



SENTENÇA N.º18 /2012

Descritores:

Empreitada de conceção/construção/Erros do projeto/Responsabilidade por erros de conceção/ Responsabilidades financeiras sancionatória e reintegratória/Ajuste direto/Aplicação da lei mais favorável/Âmbito de aplicação da limitação da liberdade de escolha das entidades a convidar para participação no procedimento de ajuste direto.

Sumário:

1 - Nas empreitadas de conceção/construção, as despesas decorrentes de erros de conceção do projeto, salvo a exceção prevista no n.º 2 do artigo 37.º do DL 59/99, de 02/03, são da responsabilidade do empreiteiro, nos termos dos artigos 37.º, n.º 1, e 38.º do referido diploma legal;

2 – Os Demandados, ao terem decidido assumir, em nome da Câmara, a despesa decorrente de erros do projeto da empreitada (projeto de estabilidade), quando estes eram imputáveis ao empreiteiro, violaram o disposto nos artigos 37.º, n.º 1, e 38.º, do DL 59/99, de 02/03, e, por esta via, o disposto nos artigos 65.º, n.º 1, alínea b), e 59.º, nºs 4, 5 e 6, da LOPTC, incorrendo em responsabilidade financeira sancionatória e reintegratória.

3. Com a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, podem ser celebrados, por ajuste direto, contratos de empreitadas de obras



Tribunal de Contas

públicas, cujo valor seja inferior a €150.000 (vide artigo 19.º, n.º 1, alínea a));

4. Anteriormente, ou seja, com o Decreto-Lei n.º 59/99, de 02/03, podiam ser celebrados, por ajuste direto, contratos de empreitadas de obras públicas, cujo valor estimado fosse inferior a €24.939,89 ou a €4.987,98 (vide artigo 48.º, n.º 2, alíneas d) e e)), sendo que, em matéria de responsabilidade financeira sancionatória, se aplica a lei mais favorável (artigo 2.º, n.º 4, do Código Penal, aplicável “ex vi” do 80.º, alínea c) da LOPTC);

5. Tendo ficado provado que a autarquia local já havia adjudicado ao consórcio adjudicatário outros ajustes diretos, cujo valor acumulado era superior a €150.000, e que estes tiveram por objeto prestações completamente diversas do ajuste direto em causa, no montante de €50.065,83, teremos necessariamente que concluir que tal contrato podia ser celebrado por ajuste direto, por o mesmo não se subsumir no âmbito da proibição constante no n.º 2 do artigo 113.º do CCP, sendo este o regime concretamente mais favorável.



Tribunal de Contas

SENTENÇA N.º18 /2012

P. n.º 14 JRF/2011

1. RELATÓRIO.

1.1. O Ministério Público, junto do Tribunal de Contas, ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 57º nº 1, 58º nº 1, 59º nºs. 4, 5 e 6, 61º nºs. 1 e 6, 63º, 64º, 65º nºs 1 alínea b), 2 e 5, 67º e 89º e seguintes da Lei nº 98/97 de 26/07 (LOPTC), requereu o julgamento em processo de responsabilidades financeiras de: **Maria Adelaide Martins Gonçalves Sapinho, Joaquim José Martins Gonçalves Sapinho, Fernando Jorge Martins Gonçalves Sapinho e Rosa de Fátima Martins Gonçalves Sapinho**, todos na qualidade de sucessores do responsável financeiro **José Gonçalves Sapinho**, que, na gerência de 2007, era **Presidente da Câmara Municipal de Alcobaça; Alcina Maria Clemente Gonçalves**, na qualidade de Vereadora da CMA, na mesma gerência; **Hermínio José da Cruz Augusto Rodrigues**, na mesma qualidade e gerência; **Carlos Manuel Bonifácio**, na mesma qualidade e gerência; **José Fialho Vinagre**, na mesma qualidade e gerência; **Rogério Madeira Raimundo**, na mesma qualidade e gerência, embora sem pelouro e vencimento atribuído, e **Dulce Pedrosa Pedro Bagagem**, na mesma qualidade, embora sem pelouro e vencimento atribuído, no período compreendido entre 06/11/2006 e 01/10/2007.

Alega, em síntese, o seguinte:

- O Tribunal de Contas, por intermédio do Departamento do Controlo Concomitante (DCC), da 1ª Secção, empreendeu uma ação de fiscalização



Tribunal de Contas

concomitante à execução do contrato de empreitada de “Conceção/Construção das Piscinas Municipais de Pataias”;

- Tal contrato (inicial), havia sido celebrado, em 31 de Julho de 2006, entre a CMA e o Consórcio externo de responsabilidade solidária, constituído pelas Empresas “EDIFER – Construções Pires Coelho e Fernandes” e “COSTA CARVALHO, S.A.”, pelo valor de € 1.994.489,17 (s/IVA);
- Esse instrumento contratual foi remetido, ao Tribunal de Contas, em 8 de Agosto de 2006, dando origem ao Processo de Fiscalização Prévia nº 1423/06, tendo sido “visado”, em Sessão Diária de Visto, de 20 de Setembro de 2006;
- Esta ação concomitante, justificou-se, porque a empreitada sofreu diversas vicissitudes, a começar por um anterior procedimento concursal, seguido da adjudicação e do contrato, pelo valor de € 2.173.652,84 (s/IVA), remetido a “Visto” (Proc.. nº 426/06) e devolvido à CMA, a sua solicitação, que anulou tal adjudicação;
- Seguidamente, a CMA adjudicou, de novo, a empreitada, ao mesmo concorrente, mas à sua proposta variante, no valor de € 1.994.482,17 (...);
- A presente empreitada foi, maioritariamente, financiada por uma empresa privada (a “Cimentos Maceira – Pataias, S.A.”) que, por protocolo com a CMA, se comprometeu a doar-lhe o montante de € 1.250.000,00, ou em numerário, ou em materiais de construção (da marca “SECIL”);
- O regime de retribuição, ao empreiteiro, foi o do “preço global”, a obra foi consignada em 17.10.2006, o prazo previsto para a sua conclusão foi de 360 dias, houve três prorrogações de prazo (num total de 263 dias) e o seu termo ocorreu a 23 de Novembro de 2008 (data da sua inauguração – cf. Ofício nº 2933 da DOMA – 34-B de 24.03.2009);
- Estes quatro “contratos adicionais” representaram um acréscimo de € 105.120,91, (incluindo compensações de trabalhos “a mais” com trabalhos “a menos”), aumentando 5,27% ao valor da adjudicação;
- Desses “contratos adicionais”, dois deles (o 1º e o 3º) reportaram-se a trabalhos efetuados na sequência de reclamações do empreiteiro, embora



Tribunal de Contas

não admissíveis neste tipo de empreitada (concepção/construção), conforme ao disposto no artigo 37º do Decreto-Lei nº 59/99 de 02/03 (RJEOP);

- Isto, porque, tendo sido o próprio empreiteiro, o autor do projeto base, apenas a ele, deveria ter sido imputada a responsabilidade pelos eventuais erros, ou deficiências técnicas, daquele resultantes;
- Esta regra, apenas comportaria a exceção do projetista se ter baseado em dados fornecidos, sem reservas, pela dona da obra (a CMA), o que não se demonstrou neste caso;
- Consequentemente, nos termos do artigo 38º do RJEOP, era ao empreiteiro, que cabia a obrigação de custear as despesas decorrentes daqueles trabalhos;
- Contudo, relativamente ao “3º Contrato Adicional”, tendo ocorrido um problema semelhante ao acima descrito, a CMA deliberou, na sua reunião de 13 de Setembro de 2010, não proceder ao pagamento, ao Consórcio adjudicatário, do montante reclamado de € 19.746,32;
- Tal já não sucedeu ao nível do “1º Contrato Adicional”, onde a CMA, por deliberação de 06.06.2007, decidiu assumir o valor, reclamado pelo empreiteiro, de € 17.453,84, violando o disposto nos normativos citados (artigos. 37º e 38º do RJEOP);
- Tal deliberação, unânime, dos demandados D1, D3, D4, D5, D6 e D7, na citada reunião do executivo municipal, fê-los incorrer em responsabilidade financeira sancionatória e reintegratória, no aludido montante, acrescendo-lhe juros moratórios legalmente devidos;
- Tudo isto, porque se tratou de uma decisão administrativa ilegalmente assumida e que teve impactos financeiros ao nível da despesa pública da CMA, que se viu privada, injusta, indevida e ilegalmente, desse montante, que não era devido ao empreiteiro, por erros de projeto, que somente a ele seriam imputáveis;
- Todos os aludidos decisores públicos, nesta decisão, não atuaram com o cuidado, a atenção e a cautela necessárias para evitarem tal pagamento, ilegal e indevido, ao empreiteiro, do aludido montante financeiro, acabando por causar um dano à Autarquia, do qual ela ainda não foi ressarcida;



Tribunal de Contas

- Mas, se isto ocorreu ao nível do “1º Contrato Adicional”, outra ilegalidade veio, igualmente, a ter lugar, mas, agora, ao nível do “2º Contrato Adicional”, tendo intervindo todos os ora demandados.
- Com efeito, o objeto do “2º Contrato Adicional”, consistiu, essencialmente, na decisão da troca da cobertura do edifício, conforme estava projetada, por uma outra de diversa conceção e tecnologia.
- Contudo, essa decisão não foi motivada pela ocorrência de qualquer “circunstância imprevista”, que tivesse acontecido durante a execução da empreitada, mas apenas porque tal foi decidido livremente pela CMA, sob sugestão do empreiteiro (cf.. artigo. 26º do RJEOP).
- Tratou-se da substituição da cobertura, prevista na proposta (variante) adjudicada, que era em estrutura metálica, com teto falso em placas de “Viroc”, por uma outra em madeira lamelada e colada;
- O valor deste “adicional” foi de € 50.065,82 resultante da compensação entre trabalhos “a mais” e “a menos” (€ 213.621,87 - € 157.556,05), visto a opção tomada ser mais cara do que a inicialmente projetada;
- A CMA aprovou esta proposta do empreiteiro, (aleadamente, com fundamento no artigo. 30º do RJEOP), na reunião extraordinária do seu executivo, ocorrida em 24 de Setembro de 2007, com votos favoráveis de todos os demandados (com exceção da demandada Dulce Bagagem, que se absteve).
- A CMA nunca demonstrou quais as verdadeiras razões, subjacentes a esta proposta do empreiteiro, ou quaisquer “contactos bilaterais” registados sobre tal assunto, pelo que a situação referida jamais se poderia enquadrar na norma acima citada
- Não podendo, igualmente, enquadrar, tal decisão no artigo. 26º do RJEOP, por falta de pressupostos factuais, relativos à ocorrência de qualquer “circunstância imprevista”, que não aconteceu no decurso da obra, só lhe restaria abrir um procedimento prévio adequado ao valor contratual acrescido (cf. artigo. 48º nº 2 al. b) do RJEOP).
- Todavia, decidindo pelo “ajuste direto”, os ora demandados, preterindo o procedimento legalmente previsto, incorreram na prática de uma ilegalidade



Tribunal de Contas

administrativa, com impacto financeiro, ao nível do acréscimo da respetiva despesa pública, inicialmente prevista para esta empreitada.

