611/2015, de 28.07.2015, os trabalhos de suprimento de erros e omissões do projeto, os trabalhos a menos, bem como a respetiva justificação, foram os seguintes:



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

N.º	Designação dos trabalhos	Trabalhos a mais (€)	Trabalhos a menos (€)	Justificação apresentada
13	Rebocos e Pinturas Reservatórios	4.911,74	8.348,62	Erro de projeto, uma vez que o mesmo considerou rebocos sobre superfícies de betão, que no caso são desnecessários e tem problemas de aderência.
17.3	Alteração do sistema de segurança	21.233,64	5.876,40	Erro de projeto, uma vez que o mesmo, erradamente, não considerou caixas para mudança de direção no traçado da fibra ótica, e contempla valas para a instalação da mesma, não necessárias, já que é instalada na mesma vala da iluminação exterior.
23.1	Vedação e Portões	23.950,91	18.973,35	Erro de projeto, uma vez que o mesmo não considerou a topografia do terreno e especificidades das confrontações no que se refere à definição da vedação periférica e não considerou questões de manutenção e de segurança dos portões.
34	GBIC's de 10 Gb	12.932,92		Erro, uma vez que o projeto não estava preparado para que estes conversores Fibra/UTP suportassem expansão esperada das redes de fibra.
35	Alteração quadros da Portaria	4.964,52	139,00	Erro de projeto, uma vez que por motivos de segurança, os quadros de AVAC devem ser independentes dos quadros de potência, o que não foi acautelado em projeto.
36	Passeio Lote 14 (Contibérica)	3.549,92		Erro de projeto, uma vez que ao fazer-se a implantação dos limites do Pólo, foi detetado um conflito entre os alinhamentos do Lote 14 e o passeio existente na rua Gonçalves Zarco.
38.1	Diversos Portaria	26.845,81	7.303,30	Erros de projeto, uma vez que as intenções e efetiva funcionalidade das diversas soluções de projeto constantes da proposta e do parecer da fiscalização, não foram as efetivamente traduzidas nas peças desenhadas e no mapa de quantidades.
39.1	Águas Pluviais	113.549,21	199.143,62	Erros diversos do projeto de águas pluviais, que obrigaram a sucessivas revisões do mesmo.



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

N.º	Designação dos trabalhos	Trabalhos a mais (€)	Trabalhos a menos (€)	Justificação apresentada
40	Caleiras M6, CRL, Rede BT	7.033,03		Erros diversos de projeto, relacionados com a drenagem de águas pluviais, por imposição das concessionárias de fornecimento de energia em média e fornecimento de água e à falta de postes de iluminação na zona de entrada do Pólo.
43	Diversos erros e omissões	9.923,71		Erros e omissões de projeto respeitantes a trabalhos identificáveis nas peças desenhadas e claramente necessários ao objeto da empreitada, que não foram vertidos para o mapa de quantidades. Eram detetáveis na fase de formação do contrato , pelo que foi imputada ao cocontraente a responsabilidade pelo acréscimo de custo (metade do preço dos trabalhos, cfr. n.º 5 do art.º 378.º do CCP).
	TOTAL	228.895,41	239.784,29	

42. Os trabalhos relativos ao 4.º adicional foram adjudicados pelo CA conforme proposto na Informação APDL_850/2013, de 09.09.2013, do Departamento de Obras e Conservação, subscrita pelo D5, Chefe de Departamento de Obras, na qual é referido que “ (...). Destes trabalhos a mais com um valor total de € 673.775,63 resulta um acréscimo do custo da obra de 6,38 %, relativamente ao valor do contrato (...)”;

43. O CA deliberou aprovar os trabalhos adicionais relativos ao 7.º adicional, conforme proposto na Informação APDL_819/2014, de 04.12.2014, pelo D5, Chefe de Departamento de Obras, na qual se refere que “(...) Deste trabalho adicional resulta um acréscimo do custo da obra de 0,07%, relativamente ao valor do contrato (...)”;

44. Ainda de acordo com informação elaborada e subscrita pelo D6, da Divisão Compras e Gestão de Contratos, de 28.01.2015, “ (...) o somatório dos trabalhos a mais, com a presente proposta, ultrapassar os 5% definidos na alínea c) do n.º2 do artigo 370.º. No entanto, face ao enquadramento dos trabalhos anteriormente aprovados como surpresa geológica/geotécnica, cujo montante total parcial ascende a € 1.170.182,50+IVA (representando 11,08% do valor do contrato), o limite indicado é elevado para 25%, conforme assinalado no n.º 3 do mesmo artigo do CCP (Nota: enquadrado na redação do CCP válida à data de lançamento do presente procedimento).”;

45. No que respeita aos trabalhos do 8.º adicional foram adjudicados pelo CA conforme proposto na Informação APDL_610/2015, de 27.07.2015, da Divisão de Obras, subscrita pelo D5, Chefe de Divisão de Obras, na qual é referido que “ (...) Tendo em consideração o valor de anteriores trabalhos a mais



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

já autorizados (...) e o valor desses trabalhos agora propostos a aprovação (...) resulta um encargo total de € 1.826.093, 85% (...) inferior ao limite de 25% do preço contratual estabelecido no ponto 3 do artigo 370.º do CCP (...);

46. O CA deliberou aprovar os trabalhos adicionais relativos ao 9.º adicional conforme proposto na Informação APDL_611/2015, de 28.07.2015, pelo D5, Chefe de Divisão de Obras, na qual se refere que “(...)o valor desses trabalhos agora propostos a aprovação (excluindo os “trabalhos a menos”), resulta um encargo total de € 389.574,28 (3,69%), inferior ao limite de 50% do preço contratual estabelecido no ponto 3 do artigo 376.º do CCP (...);

47. Os trabalhos a mais objeto dos contratos adicionais 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 7.º e 8.º, deduzidos os trabalhos a menos, atingiram os seguintes valores:

a) 1.º Adicional, no valor de € 53.019,80, correspondente a 0,50% do preço inicial da empreitada;

b) 2.º Adicional, no valor de € 281,911,50, correspondente a 2,67% e 3,17% do preço inicial e do valor acumulado da empreitada, respetivamente;

c) 3.º Adicional, no valor de € 150.365,68, correspondente a 1,42% e 4,59% do preço inicial do valor acumulado da empreitada, respetivamente;

d) 4.º Adicional, no valor de € 637.864,58, correspondente a 6,04% e 10,63% do preço inicial do valor acumulado da empreitada, respetivamente;

e) 7.º Adicional, no valor de € 7.124,63, correspondente a 0,07% e 11,70% do preço inicial e do valor acumulado da empreitada, respetivamente;

f) 8.º Adicional, no valor de € 148.603,37, correspondente a 1,41% e 12,11% do preço inicial e do valor acumulado da empreitada, respetivamente;

48. O valor total dos trabalhos a mais, deduzido do valor de todos os trabalhos a menos, ascendeu a € 1.025.898,90, que corresponde a 9,71% do preço contratual inicial;

49. O preço de execução dos trabalhos a mais, relativos aos contratos adicionais n.ºs 4.º, 7.º e 8.º, autorizados em 19.09.2013, 29.01.2015 e 31.07.2015, pelo D1, D2 e D4, membros do CA, já compensado do preço dos trabalhos a menos, foi no montante global de € 540.601,87;

50. Ainda no âmbito de execução da empreitada identificada em 7 supra, foram também adjudicados à empresa Construções Gabriel A. S. Couto, S. A., por ajuste direto, nos termos do artigo 19.º, alínea a), do Código dos Contratos Públicos, os seguintes trabalhos:

a) Tratamentos de resíduos existentes nas parcelas de terrenos expropriados, no valor de € 13.924,44 (trabalhos novos);

b) Alteração da rede de distribuição de gás, no valor de € 8.008,28 (trabalhos novos);

c) Enchimento de poços e condução de águas, no valor de € 13.495,76 (trabalhos novos);



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

- d) Alteração de lancis, no montante de € 14.144,04 (motivados por erro do projeto 1);
- e) Vala de pé de talude, no valor de € 3.464,60 (motivados por erro do projeto 3);
- f) Separadores de hidrocarbonetos, no montante de € 24.071,40 (motivados por erro do projeto 4);
- g) Alteração da rede de águas residuais no montante de € 5.998,11 (motivados por erro do projeto 5);
- h) Ramal de abastecimento de gás ao Lote 7, no montante de € 2.236,35 (motivados por erro do projeto 6);
- i) Alteração do pavimento na Zona da Portaria-Polo 1, no valor de € 46.167,16;

51. Os trabalhos relativos aos “ajustes diretos”, acima referidos foram autorizados e adjudicados à sociedade Construções Gabriel A. S. Couto, S.A, pelos D1, D2, D3 e D4, membros do CA, conforme se discrimina no quadro seguinte:

