

Processo n.º 560/2013-A-S

(Recurso Contencioso)

Relator: João Gil de Oliveira

Data: 10/Novembro/2016

Assuntos:

- Multa por atraso na execução de empreitada
- *Caso imprevisto, de força maior e alteração de circunstâncias*
- Culpa pelo incumprimento atempado

SUMÁRIO:

Não se comprovando que o atraso na execução das obras se ficou a dever a caso de força maior, a outro facto impeditivo ou alteração de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis, que impedissem, dificultassem ou atrasassem a execução dos trabalhos, ocorrendo atraso nas obras, por razões que não fossem ainda directa ou indirectamente imputáveis ao empreiteiro, por acção, omissão ou deficiência de previsão ou não decorressem ainda dos riscos normais da execução da obra, será de considerar que não há violação de lei ou outro dos imputados vícios, por parte da Administração, ao aplicar a multa legal e contratualmente prevista para o atraso injustificado na execução dos trabalhos.

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 560/2013 -A

(Recurso Contencioso)

Data : 10 de Novembro de 2016

Recorrente: Companhia de Construção de Obras Portuária XXX XXX, Limitada

Entidade Recorrida: Secretário para os Transportes e Obras Públicas

**ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA
INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:**

I - RELATÓRIO

1. “**COMPANHIA DE CONSTRUÇÃO DE OBRAS PORTUÁRIAS XXX XXX, LDA.**”, sociedade comercial por quotas com sede em Macau, mais bem identificada nos autos, tendo sido notificada da decisão do Exm.º Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas relativa à Empreitada de Construção do Dique da Zona de Aterro de Materiais de Construção no Cotai (Obra n.º 43/2009) e que determinou uma multa pela alegada violação do prazo contratualmente fixado e encargos com a fiscalização decorrentes do atraso de execução,

Veio, nos termos e para os efeitos do disposto no **artigo 20º e ss do Código de Processo Administrativo Contencioso** apresentar a sua petição de **RECURSO CONTENCIOSO**, o que fez, concluindo em síntese alargada:

I. Vem o presente recurso interposto do despacho do Exm.º Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas, exarado na Informação n.º 670/GDI/2013, de 08/07/2013, relativa à Empreitada de Construção do Dique da Zona de Aterro de Materiais de Construção no Cotaí (Obra n.º 43/2009), na qual foi proposto ao Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas o seguinte: Aprovação da prorrogação do prazo de 72 dias (de 2 de Maio de 2011 a 12 de Julho de 2011), nos termos dos artigos 128.º e 168.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M ; Ratificação da data do início da prorrogação do prazo acima referido de 2 de Maio de 2011, nos termos da alínea a) do número 2 do artigo 118.º do Código do Procedimento Administrativo," Aprovação da multa a aplicar ao empreiteiro em resultado do atraso injustificado do prazo de 64 dias, por motivo imputável à sociedade adjudicatária, com o valor de MOP\$8.865.561,00, nos termos do artigo 174.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M; Aprovação do encargo da fiscalização em resultado do atraso injustificado do prazo de 64 dias, por motivo imputável à sociedade adjudicatária, com valor de MOP\$165 333,33, em conformidade com o disposto na cláusula 9.ª do contrato. Da inadmissibilidade legal da aplicação da multa;

II. Apesar de a Informação n.º 670/GDI/2013 vir referida no despacho, a notificação da decisão não trazia qualquer cópia de tal Informação, pelo que a Recorrente só tomou conhecimento da mesma depois de para tanto ter solicitado pela própria Recorrente em 8 e 9 de Agosto de 2013, e posteriormente, face à falta de qualquer resposta ao solicitado, através dos mandatários forenses, por requerimento de 15 de Agosto de 2013.

III. Só no dia 21 de Agosto de 2013 é que a Recorrente conseguiu obter a informação que serviu de base à decisão e que, na verdade, contém TODA a substância da decisão, conforme certidão emitida pelo Coordenador Substituto do Gabinete para o Desenvolvimento de Infra-Estruturas que se junta como documento n.º 4.

IV. Nos termos e para os efeitos do disposto nas alíneas a) e c) do artigo 68.º do Código do Procedimento Administrativo (doravante CPA), devem ser notificados aos interessados os actos administrativos que decidam sobre quaisquer pretensões por eles formuladas, bem como os actos administrativos que criem, extingam, aumentem ou diminuam direitos ou interesses legalmente protegidos, ou afectem as condições do seu exercício,

V. Nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 114.º do mesmo diploma legal, os actos administrativos que: neguem, extingam, restrinjam ou afectem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos (...)"devem ser fundamentados,

VI. Essa fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas que constituem neste caso parte integrante do respectivo acto,"(cfr. artigo 115.º n.º 1 do CPA),

VII. Da conjugação de todas estas normas conclui-se que, a notificação e a fundamentação constituem condição de eficácia de um acto administrativo que decida acerca da extinção de um direito de um interessado.

VIII. A notificação e a fundamentação do acto administrativo devem conter todos os elementos prescritos na lei, sob pena de irregularidade e sob pena de gerar a ineficácia do acto que visa dar publicidade.

IX. A falta de indicação na notificação de um acto administrativo dos elementos previstos no artigo 70.º do CPA constitui uma diminuição das garantias de defesa do interessado seu destinatário e, consequentemente, uma violação ao princípio do acesso à justiça e da tutela jurisdicional efectiva previstos, respectivamente, nos artigos 14.º do

Código de Procedimento Administrativo e no artigo 2.º do Código de Processo Administrativo Contencioso (doravante CPAC).

X. Assim, é forçoso, de facto e de direito, concluir que o acto administrativo que foi dado a conhecer à ora Requerente através do Ofício nº 3565/GDI/2013 NÃO SE TORNOU EFICAZ enquanto a sua notificação não foi efectiva, o que só veio a acontecer com a notificação do dia 21 de Agosto de 2013, na medida em que, como se aduziu supra, só nessa data a Recorrente tomou conhecimento dos fundamentos da decisão.

XI. E, como resulta do disposto no artigo 27º do Código de Processo Administrativo Contencioso, o prazo para a interposição do presente recurso contencioso estaria suspensão até essa data, ou seja, até 21 de Agosto de 2013.

XII. Os erros de facto e de direito resultantes da decisão ora em crise neste recurso contencioso prendem-se com a demora das obras causadas por dois factos que erradamente a entidade Recorrida imputa à Recorrente, a saber: a impossibilidade de utilização parcial do canal de acesso ao barco de emergência "Flor de Lotus" do Aeroporto.

XIII. A primeira foi a proibição repentina de a Recorrente poder proceder ao abandono de lamas de dragagens no local que normalmente se fez até à data de começo das obras, em Coloane, tendo ficado a Recorrente obrigada a proceder à sua exportação para diferente jurisdição com os constrangimentos associados impostos pela jurisdição continental.

XIV. Todos os restantes e importantes motivos de atraso que se referirão neste recurso e oportunamente foram aduzidos em sede de audiência prévia, como se verá, foram uma consequência imediata destes dois factores que tiveram um verdadeiro efeito trombose,

impedindo o decurso e progressão normal das obras.

XV. A ratio legis da aplicação das multas assenta na necessidade de compelir o particular ao cumprimento do contrato, por forma a assegurar, dessa forma o interesse público subjacente ao contrato.

XVI. Mais justifica-se pela necessidade de assegurar, por meios expeditos e enérgicos, o regular e contínuo funcionamento dos serviços públicos em que o outro contraente se comprometeu a colaborar e a cuja disciplina se submeteu.

XVII. Foi pois com um propósito claro de vincular a aplicação das multas como uma pressão contratual perante o contraente privado, incentivando-o a cumprir com o contrato.

XVIII. É pois por essa razão que a Lei estabelece claramente que o período até ao qual a Administração poderá aplicar uma multa é até ao fim dos trabalhos ou à rescisão do contrato pois só durante a execução dos trabalhos, ou rescisão (que implica uma antecipação à finalização da obra) é que a Administração está em condições de pressionar o contraente privado ao regular cumprimento do mesmo.

XIX. A aplicação das multas, nos termos impostos pelo legislador, pressupõe uma obra não acabada.

XX. As obras foram entregues por parte da recorrente in totum, ou seja, completas e terminadas, pelo que, não sobravam quaisquer obras que pudessem servir de base de referência a partir da data da recepção provisória (23 de Setembro de 2011) para a aplicação de quaisquer multas.

XXI. Ao aplicar uma multa por referência ao período anterior à recepção provisória a decisão padece do vício de violação de Lei, determinante da sua anulabilidade, que desde já se argui, por violação dos artigos 174º, n.º 1 e 207º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 74/99/M de 8 de Novembro que aprovou o Regime jurídico do contrato das empreitadas de obras públicas.

XXII. A construção de um dique está condicionada ao trabalho preparatório de escavação e remoção de todo o material, solo, sedimentos e rochas do fundo de corpos de água existente no local de construção.

XXIII. Essa necessidade de dragagem abrange ainda toda a área assoreada de acesso ao local de construção, por forma a permitir o acesso às dragas, plataformas e embarcações.

XXIV. Quando começou a obra, a Recorrente procedeu imediatamente no dia 15 de Setembro de 2009 ao pedido de autorização aos departamentos competentes para dragagem do canal de navegação por si projectado e respectiva licença para depósito das areias, nos termos do contrato.

XXV. Surpreendentemente, e sem que nada o fizesse prever, a Recorrente viu-se impedida de proceder ao depósito no sítio proposto, pela Sub-Direcção Marítima de Nam Hoi da República Popular da China, decisão que mereceu a concordância da Capitania dos Portos de Macau.

XXVI. A Recorrente foi a primeira construtora em Macau proibida de realizar os despejos na

zona de Ka Ho, pelo que não poderia razoavelmente adivinhar da súbita mudança de posição das entidades responsáveis para o efeito.

XXVII. A entidade recorrida apenas considerou o período que decorreu desde a emissão do relatório do Centro de Monitorização Ambiental do Mar Sul da China, da Administração Estatal Oceânica, ou seja 22 de Outubro de 2009, até à autorização para proceder à execução de remoção de lodos no canal de navegação e respectivo depósito em Coloane, na quantidade de 20,000 metros cúbicos, ou seja, em 25 de Novembro de 2009.

XXVIII. Tendo desconsiderado todo o período de tempo de que antecedeu o referido relatório de 22 de Outubro de 2009 (de 15 de Setembro a 22 de Outubro de 2009), durante o qual a Recorrente encetou todas as diligências administrativas conducentes ao à obtenção do referido pedido de autorização para proceder à execução de remoção de lodos no canal de navegação e respectivo despejo de areias e lamas, e o período decorrido desde 1 de Janeiro de 2010, data em que foi proibida por comunicação do GDI de continuar a dragagem do canal de navegação (por já ter atingido o limite de 20,000 metros cúbicos concedidos), até 8 de Janeiro de 2010, data de obtenção de autorização para o depósito de lamas na Ilha de Huang Mao.

XXIX. Não era expectável nem a Recorrente podia prever que o Sub-Direcção Marítima de Nam Hoi da República Popular da China iria mudar a sua política quanto ao depósito de terras na área de Ka HO, e também não podia saber nem adivinhar que as areias objecto resultantes de dragagem no local continham um grau de poluição de categoria III, facto que a entidade recorrida nunca comunicou à Recorrente.

XXX. Pelo que não é imputável à Recorrente todo o período de pedido de autorização para proceder à execução de remoção de lodos no canal de navegação e

emissão da respectiva autorização por parte das entidades governamentais competentes, num período total de 115 dias e não os 35 dias concedidos pela entidade Recorrida.

XXXI. Neste particular o acto recorrido parte de uma base factual errada, na medida em que conta o impedimento a partir da data da emissão do relatório por parte das autoridades em causa (22 de Outubro de 2009), até à data da primeira autorização de dragagem e depósito (25 de Novembro de 2009) correspondente a 35 dias.

XXXII. A decisão, nesta parte assenta em fundamentação de facto e de direito errada, o que determina a sua anulabilidade.

XXXIII. A existência de um grau de contaminação das terras e lamas não foi antecipado e contemplado no concurso público de obras públicas em causa.

XXXIV. Nos termos do artigo 168.º do mesmo diploma, Sempre que ocorra suspensão não imputável ao empreiteiro, nem decorrente da própria natureza dos trabalhos previstos, os prazos do contrato e do plano de trabalhos consideram-se prorrogados por período igual ao da suspensão."

XXXV. Nos termos do artigo 159º do mesmo diploma, 2. O empreiteiro pode suspender a execução dos trabalhos, no todo ou em parte, por mais de 10 dias seguidos ou de 15 interpolados, quando tal esteja previsto no plano de trabalhos em vigor ou resulte: a) De ordem ou autorização do dono da obra ou de facto que lhe seja imputável; b) De caso de força maior [...]"

XXXVI. O Caderno de Encargos é ainda mais claro no sentido de esclarecer que: Sempre que ocorra suspensão dos trabalhos, não decorrente da própria natureza destes últimos, nem imputável ao empreiteiro, considerar-se-ão AUTOMATICAMENTE

PRORROGADOS, por período igual ao da suspensão, o prazo global da execução da obra e os prazos parcelares que dentro do plano de trabalhos em vigor, sejam afectados por essa suspensão."- cfr. Clausula 5.2.6 do Caderno de Encargos (pag. 15/42)

XXXVII. A poluição de índice III das areias e aterros pertencentes ao dono da obra é um facto que só a este pode ser imputado, por ser o dono da coisa.

XXXVIII. Sendo certo que não pode ser o empreiteiro, neste caso a Recorrente, a entidade a ser penalizada e prejudicada com a existência de poluentes no local.

XXXIX. Ainda que assim não fosse, a proibição de transporte de areias por parte de uma autoridade de uma jurisdição diferente, sendo no entanto a única entidade que pode decidir sobre o transporte e despejos de dragagens no Sul da China, constitui MOTIVO DE FORÇA MAIOR que impediu a realização dos trabalhos,

XL. Facto esse também aplicável à proibição de despejo dos materiais dragados em Ka Ho.

XLI. Por tudo isto, é manifestamente injusto e ilegal a decisão que ora se recorre, que apenas considerou como justificada a prorrogação do prazo a partir da data do referido relatório até 25 de Novembro de 2009.

XLII. Nos termos da lei, como se viu, o prazo considera-se como tendo sido automaticamente prorrogado desde a data da consignação até à data de começo parcial dos trabalhos.

XLIII. Pelo que a decisão está inquinada com o vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto e erro de direito.

XLIV. Assim sendo, o pressuposto de que o acto recorrido partiu - isto é, de que a responsabilidade pelos atrasos na obra se imputava à Recorrente - não se mostrava verificado, pelo que o mesmo se encontra inquinado do vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto.

XLV. Ao decidir como decidiu, a entidade recorrida desrespeitou os mais elementares princípios fundamentais do direito que regem a actividade da Administração Pública, nomeadamente o princípio da legalidade. Mais ignorou o preceituado no Código de Procedimento Administrativo e fez tábua rasa do contrato e do Caderno de Encargos, do qual é parte integrante.

XLVI. Estamos assim perante uma manifesta discrepância entre o conteúdo ou objecto do acto e as normas jurídicas que lhe são aplicáveis, o que constitui um vício de violação de lei.

XLVII. Donde resulta o vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto e erro de Direito, o que gera a anulabilidade do acto, como resulta do artigo 124º do CPA, que aqui se invoca para os devidos efeitos legais, nomeadamente para efeitos do estabelecido na alínea d) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC.

XLVIII. Em sede de audiência prévia, a Recorrente alegou e provou que o presente projecto consistia numa obra de engenharia marítima, e todos equipamentos e navios de transporte tinham necessariamente que passar pelo canal de navegação temporário para entrar na área de construção.

XLIX. Pelo programa de concurso a Recorrente devia escavar um canal de acesso à área de trabalhos de 100 metros ao Leste da área de dragagem, para ligar o canal

temporário da área de construção e o canal l'ótus"do Aeroporto.

L. Mesmo durante esta fase preparatória, e para cumprir com a construção do canal temporário com a extensão proposta pela Recorrente, esta, em 29 de Setembro de 2009 teve uma reunião com todas as entidades responsáveis a saber: a Capitania dos Portos, a CAM - Sociedade do Aeroporto Internacional de Macau, S.A.R.L, o Laboratório de Engenharia Civil de Macau (LECM), a ACEM} o GDI e a YYY.

LI. Tendo sido o Dono da Obra a exigir uma alteração substancial com a construção de um novo canal, o mesmo Dono da Obra tem, no mínimo, o dever de conduta e de boa-fé de proceder à prorrogação do prazo essencial para a realização das obras.

LII. Em cumprimento da Lei e do Caderno de encargos, designadamente, da cláusula 5.2.4, a Recorrente apresentou, comunicou à Recorrida da necessidade de prorrogar o referido prazo de execução, resultante da necessidade de se fazer um novo canal diferente do constante da proposta apresentada e aceite.

LIII. Nos termos do Artigo 172.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, Quando as circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar sofram alteração anormal e imprevisível, segundo as regras da prudência e da boa-fé, de que resulte grave aumento de encargos na execução da obra que não caiba nos riscos normais, o empreiteiro tem direito à revisão do contrato para o efeito de, conforme a equidade, ser compensado do aumento dos encargos efectivamente sofridos ou se proceder à actualização dos preços."

LIV. Nos termos do disposto no art. 168 do referido diploma legal Sempre que ocorra suspensão não imputável ao empreiteiro, nem decorrente da própria natureza dos

trabalhos previstos, os prazos do contrato e do plano de trabalhos consideram-se prorrogados por período igual ao da suspensão"

LV. Da mesma forma e nos termos do disposto no art. 169º preceitua-se o seguinte: 4. Considera-se facto não imputável ao empreiteiro o acto de terceiro por que o empreiteiro não seja responsável e para o qual não haja contribuído, sob qualquer forma."

LVI. Também nos termos da Cláusula 5.2.4 do Caderno de Encargos já supra citada:

LVII. Se houver trabalhos a mais e desde que o Empreiteiro o requeria, o prazo contratual para a conclusão da obra será prorrogado na proporção do valor desses trabalhos relativamente ao valor da empreitada."

LVIII. A falta de informações relativa às condições locais, ou a sua inexactidão, poderá servir de fundamento para reclamação do Empreiteiro, como sucedeu in casu, quando essa omissão ou inexactidão tenha dado origem a trabalhos não previstos inicialmente - cfr. Clausula 7.1.2 do Caderno de Encargos.

LIX. Ao decidir como decidiu, a entidade recorrida violou os princípios da legalidade, da justiça e imparcialidade, da boa fé e da decisão,

LX. E incorreu em clara violação dos supra referidos preceitos legais e disposições do Caderno de Encargos, donde, também nesta matéria, resulta o vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto e erro de Direito, o que gera a anulabilidade do acto, como resulta do artigo 124º do CPA, que aqui se invoca para os devidos efeitos legais, nomeadamente para efeitos do estabelecido na alínea d) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC.

LXI. A Recorrente apresentou respectivamente em 16 de Maio de 2011 e 7 de Julho de 2011, cartas com as referências ZH/HT/M15/5/351 e ZH/HT/M15/5/368 pedindo a prorrogação do prazo da obra por um período total de 165 dias, que seria faseado em duas fases, em resultado dos impactos imediatos com o fornecimento de areias e da especificidade das embarcações de transporte.