- Tal ilegalidade, traduziu-se na prática de uma “infração financeira sancionatória”, prevista pela al. b) do nº 1 do artigo. 65º da LOPTC, punível com penas de multa aplicáveis a cada um dos aludidos decisores públicos (a última demandada responde nos termos dos artigos. 28º do CPA e 93º da Lei nº 169/99 de 18/09 – Lei das Autarquias Locais).
- Com efeito, o artigo. 30º do RJEOP (justificado pela CMA), apenas conferia, ao empreiteiro, a faculdade de propor, no decurso da obra, alterações a partes ainda não executadas do projeto e o direito a receber metade do benefício económico resultante dessas alterações.
- Todavia, no caso em apreço, o empreiteiro proponente da alteração da cobertura foi o mesmo que, em fase de concurso, apresentou duas propostas (base e variante), supostamente com as melhores soluções técnicas e financeiras, o que foi aprovado pela dona da obra (que lhe adjudicou a empreitada).
- Logo, as ditas alterações, à cobertura do edifício, propostas durante a execução da obra (cf. artigo. 30º citado), tinham de se fundamentar em circunstâncias que, o empreiteiro, à data da apresentação da proposta, ou não conhecia, ou não controlava, o que não foi o caso.
- Por outro lado, desta alteração, não somente não resultou uma economia, como, ao contrário, resultou um acréscimo de despesa pública, tal como já foi acima referido.
- Os ora demandados **A), B), C), D), E) e F)**, já haviam sido objeto de “recomendações”, deste Tribunal, enquadráveis nas alíneas b) e c) do nº 8 do artigo. 65º da LOPTC (cf. Processo nº 30/2008 – Auditoria – 1ª Secção, a que correspondeu o Relatório nº 06/2010, aprovado em 17.10.2010).
- Com tal fundamento, não puderam, assim, beneficiar da eventual “relevação” das suas responsabilidades, conforme foi decidido no termo desta ação concomitante, por ausência da verificação daquele pressuposto legal (cf. artigo. 65º nº 8 al. c) da LOPTC);



Tribunal de Contas

- Acresce que, no caso concreto e, tendo em conta o valor da adjudicação do “2º Contrato Adicional” (€ 56.065,82) e o disposto no artigo 19º do CCP, este diploma teria de ser aplicável na sua unidade normativa, caso se demonstrasse ser, em concreto, mais favorável aos infratores (ajuste direto legal nas empreitadas até € 150.000,00).
- Sucede, porém, que foi violado o disposto no nº 2 do artº. 113º do CCP, visto que, à mesma entidade adjudicatória (EDIFER), já haviam sido adjudicados, também por “ajustes diretos”, vários contratos adicionais, nos anos de 2005, 2006 e no próprio ano de (2007).
- Tais contratos, cumulativamente, ascenderam ao montante de € 990.058,87, muito acima, portanto, do novo valor legalmente admitido, no artº. 19º do CCP (até € 150.000,00) para o “ajuste direto” nas empreitadas, por uma única entidade adjudicante¹
- Por conseguinte, ainda que a não-punibilidade pudesse ser deferida face ao valor deste contrato (2º adicional), por efeito da norma supostamente mais favorável (artigo. 19º do CCP), a isso obstaría o disposto no nº 2 do artigo. 113º do CCP, visto se tratar de sucessivas adjudicações por “ajustes diretos”, pela mesma adjudicante, ao mesmo adjudicatário, em três gerências consecutivas (2005, 2006 e 2007).
- Atento este fundamento legal, deverá ter aplicação, ao presente caso, o disposto nas normas, acima citadas, do Decreto-Lei nº 59/99 de 02/03 (RJEOP), plenamente vigente à data da adjudicação (24.09.2007).

Nesta conformidade, os ora demandados, cometeram as seguintes infrações financeiras:

I) De natureza sancionatória:

a). Pela assunção de uma despesa pública no montante de € 17.453,84, em consequência da deliberação de 06.06.2007, onde participaram os demandados **A), C), D), E), F), e G)**, que deveria ter sido suportada pelo adjudicatário, nos termos dos

¹ Vide Relatório nº 6/2010 – 1ª S. Os 20 contratos adicionais que constituíram o objecto de análise daquele relatório foram celebrados em 2005, 2006 e 2007, com um montante total de 916.539,21 €, alegadamente fundamentados em critérios materiais mas com violação de lei nessa matéria, no que respeita a parte desses adicionais, no montante de 498.662,86 €.



Tribunal de Contas

artigos. 37º e 38º do RJEOP, cujas normas foram postergadas: na infração prevista na al. b) do nº 1 do artigo. 65º do RJEOP.

b). Pela realização de novos trabalhos (cobertura), não enquadráveis nos artigos. 26º e 30º do RJEOP, por “ajuste direto”, com preterição do procedimento legalmente adequado (cf. artigo. 48º nº 2 al. b) do RJEOP), tomada por todos os demandados na sessão de 24.09.2007: na prática de idêntica infração.

II) Da natureza reintegratória:

a) Relativamente à mesma situação referida na al. a) do ponto anterior, imputável aos mesmos seis demandados, solidariamente responsáveis pela reposição do aludido montante, a favor da CMA, acrescido dos juros moratórios legalmente devidos, atenta a infração prevista nos nºs. 4, 5 e 6 do artigo 59º da LOPTC.

Em função dessas infrações financeiras sancionatórias, o Ministério Público requer a condenação dos demandados nas seguintes penas de multa:

A) José Gonçalves Sapinho: por cada uma das aludidas infrações, nas penas parcelares de 20 Unidades de Conta e de 15 Unidades de Conta (UC: € 96,00 em 2007), a que corresponde a pena única de € 3.360,00.

B) Alcina Maria Clemente Gonçalves: como apenas participou na segunda deliberação (24.09.2007), na multa única de 15 UC, a que corresponde o montante de € 1.440,00.

C) Hermínio José da Cruz Augusto Rodrigues,

D) Carlos Manuel Bonifácio e

E) José Fialho Vinagre: por cada uma das aludidas infracções nas penas parcelares de 17 UC e de 15 UC, a que corresponde a pena única no montante de € 3.072,00.

F) Rogério Madeira Raimundo e

G) Dulce Pedrosa Pedro Bagagem: por cada uma das mesmas infracções, nas penas parcelares mínimas de 15 UC, a que corresponde a pena única no montante de € 2.880,00.



1.2. Na contestação, alegam, em síntese, os Demandados:

- Não é exata a afirmação contida no artigo 11 do R.I. de que o empreiteiro foi o autor do projeto base;
- Na verdade, o projeto base ou projeto de arquitetura foi elaborado pelo próprio Município;
- No contrato de empreitada não se previu a elaboração de qualquer projeto de arquitetura, mas sim dos projetos da rede de esgotos pluviais e de estabilidade;
- A componente “conceção” do procedimento concursal limitou-se à elaboração destes projetos;
- Pelo que o objeto do contrato compreendeu a conceção de tais projetos e a construção da obra;
- A acusação assenta, em larga medida, num erro sobre os pressupostos de facto relativos ao objeto do contrato;
- Erro esse que consistiu em partir do pressuposto de que o projeto base tinha sido elaborado pelo empreiteiro, para concluir que era “apenas a ele que deveria ter sido imputada a responsabilidade pelos eventuais erros ou deficiências técnicas daquele resultantes”;
- Ora, o projeto base foi elaborado por um arquiteto do Município, tendo o empreiteiro baseado os projetos por si elaborados nos dados fornecidos, sem reservas, pelo dono da obra;
- O 1.º contrato adicional, no valor €17.453,84, teve por objeto a alteração aos projetos de esgotos pluviais e ao projeto de estabilidade;
- Esses trabalhos a mais justificaram-se pelo fato de os projetos de especialidade a cargo do empreiteiro terem sido realizados tomando por referência o projeto de arquitetura previamente elaborado pelo Município;
- Com efeito, é o projeto de arquitetura que, por definir a estrutura interna e as funcionalidades das várias zonas de edificação, serve de orientação à conceção dos projetos das especialidades;



Tribunal de Contas

- Porém, o projeto de arquitetura não refletiu fielmente as características do terreno onde a obra iria ser construída, provocando inaptidões nos projetos de especialidades elaborados pelo empreiteiro;
- As prospeções realizadas pelo dono da obra forneceram determinados dados sobre o terreno, tendo o empreiteiro elaborado o projeto da rede de esgotos pluviais e o projeto de estabilidade em conformidade com esses dados;
- No entanto, o reconhecimento do nível freático do solo não se revelou fiável, *“tendo sido prejudicado pelo facto de se ter realizado num ano particularmente seco”*;
- Na execução da obra veio a concluir-se que o nível freático era mais elevado, o que invalidava os projetos de especialidades elaborados pelo empreiteiro.
- Era absolutamente imprevisível o facto de que o nível freático do terreno estaria, no momento da realização das obras, a um nível muito superior ao determinado anteriormente;
- A desconformidade dos dados recolhidos sobre o nível freático do terreno com a realidade existente aquando da execução dos trabalhos provocou a ineptidão dos projetos de especialidade elaborados pelo empreiteiro, sendo que essa ineptidão só podia ser verificada durante a execução da obra, como de facto foi, e só podia ser corrigida através dos trabalhos a mais que foram objeto deste contrato adicional;
- A decisão de celebrar este contrato adicional fundamentou-se na Informação n.º 7, de 28-3-2007, na qual se conclui, entre o mais, *“que a pretensão do adjudicatário deve ser enquadrada na exceção prevista no n.º 2 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 02/03 e, como tal, tratada como uma retificação de erros e omissões do projeto da responsabilidade do Dono da Obra”*;
- O 2.º contrato adicional, no valor de €56.065,82, teve por objeto a alteração da cobertura da piscina.



Tribunal de Contas

- Durante a execução do contrato a C.M. foi informada de que a cobertura das piscinas da Benedita apresentava problemas de corrosão (vide Informação n.º 36A de 16-02-2007);
- Entendeu, assim, a C.M. que era preferível dotar a piscina de Pataias – que ficava situada nas imediações da orla marítima – de uma cobertura não metálica que pudesse resistir mais longamente aos efeitos corrosivos do ar do mar;
- Foi então solicitado ao empreiteiro que apresentasse uma solução alternativa à cobertura metálica, tendo este elaborado uma proposta inovadora: uma cobertura com estrutura em madeira lamelada e revestimento com ripado de madeira e telas PVC;
- Esta proposta foi objeto de concordância por parte do arquiteto autor do projeto de arquitetura (Informação n.º 86/07, de 10-09-2007);
- Este contrato adicional foi elaborado por motivos imprevistos, uma vez que a C.M. só, após a adjudicação, tomou conhecimento de que a cobertura metálica das piscinas da Benedita apresentava sinais de corrosão;
- Prevendo-se que o mesmo efeito corrosivo se verificaria, mas mais rapidamente e com maior intensidade, nas piscinas de Pataias, uma vez que estas ficavam nas proximidades do mar;
- Daí a opção pela cobertura de madeira, que apesar de mais onerosa do que a cobertura metálica, se iria traduzir, a longo prazo, na poupança de muitos milhares de euros em obras de conservação e pintura;
- Os dois contratos adicionais suportados pelo Município perfazem o valor de €73.519,66, valor esse que corresponde a 3,68% do valor do contrato (€1.994.484,17);
- Esse valor representa uma percentagem muito inferior às previstas nos nºs 1 e 2 do artigo 45.º do Decreto-Lei, razão pela qual não havia necessidade de realizar novo procedimento concursal para a realização desses trabalhos;
- Os Demandados apoiaram-se em informações técnicas elaboradas pelos serviços municipais, tendo deliberado com fundamento nelas;



Tribunal de Contas

- Agiram com cuidado e diligência, procurando acautelar o interesse público;
- Não é verdade que os Demandados já tivessem sido objeto de recomendações anteriores (artigo 33.º do R.I.), uma vez que o Proc. n.º 30/2008 é posterior à empreitada em causa;
- A sua conduta não merece censura, não configurando a prática de qualquer infração sancionatória;
- Como se disse, o dono da obra forneceu, sem reservas, aos concorrentes elementos constantes do projeto base de arquitetura por si elaborado, tendo esses elementos induzido em erro o empreiteiro na elaboração dos projetos das especialidades a seu cargo;
- A conduta dos Demandados está em consonância com o Acórdão do Tribunal de Contas n.º 36/2000, de 19-12-2000, (Proc. n.º 50/00/SRMTC);
- Da interpretação “*a contrario*” das Conclusões da pág. 57 do Relatório n.º 5/2011 do Tribunal de Contas, firmadas sobre a matéria dos presentes autos, o contrato adicional relativo aos projetos adjudicados podia ser celebrado à luz do artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 59/99, razão pela qual releva a não punibilidade das condutas dos Demandados, por força da entrada em vigor do CCP e do seu artigo 19.º, al. a).