CONTRATOS ADICIONAIS			
	AUTORIZAÇÃO	DOCUMENTO	IDENTIFICAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS
1.º	23.04.2013 (Unanimidade)	Ata n.º 17/2013	Membros do CA: * Emilio Fernando Brogueira Dias - Presidente * Amadeu Ferreira da Rocha - Vogal
2.º	04.07.2013 (Unanimidade)	Ata n.º 25/2013	Idem
3.º	18.07.2013 (Unanimidade)	Ata n.º 27/2013	Membros do CA: * Emilio Fernando Brogueira Dias - Presidente * João Pedro Tarujo de Almeida Braga da Cruz - Vogal
4.º	19.09.2013 (Unanimidade)	Ata n.º 34/2013	Membros do CA: * Emilio Fernando Brogueira Dias - Presidente * Amadeu Ferreira da Rocha - Vogal * João Pedro Tarujo de Almeida Braga da Cruz - Vogal
5.º	28.03.2014 (Unanimidade)	Ata n.º 11/2014	Idem
6.º	30.12.2014 (Unanimidade)	Ata n.º 43/2014	Membros do CA: * Emilio Fernando Brogueira Dias - Presidente * Raquel Sofia Guimarães de Matos Maia - Vogal
7.º	29.01.2015 (Unanimidade)	Ata n.º 03/2015	Idem
8.º	31.07.2015 (Unanimidade)	Ata n.º 26/2015	Membros do CA: * Emilio Fernando Brogueira Dias - Presidente * Amadeu Ferreira da Rocha - Vogal * Raquel Sofia Guimarães de Matos Maia - Vogal
	18.8.2015	Ata n.º 28/2015 (retificação)	Membros do CA: * Amadeu Ferreira da Rocha - Em regime de substituição do Presidente * Raquel Sofia Guimarães de Matos Maia - Vogal * Alberto Fernando da Silva Santos
9.º	31.07.2015 (Unanimidade)	Ata n.º 26/2015	Membros do CA: * Emilio Fernando Brogueira Dias - Presidente * Amadeu Ferreira da Rocha - Vogal * Raquel Sofia Guimarães de Matos Maia - Vogal



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

52. Estes nove ajustes diretos, atrás identificados, realizados para a execução de trabalho a mais na obra, totalizaram o montante de € 131.510,14 (s/IVA), o que representou 1,25% do preço inicial do contrato da empreitada e a supressão de € 18.821,77 de trabalhos contratuais, o que representou 0,18% do preço inicial da empreitada;

53. Os contratos autónomos dos trabalhos objeto dos ajustes diretos referidos em 50 supra, relativos à alteração das redes de águas residuais, tratamento de resíduos existentes nas parcelas de terreno expropriado, alteração do pavimento na zona da Portaria-Polo I e alteração de lancis, nos montantes de € 5.998,11, € 13.924,44, € 46.167,16, € 14.144,04, respetivamente, no valor global de € 80.233,75, estavam todos interligados com a empreitada inicial, acima identificada;

54. Tais trabalhos foram integralmente executados e os contratos em causa não foram remetidos ao Tribunal de Contas, com vista a serem submetidos a fiscalização prévia;

55. O D5 elaborou a informação, com proposta para adjudicação dos trabalhos objeto do 4º contrato adicional e os D5 e D6 elaboraram as informações, com propostas para adjudicação dos trabalhos objeto dos 7º e 8º contratos adicionais, quando já havia sido ultrapassado o limite de 5% do valor inicial da empreitada;

56. Em relação aos D5 e D6, enquanto dirigentes responsáveis pela informação/apreciação técnica da legalidade/regularidade dos trabalhos a decorrer no âmbito da empreitada, impendia o dever funcional de monitorizar os trabalhos executados e informar sobre a adequação dos trabalhos a realizar, incluindo os trabalhos a mais, em relação à legislação vigente em matéria de contratação pública, aplicável ao contrato em causa,

57. Ao informarem, nos termos constantes das informações acima descritas, não cuidaram de esclarecer os membros do CA sobre todos os aspetos legais da realização dos trabalhos, mormente alertar que os trabalhos a mais, respeitantes aos 4º, 7º e 8º contratos adicionais, deviam ser submetidos a concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação;

58. Os demandados agiram voluntária e conscientemente, sem a atenção, a diligência e a prudência exigíveis pela natureza da empreitada em causa e de que eram capazes, em função das qualidades e responsabilidades públicas em que estavam investidos;

59. Os demandados, membros do CA, enquanto gestores públicos, não podiam ter presumido que o teor das informações/propostas dos dois últimos demandados era legalmente correto, antes deveriam ter controlado a exatidão de tais informações, pois estavam obrigados ao dever genérico de cumprir e fazer cumprir a lei da contratação pública e de monitorizar e supervisionar a execução da empreitada;



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

60. O contrato referido em 7 supra foi precedido de concurso público, cuja abertura foi autorizada na reunião do CA da APDL de 03.06.2011, tendo sido publicitado pelo aviso n.º 2757/2011, publicado no Diário da República de 06.06.2011, vindo a obra a ser consignada em 15.10.2012;

61. A área de intervenção, da empreitada em referência, situou-se no topo da encosta norte do vale do Leça, que corresponde à principal linha de água existente na área, já muito próximo da sua foz, onde se encontra instalado o Porto de Leixões,

62. Sob o ponto de vista geomorfológico, trata-se de uma área que se caracteriza pela existência de uma orografia acidentada que desce em direção a sudeste, atingindo o seu ponto mais alto a noroeste; com cotas de relevo não concretamente apuradas, com a cota mínima na zona mais próxima do rio Leça e a cota máxima no extremo Norte da plataforma projetada;

63. Considerando os usos e ocupações existentes, a área era ocupada por terrenos de cultivo, manchas florestais dispersas, áreas de armazenagem, pequenos núcleos habitacionais havendo alguns muros que delimitavam as propriedades ou caminhos e que originaram um grau elevado de movimentação de terras e acomodação de materiais;

64. A área de implantação do Pólo 1 abrangia aproximadamente 31 hectares e, atenta a natureza do empreendimento e o uso que lhe estava associado, a modelação do terreno, com a garantia de planos desempenados, assumiu um papel crucial;

65. Nessa medida, as terraplenagens (tanto aterros, como escavações) exigiram movimentação de terras (escavações de cerca de 210,000 m³; reaproveitamento de cerca de 200.000 m³ e terras de empréstimo de cerca de 222.500 m³) e a metodologia adotada - com a criação de 5 plataformas/patamares a diferentes cotas, com um desnível de cerca de 3,5m cada -, foi norteada por estas características, visando otimizar a movimentação de terras, procurando minimizar o desequilíbrio entre os materiais escavados e os necessários para a execução dos aterros;

66. A obra em questão inseria-se no maciço granítico do Porto, o qual é caracterizado por uma elevada heterogeneidade, combinando zonas muito alteradas e fraturadas (solos graníticos), com uma outra infinidade de combinações de diversos graus de alteração conjugados com diversos graus de fracturação da rocha;

67. É tecnicamente aceite que se utiliza a escavação por meios mecânicos para o caso de solos e rochas muito alteradas e o desmonte por explosivos para o caso de rochas pouco alteradas e pouco fraturadas;

68. Os trabalhos a mais que estão em causa resultaram, essencialmente, de dois factos:



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

a) a ocorrência de rocha sã, no limite norte, que surgiu a uma cota mais elevada, ainda que recoberta por solos, não escavável pelos meios mecânicos previstos;

b) a ocorrência de água subterrânea;

69. O aspeto geotécnico que determinou maiores custos da obra foi a necessidade de usar explosivos no desmonte de rocha;

70. O desmonte a fogo na vertical, para obter uma plataforma horizontal, não só é mais difícil de ser realizado, como provoca ainda elevada deterioração e fragmentação das zonas envolventes;

71. No estudo geológico que foi efetuado e que foi transferido para os concorrentes, em nenhuma das sete sondagens e seis poços foi identificada a ocorrência de rocha não escavável por meios mecânicos (pá ou ripper), assim como nos ensaios DSPH;

72. Nestes maciços graníticos, os circuitos ou veios de percolação da água são em número muito limitado;

73. No presente caso, em nenhuma das sete sondagens de prospeção foi encontrada qualquer água subterrânea;

74. Em relação às parcelas 55 e 56 da expropriação levada a cabo para assegurar a intervenção na área de implantação da Plataforma, a sua disponibilização verificou-se mais tarde, em relação ao estudo realizado, não tendo sido por isso incluídos na realização de quaisquer sondagens previamente à execução do projeto;

75. Durante a obra de escavação, ocorreram significativas afluições de água, que perturbaram o planeamento e determinaram alterações na constituição dos aterros;

76. O solo revelou uma composição muito heterogénea, com zonas de pouca rocha e outras de grande densidade rochosa, superior à prevista, solos saibrosos e solos de terra vegetal;