LXII. O GDI aceitou e reconheceu terem verificado: grande crescimento da procura das areias de origem marítima sofridas pelo empreiteiro a partir do segundo semestre do ano de 2010, uma supervisão e controlo mais apertados pela parte dos serviços governamentais do Interior da China sobre a sua extração; tendo as origens de areias também sido mandadas suspender e a sua produção reordenada; reforço da supervisão e controlo na especificidade das embarcações de transporte; reforço da supervisão e controlo nos trâmites para declaração alfandegária da exportação de areias; o fornecimento das areias destinadas para uso de construção encontrou-se suspenso.

LXIII. Os problemas detectados com o fornecimento de areias são do conhecimento público, resultantes da escassez causada pelo enorme volume de infra-estruturas que começaram a ser construídas na região a partir do segundo semestre de 2010, pelo que a obra que estava a ser construída pela Recorrente passou a competir directamente com todas as outras obras e aterros que estavam então a ser desenvolvidas na região.

LXIV. A falha do fornecimento foi pois detectada e comprovada pela YYY, responsável pela fiscalização.

LXV. A decisão em crise assenta apenas e tão só no facto de a Recorrente não ter feito prova diabólica, ou seja, a impossibilidade de fornecimento de areias por outra fonte ... !

LXVI. Independentemente da apresentação ou não da prova diabólica, os factos já reconhecidos pela empresa fiscalizadora YYY e pelo GDI, são suficientes para demonstrar que ocorreu uma impossibilidade de cumprimento não imputável à Recorrente.

LXVII. A Dona da Obra beneficiou com a implementação do método alternativo que evitou que a obra continuasse parada ainda por mais tempo,

LXVIII. O Dono da Obra, tendo ficado beneficiado com o esforço efectuado pelo Empreiteiro que encontrou um método alternativo, não só não teve de pagar mais como pretende beneficiar indirectamente ainda de um desconto no orçamento da obra através da aplicação de multas ...

LXIX. Como é sabido, quando se verifique -uma alteração anormal das circunstâncias contratuais com que as partes se vincularam, em direito administrativo aplica-se a teoria da imprevisão, como ensina Marcello Caetano, Os fundamentos doutrinários deste princípio são os seguintes: sendo a continuidade da essência do serviço público, importa assegurá-la a todo o transe e evitar, quanto possível, quaisquer perturbações no funcionamento do serviço; deve-se portanto, manter o contrato mesmo em circunstâncias excepcionais que ameacem de ruína o particular concessionário, empreiteiro ou fornecedor, pois essa ruína, ou a eminência dela, envolveriam a interrupção das prestações e um consequente abalo do serviço, forçando a administração a improvisar meios de o manter ou a procurar (e Deus sabe porque preço) novos contratantes; logo, o interesse público ordena que a colaboração prossiga nos termos do antigo contrato, repartindo-se as perdas da exploração por ambos os contraentes (administração e particular) (...) É característico também desta teoria jurisprudencial o princípio de que a assistência prestada pela administração ao outro contraente reveste a forma de indemnização, porque os juízes não

podem modificar o contrato, alterar tarifas, elevar preços."

LXX. Como se viu, as partes no presente contrato até demonstram na execução do mesmo alguma boa fé na medida em que a dona da obra aceitou mesmo a alteração do material a ser utilizado como forma de acelerar o andamento dos trabalhos apesar do problema detectado de falta de areias.

LXXI. O que não podia era a entidade recorrida desfazer a colaboração que então prestou continuando a imputar à Recorrente um incumprimento contratual que sabia que a mesma não causou, e com o qual até cooperou.

LXXII. Violou assim entidade recorrida com referida decisão os princípios da legalidade, da justiça e imparcialidade, da boa fé e da decisão,

LXXIII. E incorreu em clara violação do disposto nos arts. 169º, 171º, 172º, 174º do Decreto Lei 74/99/M e bem assim, entre outras, as Clausulas 5.2 e 5.3 do Caderno de Encargos, donde, também nesta matéria, resulta o vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto e erro de Direito, o que gera a anulabilidade do acto, como resulta do artigo 124º do CPA, que aqui se invoca para os devidos efeitos legais, nomeadamente para efeitos do estabelecido na alínea d) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC

LXXIV. Nos termos da decisão, Como a duração de execução dos trabalhos da zona de ensaio de estacas de pedra ultrapassou o tempo previsto (o ponto 20.1 acima referido) e que as amostras de lodos recolhidas no local de obra se tratarem de produtos poluentes resultantes de dragagem (categoria III), houve portanto a necessidade para realizar ensaios de toxicidade biológica (o ponto 20.2 acima referido), etc., são esses dois factores que impossibilitaram o início da obra de aterro a executar com areias conforme o

actual plano de trabalho, cujo processo e caminho são considerados críticos para a presente empreitada, pois influenciam a quantidade global de areias a fornecer pelo empreiteiro antes do dia 23 de Agosto de 2010, como também de acrescem o prazo de execução após recuperação do fornecimento de areias pelo empreiteiro no dia 3 de Maio de 2011. Pelo exposto, deve-se conceder períodos de prorrogação do prazo de execução, respectivamente, por 20 dias e 35 dias.

LXXV. No entanto, pela consideração da sobreposição temporal dos dois referidos períodos de prorrogação, isto é, a duração real de execução da zona de ensaio de estacas de pedra é de 1 de Setembro de 2009 a 23 de Janeiro de 2010 e a duração de recolha de amostras de lodos no local de obra para realizar ensaios de toxicidade biológica é de 22 de Outubro de 2009 a 25 de Novembro de 2009, tendo em conta também da elegibilidade na execução simultânea de dois trabalhos, pelo exposto, não se pode juntar as durações sobrepostas. Paralelamente, conforme o programa de execução apresentado pelo empreiteiro e já aprovado [anexo 23 (1)] considera-se que a dragagem da vala e o aterro de talude são os trabalhos importantes da empreitada, pelo que, o período de prorrogação aceitável é 35 dias."Tradução livre da nossa responsabilidade.

LXXVI. A entidade recorrida fez duas coisas: por um lado atribuiu dois períodos de prorrogação: de 20 dias e 35 dias, e depois concluiu que os mesmos se sobrepunham. Mas concluiu mal...!

LXXVII. A referida decisão só pode resultar de uma errada avaliação dos factos que lhe servem de fundamento.

XXVIII. Durante todo o período decorrido até 25 de Novembro de 2009 a Recorrente esteve objectivamente impedida de fazer quaisquer testes.

LXXXIX. Para que os testes se efectuassem seria necessário que os barcos da Recorrente pudessem entrar na área do dique a contruir.

LXXX. Toda a obra esteve efectivamente parada por facto de que a Recorrente não foi responsável.

LXXXI. Pelo que também neste particular a decisão recorrida incorre no vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto, pelo que deverá ser anulada.

LXXXII. Como se alegou supra, em 2012 foi a Recorrente notificada em sede de audiência prévia por ofício n.º 3897/GDI/2012 datada de 20 de Julho de 2012, no qual, entre outros, se imputava à Recorrente um atraso na conclusão da obra de 123 dias.

LXXXIII. O método aplicado na decisão em crise teve como base o número de dias a contar na parcela "prazo contratualmente estabelecido" apenas, e não teve em consideração as prorrogações aceites pela própria dona da obra.

LXXXIV. Como é sabido, o contrato administrativo de empreitada, ao longo da sua execução, está sujeita às respectivas modificações.

LXXXV. No que respeita aos prazos de execução, o contrato estará ainda sujeito às prorrogações que vejam a ser aceites.

LXXXVI. Se bem que a Recorrente tenha, desde o início pugnado pelo facto de ter cumprido o contrato em tempo, não lhe podendo ser imputada a demora que a decisão em crise lhe aponta, o certo é que, no mínimo, a decisão deveria aplicar o mesmo critério de cálculo.

LXXXVII. Para cálculo de multa prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 174º do

Decreto-Lei 74/99/M e alínea a) do n.º 1 da Cláusula 9ª do Contrato, a Entidade Recorrida apenas considerou 10% do prazo de 440 dias inicialmente fixados no contrato, isto é, 44 dias,

LXXXVIII. Tendo considerado, para os restantes 20 dias decorrentes das prorrogações administrativas entretanto concedidas, o aumento estipulado na al. b) dos supra referidos preceitos legais e contratuais, correspondentes a um aumento de 0,05%.

LXXXIX. Tal interpretação e decisão violou, desde logo, o princípio da participação e da audiência prévia, plasmados nos artigos 10 e 93 do CPA, e bem assim, nos artigos 174º, n.º 4 do DL 74/99/M,

XC. Isto porque deveria ter concedido à Recorrente, novo prazo de 10 dias para se pronunciar sobre a alteração do critério aplicado na fixação da multa, o qual se veio a mostrar mais gravoso, inquinando assim a decisão do vício de forma por preterição de formalidades legais, o que o que gera a anulabilidade do acto, como resulta do artigo 124º do CPA, que aqui se invoca para os devidos efeitos legais, nomeadamente para efeitos do estabelecido na alínea d) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC.

XCI. A decisão recorrida incorre em manifesta violação dos princípios da igualdade, justiça e imparcialidade, e proporcionalidade.

XCII. Na verdade, ao imputar aos 20 dias adicionais ao prazo contratualmente previsto o aumento de multa previsto nas referidas alíneas b) do art. 174º, n.º 1 do DL 74/99/M, a entidade recorrida está a penalizar injustamente a Recorrente por um atraso que, reconhecidamente, não lhe foi imputável.

XCIII. A ratio subjacente à norma é a de que o número de dias a ter em conta é o

prazo que as partes concordam que obra deveria ser efectivamente ser realizada.

XCIV. Ao aceitar prorrogações que não fez reflectir na forma de cálculo, a entidade Recorrida está, no fundo, a exigir da Recorrente que a mesma tivesse realizado a obra em período inferior ao que esta razoavelmente deveria cumprir o contrato,

XCV. Penalizando de forma mais grave os dias que ultrapassam os constantes da escritura inicial.

XCVI. Nos termos da Cláusula 5.3.5 do Caderno de Encargos, as multas previstas nas cláusulas 5.3.1 a 5.3.3 poderão ser anuladas ou reduzidas, a requerimento do empreiteiro, quando se verifique que as obras foram bem executadas, revelando qualidade excepcional e que o atraso havido na conclusão ou no início dos trabalhos não foi motivado por incúria ou má orientação dos mesmos pelo empreiteiro.

XCVII. Quis a Entidade Adjudicante, com esta norma, lançar mão de um poder discricionário para, face às circunstâncias atinentes à execução da obra, poder reduzir ou atenuar a pena contratual a aplicar por força de qualquer vicissitude imputável à entidade adjudicatária.

XCVIII. Existem circunstâncias, que, a terem sido consideradas pela entidade recorrida, implicariam uma redução substancial, ou até mesmo à anulação das multas que pudessem ser aplicadas à agora Recorrente.

XCIX. Os factos invocados pela Recorrente em sede de audiência escrita e ora constantes do presente Recurso são mais do que suficientes para habilitar a Recorrente a tal faculdade que deveria ter sido atendida pela Entidade Recorrida.

C. A obra foi considerada por todas as entidades envolvidas no projecto, como uma obra de elevada complexidade técnica, e pioneira em Macau. Não obstante,

CI. Foi realizada sem quaisquer defeitos, e apesar das vicissitudes que ocorreram durante a sua execução, a Recorrente soube antecipar a própria entidade Recorrida na descoberta de formas de resolver os problemas que foram encontrados, tendo a Entidade recorrida aceite as alternativas e soluções apresentadas pela Recorrente.

CII. A solução alternativa apresentada pela Recorrente face à escassez e encarecimento das areias beneficiou Entidade Recorrida, na medida em que não encareceu o valor do custo da obra, e pelo que o eventual atraso decorrente desse factor correu em benefício da Entidade Recorrida.

CIII. In casu, a Entidade Recorrida deveria, com todo o devido respeito, ter ponderado todos os factores supra invocados na decisão recorrida e por não ter anulado a multa que entendesse eventualmente ser aplicável, incorreu em vício de violação de Lei.

CIV. O princípio da proporcionalidade é o principal instrumento de controle de conteúdo deste juízo, seja ele primariamente judicial, seja, num primeiro momento, administrativo e só depois judicial, como no caso.

CV. A ideia valorativa central do princípio da proporcionalidade é a proibição de excesso e projecta-se em três vertentes principais: adequação, necessidade e equilíbrio (proporcionalidade em sentido estrito).

CVI. O tribunal procede ao controlo da observância destes princípios mediante um juízo avaliativo em que avulta a técnica do erro manifesto de apreciação e que tem como referenciais problemáticos o conjunto "situação, decisão, finalidade."

CVII. Por tudo isto, a decisão recorrida violou manifestamente o princípio da proporcionalidade, inquinando-a do vício de violação de lei, que gera a anulabilidade, que desde já se invoca.

Nestes termos e nos melhores de direito requer-se seja proferido Douro Acórdão por esse Venerando Tribunal que, nos termos do disposto no artigo 21º, n.º 1 do CPAC, anule o acto recorrido de aplicação de multa por atraso injustificado de 64 dias, no valor de MOP\$8.865.561,00, e de pagamento de encargos com a fiscalização em resultado dos atrasos injustificados no valor de MOP\$165 333,33, por se mostrar inquinado de:

a) vício de violação de lei por violação dos artigos 174º, n.º 1, art. 194º e 195º, al. a). e 207º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 74/99/M de 8 de Novembro;

b) vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto e por erro de direito;

Sem conceder,

Deverá ser anulado o acto recorrido de aplicação de multa e encargos com a fiscalização por se mostrar o acto inquinado do:

c) vício de forma por preterição de formalidades legais e por não realização de audiência dos interessados; e

d) vício de violação de lei por violação dos princípios da boa fé, da justiça, imparcialidade e da proporcionalidade.

2. O Exmo Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas do Governo da Região Administrativa Especial de Macau, entidade ora recorrida no processo à margem identificado, contesta, concluindo como segue:

I - Nos termos do disposto no artigo 20.º do CPAC, excepto disposição em

contrário, o recurso contencioso é de mera legalidade e tem por finalidade a anulação dos actos recorridos ou a declaração da sua nulidade ou inexistência jurídica.

2 - Ilegalidade que a ora recorrente não só não prova, como ainda, face ao recurso interposto, obriga a entidade ora recorrida a apresentar excepções, além da necessária impugnação.

3 - Assim, pelo mencionado ofício desse Venerando Tribunal foi a entidade ora recorrida citada para contestar o recurso contencioso interposto pela empresa Companhia de Construção de Obras Portuárias XXX XXX, Limitada, do acto do Secretário para os Transportes e Obras Públicas que lhe aplicou multa contratual por atraso na execução da «Empreitada de Construção do Dique da Zona de Aterro de Material de Construção no Cotaí», bem como lhe fixou o valor dos encargos da Fiscalização a suportar, relativos a igual período de atraso na conclusão da obra.

4 - No qual a recorrente vem dizer que interpõe recurso contencioso da decisão do Secretário para os Transportes e Obras Públicas, exarada sobre a informação n.º 670/GDI/2013, de 08/07/2013, identificando expressa e textualmente o acto administrativo em causa, em toda a sua amplitude.

5 - Mas o recurso interposto não se limitou a impugnar directamente o acto administrativo, considerando-o apenas como acto inquinado de uma eventual qualquer invalidade, pois foi mais além entrando em pleno na própria relação contratual.

6 - Ora, nos termos do n.º 1 do artigo 218.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, Revestem a forma de acção as questões submetidas ao julgamento dos tribunais competentes sobre interpretação, validade ou execução do contrato, incluindo a efectivação

de responsabilidade civil contratual. Acrescentando o n.º 2 que o disposto no número anterior não impede o recurso contencioso de actos administrativos relativos à formação e execução do contrato.."

7 - E, muito embora a lei admita o recurso contencioso de actos administrativos relativos à execução do contrato, no caso, de um acto administrativo relativo à execução de um contrato de empreitada de obras públicas, há-de entender-se que tal recurso deverá ter por fundamento a ofensa, pelo acto recorrido, dos princípios ou normas jurídicas, ou outras causas relevantes de invalidade, elencados no artigo 21.º do CPAC.

8 - Todavia, a recorrente não se limita a recorrer com tais fundamentos, antes vem suscitar diversas vicissitudes na execução do próprio contrato, contestando as razões consideradas pela entidade ora recorrida para a contabilidade dos dias de atraso na conclusão da obra, invocando justificações várias da sua parte para se julgar com direito a prorrogações graciosas do prazo, que não terão sido tidas em conta, na sua óptica, pelo dono da obra, bem como questionando o prazo final apurado para a execução da empreitada, já sem falar do quantum da multa aplicada e das despesas com a Fiscalização decorrentes do atraso e a ele subjacentes.

9 - E, assim sendo, a ora recorrente não se detém a impugnar apenas a decisão tomada pelo dono da obra, mas vem, ao invés, ampliar o seu objecto na petição de recurso, na qual, afinal, suscita indubitavelmente questões que se prendem com a interpretação, validade e execução do contrato, pelo que, salvo o devido respeito, resulta líquido destes factos não ser o recurso contencioso de anulação o meio processual adequado, mas sim a forma de acção, conforme claramente prevê a alínea d) do artigo 97.º e o n.º 1 do artigo 113.º, ambos do CPAC, em conjugação com o n.º 1 do já citado artigo 218.º do

Decreto Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro.

10 - Pelo que, por ser a acção o meio processual adequado deverá o Venerando Tribunal de Segunda Instância mostrar-se incompetente para julgar o pedido, sendo para o efeito competente o Tribunal Administrativo, de acordo com o disposto na subalínea (3), alínea 3) do n.º 2 do artigo 30.º da Lei n.º 9/1999, conjugado com o artigo 36.º do mesmo diploma legal, este interpretado a contrario sensu.

11 - É esta a conclusão que se retira da doutrina e da jurisprudência portuguesas, sendo que o entendimento predominante, que terá tomado pacífica a jurisprudência a seguir, consta do Acórdão de 13/05/2005 do Supremo Tribunal Administrativo, processo n.º 0582/05 (consultável em www.dgsi.pt), citado mais completamente no artigo 9.º do articulado, no qual se conclui que: "a aplicação de uma multa por incumprimento de prazos contratuais pelo empreiteiro consubstancia um acto praticado no âmbito da execução do contrato de empreitada, cuja impugnação deve ser exercitada por via de acção, e não através de recurso contencioso" e que o recurso contencioso só será admissível na impugnação contenciosa de actos praticados até à celebração do contrato e, por outro lado, a acção passou a ser o meio processual adequado para dirimir as questões suscitadas após a celebração do contrato, pelo que Da evolução legislativa citada e de uma combinação harmónica destes princípios pode concluir-se que houve por parte do legislador a intenção de distinguir no contrato de empreitada de obras públicas entre o período anterior à celebração do contrato e o período posterior a essa celebração" e, a partir desta conclusão, todas as questões relativas à execução do contrato de empreitada de obras públicas são consideradas como "questões" a decidir através do instrumento processual da acção," tanto mais que "difícilmente se compaginaria com a característica da auto-tutela executiva que caracteriza o acto administrativo a imposição dessa forma processual de discussão de tais controvérsias," de

onde, Há, pois, que concluir que, no âmbito do D.L. 405193 (assim como no Decreto Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, anotação nossa), o meio próprio de reacção para dirimir quaisquer questões"relativas à execução do contrato, e independentemente da natureza dessas questões,"é a acção. "

12 - Só como excepção à regra do n.º 1, e nos termos preconizados no supracitado Acórdão do STA (em casos muito contados como os nele elencados, mas seguramente não no caso de aplicação de multa contratual) se pode entender a existência do n.º 2 do artigo 218.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, 8 de Novembro, pois que, em caso contrário, e em todas as situações, o adjudicatário poderia interpor recurso contencioso das decisões do dono da obra, pelo que a excepção do artigo 218.º (n.º 2) passaria a regra e a regra do mesmo artigo (n.º 1) deixaria de ter razão que existir, subvertendo completamente a ratio legis do preceito.