Termos em que pedem a absolvição dos Demandados.

1.3. Por sentença de 38 a 40 do processo apenso, de 8 de Maio de 2012, e porque o Presidente da Câmara de Alcobaça já havia falecido e lhe tinha sido imputada responsabilidade financeira reintegratória, foram declarados habilitados os seus sucessores, para com estes, prosseguirem os autos.



Tribunal de Contas

2. FUNDAMENTAÇÃO.

2.1. Factos provados em sede de julgamento:

A) O Tribunal de Contas, através do Departamento do Controlo Concomitante (DCC), da 1ª Secção, procedeu a uma ação de fiscalização concomitante à execução do contrato de empreitada de “*Conceção/Construção das Piscinas Municipais de Pataias*”.

(vide proc. de auditoria n.º 2/2006, bem como o respetivo relatório de auditoria com o n.º 5/2011);

B) Tal contrato (inicial) foi celebrado, em **31JUL2006**, entre a CMA e o consórcio constituído pelas sociedades “EDIFER – Construções Pires Coelho e Fernandes” e “COSTA CARVALHO, S.A.”, pelo valor de **€ 1.994.489,17** (s/IVA), na sequência de concurso público, publicado no D. R. n.º 109, de 7JUL2005.

(vide documentos supra referidos, bem como o processo de fiscalização prévia n.º 1423/06);

C) O referido contrato foi remetido ao Tribunal de Contas, em 8AGO 2006, dando origem ao processo de fiscalização prévia n.º 1423/06, que foi visado, em Sessão Diária de Visto, de 20SET2006.

(vide proc. 1423/06);

D) Esta ação concomitante justificou-se, entre o mais, por a empreitada ter sofrido diversas vicissitudes, a começar por um anterior procedimento concursal seguido da adjudicação e do contrato, pelo valor de € 2.173.652,84 (s/IVA), remetido a “Visto” (Proc. n.º 426/06) e devolvido à CMA, a sua solicitação, que anulou tal adjudicação.

(vide documentos supra referidos);

E) Seguidamente, a CMA adjudicou, de novo, a empreitada ao mesmo concorrente, mas à sua proposta variante, no valor de € 1.994.489,17.

(vide proc. 1423/06);



Tribunal de Contas

F) A presente empreitada foi, maioritariamente, financiada por uma empresa privada (a “Cimentos Maceira – Pataias, S.A.”) que, por protocolo com a CMA, se comprometeu a doar-lhe o montante de € 1.250.000,00, ou em numerário, ou em materiais de construção (da marca “SECIL”).

(vide documentos supra referidos);

G) O regime de retribuição, ao empreiteiro, foi o do “preço global”, a obra foi consignada em 17OUT2006, o prazo previsto para a sua conclusão foi de 360 dias, houve três prorrogações de prazo (num total de 263 dias) e a sua inauguração ocorreu a 23NOV2008.

(cf. ofício nº 2933 da DOMA – 34-B, de 24.03.2009).

H) O “Programa do Concurso”, que aqui se dá por reproduzido, estipulava, entre o mais, o seguinte:

“0- Objetivo do concurso

0.1- *O presente concurso tem por objetivo a seleção de um concorrente visando a celebração de um contrato para a elaboração dos projetos de execução das especialidades relativos à obra de construção das Piscinas Municipais de Pataias e posterior execução das respetivas obras.*

02- *O concurso tem por base as condições expressas no presente programa, caderno de encargos e no projeto de Arquitetura.*

03- *Salvo impossibilidade técnica, não são autorizadas alterações à Arquitetura.*

04- *O caderno de encargos especificará em anexo uma lista de materiais e respetivos preços unitários, a aplicar na obra que serão fornecidos pelo dono da obra.*

03- *A execução dos trabalhos desenrolar-se-á em duas fases, a saber:*

Fase 1 – Revisão dos projetos base, sua aprovação e elaboração dos projetos de execução;

Fase 2 – Execução das obras correspondentes aos projetos elaborados e aprovados.



Tribunal de Contas

0.4- A fase 1 compreenderá a aprovação pelas diversas entidades dos respectivos projetos, diligências que ficarão a cargo do adjudicatário e que se incluirão obrigatoriamente no prazo global para a realização dos trabalhos.

0.5- Constitui encargo do adjudicatário a realização dos estudos e análises indispensáveis à elaboração dos projetos e das cláusulas técnicas das diferentes especialidades.²

(...)

3- Inspeção do local dos trabalhos

Durante o prazo do concurso, os interessados poderão inspecionar os locais de execução da obra e realizar neles os reconhecimentos que entenderem indispensáveis à elaboração das suas propostas.

(...)

13- Proposta base:

13.1- Como parte integrante da proposta, os concorrentes deverão conceber e entregar os projetos base da globalidade da empreitada, em conformidade com o disposto nos artigos 11.º e 13.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

13.2- A elaboração e apresentação, pelos concorrentes do projeto base, em regime de conceção/execução, respeitará o caderno de encargos e o projeto de Arquitetura, cujos elementos fazem parte integrante do processo de concurso.

(...).

13.7- Os projetos base serão compostos pelas peças escritas e desenhadas (...). Independentemente da apresentação de outros projetos que o concorrente julgue necessários para valorizar a sua proposta, deverão ser elaborados, separadamente ou agrupados, os seguintes projetos:

a) Estabilidade

b) Águas e esgotos

(...)

13.8- Os projetos referidos no número anterior, além das peças desenhadas, deverão no mínimo conter:

a) Memórias descritivas e justificativas das soluções adotadas, bem como descrição de todos os equipamentos propostos e respetiva identificação;

² A numeração, embora errada, é a que consta *ipsis verbis* do “Programa do Concurso”.



Tribunal de Contas

*b) Cláusulas técnicas do caderno de encargos relativas a todas as especialidades.
(...).*

16- Documentos que instruem a proposta:

16.1 – A proposta é instruída com os seguintes documentos:

a) Nota justificativa do preço proposto;

b) Projeto base de acordo com os pontos 13.7 a 13.10 deste programa;

(...).”

(vide doc. de fls. 130 a 141 deste processo);

I) Dou, aqui, por inteiramente reproduzido o “Caderno de Encargos” “Cláusulas Gerais” e “Cláusulas Complementares”, junto ao Proc. Auditoria n.º 2/2006, de fls. 509 a 527 e de fls. 528 a 531

No ponto 7 das “Cláusulas Gerais”, diz-se:

“7- Condições de execução da empreitada:

7.1. Informações preliminares sobre o local da obra:

7.1.1 – Independentemente das informações fornecidas nos documentos integrados no contrato, entende-se que o empreiteiro se inteirou localmente das condições aparentes de realização dos trabalhos referentes à empreitada.

7.1.2 – A falta de informações relativas às condições locais, ou a sua inexatidão, só poderá servir de fundamento para as reclamações quando os trabalhos a que der origem não estejam previstos no projeto nem sejam notoriamente previsíveis na inspeção local realizada na fase do concurso.”.

No ponto 13.4 das Cláusulas Complementares, sob a epígrafe “Reclamações quanto a erros e omissões”, diz-se:

“Dado tratar-se de uma empreitada com projeto da exclusiva responsabilidade do adjudicatário, não serão admitidas reclamações quanto a erros e omissões”

No ponto 13.5 das Cláusulas Complementares, sob a epígrafe “Elaboração dos projetos”, diz-se, entre o mais, o seguinte:



Tribunal de Contas

13.5.1 – Os projetos de execução serão elaborados a partir de projetos base apresentadas a concurso, nas eventuais alterações introduzidas de acordo com o estabelecido no n.º 13.7 do programa do concurso e nas alterações eventualmente impostas pelas entidades que devem aprovar os respetivos projetos.

(...)”.

J) No decurso da execução da obra foram celebrados quatro adicionais, nas seguintes condições:

Nº	Natureza dos trabalhos	Data da celebração	Data da remessa ao TC	Data do início de execução	Valor (s/IVA) €	Valor acumulado ^{3/A}	%	
							Cont. Inicial	Acumul .
1º	Trabalhos a mais	30.10.2007	06.12.2007	Não indicada	17.453,84	2.011.943,01	0,88	100,88
2º	Trabalhos a mais	30.10.2007	06.12.2007	Não indicada	56.065,82	2.068.008,83	2,81	103,69
3º	Erros e omissões	18.11.2008	20.11.2008	01.06.2008	19.746,32	2.087.755,15	0,99	104,68
4º	Trabalhos a mais	16.12.2008	17.12.2008	18.03.2008	11.854,93	2.099.610,08	0,59	105,27

K) Dou, aqui, por inteiramente reproduzido o documento de fls. 107 e 108 junto pelos Demandados em audiência, para a prova do alegado no artigo 66.º da contestação;

L) Desses contratos adicionais, dois deles (o 1º e o 3º) reportaram-se a trabalhos efetuados na sequência de reclamações do empreiteiro – vide processo de auditoria e respetivo relatório.

(vide processo de auditoria e respetivo relatório);

M) Por deliberação do executivo camarário de 6JUN2007, e com referência ao 1.º contrato adicional, foi aprovada “a proposta de alteração aos projetos da rede de esgotos pluviais e projeto de estabilidade”, no montante de €17.453,84.

(vide processo de auditoria e respetivo relatório);

³ Valor da adjudicação acrescido dos valores correspondentes aos sucessivos contratos adicionais.

⁴ Este acumulado apresenta uma divergência de 57.023,26 € relativamente ao total dos trabalhos medidos.



Tribunal de Contas

N) A referida deliberação, na qual participaram os Demandados D1, D3, D4, D5, D6 e D7, fundamentou-se “nas *Informações prestadas pelos Senhores Chefe de Divisão de Obras Municipais e Diretor do Departamento Técnico, datadas de 3 e 16 de Abril de 2007*”.

(vide processo de auditoria e respetivo relatório);

O) Com referência ao 1.º adicional, o consórcio adjudicatário, em Fevereiro de 2007, elaborou a “Nota Justificativa”, que se transcreve:

“A presente Nota Justificativa refere-se à alteração do sistema de impermeabilização e de drenagem da cave das Piscinas Municipais de Pataias.

Com o objetivo de efetuar um reconhecimento do solo de fundação foi executado, em fase de concurso (12/12/2005), um poço no local da obra com a profundidade aproximada de 4 m. Nesta prospeção constatou-se que o solo era composto por uma camada de areia amarelada sem coesão, não tendo sido detetada água no solo.

Após a adjudicação da obra, com o objetivo de complementar o conhecimento existente sobre o solo de fundação, foram efetuadas sondagens ao solo pela empresa Tecnasol FGE em 29/11/2006. Estas sondagens confirmaram a existência de uma camada de areia amarela com a espessura da ordem de 7 metros, assente sobre uma camada de argila siltosa. Foi também detetado o nível freático a uma profundidade de cerca de 3m abaixo do nível do futuro piso da piscina, isto é, cerca de 1,3m acima das fundações do piso técnico.

A inexistência de nível freático no poço efetuado em Dezembro de 2005 justifica-se pelo facto de nesse ano a pluviosidade ter sido muito reduzida. A camada de argila impermeável subjacente às areias faz com que, em anos de pluviosidade normal, o nível freático suba para o nível detetado em 2006.

Estando o nível freático acima das fundações da zona do piso técnico, e acima da cota de limpo deste piso, tornou-se necessário garantir a impermeabilização de toda a zona da cave abaixo da cota – 3.0. Para o efeito o projeto sofreu as seguintes alterações:



Tribunal de Contas

1. *Com o objetivo de criar uma barreira física às águas freáticas e de garantir o equilíbrio das pressões hidrostáticas ascendentes no pavimento do piso técnico, foi alargada a laje de fundação a toda a área do piso técnico;*
2. *Os muros e fundações foram impermeabilizados com um sistema apropriado a esta situação, constituído por mantas impregnadas com argila bentonítica;*
3. *Foi criado um sistema de drenagem da camada de enrocamento, situado entre a laje de fundação e o massame do piso técnico, com o propósito de drenar para o poço de bombagem eventuais repassos que possam surgir;*
4. *Foi eliminado o sistema de impermeabilização e drenagem dos muros periféricos do projeto inicial;*

P) Com referência ao 1.º adicional, em 28MAR2007, o Eng.º João Neves, em nome da fiscalização da obra e em informação dirigida ao Chefe de Divisão de Obras Municipais (C.D.O.M.) da CMA, diz o seguinte:

“INFORMAÇÃO Nº. 07

Para: Sr. C.D.O.M.