77. Os estudos geológico e geotécnico levados a cabo não previram a natureza da totalidade do solo da área de implantação deste Pólo da Plataforma Logística de Leixões, nem a quantidade de água existente no solo;

78. As informações técnicas que suportaram a decisão do CA da APDL em cada uma das quatro situações dos contratos autónomos de trabalhos, referidos em 53 supra, qualificaram os trabalhos da seguinte forma:

a) “Trabalho não previsto-Tratamento de resíduos”, cujo valor líquido foi de € 13.924,44 (informações de serviço APDL_539/2013 e APDL_554/2013), adjudicados em 29.05.2013;

b) “Trabalho de suprimento de erros de projeto nº 1 - Alteração de lancis”, cujo valor líquido foi de € 14.144,04 (informações de serviço APDL_154/2014 e APDL_186/2014), adjudicados em 20.03.2014;



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

c) “Alteração do pavimento na zona da Portaria”, cujo valor líquido foi de € 27.345,40 [diferença entre o valor dos trabalhos a mais (€ 46.167,16) e o valor dos trabalhos a menos (-€ 18.821,77), de acordo com a informação de serviço APDL_464/2014], adjudicados em 31.07.2014;

d) “Alteração da rede de águas residuais-Redução de custo”, que implicou uma redução de custo no valor de € 51.548,16 [diferença entre o valor dos trabalhos a menos (-€ 57.546,27) e o valor dos trabalhos a mais (€ 5.998,11), de acordo com a informação de serviço APDL_505/2014], adjudicados em 07.08.2014.

79. Os trabalhos referidos no n.º anterior foram adjudicados por ajuste direto e, à exceção da “Alteração do pavimento na zona da Portaria”, com dispensa de contrato escrito;

80. O D5 tem formação académica de engenheiro e desempenhava o cargo de chefe do Departamento de Obras, depois, chefe da Divisão de Obras;

81. O D6 tem formação académica de engenheiro, foi responsável pela Divisão de Compras da APDL a partir da celebração do 6.º Adicional e nas informações que elaborou e que instruíram a aprovação pelo CA de contratos adicionais fez o enquadramento factual e técnico, do ponto de vista da oportunidade e gestão das respetivas situações contratuais, tendo informado o CA para o valor percentual que cada uma das contratações representava;

82. Não existem recomendações ou censuras anteriores, por parte do Tribunal de Contas, em relação aos demandados.

83. O D1 não foi alertado, pelos serviços da APDL, nomeadamente nas informações técnicas referidas em 78 supra, da necessidade de envio, para fiscalização prévia do Tribunal de Contas, das quatro adjudicações desses trabalhos, não tendo assim o mesmo tido a consciência da omissão do dever desse envio.

*

A.2. E julgam-se como **factos não provados (f. n. p.)**, todos os que, com relevância para a discussão da causa, estejam em oposição – direta ou indireta com os atrás considerados provados -, nomeadamente que:

1. No perímetro da área de implantação do Polo existia uma linha de água ou linha de escorrência que o atravessava transversalmente, pelo que a necessidade de impermeabilização conduziu à necessidade de desvio do caudal gerado e sua descarga no rio Leça;

2. A área era atravessada por linha de água, existindo diversos poços e minas (passar para f. n. p.);

3. O conteúdo funcional dos cargos de chefe do Departamento de Obras e chefe da Divisão de Obras estava assim definido:

“Acompanha e estuda o melhoramento, modernização e grandes revisões dos equipamentos e instalações



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

Garante a conceção e execução de novos projetos e a elaboração de condições técnicas especiais.

Promove o registo e cumprimento da normalização e padronização, codificação e criação de nomenclaturas.

Garante o controlo técnico das empreitadas e fornecimentos

Acompanha a concretização de empreitadas e/ou fornecimentos no âmbito dos equipamentos e instalações técnicas, exercendo uma acção supervisora/fiscalizadora nas fases de fabrico, montagens e recepção técnicas.

Acompanha / executa, no seu âmbito, a auditoria de qualidade à utilização/conservação do equipamento/instalações existentes nas áreas concessionadas ou não.

Executa atividades ligadas à construção e manutenção de infra-estruturas terrestres e marítimas.

Promove as ações adequadas à execução de obras de conservação e reparação em infraestruturas terrestres e marítimas.

Acompanha a concretização de empreitadas e/ou fornecimentos, exercendo uma ação supervisora/fiscalizadora nas fases de fabrico, montagens e recepção técnicas.

Assegura o acompanhamento da realização de empreitadas exercendo as atribuições inerentes à Fiscalização.

Assegura o cumprimento das disposições legais e contratuais na execução das obras até à receção definitiva.

Assegura a obtenção duma base de dados para o controlo de produção e orçamental das empreitadas.

Promove a realização de ensaios necessários à certificação de qualidade dos trabalhos e empreitadas.

Pronuncia-se quanto ao clausulado relativo ao acompanhamento da realização das empreitadas.

Coordena e executa tarefas ligadas a obras de conservação das instalações e infraestruturas terrestres e marítimas e manutenção de espaços comunitários.

Coordena e fiscaliza a execução de empreitadas gerais de conservação.

Colabora na gestão das infra-estruturas de abastecimento de água e de recolha de águas residuais.

Coordena e executa operações de conservação e adaptação do património da APDL, incluindo redes viárias, ferroviárias e infra-estruturas de água e saneamento, rentabilizando os meios materiais e humanos internos, contando sempre que necessário com o recurso à prestação de serviços externos”;

4. O conteúdo funcional do D6 era o seguinte:

Propor os procedimentos de contratação de bens e serviços e empreitadas e velar e supervisionar o seu cumprimento;



Organizar e gerir os procedimentos ao abrigo do CCP e do Manual de Procedimentos, acompanhando sua execução em colaboração com os clientes internos;

Estabelecer uma política comum de abastecimento que permita otimizar os custos de aprovisionamento, garantindo a disponibilidade, prazo e quantidades dos materiais, bens e serviços;

Procurar a eficiência, simplificação e transparência da gestão através de ferramentas tecnológicas adequadas;

Dirigir e encerrar as negociações, a formalização do compromisso com os fornecedores, supervisionar as demais negociações e coordenar relações da APDL com os fornecedores

Assegurar o acompanhamento da execução dos contratos;

Assegurar a coerência dos objetivos da Divisão com os da APDL, contribuindo para o cumprimento destes;

Supervisionar e coordenar toda a atividade de contratação externa de bens e serviços;

Fixar critérios de identificação, selecção e optimização do painel de fornecedores, coordenando a sua implantação na APDL, procurando a definição das políticas e procedimentos de homologação e avaliação de fornecedores;

Assegurar o cumprimento das tarefas dos departamentos dependentes da Divisão;

Assegurar a gestão da frota automóvel;

Gestão do Armazém e satisfação das solicitações das direcções requisitantes;

Assegurar e manter atualizada a Plataforma Eletrónica de suporta a atividade.

*

A.3. Motivação da decisão de facto

1. Os factos descritos como provados foram assim julgados após análise crítica da globalidade da prova produzida, com observância do estatuído nos n.ºs 4 e 5 do art.º 607º do CPC, aplicável *ex vi* art.ºs 80º e 94º, n.º 3, ambos da LOPTC, tendo-se nomeadamente tomado em consideração:

a) os factos admitidos por acordo, por não impugnados pelos demandados, nomeadamente os descritos nos n.ºs 1 a 55 supra, respeitantes aos cargos, tempo de exercício dos mesmos, vencimentos e factos materiais apurados no âmbito da auditoria levada a cabo;

b) os documentos constantes do processo de auditoria, nomeadamente: os contratos adicionais, os ajustes diretos, as informações de serviço, as atas do conselho de administração, indicados como prova pelo demandante na p. i.,



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

bem como os documentos junto com esta peça processual, os quais não foram impugnados pelos demandados;

c) os docs 1 e 2 juntos na contestação do D6, não impugnados pelo demandante;

d) os depoimentos das seguintes testemunhas, as quais depuseram com razão de ciência, que lhes advém do conhecimento dos factos, em virtude das funções descritas infra e, no essencial, com credibilidade, não afetada pelas razões de amizade e afinidade da primeira testemunha em relação ao D1:

1ª - Mário Amaral Coutinho (engenheiro civil, diretor de obras na APDL até 2011/2012 e, a partir de então, assessor do diretor de obras) que, no âmbito destas funções de assessor, acompanhou a elaboração do projeto de obra, embora tenha acompanhado pouco a execução da obra, à qual se dirigiu apenas uma ou duas vezes. Explicou a não realização de sondagens nas parcelas 55 e 56 e o não se ter aguardado pela posse administrativa das mesmas, para as realizar, porque “a gente quer começar as obras o mais rápido possível”. Embora tivesse considerado que havia “imprevisibilidade” nesta obra, qualificou-a como “não de especial complexidade”. Admitiu que não obstante o terreno da obra se integrar no chamado “maciço granítico do Porto”, o número de sondagens que foi feito e não um número superior, pode explicar-se pelas características da obra (na sua expressão, “aquilo é uma obra de estrada”. Deu ainda conta que o D5 “estava sempre preocupado porque é que tinham feito tão poucas sondagens”. No seu entendimento, que na altura terá transmitido verbalmente, entendeu que a obra poderia ter trabalhos a mais, além de 5%, por a mesma ter características de “imprevisibilidade”.