13 - E, por ser manifesto ter a recorrente lançado mão de um meio processual inadequado, por ser a acção o meio processual próprio, gerando, deste modo, a incompetência do Tribunal de Segunda Instância para conhecer da questão controvertida, deverá o recurso interposto ser liminarmente indeferido, abstendo-se o Tribunal de conhecer do pedido e absolvendo da instância a entidade recorrida.

14 - Por outro lado, mas sem conceder, também deve o recurso ser liminarmente rejeitado quando seja manifesta a verificação de circunstâncias que obstem ao seu prosseguimento, designadamente a caducidade do direito ao recurso prevista na alínea h) do n.º 2 do artigo 46.º do CPAC.

15 - Precisamente o caso dos autos, porquanto a recorrente reconhece ter sido notificada do conteúdo integral do acto administrativo ora recorrido no dia 1 de Agosto de

2013, da qual constam todas as indicações previstas no artigo 70.º do CPA, nomeadamente o texto integral do acto administrativo (que a recorrente reproduz no artigo 1.0 da petição de recurso), a identificação do procedimento administrativo (indicada no assunto do ofício), incluindo a indicação do autor do acto (o Secretário para os Transportes e Obras Públicas), a data da pronúncia do acto (24 de Julho de 2013), o órgão competente para apreciar a impugnação do acto (o Tribunal de Segunda Instância), o prazo para o efeito (de 30 dias) e a indicação de o acto ser susceptível de recurso contencioso.

16 - Todavia, se ainda assim a recorrente tivesse dúvidas sobre qualquer daquelas indicações, poderia ter pedido uma certidão nos termos e ao abrigo do n.º 2 do artigo 27.º do CPAC sobre as que considerasse em falta, o que manifestamente não fez.

17 - Sendo certo que o acto produz os seus efeitos desde a data em que foi praticado, nos termos do n.º 1 do artigo 117.º do CPA, e por constituir deveres ou encargos para a ora recorrente, começou a produzir efeitos na sua esfera jurídica desde o citado dia 1 de Agosto de 2013, nos termos do n.º 1 do artigo 121.º do mesmo CPA, nomeadamente para efeitos da contagem do prazo para interposição de recurso contencioso, nos termos do artigo 26.º do CPAC.

18 - Ora verifica-se facilmente que a petição de recurso, cujo prazo terminava no dia 2 de Setembro de 2013 (já incluída a devida dilação), apenas deu entrada na Secretaria do Tribunal de Segunda Instância no dia 3 de Setembro de 2013, ou seja, fora do prazo legal de 30 dias previsto na alínea a) do n.º 2 do artigo 25.º do CPAC para a interposição do recurso contencioso, dado a recorrente ter sede em Macau.

19 - Pelo que, reconhecendo este facto, vem a requerente tentar justificar a falta de atempada interposição do recurso dizendo que, por lapso,"a teria enviado por telecópia

para a Secretaria do Juízo de Instrução Criminal da RAEM, o que efectuou nas últimas horas do último dia do prazo legal de interposição do recurso, lapso"que, no entanto, não ocorreria no caso de um cidadão normalmente diligente, e que, por isso mesmo, se considera irrelevante para efeitos da tempestividade de apresentação do recurso.

20 - Porquanto, nos termos do n.º 1 artigo 41.º do CPAC o recurso contencioso é interposto pela apresentação da respectiva petição na secretaria do tribunal a que é dirigida" e é um facto inquestionável que o presente recurso apenas deu entrada na secretaria judicial competente no dia 3 de Setembro de 2013, pelo que a recorrente deixou passar o prazo legal de caducidade do direito ao recurso.

21 - Embora diga disfarçadamente a recorrente que foi por lapso," não mais se referindo ao caso, como se fosse normal, ou mesmo desculpável, que não é, a entrega da petição num tribunal incompetente para julgar o recurso apresentado, sendo certo que a instância só se considera iniciada com a tempestiva recepção na secretaria competente da respectiva petição inicial (vide artigo 211.º do Código do Processo Civil).

22 - Embora o CPAC, quanto aos prazos de recurso a que respeita o artigo 25.º, seja omissa quanto à questão invocada (o alegado lapso"na entrega da petição), no Código de Processo nos Tribunais Administrativos de Portugal (aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro), cujo regime é em tudo semelhante ao do CPAC de Macau, a questão do atraso na interposição do recurso tem previsão no n.º 4 do seu artigo 58.º, cuja redacção se transcreve:

1 - A impugnação de actos nulos ou inexistentes não está sujeita a prazo.

2 - Salvo disposição em contrário, a impugnação de actos anuláveis tem lugar no prazo de:

- a) Um ano, se promovida pelo Ministério Público;*
- b) Três meses, nos restantes casos.*

3 - A contagem dos prazos referidos no número anterior obedece ao regime aplicável aos prazos para a propositura de acções que se encontram previstos no Código de Processo Civil.

4 - Desde que ainda não tenha expirado o prazo de um ano, a impugnação será admitida, para além do prazo de três meses da alínea b) do n.º 2, caso se demonstre, com respeito pelo princípio do contraditório, que, no caso concreto, a tempestiva apresentação da petição não era exigível a um cidadão normalmente diligente, por:

a) A conduta da Administração ter induzido o interessado em erro;

b) O atraso dever ser considerado desculpável, atendendo à ambiguidade do quadro normativo aplicável ou às dificuldades que, no caso concreto, se colocavam quanto à identificação do acto impugnável, ou à sua qualificação como acto administrativo ou como norma;

c) Se ter verificado uma situação de justo impedimento.."

23 - Pelo que do citado preceito legal resultam 3 situações em que será admissível a impugnação para além do prazo legal de interposição do recurso, cuja tempestiva apresentação da petição não será exigível a um cidadão normalmente diligente, e só nessas situações.

24 - Sendo manifesto que o lapso"invocado pela ora recorrente não se enquadra em qualquer das alíneas do n.º 4 do supracitado preceito legal daquele CPTA, aqui trazido à colação, e que a doutrina no Direito Comparado já teve oportunidade de se debruçar sobre a questão, mormente Mário Aroso de Almeida in Manual de Processo Administrativo, edição Almedina, 2010, cujo excerto de páginas 308 e seguintes citamos mais completamente no artigo 23.º do articulado, realçando-se em conclusão que o tal lapso"não se enquadra em qualquer das hipóteses taxativas do preceito e que "O prazo legal de impugnação constitui, porém, um pressuposto cuja observância é, por definição. insuprível a posteriori.."

25 - Com o que tal lapso"invocado para a não apresentação tempestiva da impugnação na Secretaria do Tribunal de Segunda Instância não constitui justificação, nem

no Direito Comparado, que possibilite a apresentação fora do prazo legal de interposição do recurso, por denotar uma actuação negligente que, de todo em todo, não se coaduna com a noção de um cidadão normalmente diligente," sendo certo que, como bem referiu o supracitado autor o prazo legal de impugnação constitui um pressuposto cuja observância é, por definição, insuprível a posteriori."

26 - Logo, conclui-se sem margem para dúvidas que o recurso contencioso foi interposto já fora do prazo legal de interposição, ou seja, após o prazo de 30 dias previsto na alínea a) do n.º 2 do artigo 25.º do CPAC, aplicável ao caso da requerente por ter sede em Macau, pelo que, nesta factualidade, e nos termos do n.º 2 do artigo 46.º do CPAC o recurso deve ser liminarmente rejeitado, por caducidade do direito ao recurso previsto na sua alínea h).

27 - Noutro aspecto, e no que concerne ao pedido da recorrente de prestação de caução e efeito suspensivo do acto, lembramos que, nos termos do artigo 22.º do CPAC, O recurso contencioso não tem efeito suspensivo da eficácia do acto recorrido, excepto quando, cumulativamente, esteja apenas em causa o pagamento de quantia certa, sem natureza de sanção disciplinar, e tenha sido prestada caução por qualquer das formas previstas na lei de processo tributário ou, na sua falta, pela forma prevista na lei de processo civil para prestação de caução no procedimento cautelar comum".

28 - Ora este preceito legal consagra, portanto, uma excepção ao regime regra de não atribuição de efeito suspensivo ao recurso contencioso, determinando, para o efeito, a necessidade do preenchimento de dois requisitos cumulativos, quais sejam: - Que esteja apenas em causa o pagamento de quantia certa, sem natureza de sanção disciplinar; Que tenha sido prestada caução.

29 - E o certo é que nenhum destes requisitos se encontra preenchido, porque, por um lado, a multa aplicada tem efectivamente natureza disciplinar, de carácter sancionatório, no âmbito do cumprimento do contrato (a multa é de facto uma sanção, de carácter compulsório, mas sem natureza indemnizatória ou compensatória, e tem previsão legal, nomeadamente, no artigo 174.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, e na alínea e) do artigo 167.º do CPA) e, por outro lado, teria sido necessário que o interessado tivesse prestado caução anteriormente à apresentação da impugnação ou, no caso limite, com a mesma propositura.

30 - Deste modo, não estando preenchido qualquer dos requisitos (além do mais, cumulativos) acabados de enumerar, não poderá ser deferido o pedido de suspensão de eficácia requerido ao abrigo do citado preceito legal, tal como defendem Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha in *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª edição revista, Almedina - 2010, a páginas 331 e seguintes, ao artigo 50.º daquele Código (correspondente ao artigo 22.º do CPAC), incluindo referência a diversos acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, cuja citação mais completa se faz artigo 33.º do articulado, dizendo que: *“O efeito suspensivo automático é aplicável à impugnação de actos que imponham prestações pecuniárias, de carácter não sancionatório (...). Excluem-se, pois, medidas disciplinares que imponham uma pena de multa, bem como as decisões que, no âmbito de procedimento disciplinar, determinem a reposição de quantias (...) a jurisprudência tem exigido a anterioridade da caução relativamente à apresentação em juízo do pedido impugnatório (...) Como resulta da ressalva contida no segmento inicial do preceito, o interessado sempre poderá optar por requerer a suspensão de eficácia do acto, nos termos gerais previstos nos artigos 112.º e segs., sujeitando-se aos critérios de decisão que se encontrem previstos no subsequente artigo 120.º*

(vide, artigo 120.º do CPAC) (...) a norma do n.º 2 do artigo 50.º em substituição de um processo cautelar autónomo, limita-se a impor ao interessado, para que possa beneficiar do efeito suspensivo automático da impugnação, que efectue a prova da prestação de caução (...) O demandante deverá, pois, juntar ao articulado o documento constitutivo da garantia, o qual instruirá a petição nos termos previstos nos artigos 78.º, n.º 2, alínea m) e 79.º".

31 - Também para a jurisprudência a questão é líquida, como se pode retirar do Acórdão do STA de 24 de Outubro de 1995, no processo n.º 38.768 (consultável em <http://dre.pt/pdfgratisac/1995/32141.pdf>) e que citamos: 'E, conforme vem entendendo este Supremo Tribunal, ã caução deve estar prestada quando o requerente apresente o pedido de suspensão, não havendo lugar ao procedimento previsto no art. 433.º do CPC"e ãõ substitui a prestação de caução a mera declaração de estar pronto a prestá-la logo que o tribunal o determine"- conf Acs de 27-10-92 e de 7-10-93, in Procs n.º 31.197 e 32.621 respectivamente (...) A expressão ãenha sido prestada caução," não deixa margem para dúvidas acerca da necessidade do preenchimento do requisito da anterioridade da garantia, pelo que, sem embargo da susceptibilidade abstracta da subordinação da suspensão a uma dada condição também permitida pelo n.º 1 do art. 79.º da LPTA, excluída se encontra a possibilidade da aposição ao eventual decretamento da suspensão de uma qualquer condição de prestação de caução idónea em certo prazo a arbitrar pelo tribunal."

32 - Deste modo, o facto de a recorrente ter vindo propor-se a prestar a garantia não supre a necessidade da anterioridade da sua apresentação, conforme determina o artigo 22.0 do CPAC, com a consequência de se verificar o não preenchimento deste requisito em particular, o que inviabiliza, desde logo, que o pedido possa vir a ser deferido, sendo nossa opinião que deverá o Venerando Tribunal indeferir liminarmente o pedido de suspensão de eficácia do acto, formulado mediante a mera disponibilidade para apresentação de garantia

em momento posterior à interposição do recurso, porquanto não se encontram preenchidos, muito menos cumulativamente, os dois requisitos plasmados no artigo 22.0 do CPAC.

33 - Em matéria de facto cumpre dar como assente, ter Sua Exa. o Chefe do Executivo, por despacho de 7 de Julho de 2009 sobre a Informação n.º 438/GDI/2009, aprovado a adjudicação da Empreitada de Construção do Dique da Zona de Aterro de Material de Construção no Cotai"ã empresa XXX XXX Harbour Construction Co., Ltd., pelo valor de MOP\$119 804 870,00, com o prazo de execução de 440 dias, contados a partir do dia 1 de Setembro de 2009 até ao dia 14 de Novembro de 2010.

34 - E, posteriormente, por despacho de 4 de Agosto de 2010 sobre a Informação n.º 689/GDI/2010 aprovado a prorrogação do prazo de execução, por um período de 88 dias, até ao dia 10 de Fevereiro de 2011

35 - A que se seguiu novo despacho de 21 de Fevereiro de 2011 sobre a Informação n.º 094/GDI/2011, aprovando a prorrogação do prazo de execução, por um período de 80 dias, até ao dia 1 de Maio de 2011.

36 - E que também, por despacho de 24 de Julho de 2013 do Secretário para os Transportes e Obras Públicas sobre a Informação n.º 670/GDI/2013 foi aprovada a prorrogação do prazo de execução, por um período de 72 dias, até ao dia 12 de Julho de 2013, constando igualmente daquela informação o despacho ora recorrido.

37 - Por outro lado, no que se refere aos serviços de fiscalização da obra, foi por despacho de 19 de Agosto de 2009 do Secretário para os Transportes e Obras Públicas, sobre a Informação n.º 584/GDI/2009, aprovada a adjudicação da prestação dos serviços de fiscalização da empreitada em questão à empresa YYY - Consultoria e Projectos

Internacionais, Limitada, no valor de MOP\$2 160 000,00, com um prazo de prestação de serviços de 15 meses, contado a partir do dia 2 de Setembro de 2009 e até ao dia 1 de Dezembro de 2010.

38 - A que se seguiu novo despacho de 16 de Setembro de 2010 sobre a Informação n.º 873/GDI/2010, aprovando a prorrogação da prestação dos serviços de fiscalização da empreitada em apreço à mesma empresa, no valor de MOP\$331 200,00, com o prazo de prestação de serviços de 71 dias, contado a partir do dia 2 de Dezembro de 2010 e até ao dia 10 de Fevereiro de 2011.

39 - E um novo despacho em 30 de Março de 2011 sobre a Informação n.º 256/GDI/2011, aprovando a prorrogação da prestação dos serviços de fiscalização da empreitada à citada empresa, no valor de MOP\$388 800,00, com o prazo de prestação de serviços de 80 dias, contado a partir do dia 11 de Fevereiro de 2011 e até ao dia 1 de Maio de 2011.

40 - Tendo, a partir de 1 de Maio de 2011 a equipa de fiscalização sido reduzida nos seus elementos, em função da sua efectiva necessidade, passando os respectivos honorários a ser de MOP\$80 000,00 mensais até à conclusão da obra, o que ocorreu no dia 23 de Setembro de 2011 com a recepção provisória da empreitada.

41 - Entretanto, prevendo-se que a obra não estaria concluída à data de 1 de Maio de 2011, porquanto se encontrava atrasada na sua execução, foi solicitado ao empreiteiro, pelo ofício n.º 2947/GDI/2011, de 28 de Abril de 2011, que apresentasse relatório sobre os motivos de atraso de execução da empreitada.

42 - O empreiteiro apresentou, então, pelas cartas com as ref. as

ZHIHT/M15/5/351 e ZH/HT/M15/5/368, respectivamente de 16 de Maio de 2011 e 7 de Julho de 2011, um pedido de prorrogação do prazo por um período global de 165 dias, de um total de 255 dias, que seria faseado em duas fases, respectivamente de 117 e 138 dias, por alegado motivo dos impactos imediatos com o fornecimento de areias (alegada impossibilidade da sua obtenção) e da especificidade das respectivas embarcações de transporte.

43 - Todavia, não apresentou o empreiteiro documento comprovativo da impossibilidade de obtenção de areias de origem legal (extração licenciada pelas autoridades competentes do Interior da China), e no que se refere ao tipo de embarcações licenciadas para o transporte de areia, a respectiva regulamentação do Interior da China datava já de Março de 2004, pelo que se o empreiteiro se devia conformar com aquela regulamentação.

44 - Contudo, como o empreiteiro não apresentou prova bastante comprovativa da impossibilidade de obtenção de areias de origem legal, não estando impossibilitado de obter a areia necessária à obra, pese embora tenha sido autorizada pelo dono da obra a substituição parcial do material utilizado na obra (brita e material britado em vez de areia), e no que concerne ao pedido de prorrogação do prazo de execução da empreitada pelo período global de 165 dias, referente ao período de 23 de Agosto de 2010 a 5 de Maio de 2011, não estando reunidos os pressupostos necessários para o seu deferimento, teve o mesmo de ser indeferido.

45 - Noutra vertente, motivado por condições meteorológicas adversas à boa execução da empreitada, verificadas no período de 1 de Janeiro de 2011 a 1 de Maio de 2011, considerou o dono da obra apropriado conceder uma prorrogação administrativa, por 4 dias, a que se juntou uma outra prorrogação de mais 18 dias, por igual motivo, no período

entre 6 de Maio de 2011 e 23 de Setembro de 2011, data da efectiva conclusão da obra.

46 - O atraso apurado na execução da empreitada, calculado em 123 dias, estava sujeito à aplicação de multa contratual nos termos do n.º 1 do artigo 174.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro e da cláusula nona do contrato de empreitada.

47 - Pese embora ter sido o empreiteiro notificado na reunião de obra do dia 25 de Abril de 2011, o que foi reiterado pelo ofício n.º 2947/GDI/2011, de 28 de Abril de 2011, para cumprir o prazo de execução da empreitada, com o foi desencadeado o processo de aplicação de multa, sendo ainda aquele advertido que seria igualmente responsabilizado pelos encargos a suportar com a Fiscalização, relativos a igual período de atraso, se a empreitada não se concluísse no prazo contratualmente estabelecido.

48 - Após ter sido ouvido preliminarmente o empreiteiro, de terem sido recolhidos os pareceres da Fiscalização, de se terem efectuado diligências e averiguações complementares e de se ter procedido à recolha de prova bastante, foi o mesmo empreiteiro, ora recorrente, notificado pelo ofício n.º 3896/GDI/2012, de 20 de Julho de 2012 para, em sede de audiência prévia, apresentar a sua defesa sobre o projecto de decisão tendente à aplicação de multa contratual por incumprimento do prazo contratual de execução da empreitada.