Empreitada: 0515 P – Piscinas Municipais de Pataias

Assunto: Proposta de alteração aos projetos da rede de esgotos pluviais e projeto de estabilidade

Na sequência da apresentação do relatório preliminar da campanha de sondagens geotécnicas realizada no âmbito da empreitada 0515 P (em anexo), teve lugar a 04/01/2007 uma reunião de obra que juntou representantes do Dono de Obra, Consórcio Construtor e ainda projetistas da estabilidade e rede de esgotos.

Nessa reunião foram analisados os resultados preliminares da prospeção realizada, designadamente no que concerne a dois aspetos:

i) Capacidade resistente do solo;

ii) Nível freático.

Quanto à capacidade resistente do solo, o parecer do projetista da especialidade foi no sentido de que os resultados obtidos não alteram os pressupostos adotados em



Tribunal de Contas

projeto. Este parecer foi transmitido na presente reunião e, mais tarde, na nota justificativa enviada via fax a 19/02/07 (em anexo).

Nota: Relativamente às conclusões do relatório, designadamente no que respeita às fundações, foi chamada a atenção do projetista relativamente ao primeiro parágrafo da pág. 11.

Já no que respeita à presença de água nos solos, foi detetada o nível freático a uma profundidade estabilizada de cerca de 3,0 m, o que significa que se situa 0,8 acima do nível do piso da galeria técnica. De acordo com a equipa projetista, esta situação não havia sido detetada no reconhecimento efetuado pelo adjudicatário durante a fase de concurso e, como tal, não havia sido tida em conta na elaboração dos projetos.

Após análise das implicações a nível de projeto da existência de um nível freático tão elevado, conclui-se o seguinte:

a) Impermeabilizações

Encontrava-se contemplado no artigo. 5.2 do Cap.5 do projeto de estabilidade da presente empreitada, o trabalho de:

“Drenagem pelo exterior das paredes enterradas, constituída por pintura betuminosa, manta drenante, tubo geodreno perfurado, feltro geotêxtil envolto em brita miúda, caixas de ligação e todos os trabalhos necessários”.

Esta descrição não tem tradução nas peças desenhadas nem no projeto da rede de esgotos. De acordo com o projetista, a área considerada (481,0m²) destinava-se apenas a fazer a drenagem das águas provenientes de escorrências superficiais nas paredes periféricas da galeria técnica.

A hipótese de drenagem do nível freático implicava a extensão da impermeabilização a todas as superfícies em contacto com o solo. No entanto, esta solução tinha fortes desvantagens uma vez que implicava o funcionamento em permanência do grupo de bombagem existente, ou eventualmente, a execução de um coletor a uma cota que permitisse o escoamento por gravidade. O coletor em questão teria uma extensão considerável e atravessaria vias rodoviárias existentes. Também a nível da estabilidade a drenagem de um caudal tão significativo poderia ser problemática atendendo ao tipo de solo em presença e ao conseqüente risco de arrastamento de finos.



Tribunal de Contas

Como alternativa à drenagem do nível freático, foi proposta pela equipa projetista a impermeabilização pelo exterior de todos os muros e fundações do piso -1. A solução a utilizar encontra-se descrita na nota justificativa anexa e consiste na aplicação de uma manta impregnada de argila bentonítica na envolvente exterior dos elementos em contacto com o solo.

b) Projeto de estabilidade

O projeto de estabilidade aprovado previa a execução de uma área de pavimento térreo ao nível da galeria técnica. Este pavimento não suportaria, por si só, a impulsão hidroestática resultante da ação do nível freático.

É assim proposta pelo projetista da especialidade, a execução de um ensoleiramento geral em substituição das áreas de pavimento térreo. A solução adotada encontra-se descrita e pormenorizada na memória justificativa e desenhos anexos.

Note-se que, as alterações introduzidas aos projetos de estabilidade e rede de esgotos são de todo imprescindíveis à conclusão dos trabalhos em curso.

Vem o Consórcio Construtor apresentar, por intermédio do ofício N/Refª 004408 de 21/03/2007, em anexo, um levantamento dos trabalhos e quantidades necessárias à implementação das alterações expostas nas alíneas a) e b) da presente informação. Este levantamento conduz, por aplicação de preços contratuais e de um novo preço para o trabalho de natureza não prevista, a um diferencial de 17.453,84 € a favor do adjudicatário.

Ora, consiste a presente obra numa empreitada por preço global, no regime de conceção/construção. De acordo com o previsto no artigo. 10º do Decreto-Lei nº. 59/99, de 02/03, cabe neste caso ao Dono de Obra definir, com a maior precisão, as características da obra e as condições técnicas da sua execução.

Sendo uma empreitada de conceção/construção julga-se que, constituiria obrigação do Dono de Obra fornecer todos os elementos necessários, de forma a que os concorrentes pudessem ter um conhecimento exaustivo das características do terreno, antes da elaboração do projeto base.

O Caderno de Encargos posto a concurso é completamente omissivo relativamente às características geotécnicas do terreno, e relativamente à estabilidade, apresenta apenas uma breve descrição da solução a adotar ao nível da superestrutura.



Tribunal de Contas

Entende-se que, nestas condições, não seria exigível aos concorrentes a realização de sondagens geotécnicas prévias à elaboração do projeto base. Consequentemente, considera-se que o reconhecimento do solo efetuado pelo adjudicatário em fase de concurso foi suficiente, tendo sido prejudicado pelo facto de se ter realizado num ano particularmente seco.

Nas cláusulas complementares do caderno de encargos de empreitada 0515 P, no seu ponto 13.4, refere-se que, dado tratar-se de uma empreitada com projeto da exclusiva responsabilidade do adjudicatário, não serão admitidas reclamações quanto a Erros e Omissões de Projeto. Contudo, entende-se que a cláusula em questão não deve ser interpretada de forma contrária à lei geral.

Tendo em conta o exposto anteriormente, julga-se que a pretensão do adjudicatário deve ser enquadrada na exceção prevista no nº2 do artigo. 15º do Decreto-Lei nº. 59/99, de 02/03 e, como tal, tratada como uma retificação de erros e omissões de projeto da responsabilidade do Dono da Obra. Esta pretensão é formulada pela primeira vez por ofício recebido a 19/02/2007 e retificada a 21/03/2007. Se a data a considerar para o início da contagem do prazo para a apresentação da reclamação for o da apresentação das alterações a introduzir aos projetos aprovados, julgo que será de fixar o início da sua contagem no dia 13/02/2007 (data da receção pelo Dono da Obra, via correio eletrónico, da memória descritiva do projetista). A questão da contagem dos prazos suscita dúvidas, uma vez que a deteção do nível freático ocorreu muito antes à apresentação das alterações aos projetos (pelo menos desde a reunião de 04/01/2007 em que foi analisado o relatório geotécnico preliminar). No entanto, entende-se que apenas após a retificação dos projetos foi possível ao empreiteiro quantificar com exatidão o valor das alterações a introduzir. Em caso de deferimento superior das alterações propostas aos projetos, entende-se que será de aceitar a reclamação do Consórcio Construtor, acrescendo ao valor de adjudicação da empreitada o montante total de 17.453,84 € (dezassete mil, quatrocentos e cinquenta e três euros e oitenta e quatro cêntimos). Este valor encontra-se justificado nas folhas de medição em anexo.

O deferimento da proposta implica a prorrogação do prazo da empreitada, sendo esta questão abordada na Inf. Nº. 8.

Em anexo:



Tribunal de Contas

- *Relatório Geológico-Geotécnico;*
 - *Nota justificativa dos trabalhos de impermeabilização. Refª 002358 de 14/02/2007;*
 - *Ofícios Refª 004408 e 002606 de 21/03/2007 e 19/02/2007, respetivamente”.*
- (vide doc.de fls. 55 a 58 do presente processo);

Q) Sobre a Informação que antecede, recai o despacho do Chefe de Divisão de Obras Municipais de 3ABR2007, cujo teor se transcreve:

“ Ao Sr. DDT.

Concordo com a informação prestada pelo Sr. Eng.º João Neves, devendo esta retificação ser enquadrada no nº. 2 do artigo 15º do Decreto-Lei 59/99 de 2 de Março.

Deste modo sugiro que seja celebrado um contrato adicional de uma das seguintes formas:

A - Considerar um agravamento de custo com o preço unitário e valor global de 17.453,84 €;

B – B1 – Considerar um valor global de 23.461,28 € c/ base nos preços unitários apresentados e

B2 – Considerar um Auto de trabalhos a menos no valor de 6.002,88 €”.

R) Na sequência do despacho que antecede, o Diretor do Departamento Técnico (DDT), em 16ABR2007, profere o seguinte despacho:

“Julgo de remeter à Reunião da Câmara. Embora, em termos formais, a minha preferência incida sobre a 2.ª das hipóteses colocada pelo Sr. Eng.º CDOM, por questões (...), julgo preferível adotar a 1.ª metodologia”;

S) No mapa de quantidades do consórcio adjudicatário consta, no Capítulo “Trabalhos Preparatórios”, um item com a designação de “Prospecção geológica/geotécnica do terreno para implantação da obra”, a que se atribui o valor unitário e total de €1.808,69.

(vide processo de fiscalização prévia);



Tribunal de Contas

T) No mapa de trabalhos do consórcio adjudicatário consta um item com a designação “Prospecção Geológica”, com a duração de 1 semana.

(vide processo de fiscalização prévia);

U) No ponto 5. da “Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra” do consórcio adjudicatário, diz-se:

“5. Modo de execução dos trabalhos

5.1. Trabalhos Preparatórios

Em virtude de no processo posto a concurso não existir informação geológica do terreno, está previsto, no início dos trabalhos ser feita uma prospeção geológica do terreno no local da implantação da obra.

5.2. Estrutura

5.2.1 Fundações

De acordo com a informação prestada pelas entidades competentes, não existem infraestruturas enterradas existentes no local de implantação da obra, pelo que o movimento geral de terras terá início logo após a execução da prospeção geológica do terreno e do arranque das árvores existentes.

Devido à morfologia do terreno as fundações serão do tipo “diretas” formadas por sapatas e vigas de fundação sendo a sua implantação previamente definida pelo topógrafo da obra, fundadas abaixo da cota do piso térreo.

(...)”.

(vide processo de fiscalização prévia);

V) O projeto de arquitetura elaborado pela CMA não refletiu, pelo menos, fielmente, as características do terreno onde a obra ia ser construída;

W) O 2.º Contrato Adicional” consistiu, essencialmente, na decisão da troca da cobertura do edifício, conforme estava projetada, por uma outra de diversa conceção e tecnologia.



Tribunal de Contas

X) Tratou-se da substituição da cobertura, prevista na proposta (variante) adjudicada, que era em estrutura metálica, com teto falso em placas de “Viroc”, por uma outra em madeira lamelada e colada.

Y) O valor deste “adicional”, no valor de € 50.065,82, resultou da compensação entre trabalhos “a mais” e “a menos” (€ 213.621,87 - € 157.556,05);

Z) A CMA, na reunião extraordinária do seu executivo, ocorrida em 24SET2007, aprovou a solução atrás descrita, com votos favoráveis de todos os Demandados (com exceção da demandada Dulce Bagagem, que se absteve).

(vide doc.de fls. 37 a 40);

AA) Durante a execução da obra, a CMA foi informada de que a cobertura metálica das piscinas da Benedita apresentava problemas de corrosão.