2ª - João Castro Neves (engenheiro civil, que exerceu estas funções na APDL de 1999 a 2013, exercendo as funções de Chefe de Divisão de Obras de 2005 a 2013, tendo sido então superior hierárquico do D5), o qual explicou que não acompanhou este projeto, diretamente, por ter então a seu cargo direto outras obras. Ainda assim deu conta que, na fase anterior à elaboração do projeto foi a empresa Atkins quem considerou como adequadas o número de sondagens que foram realizadas, não tendo a APDL limitado o projetista em termos do número de sondagens. Questionado, afirmou não ter ideia de ter havido alguma conversação, entre os técnicos, sobre a existência de limite percentual e qual, em termos de trabalhos a mais, no caso desta obra.

e) a análise das atas do CA em que os D1 a D4 participaram e das informações subscritas pelos D5 e D6, assim como as regras de experiência comum, nomeadamente quanto aos f. p. nºs 56 a 59, extraído-se daquela análise qual o dever funcional que incumbia aos demandados e os termos em que o não cumpriram e tomando-se em consideração estas regras de experiência comum para concluir que os demandados não atuaram com a atenção, a



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

diligência e a prudência exigíveis em função das qualidades e responsabilidades públicas em que estavam investidos.

*

2. Igualmente quanto aos factos julgados não provados se procedeu à análise crítica da globalidade da prova produzida, nos termos referidos supra, sendo no entanto certo que da ponderação dessa prova não resultou a convicção para o Tribunal da ocorrência desses factos, nomeadamente porque não estão provados documentalmente, no âmbito da auditoria realizada ou pelos documentos juntos aos autos e os depoimentos das testemunhas acima indicadas, devidamente valorados, são insuficientes para tal.

Saliente-se que não resulta dessa prova, nomeadamente testemunhal, que a água encontrada na área de implantação da obra tivesse as características referidas nos n.ºs 1 e 2 dos f. n. p. e que os conteúdos funcionais dos D5 e D6 abarcassem todos os itens descritos nos n.ºs 3 e 4 dos f. n. p..

*

B – De direito

1. As questões decidendas

Considerando os pedidos formulados no requerimento inicial e o seu fundamento, bem como as defesas apresentadas nas contestações, as questões a decidir podem enunciar-se nos seguintes termos:

1ª – Os D 1 a 4, ao terem autorizado, enquanto membros do CA da APDL, S. A., a execução dos trabalhos a mais, relativos aos 4.º, 7.º e 8.º adicionais ao contrato de empreitada em causa nos autos, cujo preço, já compensado dos trabalhos a mais, foi no montante total de € 540 601,87, ultrapassaram o limite de 5%, estabelecido na al. c) do n.º 2 do art.º 370º do CCP (na redação vigente à data de adjudicação dos 4.º, 7.º e 8.º contratos adicionais), tendo assim incorrido na prática de uma infração de natureza sancionatória, prevista no art.º 65º, n.º 1, al. l) da LOPTC, por violação daquele preceito e do art.º 19º al. b) do CCP?

2ª - Os D 5 e D 6, ao terem informado, nos termos em que informaram, sobre a realização dos trabalhos a mais, relativos aos 4.º, 7.º e 8.º adicionais ao contrato de empreitada em causa nos autos, não cuidaram de esclarecer, devidamente, que uma vez que o preço dos mesmos, já compensado dos trabalhos a mais, ultrapassava o limite de 5%, estabelecido na al. c) do n.º 2 do art.º 370º do CCP (na redação vigente à data de adjudicação dos 4.º, 7.º e 8.º contratos adicionais), tais trabalhos deveriam ser objeto de adjudicação, a efetuar na sequência de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, tendo assim incorrido, atento o disposto no art.º 61º, n.º 4, da LOPTC, na prática de uma infração de natureza sancionatória, prevista no art.º 65º, n.º 1, al. l) da LOPTC, por violação daqueles preceitos e do art.º 19º al. b) do CCP?

3ª - O D 1, ao não ter procedido à remessa de quatro contratos autónomos de trabalhos, relacionados com a obra em causa, celebrados por ajuste direto, para efeitos de fiscalização prévia do Tribunal de Contas, os quais foram entretanto executados, incorreu na



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

prática de uma infração de natureza sancionatória, prevista no art.º 65º, nº 1, al. b) da LOPTC, por violação do disposto nos art.ºs 46º, nº 1, al. b), 47º, nº 1, al. a), 48º, nº 2 e 81º, nº 4, todos da LOPTC?

4ª – Em caso de resposta afirmativa às questões antecedentes, os demandados devem ser condenados na multa de 25 UC ou verificam-se circunstâncias que devem dar lugar à sua absolvição ou dispensa de multa?

Vejam os.

*

2. Enquadramento

O Ministério Público imputa a todos os demandados uma infração de natureza sancionatória prevista no art.º 65º, nº 1, alínea l), da LOPTC e ao D1 uma infração da mesma natureza, p. e p. na al. h), do nº 1 do mesmo preceito, tendo por base as condutas, por ação e por omissão, sumariamente descritas no relatório supra.

Efetivamente, sob a epígrafe “Responsabilidades financeiras sancionatórias”, prevê-se, no nº 1 daquele preceito, que o “Tribunal de Contas pode aplicar multas”:

- “Pela violação das normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública, bem como à admissão de pessoal” - al. l), na redação introduzida pelo art.º 1º da Lei nº 61/2011 de 07.12., redação vigente à data dos factos respeitantes à adjudicação dos 4º, 7º e 8º contratos adicionais¹;

- “Pela execução de contratos a que tenha sido recusado o visto ou de contratos que não tenham sido submetidos à fiscalização prévia quando a isso estavam legalmente sujeitos” – al. h), na redação vigente à data dos factos respeitantes aos quatro trabalhos autónomos em causa, anterior à que lhe veio a ser introduzida pelo art.º 2º da Lei nº 20/2015 de 09.03.

Com efeito, através desta última disposição legal foi dada àquela al. h) a seguinte redação:

“Pela execução de atos ou contratos que não tenham sido submetidos à fiscalização prévia quando a isso estavam legalmente sujeitos ou que tenham produzido efeitos em violação do artigo 45º”.

Por outro lado, no nº 2 do citado preceito são estabelecidos os limites, mínimo e máximo da multa, sem prejuízo do limite mínimo ser igual a um terço do limite máximo no caso de dolo (nº 4 do art.º 65º citado) e, do limite máximo, ser reduzido a metade em caso de negligência (nº 5 do mesmo preceito).

Perante este enquadramento normativo, importa pois apurar, para responder às três primeiras questões equacionadas supra, se os demandados, com culpa, incorreram na previsão das imputadas infrações sancionatórias.

¹ Na versão anterior esta alínea tinha a seguinte redação: “Pela violação das normas legais ou regulamentares relativas à admissão de pessoal”



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

Posteriormente, no caso de resposta positiva a estas questões, se analisará se existem circunstâncias que, ainda assim, devam dar lugar à absolvição dos demandados ou à dispensa de aplicação de multa ou, em alternativa, os termos em que se deve proceder à graduação da mesma.

*

3. Preenchimento, ou não, dos requisitos ou pressupostos da infração financeira sancionatória p. e p. no art.º 65º, nº 1, al. l), da LOPTC

Esta infração, no que ao caso interessa, tem como pressuposto ou elemento típico base a violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública, o que implica a concretização de qual a norma ou normas, legais ou regulamentares, da contratação pública, que foram violadas.

A norma legal, da contratação pública, que o demandante alegou que foi violada pelos demandados foi o art.º 370º, nº 2, al. c), do CCP, na versão vigente à data dos factos respeitantes à adjudicação dos 4º, 7º e 8º contratos adicionais, nos termos da qual não podia ser ordenada a execução de trabalhos a mais quando “o preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, ultrapasse 5% do preço contratual”².

A tese de defesa dos demandados é a de aquele limite de 5% deve considerar-se elevado para 25%, ao abrigo do nº 3 do art.º 370º citado³, que assim o previa “quando estejam em causa obras cuja execução seja afectada por condicionalismos naturais com especiais características de imprevisibilidade, nomeadamente as obras marítimas-portuárias e 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”.