49 - Foi igualmente notificado, pelo ofício n.º 3897/GDI/2012, de 20 de Julho de 2012 para, em sede de audiência prévia, dizer o que se lhe oferecesse sobre o projecto de decisão tendente à imputação, ao mesmo empreiteiro e ora recorrente, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos com a Fiscalização relativos ao citado período de 123 dias de atraso na execução da empreitada.

50 - O empreiteiro, ora recorrente apresentou a sua defesa e pronunciou-se sobre a eventual responsabilidade pelos custos da Fiscalização nos termos do documento que se junta como Doc. n.º 30, tendo sobre a mesma pronunciado a Fiscalização nos termos do relatório que se anexa como Doc. n.º 31.

51 - Em conformidade com a análise efectuada, não sendo de aceitar a maior parte das justificações apresentadas pelo empreiteiro, ora recorrente, e sob proposta da fiscalização, foi-lhe concedida uma prorrogação administrativa adicional de 35 dias do prazo de execução, justificável apenas face à imprevisibilidade do grau de contaminação encontrado nos lodos, o que teria obrigado à realização de análises cuja morosidade teria implicado um efeito adverso no normal desenrolar dos trabalhos.

52 - Foi ainda corrigido o número de dias a que o empreiteiro teria direito por trabalhos a mais, passando dos 45 dias concedidos por despacho de Sua Exa. o Chefe do Executivo, ex arado em 4 de Agosto de 2010 sobre a informação n.º 689/GDI/2010, para 69 dias, uma vez refeito o cálculo de acordo com o disposto na cláusula 5.2.4 do caderno de encargos, que tem subjacente o disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 128.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro.

53 - Assim, a prorrogação do prazo de execução a conceder na sequência da defesa apresentada pelo empreiteiro resultou num acréscimo de 72 dias, pelo que a obra deveria estar concluída no dia 12 de Julho de 2011, mas, ainda assim, foi concedida uma prorrogação de prazo por mais 9 dias a contar daquela data, considerando condições atmosféricas adversas que lhe sucederam, pelo que o incumprimento contratual do prazo de execução da empreitada se cifrou, em 64 dias, estando sujeito à aplicação de multa contratual nos termos do n.º 1 do artigo 174.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de

Novembro, e da cláusula nona do contrato de empreitada.

54 - Feito o respectivo cálculo com base no prazo contratualmente estabelecido (440 dias) e no valor contratual (MOP\$119,804,870,00) resultou, por aplicação da respectiva fórmula, a multa global de MOP\$8 865 560,38, a que iria acrescer os encargos com a fiscalização em igual período, da responsabilidade do empreiteiro nos termos da cláusula nona do contrato, os quais somaram em MOP\$165 333,33.

55 - Em matéria de Direito e nos termos do disposto no artigo 20.º do CPAC, Excepto disposição em contrário, o recurso contencioso é de mera legalidade e tem por finalidade a anulação dos actos recorridos ou a declaração da sua nulidade ou inexistência jurídica”.

56 - Porém, dos fundamentos constantes do artigo 21.º do CPAC, a recorrente vem alegar apenas que o acto recorrido padece de vários vícios de violação de lei, que elenca no artigo 2.º da petição de recurso.

57 - Mas não é verdade que a entidade ora recorrida tenha violado a lei, como pretende a recorrente, alegadamente por erro nos pressupostos de facto e de direito, por violação dos princípios da participação e omissão de audiência prévia ou do princípio da proporcionalidade, nem a recorrente o consegue demonstrar.

58 - Assim, quanto à alegada inadmissibilidade legal da aplicação da multa, a ora recorrente erra crassamente na interpretação que faz do n.º 1 do artigo 174º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, ao tentar insinuar que a multa só poderia ser aplicada durante a execução da obra, porquanto, do seu ponto de vista, a multa teria apenas natureza preventiva (no sentido de apenas pressionar o empreiteiro a executar atempadamente a

obra), mas não sancionatória.

59 - No entanto, contrariamente ao que defende a ora recorrente, a norma legal que prevê a aplicação da multa contratual tem natureza não só preventiva mas também sancionatória, ademais de carácter compulsório, sem natureza indemnizatória ou compensatória, pois na esteira de Jorge Andrade da Silva, em anotação ao Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, 10.º edição, Almedina - 2006 a págs. 603, 'A multa estipulada ou supletivamente prevista na lei, dada a sua natureza intimidatória em relação ao pontual cumprimento do contrato pelo empreiteiro, funciona como cláusula penal para a falta de cumprimento no prazo para isso nele fixado, atentas as prorrogações graciosas ou legais. Mas trata-se de uma cláusula penal de natureza compulsória e não indemnizatória ou compensatória. Daí que o empreiteiro tenha de pagar os respectivos montantes, independentemente dos prejuízos efectivos que eventualmente resultem do seu incumprimento ficarem aquém do valor das multas.'

60 - Mas mesmo que assim não fosse, e sem conceder, já se demonstrou que o empreiteiro foi notificado da aplicação de multa ainda durante a execução da empreitada, pelo que a questão da inadmissibilidade de aplicação de multa defendida pela ora recorrente não tem qualquer fundamento credível.

61 - Pois que é pacífico na jurisprudência que a multa contratual tem carácter penal, conforme o Acórdão n.º 0574/02, do Supremo Tribunal Administrativo, de 17 de Outubro de 2002 (<http://www.dgsi.pt>). que se cita, sendo que a multa para o incumprimento dos prazos contratuais funciona como cláusula penal. Constitui a liquidação a forfait dos prejuízos sofridos pelo dono da obra com esse atraso, sendo o que, em princípio, o empreiteiro tem a pagar, independentemente de o valor dos prejuízos reais ser superior ou

inferior a esse valor. Mas não cumpre uma função puramente indemnizatória, de reintegração "tanto por tanto," desempenhando a sua estatuição, na lei ou no contrato, também uma função dissuasora ou preventiva, pela automaticidade de efectivação da ameaça que pende sobre o contraente, se não respeitar os prazos. A multa para o incumprimento dos prazos nos contratos de empreitada de obras públicas comunga da mesma natureza e finalidade genérica das multas contratuais. Mas desde já se adianta que a finalidade preventiva - que, para ser séria, exige a crença na efectividade da repressão se houver efectiva violação - sobreleva a finalidade reparatória”.

62 - Pelo que, a alegação feita pela ora recorrente, de que a aplicação efectiva da multa após a conclusão dos trabalhos é inadmissível, não colhe e contraria a ratio legislatoris, bem como a jurisprudência dominante no direito comparado.

63 - E, sem necessidade de exaustão, basta atentar no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 3507-06TBAVR.C1.S1, de 5 de Maio de 2012, (in www.dsgi.pt). que conclui que lhexistindo qualquer prova concreta de que, antes e depois do auto de recepção provisória da obra, a autora tenha desencadeado o processo de aplicação das multas (rectius: cláusula penal ou pena convencional) contratualmente estabelecido, torna-se evidente que não lhe assiste o direito de obter a condenação no respectivo pagamento por via da presente acção ... ,” pelo que a contrario, não subsistem dúvidas de que é legalmente admissível a aplicação da multa, pelo atraso na execução da obra, mesmo após a conclusão dos trabalhos, tendo ou não o procedimento de aplicação sido desencadeado antes da recepção provisória a que refere o artigo 193º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, ainda mais quando, no nosso caso, o procedimento para a determinação do quantum da multa foi iniciado ainda durante a execução da obra.

64 - Não havendo, portanto, qualquer violação dos artigos 174.º, n.º 1, 194.º, 195.º, alínea a) e 207.º, n.º 3, todos do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, pois que aquela não se verificou, não se verificando a invocada violação de lei.

65 - Depois, quanto aos alegados erros nos pressupostos de facto e de direito, que teriam servido de base à decisão, e que a recorrente também reclama de violação de lei, o que se confirma pela análise exaustiva e cuidada do acto administrativo, ora posto em crise, é que a recorrente não consegue provar a existência de qualquer ilegalidade na tornada da decisão sufragada.

66 - Por conseguinte, ao invés de provar as eventuais ilegalidades, a recorrente vem, de forma sub-reptícia, apresentar razões não provadas que se consubstanciam em verdadeiras excepções de não cumprimento contratual, esgrimindo o caso de força maior e a impossibilidade de cumprimento não imputável à recorrente.

67 - É firme na jurisprudência que factos como os alegados não devem ser analisados em sede de recurso contencioso por tratarem de questões que se prendem com a interpretação, validade e execução dos contratos e, consequentemente, questões que só devem ser apreciados na acção sobre contratos administrativos, prevista e regulada nos artigos 113.º e seguintes do CPAC, porquanto o recurso contencioso na RAEM é apenas de mera legalidade, não cabendo ao Tribunal conhecer do mérito das decisões discricionárias da Administração através deste meio processual.

Contudo,

68 - Relativamente à noção do que seja "caso de força maior," regulamentado nos termos do disposto no artigo 169.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, é

importante realçar que ela assenta na imprevisibilidade do facto e, conforme define a norma, consubstancia-se em "... unicamente o facto natural, ou situação imprevisível e irresistível, cujos efeitos se produzam independente da vontade ou das circunstâncias pessoais do empreiteiro, tais como actos de guerra ou subversão, epidemias, tufões, tremores de terra, raio, inundações, greves gerais ou sectoriais ou quaisquer outros eventos que afectem os trabalhos da empreitada. "

69 - Ademais, conforme ensina o Prof. Marcello Caetano, caso de força maior é o facto imprevisível e estranho à vontade dos contraentes que impossibilita absolutamente de cumprir as obrigações contratuais,"in Manual cit., 9.ª Edição, pág. 623, e, na esteira do que defende Jorge Andrade da Silva, em anotação ao Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, 10.ª Edição, pág. 578, "... o caso de força maior só o poderá ser se impedir absolutamente o empreiteiro de cumprir as obrigações que assumiu, isto é, de realizar a obra em condições de perfeição, atempadamente e de acordo com o plano de trabalhos. Se o facto ainda que estranho à vontade do empreiteiro, imprevisto e irresistível não o impede de cumprir integralmente o contrato, apenas tornando o cumprimento mais oneroso, não se traduz em caso de força maior, mas em caso imprevisto. "

70 - E nenhum dos factos alegados e elencados pela recorrente foram qualificadas pelo legislador como sendo casos de força maior ou de impossibilidade de cumprimento a ela não imputáveis, enquanto empreiteiro adjudicatário da obra, pelo que a Administração apenas se limitou a observar e a aplicar a lei, como, de resto, está obrigada a fazer.

71 - Contrariamente ao sustentado no recurso apresentado e que ora se contesta, foi alegado e provado pela entidade recorrida que os factos narrados pela recorrente não se

enquadram no estatuído no artigo 169.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro.

72 - De onde se conclui que o acto administrativo em causa, praticado pela entidade recorrida, não está inquinado do vício de violação de lei, na forma de erro nos pressupostos de factos e de direito que serviram de base à decisão.

73 - Também não foi desencadeado durante toda a fase de execução dos trabalhos qualquer procedimento por parte da ora recorrente, para se apurar se a alegada ocorrência poderia, ou não, ser qualificada como "caso de força maior" ou "não imputável ao empreiteiro," em conformidade com o disposto no artigo 171.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro.

74 - Pois que, nos termos do artigo 171.º do citado diploma legal, a lei permite que o empreiteiro venha solicitar, por escrito, o apuramento das situações que considera ser caso de força maior, o que a mesma recorrente manifestamente não fez.

75 - É que, só se lembrou desta faculdade em sede de audiência prévia, onde a alegou numa tentativa desesperada de ganhar mais prorrogação de prazo de execução para evitar a aplicação de multa contratual, tendo a entidade recorrida, por iniciativa própria, desencadeado o processo de averiguação de tais factos, sendo que, afinal, concluiu-se, como seria de esperar, que os mesmos não podiam ser considerados como casos de força maior e que seriam imputáveis à recorrente.

76 - Pelo que a entidade recorrida avaliou e decidiu, dentro dos parâmetros da legalidade, todas as situações apresentadas pela recorrente, sendo de concluir, portanto, que não houve qualquer erro nos pressupostos de facto ou de direito, nos termos alegados pela ora recorrente.

77 - *De facto, a entidade recorrida cumpriu escrupulosamente a lei em vigor na RAEM, dando cumprimento ao disposto no Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, e à execução do previsto no contrato, bem como observou todo o procedimento socorrendo-se dos princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé, plasmados nos artigos 3.º e seguintes do CPA.*

78 - *Assim como é um facto que à data de atribuição da referida prorrogação de prazo de 35 dias para a execução da obra, a recorrente nada disse e, até à data da audiência prévia, não impugnou o acto praticado pelo dono da obra, entidade ora recorrida, facto e omissão que só demonstram que a recorrente reconheceu que, verdadeiramente, a entidade recorrida até tinha sido bastante benevolente ao lhe conceder tal prazo suplementar.*

79 - *Contudo, sem que nada o fizesse prever na fase da determinação do quantum da multa, a recorrente lembrou-se de vir dizer que, afinal, a prorrogação de prazo de execução tinha sido insuficiente, alegando para tal fim as mais mirabolantes justificações.*

80 - *E o mesmo se diga quanto às alegações da recorrente proferidas a propósito das questões relacionadas com o despejo de lodos (areias e lamas), com a construção de um canal de navegação provisório que não lhe foi imposto (cabendo-lhe, todavia, enquanto empreiteiro e adjudicatário, encontrar a forma mais viável de realizar a obra) ou com os problemas que diz ter sentido (mas que não prova) ligados com o fornecimento de areias e sua incorporação na obra.*

81 - *Pelo que não é de estranhar que, ao longo de toda a alegação do recurso, a recorrente se esforce em justificar factos que já foram analisados e decididos pela entidade recorrida, como está provado pela matéria de facto desta contestação.*

82 - Nesta óptica, também não será de todo estranho, mas que não se aceita, que a recorrente tenha arguido a *exceptio non inadimpleti contractus* para justificar a mora na execução do contrato de empreitada, quando durante todo o seu período de execução não o arguiu.

83 - No âmbito das suas competências e no exercício da sua actividade, o dono da obra pode ou não conceder prorrogações de prazos, sendo que estes actos são autênticos actos administrativos praticados no uso do poder discricionário, vinculado aos parâmetros da legalidade.

84 - Logo, tratando-se de actos administrativos produtores de efeitos externos, o administrado que se considere lesado deve, em devido tempo, suscitar a revogação ou anulação de qualquer acto lesivo dos seus interesses legalmente protegidos, o que, todavia, a ora recorrente não fez.

85 - Depois ainda, quanto à alegada violação dos princípios da participação e do contraditório, não é verdade a afirmação da recorrente em como a entidade ora recorrida teria violado tais princípios ao não lhe conceder o prazo dos 10 dias para apresentar a sua defesa, relativamente à determinação do quantum da multa aplicável respeitante ao atraso na execução da obra, e respectiva fórmula de cálculo.

86 - A recorrente não pode escamotear o facto de, em sede de apuramento do quantum da multa, a ora recorrente ter sido notificada pelo ofício n.º 3896/GDI/2012, datado de 20 de Julho de 2012, para apresentar a sua defesa, tendo a mesma recorrente invocado as razões pelas quais considerava que a multa, resultante do atraso na execução da obra, no montante global de MOP\$18.330.189.30, não deveria ser aplicada.

87 - E que, tendo analisado as razões apresentadas pela recorrente, a entidade ora recorrida considerou que algumas delas poderiam ser aceites, tendo procedido, em conformidade, à reformulação do cálculo da multa.

88 - Posto o que, a final, o quantum da multa, atendendo aos dias de atraso, ficou fixado em MOP\$8.865.561,00, montante consideravelmente inferior ao inicialmente determinado.

89 - Pelo que, ao invocar a violação do princípio do contraditório, a recorrente erra nos respectivos pressupostos, ao vir levantar a questão de se saber se, no caso concreto, a audiência dos interessados, a que alude o artigo 93.º, n.º 1, do CPA, era ou não obrigatória antes de ser emitido o acto recorrido, ou seja, antes de ser aplicada a multa pelo atraso na execução da obra, sendo certo que a recorrente já tinha sido chamada para apresentar a defesa que entendesse, tendo apresentado todas as razões que muito bem entendeu, não havendo factos novos a considerar.

90 - Em rigor, o acto de aplicação de multa, nos termos em que praticado, constitui um verdadeiro acto administrativo de conteúdo vinculado, pois não poderia ter outro sentido e conteúdo, pelo que, também, a formalidade de audiência prévia de interessados nestas circunstâncias se degrada em não essencial e, consequentemente, a sua omissão não inquina o procedimento administrativo.

91 - Porquanto, estabelece a norma do artigo 97.º do CPA que:

O órgão instrutor pode dispensar a audiência dos interessados nos seguintes casos:

- a) Se os interessados já se tiverem pronunciado no procedimento sobre as questões que importem à decisão e sobre as provas produzidas;
- b) Se os elementos constantes do procedimento conduzirem a uma decisão

favorável aos interessados."

92 - E, no caso em apreço, a interessada, ora recorrente, foi ouvida em sede de audiência de interessados, tendo, nesta sede, apresentado as razões porque entendia que o não cumprimento atempado do contrato de empreitada não deveria ser sancionado com a aplicação de multa contratual.

93 - Todavia, em sede do apuramento do quantum final da multa, e atendendo que as razões na defesa apresentada em sede de audiência prévia não foram consideradas como atendíveis na sua totalidade, a entidade ora recorrida determinou a aplicação da multa no valor de MOP\$8.865.561,00, valor que é indubitável e substancialmente inferior ao inicialmente fixado e, logo, mais favorável à recorrente.

94 - Inserindo-se todos os actos praticados pela entidade recorrida dentro dos parâmetros da legalidade administrativa, e dentro da norma do artigo 97.º do CPA, estando deste modo, devidamente preenchida a previsão da norma para a dispensa de audiência do interessado, até porque não havia factos novos a considerar.

95 - E, como ficou demonstrado, não houve qualquer preterição de qualquer formalidade legal considerada essencial, para a boa eficácia e validade do acto administrativo praticado.

96 - Ademais, a entidade ora recorrida não podia decidir a questão de outra forma, senão aplicando a multa em conformidade com o estipulado na lei, in casu, o n.º 1 do artigo 174º, do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, e na cláusula nona do contrato de empreitada.

97 - Em rigor, na determinação do quantum da multa, a entidade ora recorrida

está obrigada a seguir o critério legal, estando-lhe vedada a aplicação de qualquer outro critério que não esteja estabelecido na lei ou no contrato.

98 - Com o que o quantum da multa deve ser sempre determinado, tendo em clara consideração, o prazo contratual (de 440 dias) para a execução da empreitada previsto no contrato de empreitada, sendo certo que a lei não exige que se promova uma segunda audiência dos interessados, antes da sua aplicação, por não existirem factos novos, até porque a recorrente já se havia pronunciado no procedimento e a aplicação da fórmula de cálculo é de natureza vinculativa, não podendo ser substituída por outra, pelo que, se anteriormente o dono da obra havia cometido um erro na sua aplicação, tinha o dever de o vir a corrigir em conformidade com o princípio da legalidade que deve observar, o que foi feito.

99 - Depois, quanto à alegada violação do princípio da proporcionalidade, tendo a recorrente invocado aquela violação com o acto praticado pela entidade ora recorrida por, no seu entender, não ter respeitado as normas legais em vigor, não apresentou, todavia, qualquer base legal que a pudesse sustentar.