(vide Informações n.ºs 36ª, de 16FEV2007, junta ao processo a fls. 61);

BB) Os referidos problemas de corrosão deviam-se não só ao facto da cobertura ser metálica, como também ao facto das referidas piscinas se situarem junto à orla marítima, tal-qualmente ocorria com as piscinas de Pataias;

CC) Entendeu, assim, a CMA solicitar uma solução alternativa à cobertura metálica prevista na sua proposta variante, mas menos onerosa do que a cobertura de betão prevista na proposta base;

DD) Foi então que o consórcio adjudicatário, por ofício de 5JUL2007, apresentou à CM (ao cuidado dos Engenheiros José António e João Neves), para apreciação e aprovação, o Orçamento 01 A (Alteração da Cobertura – solução de madeira em substituição da solução metálica) em retificação ao Orçamento 01, conforme se pode ver de fls. 41 a 43 dos autos;

EE) Na mesma data, o Eng.º João Neves, em representação da fiscalização da obra, elaborou a Informação, que a seguir se transcreve:



Tribunal de Contas

“INFORMAÇÃO Nº. 19

Para: Sr. C.D.O.M.

Empreitada: 0515 P – Piscinas Municipais de Pataias

Assunto: Cobertura em estrutura de madeira lamelada

Remete-se à consideração superior os elementos apresentados pelo Consórcio Construtor (ofício N/Refª 009025 de 29/06/2007), relativos à proposta de alteração do material previsto para a execução da cobertura da nave principal da piscina municipal em Pataias.

Assim, é proposta a substituição da cobertura em estrutura metálica com teto falso em placas de Viroc, por uma estrutura em madeira lamelada colada.

Para esta possibilidade é apresentado o Orçamento nº. 01ª, contendo listagem dos trabalhos a menos e a mais resultantes.

Assim, a aprovação das alterações aos projetos de arquitetura e estabilidade, implica trabalhos a menos no valor de 157.556,05 € e trabalhos a mais imprevistos no valor de 213.621,87 €. Do diferencial entre estes dois valores resulta uma mais valia a favor do Empreiteiro de 56.065,82 €.

Refira-se que os elementos apresentados se encontram com um nível de detalhe de anteprojecto, pelo que, em caso de aprovação, deverá ser solicitada a entrega de um projeto de execução devidamente instruído.”.

(vide fls. 63 deste processo);

FF) Sobre aquela Informação recaiu, em 6JUL2007, despacho do Diretor do Departamento Técnico, que se transcreve:

“Trata-se de uma proposta para alteração da cobertura da piscina que ... no seguimento dos contactos havidos entre o Projetista, Dono da obra e o Consórcio julgo de remeter a discussão (...) e se assim o entenderem, aprovar a alteração proposta, bem como o valor do agravamento”.

(vide doc.de fls. 63 deste processo);



Tribunal de Contas

GG) Também sobre esta solução se pronunciou o Arquiteto da CMA, Hélder dos Santos Delgado, que, em Informação datada de 10SET2007, diz:

“INFORMAÇÃO Nº. 86/07

Para: C.D.O.M.

Assunto: Piscinas Municipais em Pataias

Exmo. Eng.º

Serve a presente para informar que me foi colocada à apreciação, por ser o autor do projeto de arquitetura na obra supracitada, a alteração da cobertura prevista no projeto variante em estrutura metálica com revestimento a painel sandwich, por uma solução de cobertura com estrutura em madeira lamelada e revestimento com ripado madeira e telas PVC.

A solução da cobertura em madeira é do meu inteiro agrado e apresenta-se como uma solução melhor.

- Ao nível visual é uma solução mais “nobre”, “confortável” e atraente;

Ao nível da acústica, dadas as características da madeira, parece-me ser uma solução mais eficiente;

- Ao nível da conservação interior, também me parece uma solução mais vantajosa dado que a madeira não tem o problema da corrosão que acontece no metal nestes ambientes “corrosivos”, razão pela qual as piscinas mais recentes tenham vindo a optar pela solução madeira.

Restam-me no entanto algumas dúvidas nesta solução pelas seguintes razões:

- Nunca realizei uma obra com este tipo de cobertura, logo não conheço inteiramente os problemas que possa vir a ter, nem as melhores técnicas para a construir;

- É uma solução importada dos países nórdicos pelo que o “know-how” nacional não é muito, apesar de a cobertura vir a ser montada por uma empresa especializada;

- E o resultado da face de cima da cobertura. O revestimento será feito com uma tela PVC (julgo que possa ser branca) colocada por cima das mantas de lã mineral, logo ao andar em cima desta será maleável e o aspeto será deformado.



Tribunal de Contas

Assim concordo com a alteração mas será necessário obter garantias do consórcio e do seu fornecedor sobre como proceder no caso de reparações e manutenções nesta cobertura no futuro.

À consideração superior.”.

(vide doc. de fls. 64 deste processo);

HH) A cobertura em madeira era, à data, uma solução inovadora importada dos países nórdicos, e ainda pouco comum em Portugal;

II) A cobertura em madeira, por ser, previsivelmente, uma solução mais resistente ao tempo, traduzir-se-ia, a longo prazo, numa poupança em termos de obras de conservação e pintura;

JJ) Dou, aqui, por inteiramente reproduzido o processo n.º 30/2008 – AUDIT – 1.ª Secção, constituído por 3 volumes, de onde consta o relatório n.º 6/2010 – 1.º S, bem como os documentos relativos a vários contratos adicionais;

KK) Dou, aqui, por inteiramente reproduzida a Sentença n.º 06/2011, da 3.ª Secção deste Tribunal, de 31MAR2011, junta ao presente processo de fls. 117 a 129;

LL) Dou, aqui, por inteiramente reproduzido o anúncio do concurso, publicado no D.R., III Série, de 7JUN2005;

MM) Os Demandados intervenientes no 1.º contrato adicional agiram sempre no convencimento de que a sua atuação era conforme à lei, bem como às peças procedimentais patenteadas a concurso;

NN) Os Demandados intervenientes no 2.º contrato adicional agiram sem intenção de violar a lei, e no convencimento sério de que a solução aí adotada era a melhor solução, tanto a nível técnico, como, a longo prazo, na relação custo/benefício.



Tribunal de Contas

2.2. O DIREITO.

2.2.1. Da alegada incursão na infração prevista e punida no artigo 65.º, n.º1, alínea b), e n.º 2, da LOPTC, por os Demandados intervenientes no 1.º contrato adicional terem assumido despesa pública, no montante de 17.453,84€, que deveria ter sido assumida pelo adjudicatário, nos termos dos artigos 37.º e 38.º do DL 59/99, de 2 de Março.

2.2.1.1. Do elemento objetivo da infração (ilicitude).

A)

Com relevância para a questão em epígrafe, apurou-se a seguinte factualidade:

- O adicional em causa teve por objeto trabalhos decorrentes da alteração do sistema de impermeabilização e de drenagem da cave das piscinas de Pataias, tornados necessários em consequência de sondagens ao solo de fundação, realizadas após a adjudicação da obra, e que permitiram detetar água a uma profundidade de 3 m abaixo do nível do futuro piso da piscina, ou seja, cerca de 1.3 m acima das fundações do piso técnico.

(vide **alínea O**) do probatório).



Tribunal de Contas

- Estas sondagens, que tiveram como objetivo “**complementar**” o conhecimento existente sobre o solo de fundação, vieram alterar as conclusões formuladas ainda em fase de concurso (em 12DEZ2005), com base num reconhecimento efetuado através da abertura de um poço no local da obra com a profundidade aproximada de 4 m, no qual não tinha sido detetada água no solo.
(vide **alínea O**) do probatório e **ponto 3. do P.C.**, transcrito na **alínea H**) do probatório).
- O consórcio adjudicatário justificou esta divergência de resultados no facto de em 2005 “*a pluviosidade ter sido muito reduzida*”, sendo que “*a camada de argila impermeável subjacente às areias faz com que, em anos de pluviosidade normal, o nível freático suba para o nível detetado em 2006*”
(vide **alínea O**) do probatório);
- O facto de o nível freático se encontrar a uma profundidade menor do que o previsto, obrigou o empreiteiro com o consentimento do dono da obra a alterar as soluções inicialmente projetadas, designadamente, no projeto de estabilidade.
(vide **alíneas O), P) a R), e M) e N)** do probatório);
- Entendeu o executivo camarário ser responsabilidade sua, enquanto entidade adjudicante, suportar os encargos advenientes destas alterações, no montante de €17.453,84. Fundamentou-se aquele órgão na Informação n.º 7, e na qual, entre o mais, se diz:
“*Sendo uma empreitada de conceção/construção julga-se que constituiria obrigação do Dono de Obra fornecer todos os elementos necessários de*



Tribunal de Contas

forma a que os concorrentes pudessem ter um conhecimento exaustivo das características do terreno, antes da elaboração do projeto base.

O Caderno de Encargos posto a concurso é completamente omissivo relativamente às características geotécnicas do terreno, e relativamente à estabilidade apresenta apenas uma breve descrição da solução a adotar ao nível da superestrutura. Entende-se que, nestas condições, não seria exigível aos concorrentes a realização de sondagens técnicas prévias à elaboração do projeto base. Consequentemente, considera-se que o reconhecimento do solo efetuado pelo adjudicatário em fase de concurso foi suficiente, tendo sido prejudicado pelo facto de se ter realizado num ano particularmente seco.

(...)

Tendo em conta o anteriormente exposto, julga-se que a pretensão do adjudicatário deve ser enquadrada na exceção prevista no n.º 2 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 02/03.”.

(vide alíneas P) e M) do probatório);

- A realização dos estudos e análises indispensáveis à elaboração dos projetos e das cláusulas técnicas das diferentes especialidades, constituía encargo do adjudicatário.

(vide ponto 05 do P. C, transcrito na alínea H) do probatório);

- O concurso em causa teve por objetivo a seleção de um concorrente com vista à celebração de um contrato para a elaboração dos projetos de execução das especialidades relativos à obra de construção das Piscinas de Pataias e posterior execução das respetivas obras.

(vide ponto 01 do P. C, transcrito na alínea H) do probatório);



Tribunal de Contas

- O concurso teve por base as condições expressas no Programa de Concurso (P.C.), Caderno de Encargos (C.E.) e no projeto de Arquitetura.
(vide ponto **02 do P. C**, transcrito na **alínea H**) do probatório);
- Durante o prazo do concurso, os interessados podiam inspecionar os locais de execução da obra e realizar neles os reconhecimentos que entendessem indispensáveis à elaboração das suas propostas.
(vide ponto **03 do P.C.**, transcrito na **alínea H**) do probatório);
- Como parte integrante da proposta, os concorrentes ficavam obrigados a conceber e entregar os projetos base da globalidade da empreitada, em conformidade com o disposto nos artigos 11.º e 13.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.
(vide ponto **13.1 do P. C**, transcrito na **alínea H**) do probatório);
- Os projetos base eram, além do mais, compostos pelos projetos de estabilidade e esgotos.
(vide ponto **13.1 do P. C**, transcrito na **alínea H**) do probatório);
- Por se tratar de uma empreitada com projeto da exclusiva responsabilidade do adjudicatário, não eram admitidas reclamações quanto a erros e omissões.
(vide ponto **13.4. das cláusulas complementares do C.E.**, transcrito na **alínea I**) do probatório);



Tribunal de Contas

- O consórcio adjudicatário, por “**não existir informação geológica do terreno**”, previu e efetuou, no início dos trabalhos, a prospeção geológica do terreno, a que se refere a alínea O) do probatório.

(vide **ponto 5.** da “Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra”, transcrito na **alínea U)** do probatório);

- A referida prospeção geológica a efetuar pelo consórcio adjudicatário está igualmente refletida no mapa de quantidades e no mapa de trabalhos.

(vide **alíneas S) e T)** do probatório);

- O projeto de arquitetura elaborado pela CMA não refletiu, pelo menos, fielmente, as características do terreno onde a obra ia ser construída.