No fundo, a defesa considera que a obra em causa possui especiais características de imprevisibilidade, nomeadamente por ser uma obra complexa do ponto de vista geotécnico, pelo que o limite dos trabalhos a mais seria de 25%.

Resulta da factualidade provada, e não foi questionado pelos demandados, que os nove contratos adicionais ao contrato de empreitada em causa nos autos, geraram um valor total dos trabalhos a mais, já deduzido do valor de todos os trabalhos a menos, que ascendeu a € 1.025.898.90, o que corresponde a 9,71% do preço contratual inicial.

Decompondo o valor desses nove contratos adicionais constata-se que até ao 3º contrato adicional o valor dos trabalhos a mais quedou-se em 4,59% do preço inicial e que com o 4º contrato adicional (considerando a autonomia

² Adiante analisaremos em que termos é que o art.º 2º do DL 149/2012 de 12.07, ao proceder à alteração desta norma, passando aquele limite de 5% para 40%, tem ou não reflexos no presente caso.

³ Este nº 3 do art.º 370º foi posteriormente revogado pelo art.º 4º do DL 149/2012 de 12.07.



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

e a ordem cronológica das adjudicações dos adicionais) foi ultrapassado o referido limite de 5%.

Esmiuçando ainda mais constata-se que houve contratos adicionais (5º, 6 e 9º) dos quais resultaram trabalhos a menos e, assim, com os contratos adicionais n.ºs 4º, 7º e 8º, autorizados respetivamente em 19.09.2013, 29.01.2015 e 31.07.2015, pelos D1, D2 e D4, membros do CA, o preço de execução dos trabalhos a mais, já compensado do preço dos trabalhos a menos, ascendeu ao montante global de € 540.601,87.

Aqui chegados importa pois equacionar e decidir se estávamos perante “obra(s) cuja execução seja afectada por condicionalismos naturais com especiais características de imprevisibilidade”, de modo a enquadrar o limite dos trabalhos a mais nos referidos 25%, conforme propugnam os demandados.

Ponderados todos os elementos e argumentos, nomeadamente os constantes do Parecer junto com as contestações, não cremos que assista razão aos demandados nesta tese, como a seguir se procurará evidenciar.

O que estava subjacente à exceção do nº 3 do art.º 370º do CCP era permitir um valor mais elevado de trabalhos a mais em relação a obras cuja execução fosse afectada por “condicionalismos naturais com especiais características de imprevisibilidade”.

Daqui decorre, desde logo, que as características de imprevisibilidade não são as normais, devem ser “especiais”.

O legislador, aliás, ao exemplificar com as “obras marítimas-portuárias” e as “obras complexas do ponto de vista geotécnico”, indicando, especialmente, quanto a estas, “a construção de túneis” e “as obras de reabilitação ou restauro de bens imóveis”, está, não só, a reafirmar aquelas características de imprevisibilidade como “especiais”, mas também a fornecer elementos ao aplicador do direito no sentido de ter parâmetros de obras que ele próprio, legislador, qualifica como revestindo “especiais características de imprevisibilidade”.

Ora, considerando que a empreitada em causa visava a execução de infraestruturas de um conjunto de lotes a edificar no futuro e, por outro lado, atentas as características da empreitada, nada aponta no sentido de que estejamos perante uma obra com “especiais características de imprevisibilidade”, nomeadamente por ser uma obra “complexa do ponto de vista geotécnico”.

Na verdade, quanto às características, em termos de execução da empreitada, os trabalhos mais significativos são os relativos a “obras de urbanização” (81,97%), com as suas componentes de terraplanagem, pavimentação, rede viária e estacionamento, enquadrando-se a obra na 2ª categoria (vias de comunicação, obras de urbanização e outras infraestruturas), para a qual foi exigida a 1ª subcategoria (vias de circulação rodoviária e



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

aeródromos), da 2ª categoria, por corresponder à subcategoria dos trabalhos mais expressivos da empreitada.

Assim, pelo tipo de obra e pelas suas características de execução, não creio que estejamos perante uma obra com “especiais características de imprevisibilidade”.

Nem se diga, como pretextam os demandados, que as características do terreno onde se veio a materializar a empreitada, quer do ponto de vista geomorfológico, quer do ponto de vista dos usos e ocupações da área em causa, quer da rede hídrica na área de implantação, tudo isto aliado à extensão desta área, cerca de 31 hectares, levam a que se considere que estamos perante condicionalismos naturais de elevado grau de imprevisibilidade.

Na verdade, todos estes aspetos, ligados aos condicionalismos naturais do terreno de implantação da obra, não se nos afigura que revistam as características de “especiais”, antes podendo qualificar-se como de normal imprevisibilidade.

Aliás, quanto aos usos e ocupações da área, eles eram visíveis e conhecidos, não havendo sequer, aí, qualquer imprevisibilidade.

Quando aos aspetos geomorfológicos e da rede hídrica, em certa medida, eles não eram inteiramente imprevisíveis, porquanto era conhecido que a obra em questão se inseria no maciço granítico do Porto, o qual é caracterizado por uma elevada heterogeneidade (cfr. nº 66 dos f. p.), numa área caracterizada pela existência de uma orografia acidentada que desce em direção a sudeste (cfr. nº 62 dos f. p.), situada no topo da encosta norte do vale do Leça, que corresponde à principal linha de água existente na área, já muito próximo da sua foz, onde se encontra instalado o Porto de Leixões (cfr. nº 61 dos f. p.).

Assim, sendo conhecidos estes aspetos geomorfológicos e da rede hídrica da zona, aliados à extensão da área de implantação da empreitada, tudo apontava para a necessidade de realização de um estudo geológico e geotécnico que permitisse um adequado conhecimento daqueles aspetos, tendo em vista, pelo menos, minorar a imprevisibilidade dos condicionalismos naturais.

Aliás, uma das finalidades na realização de tais estudos é precisamente essa. Como se salienta no preâmbulo da Portaria nº 701-H/2008 de 29.07, emitida ao abrigo do nº 7 do art.º 43º do CCP, o “desígnio do legislador” é o de “impor uma maior exigência na elaboração dos projectos, visando uma melhoria na qualidade dos mesmos”. E uma das orientações que norteou a elaboração daquela Portaria foi, como se assinala no referido preâmbulo, a de se “introduzir maior rigor nas estimativas orçamentais elaboradas nas diferentes fases do projeto”

Importa ainda assinalar que os referidos estudos geológico e geotécnico, são de tal modo considerados importantes e decisivos, por parte do legislador, que, em função de características específicas de certas obras, exige que o projeto



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

de execução seja acompanhado de tais estudos, sob pena de nulidade do caderno de encargos – cfr. art.º 43º, n.º 5, al. b) e n.º 8 al. c), do CCP.

No caso em análise, tal estudo geológico e geotécnico foi feito.

Afigura-se-nos, porém, ressalvada melhor opinião naturalmente, que o número de trabalhos realizados, com vista ao estudo em causa, não permitiu um adequado conhecimento dos aspetos geomorfológicos e da rede hídrica da área de implantação da obra.

E se não nos custa admitir, como verdadeira, a afirmação dos demandados, que “é irrealista esperar que uma prospeção geotécnica, ainda que extensa, elimine totalmente o risco de encontrar imprevistos geotécnicos”, não deixará de ser menos verdade que não será muito realista esperar que realizando apenas seis poços de reconhecimento (para averiguar da espessura da terra vegetal e eventual existência e nível freático) e sete sondagens (para avaliar a capacidade dos diferentes estratos de solos e os índices sobre o estado de alteração das rochas atravessadas e caracterização qualitativa do maciço rochoso), numa área de implantação da obra de 31 hectares, se possa esperar obter aquele adequado conhecimento. Na verdade, dividindo aqueles poços e sondagens por aquela área de 31 hectares, estamos a falar de um poço e uma sondagem em cada cerca de 5 hectares, o que dificilmente poderia possibilitar um adequado conhecimento dos aspetos geomorfológicos e da rede hídrica da área de implantação da obra. Assim se percebe, facilmente, a preocupação do D5 em se se terem feito “tão poucas sondagens”, como deu conta a testemunha Mário Amaral Coutinho.

Nestas circunstâncias, com um estudo geológico e geotécnico que não permitiu um adequado conhecimento dos aspetos geomorfológicos e da rede hídrica da área de implantação da obra, aquilo que eram condicionalismos naturais, com normais características de imprevisibilidade, mantiveram-se condicionalismos naturais com essas características, os quais só se se foram identificando à medida que a obra se foi executando.

Mas não porque a obra, *ab initio* e por natureza, estivesse afetada por condicionalismos naturais com especiais características de imprevisibilidade, nomeadamente por ser uma obra complexa do ponto de vista geotécnico, em moldes similares à complexidade de outras obras dessa natureza, como as indicadas exemplificativamente pelo legislador, a construção de túneis ou as obras de reabilitação ou restauro de bens imóveis.