100 - Pois que, na esteira do pensamento de Lino José Baptista Rodrigues Ribeiro e José Cândido de Pinho, in Código Procedimento Administrativo de Macau, Anotado e Comentado, a págs. 92, dir-se-á citando, como ali se refere, que, Vitalino Canas define o princípio da proporcionalidade como um Princípio geral do direito, constitucionalmente consagrado, conformador dos actos do poder público e, em certa medida de entidades privadas, de acordo com o qual a limitação instrumental de bens, interesses ou valores subjectivamente radicáveis se deve revelar idónea e necessária a atingir os fins legítimos e concretos que cada uma daqueles actos visam, bem como axiologicamente tolerável quando

confrontada com esses fins. "(...) "

101 - E é um dado assente por toda a doutrina que o princípio da proporcionalidade se desdobra em três máximas ou subprincípios, como ali se refere: da adequação, da exigibilidade e o da proporcionalidade em sentido estrito," e conforme defendem os citados autores.

102 - Sendo o princípio da adequação entendido em termos de a medida adoptada para a prossecução do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do fim ou fins subjacentes. O que se pretende averiguar é a existência de uma relação causa efeito."

103 - Em concreto, o acto de aplicação de multa praticado pela entidade ora recorrida não violou a máxima da adequação, sendo que, no caso em apreço, cumpriu na íntegra o seu dever, ao penalizar o empreiteiro, ora recorrente, pelo atraso na execução da empreitada.

104 - Quanto ao princípio exigibilidade, a cláusula penal visa não só compelir o devedor ao cumprimento mas também sancioná-lo nos casos de não cumprimento.

105 - Citando o Acórdão n.º 0574/02, de 17 de Outubro de 2002, do Supremo Tribunal Administrativo (<http://www.dgsi.pt>). A multa para o incumprimento dos prazos contratuais funciona como cláusula penal. Constitui a liquidação a forfait dos prejuízos sofridos pelo dono da obra com esse atraso, sendo o que, em princípio, o empreiteiro tem a pagar, independentemente de o valor dos prejuízos reais ser superior ou inferior a esse valor.

Mas não cumpre uma função puramente indemnizatória, de reintegração tanto por tanto," desempenhando a sua estatuição, na lei ou no contrato, também uma função

dissuasora ou preventiva, pela automaticidade de efectivação da ameaça que pende sobre o contraente, se não respeitar os prazos.

A multa para o incumprimento dos prazos nos contratos de empreitada de obras públicas comunga da mesma natureza e finalidade genérica das multas contratuais. Mas desde já se adianta que a finalidade preventiva - que, para ser séria, exige a crença na efectividade da repressão se houver efectiva violação - sobreleva a finalidade reparatória. Convém, ainda, ter presente que a correlação entre o montante da multa e o montante do prejuízo tem de ser entendida "um grano salis," visto que a lesão do interesse público inerente ao atraso na execução da obra não se traduz necessariamente numa diminuição (danos emergentes) ou numa perda de incremento (lucros cessantes) do património do contraente público, consistindo também - exclusiva ou principalmente, na maior parte dos casos - na perda de aptidão dos meios ao dispor da Administração para satisfação de necessidades públicas não quantificáveis e que só por extrema generalização se deixam reconduzir ao conceito de danos não patrimoniais.

Efectivamente, a lesão inerente ao atraso não recai forçosamente sobre o património da pessoa colectiva pública contratante, incidindo as mais das vezes sobre a capacidade ou o apetrechamento da Administração para satisfazer a necessidade pública específica que levou à sua associação com o particular pela via contratual. Geralmente, nas empreitadas de obras públicas, o que é posto em causa pelo atraso por parte do empreiteiro é a aptidão da Administração para proporcionar à população bem-estar ou utilidades não mensuráveis economicamente. O prazo de execução é um dos factores de escolha da proposta, tendo de ser preservada a efectividade dos meios ordenados para compelir ao seu cumprimento. .

106 - No que diz respeito à proporcionalidade em sentido restrito ou proibição do excesso, pode afirmar-se que o quantum da multa aplicada, não é excessivo, uma vez que resulta de critérios ponderados e consagrados na lei e, como tal, aceites pelas partes, em face do número de dias de atraso efectivamente ocorrido na execução da obra.

107 - Sendo forçoso concluir que, a entidade ora recorrida, ao aplicar a multa por atraso injustificado de 64 dias na conclusão da empreitada, no montante MOP\$8.865.561,00, não violou o princípio da proporcionalidade, nem os princípios da legalidade e da boa fé.

108 - A multa efectivamente aplicada, no citado montante de MOP\$8.865.561,00, correspondente a 7,4 % do valor da adjudicação, não pode, de forma alguma, ser considerada desproporcional atendendo ao prejuízo que o atraso na obra provocou ao interesse público, sabendo-se, ademais, que se insere nos parâmetros legais no n.º 4 do artigo 174º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, que prevê que a multa aplicável possa atingir 50% do valor da adjudicação.

109 - Então, se esta é a razão e o Direito que subjaz à aplicação da multa contratual, forçoso é constatar que, afinal, o que a ora recorrente pretende é que a entidade recorrida lhe conceda mais prorrogação do prazo, seja a que título for, maxime para não ter de pagar multa ou suportar os encargos com a Fiscalização, mas sem razão, como supra, nesta peça, ficou cabalmente provado.

110 - De facto, a entidade ora recorrida concedeu as prorrogações de prazo adequadas tendo em vista factos que não são directamente imputáveis à recorrente, nomeadamente em virtude de trabalhos a mais ou decorrentes de condições atmosféricas adversas.

111 - Só que não poderia ter concedido mais prorrogações de prazo porque, simplesmente, o empreiteiro não planeou correctamente os trabalhos ou não terá disposto dos meios adequados e cumprido com as regulamentações aplicáveis, nomeadamente do Interior da China, para prosseguir uma cabal e atempada execução da empreitada, tudo factos imputáveis à ora recorrente e que de si própria só se pode queixar.

112 - Também não tem de se queixar do facto de não poder executar a obra em dias com condições atmosféricas adversas, porque para o caso foi-lhe concedida mais que a correspondente prorrogação do prazo.

113 - E, igualmente, não tem razões para se queixar por motivo de falta de areia ou de local adequado para a deposição dos lodos, por ter de construir um canal de aproximação ao local da obra ou ter de se sujeitar a análises de toxicidade de lodos, porque sabia que tais questões estavam intimamente ligadas à execução da empreitada, como trabalhos necessários a efectuar, devendo deles ter tratado a tempo e horas nos termos da lei e dos regulamentos aplicáveis.

114 - Não houve, pois, qualquer erro nos pressupostos de facto ou de Direito por parte da entidade ora recorrida, não havendo qualquer violação de lei, como amplamente se demonstrou, tendo, ao invés, havido apenas lugar ao cumprimento da lei em vigor na RAEM, em particular, ao cumprimento do disposto no Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, e à execução do previsto no contrato, bem como foram observados em todo o procedimento os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé, plasmados nos artigos 3.º e seguintes do CPA, pelo que o acto administrativo, ora recorrido, também não enferma de qualquer ilegalidade.

Nestes termos e nos mais de Direito com o Douto suprimento de Vossas Excelências, deverá ser julgada procedente a excepção da inadequação do meio processual, de que resulta a incompetência do Tribunal de Segunda Instância para conhecer da questão controvertida, abstendo-se o Tribunal de conhecer do pedido e absolvendo da instância a entidade ora recorrida;

Caso assim não se entenda, deverá ser julgada procedente a excepção da caducidade do direito ao recurso, abstendo-se o Tribunal de conhecer do objecto do recurso e absolvendo do pedido a entidade ora recorrida;

Se ainda assim não se entender, deverá ter-se como fundada a matéria da impugnação e ser julgado improcedente o recurso;

Em todo o caso, deverá o Tribunal rejeitar liminarmente, por falta de fundamento legal, o pedido de suspensão de eficácia do acto administrativo recorrido, formulado mediante a mera disponibilidade da recorrente para apresentar caução em momento posterior; assim se fazendo a costumada, serena e boa justiça.

3. COMPANHIA DE CONSTRUÇÃO DE OBRAS PORTUÁRIAS XXX XXX, LIMITADA, recorrente nos autos à margem referenciados, notificada para os efeitos do disposto no art. 68º do CPAC, veio apresentar as suas **ALEGAÇÕES FACULTATIVAS**, onde formulou as conclusões seguintes:

I. Vem o presente recurso interposto do despacho do Exm.º Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas, exarado na Informação n.º 670/GDI/2013, de

08/07/2013, relativa à *Empreitada de Construção do Dique da Zona de Aterro de Materiais de Construção no Cotaí (Obra n.º 43/2009)*, na qual foi proposto ao Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas o seguinte: *Aprovação da prorrogação do prazo de 72 dias (de 2 de Maio de 2011 a 12 de Julho de 2011), nos termos dos artigos 128.º e 168.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M ; Ratificação da data do início da prorrogação do prazo acima referido de 2 de Maio de 2011, nos termos da alínea a) do número 2 do artigo 118.º do Código do Procedimento Administrativo," Aprovação da multa a aplicar ao empreiteiro em resultado do atraso injustificado do prazo de 64 dias, por motivo imputável à sociedade adjudicatária, com o valor de MOP\$8.865.561,00, nos termos do artigo 174.º do Decreto Lei n.º 74/99/M; Aprovação do encargo da fiscalização em resultado do atraso injustificado do prazo de 64 dias, por motivo imputável à sociedade adjudicatária, com valor de MOP\$165 333,33, em conformidade com o disposto na cláusula 9.ª do contrato. Da inadmissibilidade legal da aplicação da multa;*

II. *Apesar de a Informação n.º 570/GDI/2013 vir referida no despacho, a notificação da decisão não trazia qualquer cópia de tal Informação, pelo que a Recorrente só tomou conhecimento da mesma depois de para tanto ter solicitado pela própria Recorrente em 8 e 9 de Agosto de 2013, e posteriormente, face à falta de qualquer resposta ao solicitado, através dos mandatários forenses, por requerimento de 15 de Agosto de 2013.*

III. *Tendo a Recorrente apenas conseguido receber a informação que serviu de base à decisão no dia 21 de Agosto de 2013, só nessa data é que a Recorrente deve ser tida como notificada de uma decisão completa, ou seja com a fundamentação que lhe serviu de base, como decorre do disposto nas alíneas a) e c) do artigo 68.º, alínea a) do n.º 1 do artigo 114.º e artigo 115.º n.º 1, todos do Código do Procedimento Administrativo.*

IV. Resulta pois que, o Ofício n.º 3565/GDI/2013 NÃO SE TORNOU EFICAZ enquanto a sua notificação não foi efectiva, o que só veio a acontecer com a notificação do dia 21 de Agosto de 2013, pelo que, nos termos do disposto no artigo 27º do Código de Processo Administrativo Contencioso, o prazo para a interposição do presente recurso contencioso estaria suspensão até essa data, ou seja, até 21 de Agosto de 2013

V. Os erros de facto e de direito resultantes da decisão ora em crise neste recurso contencioso prendem-se com a demora das obras causadas por dois factos que erradamente a entidade Recorrida imputa à Recorrente.

VI. A primeira foi a proibição repentina de a Recorrente poder proceder ao abandono de lamas de dragagens no local que normalmente se fez até à data de começo das obras, em Coloane, tendo ficado a Recorrente obrigada a proceder à sua exportação para diferente jurisdição com os constrangimentos associados impostos pela jurisdição continental, sendo que todos os restantes e importantes motivos de atraso que se referirão neste recurso foram uma consequência imediata dos primeiros factores e que não foram da responsabilidade da Recorrente, pelo que tiveram um verdadeiro efeito trombose, impedindo o decurso e progressão normal das obras.

VII. A ratio legis da aplicação das multas assenta na necessidade de compelir o particular ao cumprimento do contrato, por forma a assegurar, dessa forma o interesse público subjacente ao contrato.

VIII. Mais justifica-se pela necessidade de assegurar, por meios expeditos e enérgicos, o regular e contínuo funcionamento dos serviços públicos em que o outro contraente se comprometeu a colaborar e a cuja disciplina se submeteu.

IX. Estabelecendo a Lei estabelece claramente que o período até ao qual a Administração poderá aplicar uma multa é até ao fim dos trabalhos ou à rescisão do contrato pois só durante a execução dos trabalhos, ou rescisão (que implica uma antecipação à finalização da obra) é que a Administração está em condições de pressionar o contraente privado ao regular cumprimento do mesmo, a aplicação das multas, nos termos impostos pelo legislador, pressupõe uma obra não acabada.

X. Tendo sido as obras entregues por parte da Recorrente in totum, ou seja, completas e terminadas, a partir da data da recepção provisória (23 de Setembro de 2011) para a aplicação de quaisquer multas, ao aplicar uma multa por referência ao período anterior à recepção provisória a decisão padece do vício de violação de Lei, determinante da sua anulabilidade por violação dos artigos 174.º, n.º 1 e 207.º n.º 3 do Decreto-Lei n.º 74/99/M de 8 de Novembro que aprovou o Regime jurídico do contrato das empreitadas de obras públicas.

XI. Tendo ficado provado que a Recorrente procedeu imediatamente, no dia 15 de Setembro de 2009, ao pedido de autorização aos departamentos competentes para dragagem do canal de navegação por si no âmbito do concurso em que saiu vencedora, e respectiva licença para depósito das areias, a Recorrente cumpriu com a sua obrigação essencial, pelo que não pode ser responsabilizada por ter sido impedida pela Sub-Direcção Marítima de Nam Hoi da República Popular da China e pela Capitania dos Portos de Macau de realizar as mesmas.

XII. Tal responsabilização só poderia ser resultar de uma conduta culposa, o que deveras não aconteceu, tendo a Recorrente sido a primeira construtora em Macau proibida de realizar os despejos na zona de Ka Ho, pelo que não poderia razoavelmente adivinhar da

súbita mudança de posição das entidades responsáveis para o efeito.

XIII. A entidade recorrida apenas considerou o período que decorreu desde a emissão do relatório do Centro de Monitorização Ambiental do Mar Sul da China, da Administração Estatal Oceânica, ou seja 22 de Outubro de 2009, até à autorização para proceder à execução de remoção de lodos no canal de navegação e respectivo depósito em Coloane, na quantidade de 20,000 metros cúbicos, ou seja, em 25 de Novembro de 2009, pelo que imputou, indevida e injustificadamente à Recorrente: (i) todo o período de tempo de que antecedeu o referido relatório de 22 de Outubro de 2009 (de 15 de Setembro a 22 de Outubro de 2009), durante o qual a Recorrente encetou todas as diligências administrativas conducentes ao à obtenção do referido pedido de autorização para proceder à execução de remoção de lodos no canal de navegação e respectivo despejo de areias e lamas; (ii) e o período decorrido desde 1 de Janeiro de 2010, data em que foi proibida por comunicação do GDI de continuar a dragagem do canal de navegação (por já ter atingido o limite de 20,000 metros cúbicos concedidos), até 8 de Janeiro de 2010, data de obtenção de autorização para o depósito de lamas na Ilha de Huang Mao.

XIV. Tendo a Recorrente demonstrado documentalmente ter cumprido pontualmente com todas as diligências (não impugnadas pela Entidade Recorrida) com vista à obtenção dessas licenças, a Entidade Recorrida imputa erradamente à Recorrente um atraso de que a mesma não foi responsável.

XV. Ou seja, a Entidade Recorrida desconsiderou o facto de o limite manifestamente baixo de 20,000 metros cúbicos concedidos ser desproporcional ao necessário para o cumprimento da obra, pelo que a Recorrente não pôde, até 8 de Janeiro de 2010 (data de obtenção de autorização para o depósito de lamas na Ilha de Huang Mao),

proceder à realização dos trabalhos com a normalidade e volumetria adequada à obra e que deveras pediu.

XVI. Não é imputável à Recorrente todo o período de pedido de autorização para proceder à execução de remoção de lodos no canal de navegação e emissão da respectiva autorização por parte das entidades governamentais competentes, num período total de 115 dias e não os 35 dias concedidos pela entidade Recorrida, pelo que o acto recorrido parte de uma base factual errada, na medida em que conta o impedimento a partir da data da emissão do relatório por parte das autoridades em causa (22 de Outubro de 2009), até à data da primeira autorização de dragagem e depósito (25 de Novembro de 2009) correspondente a 35 dias, o que determina a sua anulabilidade.

XVII. A existência de um grau de contaminação das terras e lamas não foi antecipado e contemplado no concurso público de obras públicas em causa.

XVIII. Nos termos do artigo 168.º do mesmo diploma, Sempre que ocorra suspensão não imputável ao empreiteiro, nem decorrente da própria natureza dos trabalhos previstos, os prazos do contrato e do plano de trabalhos consideram-se prorrogados por período igual ao da suspensão."

XIX. Nos termos do artigo 159º do Decreto-Lei nº 74/99/M de 8 de Novembro, 2. O empreiteiro pode suspender a execução dos trabalhos, no todo ou em parte, por mais de 10 dias seguidos ou de 15 interpolados, quando tal esteja previsto no plano de trabalhos em vigor ou resulte: a) De ordem ou autorização do dono da obra ou de facto que lhe seja imputável; b) De caso de força maior; [.]",sendo ainda mais claro o Caderno de Encargos no sentido de esclarecer que: Sempre que ocorra suspensão dos trabalhos, não decorrente da própria natureza destes últimos, nem imputável ao empreiteiro, considerar-se-ão AUTOMA

TICAMENTE PRORROGADOS, por período igual ao da suspensão, o prazo global da execução da obra e os prazos parcelares que dentro do plano de trabalhos em vigor, sejam afectados por essa suspensão."- cfr. Clausula 5.2.6 do Caderno de Encargos (pag. 15/42)

XX. A poluição de índice III das areias e aterros pertencentes ao dono da obra é um facto que só a este pode ser imputado, por ser o dono da coisa, pelo que não pode ser a Recorrente a entidade a ser penalizada e prejudicada com a existência de poluentes no local, como resulta da decisão recorrida.

XXI. Constitui ainda MOTIVO DE FORÇA MAIOR que impediu a realização dos trabalhos a proibição de transporte de areias e proibição de despejo dos materiais dragados em Ka Ho por decisão proferida por uma autoridade de uma jurisdição diferente, sendo no entanto a única entidade que pode decidir sobre o transporte e despejos de dragagens no Sul da China, pelo que é manifestamente injusta e ilegal a decisão que apenas considerou como justificada a prorrogação do prazo a partir da data do referido relatório até 25 de Novembro de 2009.

XXII. Devendo o contrato ser tido como automaticamente prorrogado desde a data da consignação até à data de começo parcial dos trabalhos, a decisão está inquinada com o vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto e erro de direito.

XXIII. Partindo a decisão recorrida de que a responsabilidade pelos atrasos na obra se imputava à Recorrente, a entidade recorrida desrespeitou os mais elementares princípios fundamentais do direito que regem a actividade da Administração Pública, nomeadamente o princípio da legalidade, ignorando o preceituado no Código de Procedimento Administrativo e fez tábua rasa do contrato e do Caderno de Encargos, do qual é parte integrante, pelo que se argui a sua anulabilidade, nos termos do artigo 124º do

CPA, que aqui se invoca para os devidos efeitos legais, nomeadamente para efeitos do estatuído na alínea d) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC.

XXIV. Tendo a Recorrente demonstrado que o presente projecto consistia numa obra de engenharia marítima, e todos equipamentos e navios de transporte tinham necessariamente que passar pelo canal de navegação temporário para entrar na área de construção e que a Recorrente devia escavar um canal de acesso à área de trabalhos de 100 metros ao Leste da área de dragagem, para ligar o canal temporário da área de construção e o canal lótus" do Aeroporto, o que implica a utilização do mesmo, não pode ser imputado à Recorrente a proibição governamental de tal utilização.