(vide **alínea V)** do probatório);

B)

Em face da referida factualidade, podemos concluir o seguinte:

- A empreitada em causa (empreitada por preço global), na medida em teve por objetivo a seleção de um concorrente visando a celebração de um contrato para a elaboração dos projetos de execução das especialidades relativos à obra de construção das Piscinas de Pataias e posterior execução das respetivas obras, enquadra-se na previsão dos artigos 9.º, 11.º, 15.º, n.º 2, 37.º e



Tribunal de Contas

38.º do DL 59/99, de 02/03, a que vulgarmente se denomina por empreitada de conceção/construção;

- Para efeitos daquele enquadramento legal, é irrelevante que os objetivos a atingir tenham sido definidos pelo dono da obra através de um “projeto de arquitetura”. E isto porque um projeto de arquitetura é, seguramente, um documento com grau equivalente ou mesmo superior ao de programa base (artigo 11.º, n.º 1, do DL n.º 59/99);
- Nos termos do Programa do Concurso competia aos concorrentes elaborar os projetos base, nos quais se incluíam, entre outros, os de estabilidade e esgotos;
- Os projetos supra- referidos foram, efetivamente, elaborados pelo consórcio adjudicatário;
- Nos termos do artigo 15.º, n.º 2, do DL 59/99, os danos resultantes de erros e omissões do projeto base, quando este é da autoria do empreiteiro, são suportados por este, *“exceto se os erros e omissões resultarem de deficiências dos dados fornecidos pelo dono da obra”*;
- E isto, no essencial, porque *“a empreitada de conceção construção acarreta para o empreiteiro simultaneamente uma responsabilidade acrescida, que deriva da elaboração dos projetos, e um risco maior do que nas empreitadas em que os projetos são da responsabilidade do dono da obra, pois que naquelas é ele e não o dono da obra quem suportará os danos resultantes dos erros e omissões dos projetos. Responsabilidade e risco que o empreiteiro não deixará de considerar na determinação do preço apresentado e contratualizado. E como se trata de preço global, regime remuneratório para este tipo de*



Tribunal de Contas

empreitadas, e que significa que será sempre pago o montante contratualizado independentemente dos trabalhos realizados e medidos (n.ºs 4 e 5 do artigo 17.º), o empreiteiro poderá obter significativos lucros, lucros reduzidos ou até prejuízo. Depende da maneira como ele avaliou e contabilizou esse risco.”⁵

- No caso, o dono da obra não tinha fornecido qualquer informação geológica do terreno, facto que, aliás, é reconhecido pelo próprio consórcio adjudicatário quando este, na “Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra”, afirma que terá que fazer uma prospeção geológica do terreno onde a obra vai ser implantada.
- Também o projeto de arquitetura terá sido elaborado sem que o seu autor possuísse qualquer informação geológica, ao menos, fidedigna do terreno onde a obra ia ser construída.
- Na verdade, só a inexistência de qualquer informação geológica explícita ou implícita nas peças procedimentais com base nas quais foi lançado o concurso, poderia justificar o reconhecimento do consórcio adjudicatário de que, não havendo qualquer informação geológica, seria necessário fazer uma prospeção ao terreno em causa;
- Ou seja, o erro em que o consórcio adjudicatário incorreu – projetou as piscinas como se o nível freático estivesse a profundidade superior a 4m abaixo do nível do piso da piscina, quando, de facto, se situava a 3m - não se deveu a qualquer deficiência dos dados fornecidos pelo dono da obra, sendo certo

⁵ Vide Acórdão n.º 31/05-21Nov-1.ªS/PL, do Tribunal de Contas



Tribunal de Contas

que este não tinha qualquer obrigação legal de fornecer qualquer informação sobre as características geológicas do terreno;

- O consórcio adjudicatário, durante o prazo do concurso, inspecionou o local da execução da obra. Satisfez-se, porém, com a abertura de um simples poço no local onde a obra ia ser construída, quando, de acordo com o **ponto 3** do Programa do Concurso, poderia ter feito os *reconhecimentos que entendesse indispensáveis à elaboração da sua proposta;*
- Na verdade, não se nos afigura que a simples abertura de um poço, num ano de seca, pudesse dar uma dimensão suficientemente previsível e credível do nível freático do terreno em causa, ou, pelo menos, tal não ficou suficientemente demonstrado;
- Quer isto dizer que o erro em que incorreu o consórcio adjudicatário só a este é imputável, já que a conceção do projeto de estabilidade foi apresentado pelo empreiteiro (n.º 1 do artigo 37.º do DL 59/99);
- Daí que incumbisse ao consórcio adjudicatário a obrigação de custear as alterações necessárias à adequada supressão das consequências do erro verificado, conforme resulta dos artigos 37.º, n.º 1, e 38.º, do DL 59/99.

Em síntese:

- **Os Demandados, ao terem decidido assumir, em nome da Câmara, a despesa decorrente de erros do projeto da empreitada (projeto de estabilidade), no montante de €17.453,84, quando estes eram imputáveis ao empreiteiro, violaram o disposto nos artigos 37.º, n.º 1, e 38.º, do DL 59/99,**



Tribunal de Contas

de 02/03, e, por esta via, o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC;

- Praticaram, assim, um ilícito financeiro.

2.2.1.2. Do elemento subjetivo da infração (culpa).

A) Com relevância para a questão em epígrafe, apurou-se a seguinte factualidade:

- Os Demandados intervenientes no 1.º contrato adicional agiram sempre no convencimento de que a sua atuação era conforme à lei, bem como às peças procedimentais patenteadas a concurso.

(vide **alínea MM**) do probatório);

- Fundamentaram a sua deliberação, de 6JUN2007, designadamente na informação do Chefe de Divisão de Obras de 3ABR2007, que concorda com a informação prestada pelo Eng.º João Neves, de que a retificação a operar se deveria enquadrar no disposto no n.º 2 do artigo 15.º do DL 59/99, ou seja, de que o erro em que o empreiteiro incorreu resultou de deficiências dos dados fornecidos pelo dono da obra.

(vide **alíneas N) e Q)** do probatório);

- A Informação do Eng.º João Neves diz, entre o mais, o seguinte:

“(…)



Tribunal de Contas

O projeto de estabilidade aprovado previa a execução de uma área de pavimento térreo ao nível da galeria técnica. Este pavimento não suportaria, por si só, a impulsão hidroestática resultante da ação do nível freático.

É assim proposta pelo projetista da especialidade, a execução de um ensoleiramento geral em substituição das áreas de pavimento térreo. A solução adotada encontra-se descrita e pormenorizada na memória justificativa e desenhos anexos.

Note-se que, as alterações introduzidas aos projetos de estabilidade e rede de esgotos são de todo imprescindíveis à conclusão dos trabalhos em curso.

Vem o Consórcio Construtor apresentar, por intermédio do ofício N/Refª 004408 de 21/03/2007, em anexo, um levantamento dos trabalhos e quantidades necessárias à implementação das alterações expostas nas alíneas a) e b) da presente informação. Este levantamento conduz, por aplicação de preços contratuais e de um novo preço para o trabalho de natureza não prevista, a um diferencial de 17.453,84 € a favor do adjudicatário.

Ora, consiste a presente obra numa empreitada por preço global, no regime de conceção/construção. De acordo com o previsto no Artº. 10º do Dec-Lei nº. 59/99, de 02/03, cabe neste caso ao Dono de Obra definir, com a maior precisão, as características da obra e as condições técnicas da sua execução.

Sendo uma empreitada de conceção/construção julga-se que, constituiria obrigação do Dono de Obra fornecer todos os elementos necessários, de forma a que os concorrentes pudessem ter um conhecimento exaustivo das características do terreno, antes da elaboração do projeto base.

O Caderno de Encargos posto a concurso é completamente omissivo relativamente às características geotécnicas do terreno, e relativamente à estabilidade, apresenta apenas uma breve descrição da solução a adotar ao nível da superestrutura.

Entende-se que, nestas condições, não seria exigível aos concorrentes a realização de sondagens geotécnicas prévias à elaboração do projeto base. Consequentemente, considera-se que o reconhecimento do solo efetuado pelo adjudicatário em fase de concurso foi suficiente, tendo sido prejudicado pelo facto de se ter realizado num ano particularmente seco.



Tribunal de Contas

Nas cláusulas complementares do caderno de encargos de empreitada 0515 P, no seu ponto 13.4, refere-se que, dado tratar-se de uma empreitada com projeto da exclusiva responsabilidade do adjudicatário, não serão admitidas reclamações quanto a Erros e Omissões de Projeto. Contudo, entende-se que a cláusula em questão não deve ser interpretada de forma contrária à lei geral.

Tendo em conta o exposto anteriormente, julga-se que a pretensão do adjudicatário deve ser enquadrada na exceção prevista no nº2 do artigo 15.º do Decreto-Lei nº. 59/99, de 02/03 e, como tal, tratada como uma retificação de erros e omissões de projeto da responsabilidade do Dono da Obra.

B) Em face da referida factualidade, oferece-nos dizer o seguinte:

- As informações técnicas com base nas quais se decide o dispêndio de dinheiros públicos têm que ser absolutamente clarividentes e, na medida do possível, isentas de dúvidas;
- Ainda que as referidas informações apresentem tais características, tal não isenta os decisores públicos de fazerem uma análise criteriosa daquelas, confrontando os informantes com as questões que considerem pertinentes, designadamente com as normas legais aplicáveis;
- As informações técnicas em causa deveriam ter questionado qualquer decisor público, colocado na posição dos Demandados, sobre o seguinte:
 - Como compatibilizar uma norma específica sobre as empreitadas de conceção/construção, na qual se diz que é o empreiteiro que responderá “*pelas deficiências técnicas e erros de conceção do projeto e restantes elementos patenteados no concurso ou em que posteriormente se definam os trabalhos*”, quando as referidas peças são por aquele apresentadas (artigo



Tribunal de Contas

37.º, n.º 1, do DL 59/99), como foi o caso, com a interpretação veiculada por aquelas informações técnicas, nas quais se conclui pela solução inversa, a que acresce o facto de tal erro não se ter fundamentado em qualquer informação sobre as características geológicas do terreno fornecida pelo dono da obra, que, de resto, não a havia prestado (artigo 37.º, n.º 2, do DL 59/99).

- Se tal questão fosse formulada pelos Demandados, como poderia e deveria ter sido formulada, a resposta seria óbvia: não há possibilidade de compatibilizar a assunção de tal despesa com o disposto no artigo 37.º do DL 59/99, sob a epígrafe “Responsabilidade por erros de conceção de projeto”;
- À mesma conclusão se chegaria por via da interpretação do artigo 15.º do DL 59/99, sob a epígrafe “Retificações de erros ou omissões do projeto”;
- E mesmo que algumas dúvidas pudessem existir, sempre os Demandados, por razões prudenciais, deveriam ter optado por não assumir tal despesa pública;
- Ao terem-no feito, agiram sem o cuidado e a diligência a que, na circunstância, estavam obrigados e de que eram capazes;
- Incorreram, assim, erro censurável (artigo 17.º, n.º 2, do Código Penal).

Em síntese:

- **Os Demandados, embora incorrendo em erro sobre a ilicitude do facto, agiram com culpa, por tal erro se mostrar censurável (artigo 17.º, nºs 1 e 2 do Código Penal).**



Tribunal de Contas

2.2.1.3. Da medida da multa aplicável.

A) Quanto ao Demandado José Gonçalves Sapinho.

O referido Demandado faleceu em data anterior à instauração do processo, conforme se pode ver da certidão de óbito junta aos autos. Daí que o procedimento por responsabilidade financeira sancionatória se tivesse extinguido, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 69.º da LOPTC, o que, a final, se declarará.

B) Quanto aos Demandados Hermínio José da Cruz Augusto Rodrigues, Carlos Manuel Bonifácio e José Fialho Vinagre

O Ministério Público pede a condenação de cada um destes Demandados na pena de multa correspondente a 17 UC (€1.632,00).