Concluindo, como se conclui, que a obra em causa não se enquadra no n.º 3 do art.º 370º do CCP, o limite dos trabalhos a mais não poderia ser 25%, como defendem os demandados, mas apenas 5%, por força do estatuído na al. c) do n.º 2 do art.º 370º citado.

Nesta medida, os contratos adicionais com trabalhos a mais, posteriores ao 3º adicional, por ultrapassarem o referido montante de 5% de trabalhos a



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

mais, deveriam ter sido objeto de contrato celebrado na sequência de procedimento adotado, nos termos do disposto no título I da parte II do CCP, como se estatui no n.º 5 do art.º 370º deste diploma legal. Ou seja, atento o disposto no art.º 19º, al. b), do CCP, deveriam ter sido trabalhos de empreitada a submeter a concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação.

Assim impõe-se concluir que se mostram preenchidos os pressupostos objetivos da infração de natureza sancionatória, imputada a todos os demandados, prevista no art.º 65º, n.º 1, al. l), da LOPTC, na redação vigente à data dos factos, ou seja, à data de adjudicação dos 4º, 7º e 8º contratos adicionais, porquanto houve violação de normas legais relativas à contratação pública, concretamente, o art.º 370º, n.ºs 2, al. c) e 5 e art.º 19º, al. b), ambos do CCP.

*

Cumpra ainda justificar que se mostra preenchido o elemento subjetivo da infração em causa porquanto os demandados agiram com culpa, na modalidade de negligência – cfr. art.º 61º, n.º 5, aplicável *ex vi* art.º 67º, n.º 3, ambos da LOPTC.

A responsabilidade dos D1 a D4 tem por base a circunstância de serem agentes da ação, na medida em que, enquanto elementos do CA da APDL, S. A., autorizaram a adjudicação dos trabalhos a mais em causa. Por sua vez, a responsabilidade dos D5 e D6 estriba-se no facto de não terem cumprido, adequadamente, o dever de esclarecimento a que estavam obrigados - cfr. art.º 61º, n.º 1 e 4 da LOPTC.

Com efeito, a conduta dos D1 a D4 não pode deixar de ser censurada porquanto, em função da qualidade e responsabilidade de que estavam investidos, administradores e gestores públicos, tinham o dever de cumprir e fazer cumprir a lei da contratação pública, no âmbito da empreitada adjudicada. Não podiam limitar-se a, acriticamente, dar seguimento às informações/propostas dos D5 e D6, no sentido de autorizarem a adjudicação de trabalhos a mais dessa empreitada, através dos 4º, 7º e 8º contratos adicionais, quando com aquele 4º adicional se ultrapassou o limite de 5%, previsto no art.º 370º, n.º 2, al. c), do CCP. Aliás, o que perpassa das diversas atas do conselho de administração (v. fls. 352/446 do II vol. do processo de auditoria), em que foram adjudicados aqueles contratos, especialmente o 4º contrato adicional (v. fls. 386/389 do citado II vol.) em que a questão se deveria ter colocado, é precisamente essa atitude acrítica, sem se discutir e ponderar se a obra em causa se enquadraria, efetivamente, no n.º 3 do art.º 370º do CCP ou se, pelo contrário, apenas permitiria a realização de 5% de trabalhos a mais.

No que tange aos D5 e D6 a sua responsabilidade tem por base o art.º 61º n.ºs 1 e 4, aplicável às infrações sancionatórias *ex vi* art.º 67º, n.º 3, ambos da LOPTC, pois responsáveis não são apenas “o agente ou agentes da ação”, mas



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

também os “funcionários ou agentes que, nas suas informações para os membros do Governo ou para os gerentes, dirigentes ou outros administradores, não esclareçam os assuntos da sua competência de harmonia com a lei”.

Ora, é precisamente o caso. Com efeito, pese embora os D5 e D6 não tenham sido os agentes da ação, ou seja, quem procedeu à adjudicação dos referidos trabalhos a mais, a verdade é que tal adjudicação foi o culminar de um processamento interno da APDL, S. A., em que o D5 quanto ao 4º adicional e ambos quanto aos contratos adicionais subsequentes, estiveram envolvidos, ao terem subscrito as descritas informações de serviço, que constituíram propostas de deliberação do CA, sendo assim responsáveis, na medida em que não esclareceram, devidamente, os assuntos da sua competência de harmonia com a lei. Isto é, não esclareceram que não havia possibilidade de adjudicar, como trabalhos a mais, aqueles que ultrapassavam 5% do valor do contrato inicial.

Nem se diga que os D5 e D6 cumpriram adequadamente com as suas funções, nada mais lhes sendo exigível. Na verdade, ao contrário do que pretextam, ou seja, que nas informações que elaboraram fizeram um adequado enquadramento fatural e técnico e até alertaram o CA para o valor percentual que cada uma das contratações representava, a verdade é que o que fizeram foi insuficiente e, até, incorreto.

Desde logo não bastava um mero enquadramento fatural e técnico. Importava alertar, efetivamente, para o valor que cada uma das sucessivas contratações representava, como trabalhos a mais. Mas, além disso, informar se tais trabalhos a mais eram possíveis de ser adjudicados, ou não. Ora, o que foi informado é que tais trabalhos podiam ser adjudicados como trabalhos a mais, transmitindo-se um entendimento incorreto, o de que pese embora ultrapassassem os 5% definidos na alínea c) do nº 2 do artigo 370º, por se enquadrarem como “surpresa geológica/geotécnica”, o limite seria “elevado para 25%, conforme assinalado no n.º 3 do mesmo artigo do CCP” (cfr. nºs 22 e 23 dos f. p. e doc. nº 1, junto com a contestação do D6).

Nesta medida é de concluir que os D5 e D6 não terão atuado com a prudência e diligência que lhes era devida e de que eram capazes, em função dos cargos dirigentes que desempenhavam, ao não terem esclarecido, devidamente, os assuntos da sua competência de harmonia com a lei. Na verdade, deveriam antes ter informado que os trabalhos a mais, que ultrapassavam 5% do valor do contrato inicial, não deveriam ser adjudicados como contratos adicionais e deveriam dar lugar a um novo procedimento de contratação pública, por força do nº 5 do art.º 370º do CCP. Ou, pelo menos, deveriam ter colocado como duvidoso o enquadramento de realização desses trabalhos, como trabalhos a mais, ao abrigo do nº 3 do art.º 370º, o que não fizeram, pelo que não terão atuado com a diligência devida.



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

No sentido de que “age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz, representa como possível a realização de um facto correspondente a um tipo de crime, mas atua sem se conformar com essa realização (negligência consciente); ou não chega sequer a representar a possibilidade dessa realização do facto (negligência inconsciente)” cfr. o Acórdão do STJ, de 05-07-1989 (Relator: Manso Preto) .

Classificando da mesma forma a negligência consciente e inconsciente e caracterizando os ilícitos negligentes como constituídos por “três elementos: a violação de um dever objetivo de cuidado; a possibilidade objetiva de prever o preenchimento do tipo; e a produção do resultado típico quando este surja como consequência da criação ou potenciação pelo agente, de um risco proibido de ocorrência do resultado”, em que a aferição da violação daquele primeiro elemento deve fazer-se por «apelo às capacidades da sua observância pelo “homem médio”» e, quanto ao agente concreto, “de acordo com as suas capacidades pessoais, [de] cumprir o dever de cuidado a que se encontra obrigado”, cf. o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 17.09.2014 (Relator: Orlando Gonçalves).

Pelos fundamentos expostos e, em resumo, quanto à 1ª e 2ª questões, equacionadas supra, *conclui-se que os demandados incorreram em responsabilidade financeira sancionatória, nos termos do art.º 65º, nº 1, al. l), da LOPTC (na versão vigente à data dos factos, respeitantes à adjudicação dos 4º, 7º e 8º contratos adicionais e informações subjacentes aos mesmos), pois se mostram preenchidos os pressupostos, objetivo e subjetivo, desta infração.*

*

4. Preenchimento, ou não, dos requisitos ou pressupostos da infração financeira sancionatória p. e p. no art.º 65º, nº 1, al. b), da LOPTC

Esta infração materializa-se, no que é relevante para o caso de que nos ocupamos e considerando a redação vigente à data dos factos, quando o agente, por omissão, não procede ao envio ao Tribunal de Contas, com vista à submissão a fiscalização prévia, de contratos que estavam legalmente sujeitos ao regime de fiscalização prévia, tendo ocorrido execução desses contratos.

Não vem questionado, mas importa explicitar, para se tomar em consideração, que caberia ao D1, enquanto dirigente máximo do serviço em causa, ou seja, atenta a sua qualidade de presidente do CA da APDL, S. A., proceder ao envio dos processos para fiscalização prévia, nos termos do art.º 81º, nº 4, da LOPTC.