XXV. Tendo sido o Dono da Obra a exigir uma alteração substancial com a construção de um novo canal, o mesmo Dono da Obra tem, no mínimo, o dever de conduta e de boa-fé de proceder à prorrogação do prazo essencial para a realização das obras não previstas no âmbito do concurso, designadamente quando em cumprimento da Lei e do Caderno de encargos, designadamente, da cláusula 5.2.4, a Recorrente apresentou e comunicou à Recorrida da necessidade de prorrogar o referido prazo de execução.

XXVI. Nos termos do Artigo 172.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, Quando as circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar sofram alteração anormal e imprevisível, segundo as regras da prudência e da boa-fé, de que resulte grave aumento de encargos na execução da obra que não caiba nos riscos normais, o empreiteiro tem direito à revisão do contrato para o efeito de, conforme a equidade, ser compensado do aumento dos encargos efectivamente sofridos ou se proceder à actualização dos preços. 'E, da mesma forma, nos termos do disposto no art. 168 do referido diploma legal Sempre que ocorra suspensão não imputável ao empreiteiro, nem decorrente da própria

natureza dos trabalhos previstos, os prazos do contrato e do plano de trabalhos consideram-se prorrogados por período igual ao da suspensão"

XXVII. Mais, na Cláusula 5.2.4 do Caderno de Encargos: Se houver trabalhos a mais e desde que o Empreiteira o requeria, o prazo contratual para a conclusão da obra será prorrogado na proporção do valor desses trabalhos relativamente ao valor da empreitada."

XXVIII. Ao imputar multar a Recorrente um atraso que resultou tão só e apenas da Administração e de uma alteração à obra adjudicada a entidade recorrida violou os princípios da legalidade, da justiça e imparcialidade, da boa fé e da decisão, e incorreu em clara violação dos supra referidos preceitos legais e disposições do Caderno de Encargos, donde, também nesta matéria, resulta o vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto e erro de Direito, o que gera a anulabilidade do acto, nos termos do artigo 124º do CPA, que aqui se invoca para os devidos efeitos legais, nomeadamente para efeitos do estabelecido na alínea d) do n.º 1 do artigo 212 do CPAC.

XXIX. Tendo a Recorrente apresentado respectivamente em 16 de Maio de 2011 e 7 de Julho de 2011 (cartas com as referências 21-I/1-IT/M15/5/351 e 21-I/1-IT/M15/5/368) pedindo a prorrogação do prazo da obra por um período total de 165 dias, que seria faseado em duas fases, em resultado dos impactos imediatos com o fornecimento de areias e da especificidade das embarcações de transporte; e

XXX. Tendo o GDI aceite e reconhecido: I) um grande crescimento da procura das areias de origem marítima sofridas pelo empreiteiro a partir do segundo semestre do ano de 2010; (ii) uma supervisão e controlo mais apertados pela parte dos serviços governamentais do Interior da China sobre a sua extração; tendo as origens de areias também sido mandadas suspender e a sua produção reordenada; reforço da supervisão e controlo na

especificidade das embarcações de transporte; reforço da supervisão e controlo nos trâmites para declaração alfandegária da exportação de areias; o fornecimento das areias destinadas para uso de construção encontrou-se suspenso.,"

XXXI. Dever-se-à ter como aceite pela Recorrida a não imputação à Recorrente de um atraso resultante do impacto resultante dos problemas detectados com o fornecimento de areias, que são do conhecimento público e que resultam da escassez causada pelo enorme volume de infra-estruturas que começaram a ser construídas na região a partir do segundo semestre de 2010.

XXXII. Demonstrando-se como provado que a Dona da Obra beneficiou com a implementação do material alternativo, sugerido pela Recorrente e aceite pela Entidade Recorrida, e que evitou que a obra continuasse parada ainda por mais tempo, não pode a Entidade Recorrida suportar-se no fundamento de ter sido alterado o material como razão para um atraso na fase de despejo (preenchimento de material e compactação)

XXXIII. Tendo ficado ainda demonstrado que o atraso na fase de despejo (preenchimento de material e compactação do dique) resultou de um processo mais moroso imposto pela Entidade Recorrida (com períodos de espera de 15 dias, que não estava consagrado no programa de trabalhos da obra, e que impunha um processo de despejo por embarcações ao contrário do despejo por camião), não podia a Entidade Recorrida imputar tal demora imposta pela Recorrida à Recorrente.

XXXIV. Ainda que assim não fosse, tendo a Recorrente demonstrado que o problema detectado no despejo de areias se verificou na obra se deveu à movimentação horizontal do terreno, resultante da pressão decorrente da área de despejos que se encontra adjacente à obra (fora do controlo da Recorrente), não poderá a Recorrente ser havida como

responsável por um problema que deveras não causou.

XXXV. Quando se verifique uma alteração anormal das circunstâncias contratuais com que as partes se vincularam, em direito administrativo aplica-se a teoria da imprevisão, como ensina Marcello Caetano, òs fundamentos doutrinários deste princípio são os seguintes: sendo a continuidade da essência do serviço público, importa assegurá-la a todo o transe e evitar, quanto possível, quaisquer perturbações no funcionamento do serviço; deve-se portanto, manter o contrato mesmo em circunstâncias excepcionais que ameacem de ruína o particular concessionário, empreiteira ou fornecedor, pois essa ruína, ou a eminência dela, envolveriam a interrupção das prestações e um conseqüente abalo do serviço, forçando a administração a improvisar meios de o manter ou a procurar (e Deus sabe por que preço) novos contratantes; logo, o interesse público ordena que a colaboração prossiga nos termos do antigo contrato, repartindo-se as perdas da exploração por ambos os contraentes (administração e particular) (...) É característico também desta teoria jurisprudencial o princípio de que a assistência prestada pela administração ao outro contraente reveste a forma de indemnização, porque os juízes não podem modificar o contrato, alterar tarifas, elevar preços."

XXXVI. As partes no presente contrato até demonstram na execução do mesmo alguma boa-fé na medida em que a dona da obra aceitou mesmo a alteração do material a ser utilizado como forma de acelerar o andamento dos trabalhos apesar do problema detectado de falta de areias, pelo que não podia a entidade recorrida desfazer a colaboração que então prestou passando a imputar à Recorrente um incumprimento contratual que sabia que a mesma não causou, e com o qual até cooperou.

XXXVII. Dependendo a função reparatória ou punitiva a sua aplicação está

dependente da verificação concreta dos critérios subjectivos da culpa, que não se verifica nos presentes autos, Violou assim entidade recorrida com referida decisão os princípios da legalidade, da justiça e imparcialidade, da boa fé e da decisão e incorreu em clara violação do disposto nos arts. 169º, 171º, 172º, 174º do Decreto Lei 74/99/M e bem assim, entre outras, as Cláusulas 5.2 e 5.3 do Caderno de Encargos, donde, também nesta matéria, resulta o vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto e erro de Direito, o que gera a anulabilidade do acto, como resulta do artigo 124º do CPA, que aqui se invoca para os devidos efeitos legais, nomeadamente para efeitos do estabelecido na alínea d) do n.º 1 do artigo 21º do CPAC.

XXXVIII. A decisão recorrida incorre ainda incorre ainda em erro de cálculo, na medida em que por um lado atribuiu dois períodos de prorrogação: de 20 dias e 35 dias, e depois concluiu que os mesmos se sobrepunham, sendo que a referida decisão só pode resultar de uma errada avaliação dos factos que lhe servem de fundamento.

XXXIX. Estando a Recorrente, durante todo o período decorrido até 25 de Novembro de 2009 a Recorrente objectivamente impedida de fazer quaisquer testes, e para que os testes se efectuassem seria necessário que os barcos da Recorrente pudessem entrar na área do dique a contruir, toda a obra esteve efectivamente parada por facto de que a Recorrente não foi responsável, pelo que também neste particular a decisão recorrida incorre no vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto, pelo que deverá ser anulada.

XI. Tendo em 2012 sido a Recorrente notificada em sede de audiência prévia por ofício n.º 3897/GDI/2012 datada de 20 de Julho de 2012, no qual, entre outros, se imputava à Recorrente um atraso na conclusão da obra de 123 dias, é manifesto que o método aplicado

na decisão em crise teve como base o número de dias a contar na parcela prazo contratualmente estabelecido"apenas, e não teve em consideração as prorrogações aceites pela própria dona da obra, não tendo sido ponderada as prorrogações que foram aceites.

XLI. Se bem que a Recorrente tenha, desde o início pugnado pelo facto de ter cumprido o contrato em tempo, não lhe podendo ser imputada a demora que a decisão em crise lhe aponta, o certo é que, no mínimo, a decisão deveria aplicar o mesmo critério de cálculo.

XLII. No cálculo de multa prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 174º do Decreto-Lei 74/99/M e alínea a) do n.º 1 da Cláusula 9º do Contrato, a Entidade Recorrida apenas considerou 10% do prazo de 440 dias inicialmente fixados no contrato, isto é, 44 dias, tendo considerado em acto posterior, para os restantes 20 dias decorrentes das prorrogações administrativas entretanto concedidas, o aumento estipulado na al. b) dos supra referidos preceitos legais e contratuais, correspondentes a um aumento de 0,05%, deveria ter concedido à Recorrente, novo prazo de 10 dias para se pronunciar sobre a alteração do critério aplicado na fixação da multa, o qual se veio a mostrar mais gravoso, inquinando assim a decisão do vicio de forma por preterição de formalidades legais, o que o que gera a anulabilidade do acto, como resulta do artigo 124º do CPA, que aqui se invoca para os devidos efeitos legais, nomeadamente para efeitos do estabelecido na alínea d) do n.º 1 do artigo 212 do CPAC.

XLIII. A ratio subjacente à norma é a de que o número de dias a ter em conta é o prazo que as partes concordam que obra deveria ser efectivamente ser realizada, pelo que, ao aceitar prorrogações que não fez reflectir na forma de cálculo, a entidade Recorrida está, no fundo, a exigir da Recorrente que a mesma tivesse realizado a obra em período inferior ao

que esta razoavelmente deveria cumprir o contrato, penalizando de forma mais grave os dias que ultrapassam os constantes da escritura inicial.

XLIV. Tendo a obra sido considerada por todas as entidades envolvidas no projecto, como uma obra de elevada complexidade técnica, e pioneira em Macau, e realizada sem quaisquer defeitos, e apesar das vicissitudes que ocorreram durante a sua execução, e tendo a Recorrente sabido antecipar a própria entidade Recorrida na descoberta de formas de resolver os problemas que foram encontrados, a Entidade Recorrida deveria, com todo o devido respeito, ter ponderado todos os factores supra invocados na decisão recorrida e por não ter anulado a multa que entendesse eventualmente ser aplicável, incorreu em vício de violação de Lei por violação do princípio da proporcionalidade, sendo, consequentemente, anulável.

Nestes termos e nos melhores de direito requer-se seja proferido Douto Acórdão por esse Venerando Tribunal que, nos termos do disposto no artigo 21º, n.º 1 do CPAC, anule o acto recorrido de aplicação de multa por atraso injustificado de 64 dias, no valor de MOP\$8.865.561,00, e de pagamento de encargos com a fiscalização em resultado dos atrasos injustificados no valor de MOP\$165 333,33, por se mostrar inquinado de:

a) vício de violação de lei por violação dos artigos 174º, n.º 1, art. 194º e 195º, al. a), e 207º n.º 3 do Decreto-Lei n.º 74/99/M de 8 de Novembro;

b) vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto e por erro de direito;

Sem conceder,

Deverá ser anulado o acto recorrido de aplicação de multa e encargos com a

fiscalização por se mostrar o acto inquinado do:

c) vício de forma por preterição de formalidades legais e por não realização de audiência dos interessados; e

d) vício de violação de lei por violação dos princípios da boa fé, da justiça, imparcialidade e da proporcionalidade;

Assim se fazendo a Habitual Justiça !

4. O Exmo Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas do Governo da Região Administrativa Especial de Macau, ofereceu, oportunamente, as seguintes alegações facultativas:

1) A Empreitada de Construção do Dique da Zona de Aterro de Material de Construção no Cotai"visou a construção do dique de protecção, incluindo estacas de pedra e dragagem"na Zona de aterro de material de construção junto da Av. do Aeroporto, no COTAI"

2) Por despacho de 10/07/2009 de Sua Excelência o Chefe do Executivo foi adjudicada a Empreitada de Construção do Dique da Zona de Aterro de Material de Construção no Cotai"à empresa XXX XXX Harbour Construction Co., Ltd., pelo valor de MOP\$119 804 870,00, com o prazo de execução de 440 dias, contados a partir de 1/09/2009 e até 14/11/2010.

3) A adjudicação foi notificada ao empreiteiro, ora Recorrente, pelo ofício n.º 2825/GDI/09, de 10/07/2009.

4) *Por despacho de 16/07/2010 de Sua Excelência o Chefe do Executivo foi prorrogado o prazo de execução por um período de 88 dias, até ao dia 10/02/2011, sendo 36 dias por trabalhos a mais de MOP\$18 857407,50.*

5) *Por despacho de 21/02/2011 de Sua Excelência o Chefe do Executivo foi prorrogado o prazo de execução por mais 80 dias, até 1/05/2011, sendo 8 dias devidos à suspensão dos trabalhos ordenada pelo dono da obra, e por esta suspensão indemnizado o empreiteiro em MOP\$507 412,18.*

6) *Por despacho de 24/07/2013 do Secretário para os Transportes e Obras Públicas foi prorrogado o prazo de execução por mais um período de 72 dias, até ao dia 12/07/2011, mas a empreitada só se conclui a 23/09/2011.*

7) *Foi concedido um total de 240 dias de prorrogação de prazo, correspondente a uma derrapagem de 54,5% do prazo inicial de execução da empreitada, a qual, acrescendo em mais 64 dias o atraso imputável à Recorrente e fixando o prazo efectivo em 744 dias, derrapou para mais 69,1 % face ao prazo contratual.*

8) *A equipa de fiscalização, YYY, Lda. prestou serviço até ao dia da recepção provisória da obra, com o custo dos honorários no período de 13/07/2011 a 23/09/2011 imputado ao empreiteiro, nos termos do contrato.*

9) *Prevendo-se que a obra não estaria concluída à data de 1/05/2011, por estar bastante atrasada, foi solicitado ao empreiteiro, pelo ofício n.º 2947/GDI/2011, de 28/04/2011, que apresentasse relatório sobre os motivos do atraso registado.*

10) *O empreiteiro apresentou então por cartas de 16/05/2011 e 7/07/2011 um pedido de prorrogação global de 165 dias do prazo de execução, para os períodos de*

23/08/2010 a 18/12/2010 e 19/12/2010 a 5/05/2011.

11) Para o pedido de prorrogação de prazo de 165 a Recorrente alegou dificuldades de abastecimento de areias e problemas com as especificações dos respectivos barcos de transporte.

12) Não fez a Recorrente, tempestivamente, qualquer pedido de prorrogação de prazo por motivo de não poder utilizar o Canal Flor de Lótus, ou por ter de depositar as lamas em Huang Mao, ou pelas dificuldades de obtenção de areias e barcos de transporte, ou qualquer particular método de execução do dique, só levantando a questão neste recurso contencioso.

13) Ainda assim pede anulação do acto que lhe aplicou multa contratual alegando violação de lei e erro nos pressupostos de facto e de direito, casos de força maior ou situações imprevistas e por facto de terceiro ou da própria entidade adjudicante.

14) Quanto a facto impeditivo, dispõe o artigo 171.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, o seguinte:

1. Quando ocorrer facto que deva ser considerado caso de força maior, ou qualquer outro facto não imputável ao empreiteiro, este deve, nos 5 dias seguintes àquele em que tome conhecimento da ocorrência, requerer ao dono da obra que proceda ao seu apuramento e à determinação dos seus efeitos.

(...)

6. Se o empreiteiro não apresentar tempestivamente os requerimentos previstos neste artigo, não pode mais invocar os seus direitos (...).

15) A Recorrente ignorou o ónus legal de arguir em momento próprio (5 dias) o eventual facto impeditivo, sabendo-se que, nos termos do n.º 6 do supracitado normativo

legal não mais pode invocar tais direitos.

16) Não há, assim, qualquer lugar a qualquer prorrogação legal do prazo de execução da empreitada que deva ser apreciada pelo Venerando Tribunal, por estarem apenas em causa eventuais prorrogações administrativas.

17) É pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que as prorrogações administrativas de prazo de execução de empreitadas são concedidas pela Administração no uso dos poderes de discricionariedade que lhe estão conferidos, estando as decisões fora de controlo jurisdicional, conforme jurisprudência do Venerando Tribunal de Última Instância da RAEM.

18) Pode ler-se no sumário do Douto Acórdão do TUI, de 19/11/2014, tirado no processo n.º 28/2014, o seguinte:

8. Nos casos em que a Administração actua no âmbito do poder discricionário, não estando em causa matéria a resolver por decisão vinculada, a decisão tomada pela Administração fica fora de controlo jurisdicional, salvo nos casos excepcionais.

9. E só o erro manifesto ou a total desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários constituem uma forma de violação de lei que é judicialmente sindicável.

10. A intervenção do juiz na apreciação do respeito do princípio da proporcionalidade, por parte da Administração, só deve ter lugar quando as decisões, de modo intolerável, o violem.."

19) Como a fundamentação da Recorrente assenta toda ela na não concessão de mais prorrogação administrativa de prazo, para que não tenha de pagar a multa contratual por violação do prazo de execução da empreitada, deverá ser negado provimento ao recurso apresentado.

20) Não se prova que tenha havido erro manifesto ou a total desrazoabilidade no

exercício de poderes discricionários ou que o princípio da proporcionalidade tenha sido, de modo intolerável, violado, sendo que o contrário resulta, inequivocamente, da prova testemunhal produzida.

21) Estando apenas em causa eventuais prorrogações administrativas pretendidas pela Recorrente, deverá ser negado provimento ao recurso contencioso, por se tratar de matéria que fica fora de controlo jurisdicional."

22) Admitamos, e não temos como não fazê-lo, que a Recorrente é uma pessoa de bem, cumpridora das leis, regulamentos e licenças, sabedora de quais as entidades competentes em função da matéria de que se trata, e que não está neste processo a tentar iludir o Tribunal.

23) A Recorrente não reclamou em tempo útil, e em conformidade com a lei, que a mudança do local de depósito de lamas teria provocado um atraso na execução da obra, mesmo que tivesse, mas não tem, razão.

24) Não consta do processo do concurso e nunca foi dito à ora Recorrente qual o local de deposição das lamas, pois que a determinação desse local é da competência das autoridades do Interior da China.

25) A prova testemunhal produzida vem confirmar que a Recorrente sabia que autoridades do Interior da China eram as competentes para autorizar a deposição de lamas e fixar o respectivo local, tendo apresentado proposta no concurso com este grau de incerteza, sem quaisquer condições.

26) Apesar de ter licença para efectuar as deposições de lamas ao largo de Ká Hó, desde 25/11/2009, a Recorrente só começou a trabalhar a 12/12/2009, porque só a

26/11/2009 apresentou um projecto para escavar o canal provisório em condições de ser aprovado, tendo obtido autorização no dia 7/12/2009.