O facto de os Demandados terem agido sempre no convencimento de que a sua atuação era conforme à lei, bem como às peças procedimentais patenteadas a concurso (alínea **MM**) do probatório) e **da censurabilidade do erro** - face à argumentação aparentemente convincente e justa das informações que precederam a deliberação em causa – **se mostrar reduzida**, a que não é indiferente a jurisprudência veiculada por um Acórdão do Tribunal de Contas (Acórdão n.º 36/2000, de 19-12, em Plenário da 1.ª Secção)⁶, justifica a atenuação especial da

⁶ Este Acórdão foi proferido no domínio do DL 405/93, de 10-12. Posteriormente, foi proferido um outro Acórdão do Tribunal de Contas – o n.º 31/05-21Nov-1.ªS/PL – que, de todo, exclui a interpretação que sobre a referida questão é, de alguma forma, expressa naquelas informações.



Tribunal de Contas

multa para o mínimo aplicável, ou seja, para 15 UC (€1.440,00), atento o disposto nos artigos 17.º, n.º 2, e 74.º, n.º 1, alínea e), ambos do Código Penal

C) Quanto aos Demandados Rogério Madeira Raimundo e Dulce Pedrosa Pedro Bagagem.

O Ministério Público pede a condenação de cada um destes Demandados na multa de 15 UC (€1.440,00)

Os factos referidos na alínea que antecede, aliados à qualidade em que aqueles são demandados, ambos Vereadores sem pelouros e vencimentos atribuídos, e de, conseqüentemente, a sua responsabilidade comparativamente com os restantes ser relativamente mais diminuta, justificam a aplicação do instituto da dispensa do pagamento de multa, nos termos do artigo 74.º, n.º 1, do Código Penal (vide também artigos 64.º e 67.º da LOPTC).

2.2.2. Da alegada incursão na infração financeira reintegratória prevista no artigo 59.º, nºs 4,5 e 6, da LOPTC, por os Demandados intervenientes no 1.º contrato adicional terem pago indevidamente ao empreiteiro a quantia de 17.453,84€, em violação do disposto nos artigos 37.º e 38.º do DL 59/99, de 2 de Março.



Tribunal de Contas

Dispõe o artigo 59.º, da Lei n.º 98/97, de 26/08, sob a epígrafe “Reposições por alcances, desvios e pagamentos indevidos”, no seu n.º 4, na redação da Lei 48/2006, de 29/08, o seguinte:

Consideram-se pagamentos indevidos para o efeito de reposição os pagamentos ilegais que causarem dano para o erário público, incluindo aqueles a que corresponda contraprestação efetiva que não seja adequada ou proporcional à prossecução das atribuições da entidade em causa ou aos usos normais de determinada atividade.

Assim, e para que haja pagamentos indevidos é necessário que os pagamentos sejam ilegais, e que esses pagamentos causem dano para o erário público.

Por sua vez, o dano afere-se quer **(i)** pela inexistência de contraprestação efetiva, quer **(ii)** porque havendo-a, esta não se mostra adequada ou proporcional à prossecução das atribuições da entidade em causa ou aos usos normais de uma determinada atividade.

In casu, e como referimos no ponto **2.2.1.**, os pagamentos foram ilegais.

Mas verificar-se-ão os restantes pressupostos?

Afigura-se-nos que a resposta só pode ser positiva, pelas razões que a seguir se aduzem:

- Conforme resulta do ponto **2.2.1.1.** deste Acórdão, não é legalmente devido nenhum pagamento pelo valor dos trabalhos a mais realizados, quando estes sejam



Tribunal de Contas

consequenciais de um erro de conceção do projeto, e este seja da autoria do empreiteiro (vide artigos 37.º e 38.º do DL 59/99)

- Estamos, assim, perante situações em que a responsabilidade pelos custos das alterações introduzidas no projeto inicial é do empreiteiro, pelo que qualquer valor pago acima do montante inicialmente previsto, causa, nessa exata medida, dano para a entidade pública, ao mesmo tempo que favorece o interesse privado do empreiteiro;
- Assim, e porque a tais trabalhos a mais não poderá corresponder nenhum pagamento a mais, teremos necessariamente que concluir que qualquer montante a mais pago é um pagamento que, por força da lei, é um pagamento indevido.

Em síntese:

- **Os Demandados efetuaram um pagamento indevido, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 59.º, n.º 4, da Lei n.º 98/97, de 26/08, na redação da Lei n.º 48/2006, de 29/08.**

2.2.2.1. Da medida da responsabilidade dos Demandados e da eventual reposição da quantia correspondente (n.ºs 5 e 6 do artigo 59 da LOPTC).



Tribunal de Contas

O Ministério Público pede a condenação solidária dos Demandados no pagamento de €17.453,84, bem como nos juros moratórios à taxa legal, nos termos do disposto no n.º 6 do artigo 59.º da LOPTC.

Os Demandados praticaram a infração num quadro circunstancial que, sendo diminutivo da culpa, não deixa de ser censurável (vide pontos **2.2.1.2 e 2.2.1.3**).

Justifica-se, assim, uma redução da responsabilidade ou uma conversão da reposição em pagamento de multa, nos termos do n.º 6 do artigo 65.º da LOPTC⁷.

Assim, e tendo em conta os considerandos referidos no **ponto 2.2.1.2 e 2.2.1.3.**, que nos dispensamos de reproduzir, e porque a conversão do montante a repor em multa, em vez da redução daquele montante é, em termos relativos, mais justa, atenta as responsabilidades e a culpa de cada um dos Demandados, afigura-se-nos pertinente lançar mão do disposto no n.º 6 do artigo 65.º da LOPTC, e condenar os sucessores do então Presidente da Câmara e responsável financeiro, José Gonçalves Sapinho, na multa única de 21 UC, os Demandados Hermínio José da Cruz Augusto Rodrigues, Carlos Manuel Bonifácio e José Fialho Vinagre, cada um, na multa de 18 UC, e os Demandados

⁷ Em caso de conversão o limite mínimo da multa é de 15 UC e o limite máximo é de 50 UC – vide n.º 6 do artigo 65.º da LOPTC.



Tribunal de Contas

Rogério Madeira Raimundo e Dulce Pedrosa Pedro Bagagem, cada um, na multa de 15 UC ⁸

2.2.3. Da alegada incursão na infração prevista e punida no artigo 65.º, n.º1, alínea b), e n.º 2, da LOPTC, por os Demandados, com referência ao 2.º contrato adicional, terem assumido despesa pública em violação do disposto no artigo 48.º, n.º 2, alínea b), e 26.º, do DL 59/99, de 02/03.

Em face do probatório - **vide alíneas W) a II)** - afigura-se-me evidente que o que está na origem do presente ajuste direto são razões que se prendem com uma solução mais racional em termos de relação custo/benefício – substituição da cobertura da piscina, prevista na proposta, que era em estrutura metálica, por outra em madeira lamelada e colada - e não trabalhos que se tivessem revelado necessários à execução da obra.

Não estamos, por isso, perante verdadeiros trabalhos a mais (vide artigo 26.º, n.º 1, do DL 59/99; cf. 376.º, n.º 1, do CCP).

Em causa está a adoção do procedimento por ajuste direto, quando, atento o valor em causa (€56.05,82), o procedimento a adotar deveria ter sido o concurso limitado sem publicação de anúncios (vide artigo 48.º, b). n.º 2, alínea b), do DL59/99).

⁸ Anote-se que estas multas não têm carácter sancionatório, uma vez que elas são o resultado de uma conversão de um pagamento indevido em multas.



Tribunal de Contas

No requerimento inicial refere, a propósito, o M.P.

- Caso se demonstrasse que, em concreto, o Código dos Contratos Públicos (CCP) era o mais favorável, seria este o aplicável;
- Nos termos do artigo 19.º, alínea a), do CCP, a escolha de ajuste permitia a celebração de contratos de empreitada de obras públicas de valor inferior a €150.000;
- Sucede, porém, que foi violado o disposto no n.º 2 do artigo 113.º do CCP, visto que, à mesma entidade adjudicatória (Consórcio Edifer, S.A. e Consta Carvalho S.A.), já haviam sido adjudicados, também por ajustes diretos, vários contratos adicionais, nos anos de 2005, 2006 e no próprio ano de 2007.
- Tais contratos, cumulativamente, ascenderam a um montante muitíssimo superior ao valor legalmente admitido para o ajuste direto (€150.000) nas empreitadas, por uma única entidade adjudicante.
- Por conseguinte, ainda que a não-punibilidade pudesse ocorrer, face ao valor deste contrato (2.º contrato adicional), por efeito da norma supostamente favorável (artigo 19.º do CCP), a isso obstaria o disposto no n.º 2 do artigo 113.º do CCP, visto se tratar de sucessivas adjudicações por ajuste diretos pela mesma entidade adjudicante ao mesmo adjudicatário, em três gerências consecutivas (2005, 2006 e 2007).
- Atento este fundamento legal, deverá ter aplicação o disposto nas normas supra- citadas do DL 59/99, plenamente vigente à data da adjudicação (24.09.2007).



Tribunal de Contas

A questão suscitada pelo Ministério Público é de uma importância fulcral, pelas razões que, a seguir, se explanam:

- 1)** Com a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo DL 18/2008, de 29/01 (doravante CCP), podem ser celebrados, por ajuste direto, contratos de empreitadas de obras públicas, cujo valor seja inferior a €150.000 (vide alínea a) do artigo 19.º), e desde que tal contrato se situe fora do conteúdo e âmbito de aplicação disposto no artigo 113.º do CCP, designadamente do seu n.º 2;
- 2)** Anteriormente, ou seja, com o Decreto-Lei n.º 59/99, só podiam ser celebrados, por ajuste direto, contratos de empreitadas de obras públicas cujo valor estimado fosse inferior a €24.939,89 ou a €4.987,98 (vide artigo 48.º, n.º 2, alíneas d) e e)), sendo que o referido diploma não estabelecia nenhuma proibição idêntica à agora prevista no artigo 113.º do CCP;
- 3)** Em matéria de responsabilidade financeira sancionatória, aplica-se a lei mais favorável (vide artigo 2.º, n.º 4, do Código Penal, aplicável “ex vi” do 80.º, alínea c) da LOPTC);
- 3)** O contrato em causa tem o valor de €50.065,83;
- 4)** Assim, e caso concluamos que ao ajuste direto contratualizado não é aplicável a proibição constante do n.º 2 do artigo 113.º do CCP, então, também teremos que concluir que, à situação vertida nos autos, lhe é aplicável o disposto na alínea a) do artigo 19.º do CCP, por ser este o regime concretamente mais favorável, ficando, por esta via, excluída a ilicitude e, conseqüentemente, a infração por que os Demandados vêm acusados.



Tribunal de Contas

//

Vejam, pois, se o contrato em causa se situa, ou não, fora do conteúdo e âmbito de aplicação disposto no artigo 113.º do CCP, designadamente do seu n.º 2.

Dispõe o n.º 2 do artigo 113.º, sob a epígrafe “*Escolha das entidades convidadas*”:

“Não podem ser convidadas a apresentar propostas entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de ajuste direto adotado nos termos da alínea a) do artigo 19.º, na alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º ou na alínea a) do n.º 1 do artigo 21.º, consoante o caso, propostas para a celebração de contrato cujo objeto seja constituído por prestações do mesmo tipo ou idênticas do contrato a celebrar, e cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas.”.

//

Preliminarmente, importa referir que a limitação imposta pelo referido preceito só é aplicável quando se pretenda recorrer ao ajuste direto em função do valor, já que a *ratio* que presidiu à sua feitura assenta, essencialmente, em evitar que sejam defraudadas as disposições do Código relativas aos limites ao ajuste direto em função do valor.

Pretende-se com isto significar o seguinte:

“Se o novo ajuste direto se justificar com base em critérios materiais a regra do artigo 113.º, n.º 2, já não será aplicável, sendo indiferente o



Tribunal de Contas

*número de vezes a que anteriormente se haja recorrido ao ajuste direto em função do valor”.*⁹¹⁰

//

Para a situação em causa importa, agora, saber qual o ponto de referência do “preço contratual acumulado” igual ou superior ao limite indicado nas alíneas a) dos artigos 19.º, e apurar em que medida os contratos já celebrados por ajuste direto no triénio em curso tem o seu objecto constituído por “prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar”.