Impõe-se pois averiguar se houve contratos que deveriam ter sido enviados pelo D1 ao Tribunal de Contas para serem submetidos a fiscalização prévia.



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

Como resulta da factualidade provada, no âmbito da execução da empreitada inicialmente adjudicada, foram adjudicados, além dos contratos adicionais analisados supra, nove trabalhos por ajuste direto, ao abrigo do art.º 19º, al. a) do CCP. (cfr. n.º 50 dos f. p.).

Relativamente a cinco desses trabalhos adjudicados por ajuste direto, foi considerado e decidido, em fase de auditoria, que, por configurarem trabalhos de suprimento de erros e omissões, a sua apreciação se faria em informação autónoma (cfr. n.º 8.3.1., a pág. 73 do relatório de auditoria).

No que tange aos outros quatro trabalhos contratados por ajuste direto, os mesmos tiveram por objeto a alteração das redes de águas residuais, o tratamento de resíduos existentes nas parcelas de terreno expropriado, a alteração do pavimento na zona da Portaria-Polo I e a alteração de lancis e foram adjudicados em 07.08.2014, 29.05.2013, 31.07.2014 e 20.03.2014, nos montantes de € 5.998,11, € 13.924,44, € 46.167,16 e € 14.144,04, respetivamente.

À exceção do contrato relativo à alteração do pavimento da portaria, foi dispensada a elaboração de contrato escrito para os demais, tendo-se invocado para tanto o art.º 95º, n.º 1, al. d) do CCP.

São trabalhos que foram executados no âmbito da realização da empreitada em causa nos autos, como se disse, constituindo ou trabalhos novos (tratamento de resíduos) ou soluções técnicas melhor ponderadas (nos demais casos), relacionando-se diretamente com a empreitada, sendo aliás necessários à execução e conclusão da obra, ainda que tendo sido tratados como “contratos autónomos”.

Será que estes quatro contratos autónomos, celebrados por ajuste direto, estavam sujeitos a fiscalização prévia, nos termos das disposições conjugadas dos art.ºs 46º, n.º 1, al. b) e 48º, n.ºs 1 e 2, ambos da LOPTC?

Vejamos.

Para estarem sujeitos a fiscalização prévia, além do pressuposto de que os contratos de obras públicas impliquem despesa, nos termos do art.º 48º, exige a al. b) do n.º 1 do art.º 46º citado que estejamos perante contratos que devam ser “reduzidos a escrito por força de lei”.

Ora, em relação a três daqueles contratos foi dispensada a elaboração de contrato escrito e com fundamento válido, porquanto tinham valor inferior a € 15 000,00 – cfr. art.ºs 95º, n.º 1, al. d) e 94º, ambos do CCP.

Nessa medida, não estando tais contratos sujeitos a forma escrita, por força de lei, não tinham que ser submetidos a fiscalização prévia, por não se enquadrarem no art.º 46º, n.º 1, al. b) citado.

Resta, assim, o contrato de alteração do pavimento na zona da portaria o qual foi submetido a forma escrita, sendo legalmente obrigatória tal forma escrita, por não se enquadrar em qualquer das situações previstas no n.º 1 do



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

art.º 95º citado, em que não é exigível a forma escrita, nem ter sido dispensada tal forma escrita com algum dos fundamentos previstos no n.º 2 do mesmo preceito.

Este contrato, sim, encontrava-se sujeito a fiscalização prévia, por se verificarem os pressupostos da al. b) do n.º 1 do art.º 46 e, além disso, estando relacionado, inquestionavelmente, com o contrato de empreitada inicial, o valor global dos trabalhos objeto deste contrato e do contrato inicial de empreitada ultrapassava, largamente, o valor previsto no n.º 1 do art.º 48º. Aliás, já por esse motivo, ultrapassar esse valor, o próprio contrato inicial de empreitada esteve sujeito a fiscalização prévia.

Não vislumbramos, assim, qualquer “lacuna de regulamentação”, como pretexto o D1.

Aliás, sempre se dirá que o contrato em causa, embora tendo sido considerado e tratado como “contrato autónomo”, em bom rigor é uma modificação objetiva do contrato de empreitada visado, pois envolveu a substituição do pavimento betuminoso inicialmente previsto por um pavimento em betão armado, configurando-se assim como um melhoramento da solução construtiva do projeto, mediante a aplicação de uma outra opção técnica, mais adequada à tipologia da obra.

Nessa medida, estamos perante um contrato que, formalizando uma modificação objetiva a contrato visado e implicando um agravamento dos encargos financeiros, sempre será de considerar que estaria sujeito a visto, por força da al. d) do n.º 1 do art.º 46º da LOPTC.

Impõe-se assim concluir que este contrato, seja por via da al. b), seja por integração na al. d), ambas do n.º 1 do art.º 46º da LOPTC, encontrava-se sujeito a fiscalização prévia do Tribunal de Contas pelo que a sua não remessa, oportuna, para o efeito, configura a conduta omissiva integradora, pelo preenchimento dos elementos objetivos, da infração financeira prevista na al. h) do n.º 1 do art.º 65º da LOPTC.

*

Acresce que se mostra preenchido o elemento subjetivo desta infração porquanto o D1, ao ter a conduta omissiva descrita agiu com culpa, na modalidade de negligência – cfr. art.º 61º, n.º 5, aplicável *ex vi* art.º 67º, n.º 3, ambos da LOPTC, sendo aqui inteiramente aplicáveis as considerações doutrinárias e jurisprudenciais acima citadas.

Com efeito, a conduta do D1 de não proceder à remessa do contrato em causa, para o submeter à fiscalização prévia, não pode deixar de ser censurada porquanto, em função da sua qualidade de presidente da APDL, S.A., tinha o dever de cumprir e fazer cumprir a lei da contratação pública, nomeadamente o dever de enviar para fiscalização prévia os contratos a tal sujeitos, o qual não cumpriu.



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

Nestes termos e, em resumo, pelos fundamentos expostos, quanto à 3ª questão equacionada supra, *conclui-se que o D1 incorreu em responsabilidade financeira sancionatória, nos termos do art.º 65º, n.º 1, al. b), da LOPTC (na versão vigente à data dos factos, respeitante ao contrato autónomo de alteração do pavimento na zona da Portaria), pois se mostram preenchidos os pressupostos, objetivo e subjetivo, desta infração.*

*

5. Absolvição e dispensa de multa versus graduação da multa

Considerando as conclusões antecedentes, ou seja, serem todos os demandados responsáveis pela prática de uma infração financeira, de natureza sancionatória e, ainda o D1 responsável pela prática de uma outra infração, da mesma natureza, impõe-se agora dilucidar e resolver a 4ª questão equacionada supra, que se prende com a verificação de circunstâncias que devem dar lugar à absolvição dos demandados e à dispensa de multa ou, na negativa, proceder-se à graduação daquela multa.

*

5.1. Absolvição

Como acima se procurou fundamentar e tendo por referência a infração financeira prevista no art.º 65º, n.º 1, al. l), da LOPTC, a norma legal, da contratação pública, que se considerou que foi violada pelos demandados, foi o art.º 370º, n.º 2, al. c), do CCP, na versão vigente à data dos factos respeitantes à adjudicação dos 4º, 7º e 8º contratos adicionais, nos termos da qual não podia ser adjudicada a execução de trabalhos a mais quando o preço atribuído a esses trabalhos, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, “ultrapasse 5% do preço contratual”.

Cumprе agora justificar os reflexos que o DL 149/2012 de 12.07 tem no presente caso, ao proceder à alteração daquela norma, passando aquele limite de 5% para 40% (art.º 2º) e revogando o n.º 3 do mesmo art.º 370º (atrás analisado) – cfr. art.º 4º do DL 149/2012.

Poder-se-á considerar que as alterações legislativas operadas pelo DL 149/2012 não tiveram reflexos nenhuns no presente caso na medida em que, nos termos do art.º 5º, n.º 1, de tal diploma legislativo, o mesmo só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados a partir da sua entrada em vigor, ou seja, 30 dias após a sua publicação.

Não subscrevemos tal interpretação.

Afigura-se-nos antes que estamos perante uma situação em que o facto, que era punível segundo a lei vigente no momento da sua prática, deixou de o ser por, à face da lei nova, não estarem preenchidos os elementos típicos da infração, ocorrendo assim como que uma eliminação da infração, com a inerente consequência, como a seguir se procurará fundamentar.

Com efeito, a limitação de aplicabilidade do regime do DL 149/2012 aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados a partir da sua



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

entrada em vigor, tem de entender-se de acordo com o princípio geral de aplicação da lei no tempo, no que tange à contratação pública. Princípio geral que se extrai do art.º 16º, n.º 1, do DL 18/2008 de 29.01, nos termos do qual a contratação pública se rege pela lei em vigor no momento em que se inicia o procedimento, ou seja, pela lei em vigor quanto é tomada a decisão de contratar – cfr. ainda art.º 36º, n.º 1, do CCP.