27) Diz a Recorrente que o volume irrisório de 20.000 m³ a dragar e transportar para Ká Hó, que adjectiva de fracção mínima face ao volume de 742.000 m³ que faltaria remover e transportar para Huang Mao, se teria esgotado logo no dia 31/12/2009, pelo que a Recorrente andou a transportar os 20.000 m³ de lamas de uma forma esforçada e expedita.

28) Para o fazer, de tal modo esforçado e expedito, dir-se-ia mesmo, inexcedível, a Recorrente precisou de 20 dias úteis (de 12/12/2009 a 31/12/2009) para escavar e depositar os tais 20.000 m³ de lamas, o que dá uma média de 1.000 m³ de lamas por dia.

29) Para os restantes 742.000 m³ de lamas, para depositar em Huang Mao, a Recorrente precisou apenas de 9 dias (entre 11/01/2010 e 19/01/2010)!

30) A Recorrente não se pode queixar de ter de transportar o grosso das lamas para Huang Mao, porquanto o despejo naquele local se revelou para ela mais favorável em termos de tempo e economia de meios!

31) Se tivesse que transportar o volume de 742.000 m³ de lamas para depositar ao largo de Ká Hó, do mesmo modo esforçado, expedito e inexcedível, a Recorrente teria necessitado de 742 dias úteis (à razão diária de 1.000 m³), i.e., 2 anos e 12 dias de trabalho ininterrupto.

32) Se o depósito de lamas não se tivesse processado em Huang Mao em vez de Ká Hó, como pretendia a Recorrente, acrescentando um sem número de prorrogações a que se iria achar com direito, provavelmente a obra ainda estaria por concluir!

33) *Não serve de justificação para o atraso o tempo necessário para obter licença para depósito de lamas, porquanto à Recorrente foi comunicada a adjudicação no dia 10/07/2009, mas só requereu a licença no dia 15/09/2009, i.e., 15 dias depois da consignação e mais de 2 meses após a notificação da adjudicação!*

34) *Sabendo a Recorrente que a licença seria passada pelas autoridades do Interior da China, que fixariam o local para os despejos conforme o entendessem adequado, porque só o fez em 15/09/2009 e expressamente para Ká Hó, o que motivou o indeferimento do pedido?*

35) *Mesmo assim foi-lhe concedida uma prorrogação graciosa de prazo por 35 dias, de 22/10/2009 a 25/11/2009, quando só no dia 15/10/2009 pediu autorização à Capitania dos Portos de Macau para utilizar o Canal Flor de Lótus (que, diz, ainda, estava sujeito a uma prévia dragagem).*

36) *O que terá andado a Recorrente a fazer desde 10/07/2009, data em que lhe foi notificada a adjudicação, para só requerer a licença à Capitania dos Portos a 15/10/2009, i.e., 45 dias depois da consignação da obra, mais de 3 meses após a notificação da adjudicação?*

37) *Sabendo que o Canal Flor de Lótus estava reservado para utilização do barco de socorro e combate a incêndios do Aeroporto, tal como consta do processo do concurso, e que nunca qualquer autoridade com competência na matéria se havia pronunciado sobre a possibilidade da sua utilização por terceiro.*

38) *A prova testemunhal produzida, se dúvidas houvesse, veio confirmar plenamente estes factos, pelo que não pode constituir surpresa para a Recorrente que a*

Capitania dos Portos tivesse indeferido o pedido e comunicado tal indeferimento, logo por ofício de 19/10/2009.

39) Ainda que o pedido tivesse sido deferido, a Recorrente sempre teria de dragar um canal provisório para chegar ao local da obra, o que indicou como opção na sua proposta e reconhece, quer na petição de recurso, quer nas suas alegações facultativas.

40) Mas, antes de começar a escavar o referido canal, a Recorrente deveria apresentar junto da Administração o respectivo projecto (com ou sem utilização do Canal Flor de Lótus), o que só fez em condições de ser aprovado no dia 26/11/2009, facto que a prova testemunhal produzida confirmou plenamente.

41) É do senso comum que, sem projecto aprovado não pode ser efectuada a dragagem, e que, sem dragagem, não há lamas para depositar!

42) Apesar de apenas no dia 25/11/2009 a Recorrente ter obtido, das autoridades do Interior da China, licença para depositar lamas, ainda não estava autorizada a proceder a qualquer escavação do canal proposto, por não ter sido diligente na entrega do respectivo projecto.

43) Todavia, a Administração concedeu uma prorrogação graciosa de prazo por 35 dias, pela exigência de análises às lamas imposta pelas autoridades do Interior da China, prévia à licença para deposição, apesar de a Recorrente não estar em condições de iniciar qualquer remoção de lamas.

44) Também beneficiou a Recorrente de uma prorrogação de prazo por 9 dias devido a condições atmosféricas adversas, mas que se vieram a verificar já após o dia 12/07/2011, data limite para conclusão da obra.

45) Não colhe, também, a alegação da perda de tempo com os trabalhos necessários à alteração das embarcações conforme solicitação da Capitania dos Portos, pela mudança de Ká Hó para Huang Mao.

46) Na sessão de inquirição de testemunhas, a testemunha n.º 4, indicada pela Recorrente, afirmou que os barcos de alto mar também podiam entrar no canal e depois navegar para Huang Mao, com a vantagem de serem dotados de maior capacidade de carga.

47) A Recorrente estava obrigada a garantir a conformidade dos barcos com os regulamentos e requisitos de segurança da Capitania dos Portos, conforme está previsto nas cláusulas 4.1.2 e 4.2.2 da parte V.1. Memória Descritiva e Justificativa do caderno de encargos do processo do concurso.

48) Tendo terminado os despejos ao largo de Ká Hó no dia 31/12/2009, a Recorrente começou logo no dia 12/01/2010 a despejar lamas em Huang Mao: de 7 a 11 de Janeiro de 2010 não trabalhou e a licença para despejos em Huang Mao foi, diz a Recorrente, emitida em 8 de Janeiro de 2010.

49) Desta vez, no que concerne aos novos barcos, a Recorrente soube ser bastante expedita e beneficiou extraordinariamente com a mudança do local de despejo das lamas para Huang Mao. Nada tem de se queixar!

50) A prorrogação do prazo de execução por 115 dias, requerida pela Recorrente, não tem razão de ser, pelo que a não concessão não é ilegal.

51) A prorrogação de prazo por 35 dias foi concedida conforme o parecer favorável da Fiscalização, atendendo à necessidade de análises às lamas.

52) *Na Lista de Quantidades e Preços,"parte IV do processo do concurso, a págs. 00206, e nas Especificações Técnicas e Catálogos dos Produtos," parte V.2 do mesmo processo, a págs. 00309 a 00311, as licenças para descarga de lodos são concedidas pelas autoridades do Interior da China.*

53) *As licenças devem ser requeridas pelo empreiteiro/adjudicatário, podendo fazê-lo desde a data da consignação (1/9/2009) ou mesmo antes, logo após a notificação de adjudicação da empreitada, a 10/07/2009.*

54) *O empreiteiro sabia, e consta do processo do concurso, que o canal Flor de Lótus está reservado ao navio do mesmo nome, no âmbito dos serviços de segurança contra incêndio do Aeroporto de Macau, não podendo ser utilizado livremente por terceiro.*

55) *A requerida prorrogação do prazo de execução da obra, por 26 dias, alegadamente pela necessidade de introdução de um canal de navegação provisório na zona da execução da obra, não podia ser concedida, e o indeferimento do pedido não viola leis ou princípios jurídicos.*

56) *A prova testemunhal produzida (testemunha n.º 6 arrolada pela Recorrente) confirmou plenamente que o Canal Flor de Lótus era de uso exclusivo do barco de socorro do aeroporto, o navio Flor de Lótus."*

57) *A Capitania dos Portos autorizou a execução do canal provisório necessário à obra, com um mínimo de afastamento de 100 metros relativamente ao Canal Flor de Lótus, por questões de segurança da navegação, mas não impôs essa mesma construção.*

58) *A Recorrente alegou trabalhos a mais no valor de MOP\$2.616.206,25, e requereu prorrogação de prazo de 45 dias, sendo o pedido indeferido e notificado em*

14/12/2009, não tendo havido impugnação da decisão; a pretensão dos 26 dias neste recurso é despropositada e extemporânea.

59) Alegando dificuldades no fornecimento de areias e com as especificações dos respectivos barcos de transporte, a Recorrente pretendia uma prorrogação do prazo por um período global de 165 dias.

60) Alegou a Recorrente um grande crescimento na procura das areias de origem marítima e uma supervisão e controlo mais apertados sobre a sua extracção por parte dos serviços governamentais do Interior da China a partir do segundo semestre do ano de 2010.

61) Alegou, ainda, a dificuldade no transporte das areias devido às especificações das embarcações exigidas pelos serviços competentes do Interior da China.

62) Não apresentou a Recorrente, nem quando o requereu a prorrogação de prazo, nem neste recurso contencioso, documento comprovativo da impossibilidade de obtenção de areias de origem legal.

63) As entidades oficiais do Interior da China informaram que a Administração Estatal Oceânica reportou não haver falta de areia proveniente de extracções licenciadas pelas autoridades competentes do Interior da China, sendo até a oferta superior à procura.

64) Os fornecedores licenciados queixam-se que nenhum empreiteiro da ponte Hong Kong - Zhuhai - Macau lhes vinha comprar areia, pelo que, desta proveniência legal, não estava o empreiteiro impossibilitado de obter a areia necessária à obra.

65) O tipo de embarcações licenciadas para o transporte de areia e a respectiva regulamentação do Interior da China data já de Março de 2004, só infringindo a lei poderia

ser utilizado outro tipo de embarcações.

66) O pedido de prorrogação de prazo por 165 acima referido não foi deferido por não ser devido, e do indeferimento não resulta qualquer violação de lei ou princípio jurídico.

67) Porque a Recorrente assim o propôs, a Administração, autorizou a substituição parcial da areia por brita ou material britado, por não serem considerados materiais de qualidade inferior aos especificados, se destinarem à mesma utilização e não haver lugar a aumento de encargos.

68) A Recorrente não justifica qual o atraso que possa ter derivado da alegada falta de areia, pois que não faltou material para a execução da obra com a substituição operada (brita e material britado) e a substituição foi autorizada pelo dono da obra, factos que a prova testemunhal confirmou.

69) Apesar de ter proposto a substituição de areia por brita ou material britado, sem condições, entende a Recorrente neste recurso contencioso que a Administração lhe impôs um método mais moroso de execução.

70) O que a Recorrente apelida de método mais moroso é antes o método correcto de aplicação do material substituído, de forma a garantir a qualidade da obra, a que a mesma está obrigada.

71) Este método de assentamento e estabilização, decorrente da pausa de 15 dias entre cada camada, foi determinado porque a Recorrente aparentou não saber utilizar correctamente o novo material, colocando em causa a qualidade e a segurança da obra.

72) Ficou inequivocamente esclarecido na inquirição de testemunhas que a Recorrente não teve qualquer prejuízo resultante do método indicado, porquanto dele não decorreu qualquer morosidade acrescida na execução da empreitada.

73) O método de descarga de material no dique processou-se por camadas parciais de 30 metros de extensão, em cada 3 a 4 dias; antes que todo o dique tivesse uma camada completa já o período de 15 dias de repouso da primeira camada teria terminado e, assim, sucessivamente.

74) A testemunha n.º 5 indicada pela Recorrente confirmou inequivocamente que não havia atraso de execução relacionado com o método de assentamento indicado, pelo que, do indeferimento de prorrogação de prazo não resulta qualquer violação de lei ou princípio jurídico.

75) Como a Recorrente, não agiu com a diligência que se impunha, a obra só começou efectivamente a ser executada no dia 12/12/2009, com um atraso de 103 dias relativamente à data da consignação, por factos que só lhe são imputáveis, com excepção do período de 7/12/2009 a 11/12/2009.

76) Foi concedida prorrogação de prazo por condições meteorológicas adversas entre 1/01/2011 a 1/05/2011 (4 dias) e entre 6/05/2011 e 23/09/2011 (18 dias), devendo a conclusão da obra ocorrer a 23/05/2011.

77) A recepção provisória da obra efectuou-se a 23/09/2011 com um atraso de 123 dias, sujeito à aplicação de multa contratual, nos termos do n.º 1 do art. 174.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, e da cláusula 9.ª do contrato de empreitada.

78) A Recorrente foi várias vezes advertida para cumprir o prazo de execução da

empreitada, sendo formalmente notificado na reunião de obra de 25/04/2011 e por ofício de 28/04/2011, do início da instrução do processo de aplicação de multa e dos encargos a suportar com a Fiscalização.

79) A aplicação de multa contratual por incumprimento do prazo contratual de execução da empreitada foi precedida da realização de audiência prévia em 20/07/2012 e de pareceres da Fiscalização.

80) A imputação à Recorrente da responsabilidade pelos encargos com a Fiscalização foi precedida da realização de audiência prévia em 20/07/2012.

81) A ora Recorrente, em resposta às supracitadas notificações, apresentou a sua defesa, nos termos do extenso documento que se juntou à contestação como Doc. n.º 30 e aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

82) Sobre a defesa da Recorrente pronunciou-se a Fiscalização, por meio do extenso relatório que se juntou à contestação como Doc. n.º 31 e aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

83) A Fiscalização opinou no sentido de a prorrogação de 20 dias pedida pela Recorrente não dever ser concedida, por ser temporalmente coincidente com uma outra prorrogação de 35 dias a conceder.

84) A Fiscalização da obra emitiu parecer favorável à concessão de nova prorrogação administrativa de 24 dias para trabalhos a mais, resultante da diferença entre os 45 já concedidos e os 69 que o deveriam ter sido por aplicação de fórmula prevista na cláusula 5.2.4 do caderno de encargos.

85) *Mais se juntaram os referidos 4 e 9 dias por condições atmosféricas adversas e 35 dias para análises de toxicidade das lamas, resultando numa nova prorrogação de 72 dias de prazo de execução da empreitada.*

86) *Com as prorrogações adicionais concedidas a obra deveria estar concluída a 12/07/2011, mas a ora Recorrente só veio a entregar a obra a 23/09/2011.*

87) *O incumprimento contratual do prazo de execução da empreitada soma em 64 dias e está sujeito à aplicação de multa contratual, nos termos do n.º 1 do artigo 174.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, e da cláusula 9.ª do contrato de empreitada.*

88) *Feito o respectivo cálculo com base no prazo contratualmente estabelecido (440 dias) e no valor contratual (MOP\$119 804 870,00) resulta, por aplicação da respectiva fórmula, em MOP\$8 865 560,38 o valor da multa a aplicar.*

89) *Os encargos com a Fiscalização em igual período, nos termos da cláusula 9.ª do contrato, somam em MOP\$165 333,33, melhor discriminado no ponto 23. da citada informação n.º 670/GDI/2013.*

90) *Excepto disposição em contrário, o recurso contencioso é de mera legalidade e tem por finalidade a anulação dos actos recorridos ou a declaração da sua nulidade ou inexistência jurídica"(art. 20.º do CPAC).*

91) *A Recorrente alega (artigo 2.º da petição de recurso) que o acto recorrido padece de vários vícios de violação de lei, mas não o consegue provar.*

92) *Não é verdade que a Entidade ora Recorrida tenha violado a lei, por erro nos pressupostos de facto e de direito, por violação dos princípios da participação, do*

contraditório e da proporcionalidade ou por omissão de audiência prévia.

93) *Quanto à alegada inadmissibilidade legal da aplicação da multa, pretende a Recorrente que a multa não seria legalmente devida depois da recepção provisória da obra, atendendo à sua interpretação do n.º 1 do art. 174º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro.*

94) *Pretende a Recorrente que a previsão da multa tem apenas natureza preventiva e não sancionatória, pois que, embora seja uma obrigação contratual do empreiteiro terminar a obra a tempo, este sempre precisa de ser pressionado!*

95) *Todavia, contrariamente ao que defende a ora Recorrente, a norma legal que prevê a aplicação da multa contratual tem natureza não só preventiva mas também sancionatória, ademais de carácter compulsório, sem natureza indemnizatória ou compensatória.*

96) *Segundo Jorge Andrade da Silva, obra citada, 'A multa estipulada ... funciona como cláusula penal para a falta de cumprimento no prazo para isso nele (contrato) fixado ... trata-se de uma cláusula penal de natureza compulsória e não indemnizatória ou compensatória ...'.*

97) *A prevenção da norma contra o incumprimento do prazo contratual por parte do empreiteiro mantém-se ao longo de todo o período de execução do contrato, após a sua assinatura, como decorre do n.º 1 do supracitado artigo 174.º e da cláusula 9.ª do contrato.*

98) *Se a obra não for concluída dentro do prazo contratual (acrescidas que sejam as prorrogações administrativas e legais) o dono da obra tem a obrigação de aplicar multa contratual ao empreiteiro, conforme o disposto na lei e no contrato.*

99) *A multa deve ser aplicada com referência aos períodos de atraso injustificado de execução da obra e não ao momento da sua aplicação, como pretende, mas mal, a Recorrente.*

100) *A valer a tese da Recorrente, e por absurdo, a norma penal que prevê o tipo de crimes, que cumpre igualmente uma função preventiva e sancionatória, só poderia ser aplicada enquanto o crime estivesse a ser cometido e não já após a sua consumação.*

101) *A Recorrente foi notificada do desencadeamento da aplicação de multa ainda durante a execução da empreitada, pelo que a inadmissibilidade legal de aplicação de multa por ela defendida não tem qualquer fundamento.*

102) *Do Acórdão n.º 0574/02, do Supremo Tribunal Administrativo, de 17/10/2002 (<http://www.dgsi.pt>) acima transcrito, A multa para o incumprimento dos prazos nos contratos de empreitada de obras públicas comunga da mesma natureza e finalidade genérica das multas contratuais. Mas ... a finalidade preventiva “exige a crença na efectividade da repressão se houver efectiva violação”.*

103) *A alegação feita pela Recorrente, de que a aplicação efectiva da multa após a conclusão dos trabalhos é inadmissível, contraria a ratio legislatoris, bem como a jurisprudência dominante no direito comparado, conforme o supracitado acórdão.*

104) *Do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 3507-06TBAVR.C1.S1, de 5/05/2012, (in www.dsgj.pt) acima transcrito, Inexistindo qualquer prova concreta de que, antes e depois do auto de recepção provisória da obra, a autora tenha desencadeado o processo de aplicação das multas ... ,” resulta, a contrario, ser legalmente admissível a aplicação da multa após a conclusão da obra.*

105) *O procedimento de aplicação (e da determinação do quantum) da multa foi inclusivamente iniciado ainda durante a execução da obra, bem antes da recepção provisória. Não há erro nos pressupostos de facto e de direito que serviram de base à decisão.*

106) *Não se verifica, nem se prova, a alegada violação dos artigos 174.º, n.º 1, 194.º, 195.º, alínea a) e 207.º, n.º 3, todos do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, nem outras alegadas violações de lei.*

107) *Quanto aos alegados erros nos pressupostos de facto e de direito (incluindo a alegada alteração superveniente das circunstâncias), que teriam servido de base à decisão, e que a Recorrente reclama de violação de lei, (nomeadamente nas partes V, VI, VII e VIII, todas da petição de recurso, artigos 71.º e seguintes, e que repete nas alegações facultativas), não consegue aquela demonstrar o alegado erro sobre a factualidade que teria servido de base à aplicação da multa contratual.*

108) *A Recorrente vem, de forma "encoberta,"apresentar razões não provadas que se consubstanciam em verdadeiras excepções de não cumprimento contratual, esgrimindo o caso de força maior e a impossibilidade de cumprimento não imputável à Recorrente, que não se verificam.*

109) *A noção de "caso de força maior,"aplicada às empreitadas de obras públicas, está prevista no n.º 3 do art. 169.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, e assenta na imprevisibilidade do facto.*

110) *Consubstancia-se em"... unicamente o facto natural, ou situação imprevisível e irresistível, cujos efeitos se produzam independente da vontade ou das*

circunstâncias pessoais do empreiteiro, tais como actos de guerra ou subversão, epidemias, tufões, tremores de terra, raio, inundações, greves gerais ou sectoriais ou quaisquer outros eventos que afectem os trabalhos da empreitada.”.