Como refere Miguel Nogueira Pinto, in “Estudos da Contratação Pública – II”, pág. 321¹¹, o “preço contratual acumulado” deve ser interpretado nos seguintes termos: *o valor do novo contrato a celebrar por ajuste direto não deve ser incluído para efeitos de cálculo do preço contratual acumulado igual ou superior aos limites referidos nos artigos 19.º a 21.º do Código. E isto pela razão de que o que a lei proíbe, no artigo 113.º, n.º 2, do Código, é o convite, no terceiro ano económico em causa, de entidades às quais a entidade adjudicante “já tenha adjudicado” propostas, nos dois anos anteriores, cujo valor acumulado exceda aqueles limites; não proíbe a adjudicação de propostas, por ajuste*

⁹ Vide Miguel Nogueira de Brito, in “Estudos da Contratação Pública – II”, CEDIPRE, Coimbra Editora, pág. 325

¹⁰ Nos termos dos artigos 17.º a 33.º do CCP, a escolha do procedimento a adotar - concurso público, concurso limitado, ajuste direto, negociação ou diálogo concorrencial obedece a um de dois critérios: o valor do contrato a celebrar (artigos 17.º a 22.º) e o chamado critério material, que é independente do valor do respetivo contrato (artigos 23.º a 33.º).

¹¹ Publicado pela Coimbra Editora



Tribunal de Contas

*direto, cujo valor somado seja igual ou superior àqueles mesmos limites.*¹²

Assim, se nos referidos anos, uma autarquia tiver adjudicado a um empreiteiro obras no valor de €150.000, não lhe será permitido proceder ao ajuste direto de qualquer empreitada, ao mesmo empreiteiro, ainda que por um valor ínfimo, uma vez que o valor acumulado anterior atingia o limiar de €150.000 (alínea a) do artigo 19.º do CCP).

Mas se o valor acumulado das empreitadas anteriormente ajustadas diretamente atingisse apenas, por exemplo, €149.000, a autarquia local podia ajustar diretamente novas empreitadas com o mesmo empreiteiro até €149.999.

No caso dos autos, e de acordo com o que consta do Relatório de Auditoria n.º 6/2010, da 1.ª Secção deste Tribunal, cotejado com a sentença n.º 6/2011 (vide **alíneas JJ) e KK)** do probatório), terão sido celebrados, no período temporal referido no n.º 2 do artigo 113.º do CCP, ajustes diretos em função valor, no montante de €272,557,75¹³, ou seja, por montante superior a €150.000.

Verifica-se, assim, a limitação constante no artigo 113.º, n.º 2, do CCP, no que se refere “*preço contratual acumulado*” igual ou superior ao limite indicado nas alíneas a) dos artigos 19.º do CCP.

¹² No mesmo sentido, ver Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, in “Concursos e Outros Procedimentos de Contração Pública, Almedina, 2011, págs. 523 e 524, e Miguel Lucas Pires, in “Âmbito da Limitação da Liberdade de Escolha das Entidades a Convidar para a Participação no Procedimento de Ajuste Direto”, Publicações CEDIPRE Online -3.

¹³ Vide conclusões do referido Relatório, sendo que os Demandados foram absolvidos pela infração imputada aos Demandados com referência ao 9.º contrato adicional, no montante de €226.105,11, por, além do mais, se ter considerado que inexistia ilicitude.



Tribunal de Contas

//

Vejam, de seguida, em que medida é que os contratos já celebrados por ajuste direto, no período temporal referido no n.º 2 do artigo 113.º do CCP, tiveram como objeto “prestações do mesmo tipo ou idênticas” às do contrato adicional em causa.

Tal como referem Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira¹⁴, para que se dê como demonstrado que as prestações do contrato em análise são do “*mesmo tipo ou idênticas*” às ajustadas anteriormente, é necessário que os contratos celebrados anteriormente ao contrato *sub judice* tenham como prestações essenciais a realização de obras “*com características definidoras idênticas*”, “*não bastando assim, para que funcione a proibição de lei, nem que se trate apenas de coincidência entre a qualificação dos contratos (como sendo todos de empreitada de obra, por exemplo) nem que haja entre as prestações uma coincidência de características menores ou de prestações não definidoras do contrato...*”.

O ajuste direto em análise foi contratualizado no âmbito de uma empreitada de conceção/construção (as “Piscinas de Pataias”) e reporta-se aos trabalhos ocorridos em consequência da decisão de alteração da cobertura do edifício, que tinha sido projetada em estrutura metálica, por outra em madeira lamelada e colada (**alíneas W) e X)** do probatório); os ajustes diretos anteriormente contratualizados reportam-

¹⁴ Vide Obra citada, pág. 524.



Tribunal de Contas

se a uma empreitada de requalificação da zona envolvente a um mosteiro (o Mosteiro de Santa Maria de Alcobaça) e dizem respeito a trabalhos efetuados nessa mesma zona envolvente e sem qualquer identidade com os contratualizados no ajuste direto em causa (vide Relatório de Auditora n.º 6/2010 a que se faz referência na **alínea JJ** do probatório).

Estamos, por isso, perante prestações de obras que, por não consistirem na repetição de obras similares às já levadas a cabo, também se não subsumem à proibição legal constante no artigo 113.º, n.º 2, do CCP.

A igual conclusão chegaríamos se lançássemos mão do critério das categorias de alvarás indispensáveis à execução da obra.

Para tal, basta atentarmos nos seguintes elementos:

Na empreitada de “*Requalificação da Zona Envolvente ao Mosteiro de Santa Maria de Alcobaça*” foram exigidas as seguintes categorias e subcategorias:

- 13ª Subcategoria da 3ª Categoria - Vias de Comunicações, Obras de Urbanização e Outras Infraestruturas/Parques, Jardins e Trabalhos de Integração Paisagística do valor da proposta;
- 1ª Subcategoria da 1ª Categoria - Edifícios-Estruturas de Betão Armado;
- 1ª Subcategoria da 2ª Categoria - Património Construído Protegido - Consolidações Estruturais;
- 2.ª, 3.ª, 4.ª, 9.ª, 10.ª e 12.ª Subcategorias da 3.ª Categoria - Vias de Comunicações, Obras de Urbanização e Outras Infraestruturas



Tribunal de Contas

/Pavimentos Rígidos/Pavimentos com Blocos /Pavimentos com Solos e Materiais Granulares /Redes de esgotos/ Calçetamentos/Parques, Jardins e trabalhos de Integração Paisagística;

- 1.^a Subcategoria da 5.^a Categoria – Instalações Elétricas e Mecânicas - Instalações Elétricas de Baixa Tensão
- 9.^a Subcategoria da 6.^a Categoria - Outros Trabalhos – Drenagens.

(vide Relatório de Auditoria n.º 6/2010, a que se faz referência na alínea JJ) do probatório)

Na empreitada em causa de “*Conceção/construção das Piscinas Municipais de Pataias*”, foi exigida a classificação como Empreiteiro Geral de Edifícios de Construção Tradicional, com as seguintes Subcategorias determinantes: 1.^a Estruturas e elementos de Betão, e 4.^a Alvenarias, Rebocos e Assentamento de Cantarias e

- 2.^a, 5.^a e 8.^a Subcategoria da 1.^a Categoria - Edifícios e Património Construído - Estruturas Metálicas/Estuques Pinturas e Outros Revestimentos/Canalizações e Conduitas em Edifícios
- 9.^a e 10.^a Subcategoria da 2.^a Categoria - Vias de Comunicação, obras de Urbanização e outras Infraestruturas - Ajardinamentos/Infraestruturas de Desporto e de Lazer
- 2.^a, 7.^a, 9.^a, 10.^a, 11.^a e 12.^a subcategorias da 4.^a Categoria- Instalações Elétricas e Mecânicas - Redes Elétricas de Baixa Tensão e Postos de Transformação/Infraestruturas de Telecomunicações/Ascensores, Escadas Mecânicas e Tapetes



Tribunal de Contas

Rolantes/Aquecimento, Ventilação, Ar Condicionado e Refrigeração/Estações de Tratamento Ambiental/Redes de Distribuição e Instalações de Gás;

- 10.^a e 11.^a Subcategoria da 5.^a Categoria – Outros Trabalhos/Cofragens/Impermeabilizações e Isolamentos.

Ou seja: as categorias de alvarás indispensáveis à execução das empreitadas não podiam ser mais diversas, pelo que as prestações também o seriam.

A igual conclusão chegaríamos se lançássemos mão do critério relativo às categorias de obras públicas definidas no artigo 343.^o, n.^o 2, do CCP; no primeiro caso, estaríamos perante uma empreitada de construção e, no segundo perante uma empreitada de reabilitação.

//

Podemos, assim, concluir o seguinte:

- Não se verifica, quanto ao ajuste direto em causa, a proibição legal constante no artigo 113.^o, n.^o 2, do CCP;
- Assim, e porque o regime concretamente mais favorável é o do artigo 19.^o, alínea a) do CCP, uma vez que, de acordo com aquele preceito legal, a atuação dos Demandados é lícita – o ajuste direto é inferior a €150.000 – terão estes, a final, que ser absolvidos da infração por que vêm acusados.



Tribunal de Contas

3. DECISÃO

Por todo o exposto, julga-se a presente ação parcialmente procedente, por provada, e, em consequência, decide-se:

- a) Declarar extinta a responsabilidade financeira sancionatória imputada no Requerimento Inicial a José Gonçalves Sapinho, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 69.º da LOPTC;
- b) Absolver os Demandados Alcina Maria Clemente Gonçalves, Hermínio José da Cruz Augusto Rodrigues, Carlos Manuel Bonifácio, José Fialho Vinagre, Rogério Maria Raimundo e Dulce Pedrosa Pedro Bagagem da infração prevista e punida no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, da LOPTC, com referência ao 2.º contrato adicional;
- c) Condenar os Demandados Hermínio José da Cruz Augusto Rodrigues, Carlos Manuel Bonifácio e José Fialho Vinagre pela infração prevista e punida no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, da LOPTC, com referência ao 1.º contrato adicional, por violação do disposto nos artigos 37.º e 38.º do DL 59/99, de 02/03, cada um, na multa de 15 UC (€1.440,00);
- d) Declarar culpados os Demandados Rogério Madeira Raimundo e Dulce Pedrosa Pedro Bagagem pela infração prevista na alínea c), dispensando-os, no entanto, de multa (vide ponto 2.2.1)
- e) Condenar os Demandados Maria Adelaide Martins Gonçalves Sapinho, Joaquim José Martins Gonçalves Sapinho, Fernando Jorge Martins Gonçalves Sapinho e Rosa de Fátima Martins Gonçalves Sapinho, na qualidade de sucessores de José Gonçalves Sapinho, bem como Hermínio José da Cruz Augusto Rodrigues,



Tribunal de Contas

Carlos Manuel Bonifácio, José Fialho Vinagre, Rogério Madeira Raimundo e Dulce Pedrosa Pedro Bagagem, na infração financeira reintegratória prevista no artigo 59.º, nºs 4,5 e 6, da LOPTC, com referência ao 1.º contrato adicional, convertendo a reposição pelo pagamento indevido em pagamento de multas nos seguintes termos:

- Os Demandados Maria Adelaide Martins Gonçalves Sapinho, Joaquim José Martins Gonçalves Sapinho, Fernando Jorge Martins Gonçalves Sapinho e Rosa de Fátima Martins Gonçalves Sapinho, na multa única de 21 UC (€2.016,00);
- Os Demandados Hermínio José da Cruz Augusto Rodrigues, Carlos Manuel Bonifácio e José Fialho Vinagre, cada um, na multa de 18 UC (€1.728,00);
- Os Demandados Rogério Madeira Raimundo e Dulce Pedrosa Pedro Bagagem, cada um, na multa de 15 UC (€1.440,00).

Emolumentos legais

Registe e notifique.

Lisboa, 31 de Outubro de 2012

A Juíza Conselheira

(Helena Ferreira Lopes)