Compreende-se que o propósito do legislador foi o de tornar claro para todos os intervenientes no processo de contratação pública, que a lei aplicável aos procedimentos e ao contrato a celebrar é a que está em vigor quando é tomada a decisão de contratar. Desde logo para dar segurança jurídica aos futuros contratantes, por ser a lei conhecida por estes e assim saberem dos seus direitos e deveres à face dela, quando decidem concorrer.

Porém, no que tange ao regime substantivo da responsabilidade financeira sancionatória e em termos de aplicação da lei no tempo, não existe qualquer fundamento nem razão para ser aplicável aquele princípio geral da contratação pública. É antes aplicável, subsidiariamente, o disposto nos títulos I e II da parte geral do Código Penal, por força do estatuído no art.º 67º, n.º 4, da LOPTC.

Daqui decorre, desde logo, que só pode ser sancionado como infração financeira o facto descrito e declarado passível de sanção por lei anterior ao momento da sua prática e, ainda, que a sanção é determinada pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que depende – cfr. art.º 1º, n.º 1 e art.º 2º, n.º 1, ambos do Código Penal.

Compreende-se assim que, pese embora à data do início do procedimento⁴ subjacente ao contrato de empreitada em causa nos autos, a al. l) do n.º 1 do art.º 65º da LOPTC não acolhesse como infração financeira “a violação das normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública”, o que só veio a ocorrer com a redação dada a essa alínea pelo art.º 1º da Lei 61/2011 de 07.12, nada obsta à imputação da infração financeira em causa aos demandados.

Com efeito, à data das informações subscritas pelos D5 e D6, relativas aos 7º e 8º contratos adicionais e informação subscrita pelo D5 quanto ao 4º contrato adicional, e à data das adjudicações relativas aos mesmos contratos, tomada pelos D1 a D4, em 19.09.2013, 29.01.2015 e 31.07.2015, respetivamente, já a “violação das normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública” era considerada infração financeira, com previsão de multa como sanção.

Mas também decorre, da aplicação subsidiária daquela parte geral do Código Penal, às infrações financeiras sancionatórias, que o facto punível

⁴ 03.06.2011 - cfr. n.º 60 dos f. p.



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

segundo a lei vigente no momento da sua prática deixa de o ser se uma lei nova o eliminar do número das infrações – cfr. art.º 2º n.º 2, do Código Penal.

Ora, a citada al. l) do n.º 1 do art.º 65º da LOPTC, na redação dada pelo art.º 1º da Lei n.º 61/2011, só se completa, em termos de elementos típicos, com a concretização da norma legal ou regulamentar da contratação pública violada.

Na redação vigente à data da prática do facto punível a norma legal da contratação pública em causa previa que não podia ser ordenada a execução de trabalhos a mais quando o preço atribuído aos mesmos, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, ultrapassasse 5% do preço contratual.

Porém, na redação posterior, introduzida pelo art.º 2º do DL 149/2012, esse limite foi fixado em 40%. O legislador, ao ter aumentado, de 5% para 40%, a possibilidade de adjudicação de trabalhos a mais, passou a considerar que até este limite de 40%, não haveria violação de norma legal sobre a contratação pública.

Consequentemente a situação em causa nos autos – execução, como trabalhos a mais, no valor de 9,71% do preço contratual inicial - que constituía violação da lei contratual vigente no momento da sua prática, por ultrapassar o limite então fixado de 5%, deixou de constituir violação dessa mesma lei. Com efeito, à face da lei nova, os trabalhos a mais podem ir até ao valor de 40% do preço contratual inicial.

Assim, à face da lei nova, não estão preenchidos os elementos típicos da infração, por não haver violação de norma legal relativa à contratação pública, ocorrendo assim como que uma eliminação da infração.

Assim, por força do art.º 2º, n.º 2, do Código Penal, aplicável *ex vi* art.º 67º, n.º 4, da LOPTC, em face do regime introduzido pelo art.º 2º do DL 149/2012, não ocorreu a violação de qualquer norma legal relativa à contratação pública, pelo que não se verifica um dos pressupostos objetivos típicos da infração em causa e, nessa medida, devem os demandados ser absolvidos da infração financeira que lhes é imputada.

*

5.2. *Dispensa de pena*

O D1, quanto à infração de natureza sancionatória, prevista na al. h) do n.º 1 do art.º 65º, pugna pela sua absolvição.

Não existe, no entanto, fundamento para tal absolvição pois, ao contrário do que o D1 pretexta, mostram-se preenchidos os elementos típicos da infração, como acima se procurou evidenciar.

Afigura-se-nos, porém, justificar-se a dispensa de multa, como aliás o demandante pugnou nas suas alegações, em audiência.

Preceitua, na verdade, o n.º 8 do art.º 65º da LOPTC que “o Tribunal pode dispensar a aplicação da multa quando a culpa do demandado for diminuta e não houver lugar à reposição ou esta tiver sido efetuada”.



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

A circunstância de esta norma ter sido introduzida na LOPTC pelo art.º 2.º da Lei n.º 20/2015, de 09.03, ou seja, em momento posterior à prática da infração em causa nos autos, não será, a nosso ver, impeditivo da sua aplicação ao caso *sub judicio*.

Com efeito, no caso de sucessão de regimes legais, como é o ora em análise, por força do princípio geral de aplicação do regime que concretamente se mostre mais favorável, consagrado no art.º 2º, n.º 4, do Código Penal e aplicável *ex vi* art.º 67º, n.º 4, da LOPTC, nada impedirá a aplicação de tal norma, desde que se verifiquem os seus pressupostos.

Ora, não haverá dúvida quanto à verificação do requisito da parte final da norma, ou seja, não haver lugar a reposição.

Por outro lado, quanto ao pressuposto da culpa do demandado ser “diminuta”, cremos que os factos apurados apontam nesse sentido. Desde logo estamos perante a forma de culpa mais leve, ou seja, a negligência inconsciente, em que o D1 não foi alertado pelos serviços para a necessidade de submissão do contrato em causa a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nem por si próprio teve a perceção do incumprimento desse dever. Acresce que não existem recomendações ou censuras anteriores, por parte do Tribunal de Contas, em relação ao D1. Impõe-se ainda ponderar que não obstante o não envio para fiscalização prévia a entidade publicitou tal contrato no portal dos contratos públicos, em www.base.gov.pt (cfr. pág. 24 do relatório de auditoria), o que evidencia o propósito de cumprimento das disposições legais com vista a uma certa forma de controlo público da adjudicação. Finalmente é ainda de considerar que o valor do agravamento do encargo financeiro para o contrato em causa, na sequência da adjudicação dos trabalhos de alteração do pavimento da zona da Portaria, é diminuto⁵, isto ponderando o valor global do contrato de empreitada em causa (mais de 11 milhões de euros, incluindo aqui os valores dos contratos adicionais). Não terão sido assim razões de fracionamento da despesa, com vista a evitar a sua submissão a fiscalização prévia, que terão estado na origem do não envio do contrato em causa a este Tribunal, para submissão a fiscalização prévia.

Nesta medida cremos ser adequado concluir que se verificam os pressupostos legalmente exigidos para se proceder à dispensa de aplicação da multa, pelo que, não obstante o D1 ter cometido a referida infração de natureza sancionatória, prevista no art.º 65º, n.º 1, al. h), da LOPTC, deve ser dispensado da aplicação de multa.

Consequentemente, mostra-se prejudicado averiguar os termos em que se deveria fazer a graduação da multa.

⁵ Estamos a falar de € 27.345,40, considerando a diferença entre o valor dos trabalhos a mais (€ 46.167,16) e o valor dos trabalhos a menos (-€ 18.821,77))



Tribunal de Contas

Gabinete do Juiz Conselheiro

Não transitada em julgado

*

III – Decisão

Pelo exposto, ao abrigo dos preceitos legais citados, julgo a presente ação parcialmente improcedente e, em consequência:

1. *Absolvo os demandados da infração de natureza sancionatória, p. e p. no art.º 65º, n.º 1, al. l), da LOPTC, que lhes vinha imputada;*

2. *Considero o demandado Emílio Fernando Brogueira Dias, responsável pela prática de uma infração de natureza sancionatória, p. e p. no art.º 65º, n.ºs 1, al. h), da LOPTC, dispensando-o no entanto da aplicação de multa.*

Não são devidos emolumentos – cf. art.ºs 14º n.ºs 1 e 2, interpretados à *contrário sensu*, e art.º 15º, ambos do DL 66/96 de 31.05.

D. n., incluindo registo e notificações.

*

Lisboa, 09 de janeiro de 2018

(António Francisco Martins)