111) Conforme ensina o Prof. Marcello Caetano, obra citada, caso de força maior é o facto imprevisível e estranho à vontade dos contraentes que impossibilita absolutamente de cumprir as obrigações contratuais."

112) Jorge Andrade da Silva, na obra citada, defende que, "... o caso de força maior só o poderá ser se impedir absolutamente o empreiteiro de cumprir as obrigações que assumiu ... Se o facto ainda que estranho à vontade do empreiteiro, imprevisto e irresistível não o impede de cumprir integralmente o contrato, apenas tornando o cumprimento mais oneroso, não se traduz em caso de força maior, mas em caso imprevisto.."

113) Nenhum facto alegado pela Recorrente foi qualificado pelo legislador como sendo caso de força maior, ou de impossibilidade de cumprimento a ela não imputável, pelo que não se verificam as violações de lei imputadas à Entidade Recorrida.

114) Contrariamente ao sustentado no recurso apresentado, e respectivas alegações facultativas, prova-se que os factos elencados pela Recorrente não se enquadram no estatuído no art. 169.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro.

115) O acto ora recorrido, praticado, e bem, pela Entidade Recorrida não está inquinado do vício de violação de lei, na forma de erro nos pressupostos de factos e de direito que serviram de base à decisão, conforme alega a Recorrente, numa tentativa de disfarçar a sua própria irresponsabilidade.

116) Não foi desencadeado, tempestivamente, pela Recorrente qualquer

procedimento para se apurar se determinada ocorrência poderia ser considerada caso de força maior"ou não imputável ao empreiteiro,"nos termos do n.º 1 do art. 171.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8/11.

117) O que sempre seria de esperar da actuação de um bonus pater famílias, mas que a Recorrente manifestamente não fez, porque terá considerado inexistir caso de força maior"ou não imputável ao empreiteiro."

118) Apenas o alegou extemporaneamente em sede de audiência prévia, numa tentativa desesperada de ganhar mais prorrogação de prazo de execução, para evitar a aplicação de multa contratual.

119) A Entidade Recorrida, por iniciativa própria, desencadeou o processo de averiguação de tais factos, concluindo pela não verificação de casos de força maior, ou pela sua imputabilidade ao empreiteiro, ora Recorrente.

120) Não havendo qualquer situação de força maior"ou não imputável ao empreiteiro,"também não houve erro nos pressupostos de facto ou de direito, contrariamente ao alegado pela ora Recorrente.

121) A Entidade Recorrida deu cumprimento à lei em vigor na RAEM, nomeadamente ao disposto no Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8/11, e no contrato de empreitada, observando em todo o procedimento os princípios plasmados nos artigos 3.º e seguintes do CPA.

122) Não é verdade a alegação da Recorrente relativa à não sobreposição dos supracitados períodos de 20 e 35 dias, pois que se sobrepõem, tendo até a Entidade Recorrida sido bastante benevolente ao conceder os citados 35 dias de prorrogação graciosa

do prazo de execução.

123) À data da prorrogação de prazo de 35 dias (e de rejeição dos restantes 20 dias) para a execução da obra a Recorrente nada disse e, até a data da audiência prévia, não impugnou o acto praticado pelo dono da obra.

124) Apenas na fase da determinação do quantum da multa veio a Recorrente alegar que a Entidade Recorrida deveria conceder, igualmente, mais 20 dias de prorrogação de prazo de execução, mas sem razão para tal.

125) Nestas e noutras alegações, v.g. lodos, canal de navegação, método de execução, não se verificou de violação de lei, na forma de erro nos pressupostos de factos e de direito que serviram de base à decisão, como injustificadamente pretende a Recorrente.

126) A Recorrente esforça-se a tentar justificar factos que não têm qualquer justificação, decisões administrativas que tempestivamente não impugnou, vindo abusivamente neste recurso arguir a exceptio non inadimpleti contractus para justificar a mora na execução do contrato de empreitada.

127) O dono da obra pode conceder prorrogações graciosas ou administrativas de prazos de execução de empreitadas, sendo estes actos praticados no uso de poder discricionário, vinculado aos parâmetros da legalidade.

128) Tratando-se de actos administrativos produtores de efeitos externos, o administrado que se considere lesado deve, em devido tempo, suscitar a revogação ou anulação de quaisquer actos que considere lesivos dos seus legítimos interesses, o que a Recorrente não fez por serem inexistentes.

129) Quanto à alegada violação dos princípios da participação e do contraditório, alega a Recorrente a violação de tais princípios por não ter podido apresentar defesa relativamente ao quantum da multa aplicável e respectiva fórmula de cálculo, o que não corresponde a verdade.

130) A Recorrente foi notificada em 20/07/2012 para, querendo, apresentar a sua defesa, tendo discordado do valor da multa a aplicar, resultante do atraso na execução da obra, no montante global de MOP\$18.330.189.30.

131) Tendo analisado as razões apresentadas pela Recorrente, a Entidade ora Recorrida considerou que algumas delas poderiam ser aceites, tendo procedido, em conformidade, a um novo cálculo da multa a aplicar.

132) Pelo novo cálculo, o quantum da multa, atendendo aos dias de atraso, ficou fixado em MOP\$8.865.561,00, montante consideravelmente inferior ao inicialmente determinado.

133) Não há a alegada violação do princípio do contraditório, porque a audiência dos interessados, a que alude o artigo 93.º, n.º 1, do CPA, não era obrigatória, porquanto a Recorrente já tinha sido ouvida e apresentado todas as razões que entendeu, não havendo factos novos a considerar.

134) O acto de aplicação de multa constitui um acto de conteúdo vinculado, não podendo ter outro sentido e conteúdo, pelo que a formalidade de audiência prévia de interessados se degrada em não essencial e a sua omissão não inquina o procedimento administrativo.

135) De facto, a Recorrente foi ouvida em sede de audiência prévia de

interessados, tendo apresentado as razões porque entendia que o não cumprimento atempado do contrato de empreitada não deveria ser sancionado com a aplicação de multa contratual e respectivo montante.

136) Estão plenamente preenchidas as previsões das alíneas a) e b) do art. 97.º do CPA, que permitem, no caso, a dispensa de nova audiência do interessado.

137) Atendendo às razões apresentadas pela Recorrente em sede de audiência prévia, as quais foram parcialmente atendidas, a Entidade Recorrida determinou a aplicação da multa no montante de MOP\$8.865.561,00, valor bastante inferior ao inicial e mais favorável à Recorrente.

138) A Entidade Recorrida praticou o acto dentro dos parâmetros da legalidade, obedecendo ao disposto no art. 97.º do CPA, que prevê a dispensa de audiência do interessado nestes casos.

139) Está demonstrado que não houve preterição de qualquer formalidade legal considerada essencial, para a boa eficácia e validade do acto administrativo praticado.

140) A Entidade ora Recorrida não podia decidir a questão de outra forma senão aplicando a multa de acordo com a cláusula 9.ª do contrato e, por ser a decisão legalmente vinculada, in casu, ao disposto no n.º 1 do art. 174.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro.

141) Na determinação do quantum da multa a Entidade ora Recorrida está obrigada a seguir a estatuição legal para a sua determinação, estando-lhe vedada a aplicação de qualquer outro critério que não esteja estabelecido na lei ou no contrato, contrariamente ao pretendido pela Recorrente.

142) O quantum da multa foi determinado tendo em consideração o prazo contratual (de 440 dias) para a execução da empreitada previsto no contrato de empreitada, sendo corrigidos quaisquer erros que, em tempo, tivessem sido detectados, o que foi feito.

143) Mas acaso a Recorrente tivesse razão e o cálculo da multa a aplicar tivesse por base o prazo de $440+240=680$ dias, resultante do prazo inicial somado com as prorrogações legais e administrativas, então o valor da multa ainda seria superior, no montante de MOP\$8 906 871,66.

144) Neste caso deveria ser somado ao valor da adjudicação, no montante de MOP\$119 804 870,00, o valor de MOP\$18 857 407,50 dos trabalhos a mais e o da compensação concedida no montante de MOP\$507 412,18, o que daria um total de MOP\$139 169 869,68.

145) Do cálculo efectuado nesta base e pela respectiva fórmula resultaria, para o atraso no período correspondente a um décimo do prazo e para o valor da obra de MOP\$139 169 869,68, o montante de $MOP\$139\,169\,869,68 \times 1\% \times 64 \text{ dias} = MOP\$8\,906\,871,66$, para a multa a aplicar.

146) Com o que se conclui que, nesta base, conforme exige, mas mal, a Recorrente, a multa a aplicar ainda seria de montante superior em MOP\$41 311,28 à efectivamente aplicada!

147) Não houve violação dos princípios da participação e do contraditório, e ^a Recorrente não só não foi prejudicada como também ficou beneficiada, porque o cálculo não foi efectuado como agora pretende.

148) Quanto à alegada violação do princípio da proporcionalidade relativa à

multa aplicada e seu montante, vem a Recorrente invocar aquela violação com o acto praticado pela Entidade Recorrida por, no seu entender, não ter respeitado as normas legais em vigor.

149) Defendem Lino José Baptista Rodrigues Ribeiro e José Cândido de Pinho, obra citada, que o princípio da proporcionalidade se desdobra em três máximas ou subprincípios: tida adequação, da exigibilidade e o da proporcionalidade em sentido estrito."

150) Em relação ao princípio da adequação tia medida adoptada para a prossecução do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do fim ou fins subjacentes. O que se pretende averiguar é a existência de uma relação causa-efeito."

151) Em concreto, o acto de aplicação de multa praticado pela Entidade Recorrida não violou a máxima da adequação ao penalizar o empreiteiro, ora Recorrente, pelo atraso na execução da empreitada: a causa é o atraso e o efeito a multa aplicada.

152) Em relação ao princípio exigibilidade, e no seguimento do defendido pelos referidos autores, a cláusula penal visa não só compelir o devedor ao cumprimento, mas também sancioná-lo nos casos de não cumprimento.

153) Do Acórdão n.º 0574/02, de 17/10/2002, do Supremo Tribunal Administrativo (www.dgsi.pt), cita-se, tia multa para o incumprimento dos prazos contratuais funciona como cláusula penal ... o empreiteiro tem de a pagar ... O prazo de execução é um dos factores de escolha da proposta, tendo de ser preservada a efectividade dos meios ordenados para compelir ao seu cumprimento.."

154) Em relação à proporcionalidade em sentido restrito ou proibição do excesso, o quantum da multa aplicada, não é excessivo, uma vez que resulta de critérios

ponderados e consagrados na lei, em face do número de dias de atraso efectivamente ocorrido na execução da obra.

155) A Entidade Recorrida, ao aplicar a multa por atraso injustificado de 64 dias na conclusão da empreitada, no montante MOP\$8.865.561,00, não violou o princípio da proporcionalidade, porque o seu valor corresponde a 7,4 % do valor da adjudicação.

156) O valor da multa deve ser considerado proporcional e legalmente adequado, pois o n.º 4 do art. 174º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8/11, prevê que a multa aplicável possa atingir 50% do valor da adjudicação.

157) A Entidade Recorrida concedeu todas as prorrogações de prazo adequadas tendo em vista factos que julgou não serem directamente imputáveis à Recorrente, nomeadamente em virtude de trabalhos a mais ou decorrentes de condições atmosféricas adversas.

158) A Recorrente não justificou mais prorrogação de prazo do que a concedida e não prova qualquer violação de lei ou princípios jurídicos que pudessem inquinar o acto recorrido.

159) A Recorrente, tal como a Entidade Recorrida, tem o dever de obedecer à lei e aos regulamentos aplicáveis e cumprir o estipulado no contrato, sob pena de sofrer as consequências decorrentes do incumprimento.

160) Não tendo cumprido com o contrato, nomeadamente não cumprindo o prazo de execução acordado, a Recorrente ficou, justamente, sujeita à aplicação de multa contratual e só de si se pode queixar.

161) Não houve qualquer erro nos pressupostos de facto ou de Direito por parte da Entidade Recorrida, não havendo qualquer violação de lei, visando a aplicação da multa contratual executar o previsto no contrato e reafirmar o cumprimento da lei em vigor na RAEM.

162) A Entidade Recorrida observou, em todo o procedimento, os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé, plasmados nos artigos 3.º e seguintes do CPA, pelo que o acto recorrido também não enferma de qualquer ilegalidade.

163) São inexistentes as alegadas violações de lei ou causas de anulabilidade, nulidade ou inexistência do acto recorrido ou violação de princípios jurídicos em geral, ou dos especialmente aplicáveis à contratação pública, pelo que será de manter a decisão ora recorrida, não sendo de atender ao pedido da Recorrente.

164) Reiterando tudo o que foi alegado na contestação apresentada nos presentes autos, de novo se impugnam todas as alegações produzidas pelo Recorrente nas suas alegações facultativas, por se revelarem manifestamente infundadas e, como tal, totalmente improcedentes.

Nestes termos e nos mais de Direito, com o Douto suprimento de Vossas Excelências, deverá ser negado provimento ao recurso interposto,

assim se fazendo a costumada, serena e boa justiça.

5. O Digno Magistrado do MP ofereceu o seguinte douto parecer:

Vem Companhia de Construção de Obras Portuárias XXX XXX, Lda."impugnar o despacho do Secretário para os Transportes e Obras Públicas de 24/7/13 que, além do mais, aprovou a multa de MOP 8.865.561,00 e encargos de fiscalização de MOP 165.333,33 a aplicar à recorrente, em resultado do atraso injustificado do prazo de 64 dias na conclusão da obra relativa à Empreitada de Construção do Dique na Zona de Aterros de Materiais de Construção no Cotai," por motivo imputável à adjudicatária, assacando-lhe, em sede de alegações (de resto, coincidentes com o já preconizado no petitório inicial), vícios de

- atropelo do disposto nos artºs 174º, n.º 1, 194º, 195º, al. a) e 207º, n.º 3 do Dec Lei 74/99/M de 8/11;

- erro nos pressupostos de facto e de direito;
- ofensa dos princípios da boa fé, justiça, imparcialidade e proporcionalidade e
- preterição de formalidades legais, designadamente falta de audiência prévia dos interessados.

Analizando :

Começa a recorrente por apelar à inadmissibilidade legal de aplicação da multa em questão, entendendo que a lei estabelece que o período limite perante o qual a Administração a poderá aplicar é o fim dos trabalhos ou a rescisão do contrato (por só assim aquela estar em condições de pressionar o contratante privado ao regular cumprimento do mesmo), pelo que, tendo, no caso, as obras já sido entregues, completas e terminadas, a aplicação da multa, por referência ao período anterior ao da recepção provisória, violará o disposto nos artºs 174º, nº 1 e 207º, n.º 3 do Dec Lei 74/99/M de 8/11.

Não faz sentido.

A norma que prevê a aplicação da multa por incumprimento dos prazos de empreitadas de obras públicas, detendo natureza e finalidades similares às multas

contratuais, detém natureza não só preventiva, mas também sancionatória ou compensatória, devendo ser aplicada com referência aos períodos de atraso injustificado de execução da obra e não ao momento da sua aplicação.

Mister é que o desencadeamento do procedimento atinente a essa aplicação se registe e seja comunicado aos visados não só depois da recepção provisória da obra, mas durante a execução da mesma, o que não deixou de suceder no caso, pelo que se revelará inconsistente o alegado, no específico.

Pretextando ter, em todas as fases da obra, agido com a diligência, competência e celeridade que se impunham, com vista à entrega atempada da obra, debruça-se, de seguida, a recorrente sobre uma série de circunstâncias que, no seu critério, seja por razões de força maior, seja de impossibilidade de cumprimento a si não imputável, mas imputável a terceiros ou à Administração, terão forçado"o atraso registado, entendendo que, por tal motivo, deveriam os períodos respectivos ter-se por justificados, abarcando em tal situação:

- a proibição repentina de abandono das lamas provenientes das dragagens em Ka Ho, local em que normalmente tal acontecia ate à data de começo das obras, com a consequente necessidade de empreendimento de diligências junto das entidades competentes da RPC para obtenção de autorização do depósito noutra zona, delongas também agravadas pela detecção de elevado grau de contaminação das lamas e terras, questão não antecipada no concurso público;*

- a proibição governamental de utilização do canal marítimo Flor de Lotus,"para aceder à obra, o que determinou a necessidade de dragagem de um novo canal;*

- a falta, no mercado, de areias em quantidades suficientes, o que conduziu à necessidade de utilização de brita, em sua substituição;*

- a imposição, aquando do preenchimento do material e compactação do dique, de um processo mais moroso que o expectável, com período de espera de 15 dias, não consagrado no programa de trabalhos da obra e que impunha processo de despejo por embarcações, ao contrário de camiões e - o problema detectado no despejo e areias devido à*

movimentação horizontal do terreno, resultante da pressão decorrente da área de despejos adjacente à obra, fora do controle da recorrente.

Pois bem : não se divisando, do processo e respectivo procedimento, que a recorrente, enquanto empreiteira adjudicatária tenha, no que concerne à grande maioria do invocado e no prazo de 5 dias relativamente a qualquer das ocorrências (que a própria reputa como casos de força maior ou actos a si não imputáveis) apresentado ou requerido ao dono da obra para proceder ao apuramento respectivo e determinação dos seus efeitos, conforme determinado no n.º 1 do art. 171º do diploma a que nos vimos reportando, não se vê de que forma válida possa agora invocar tais direitos, à luz do disposto no n.º 6 do mesmo normativo.

Contudo, face, designadamente, à correlação de tal matéria, para além do assacado erro nos pressupostos factuais, poder contender com a imputação da ofensa dos princípios a que a recorrente não deixa de aludir e porque, apesar de tudo, algumas prorrogações não deixaram de ser questionadas no procedimento, sempre se dirá que :

- No que concerne ao depósito das lamas, não se vislumbra que conste do processo de concurso, ou de qualquer outro elemento que o local para o efeito houvesse que ser, forçosamente"para a íntegra das mesmas, Ka Ho.

Aceitando-se que, anteriormente, tal pudesse ocorrer e que, nomeadamente em função da contaminação detectada, houvesse que proceder a "deslocalização"do assunto, no caso, a ilha de Huang Mao e que, para tal, se tivessem que ter desenrolado diligências atinentes à obtenção das licenças e autorizações respectivas, bem como à adequação dos meios de transporte da areias para o efeito, a verdade é que se constata que, na prática, a recorrente necessitou de 20 dias para escavar e depositar os 20.000 m3 de lamas autorizados

para Ka Ho, enquanto que para os restantes 742.000 m³ a depositar na ilha de Huang Mao, com todos os condicionalismos adiantados, necessitou apenas de 9 dias, bem se vendo, pois, não poder ser a alteração do local de despejo"que poderá justificar qualquer delonga acrescida, mesmo a nível de necessária alteração do tipo de embarcações a utilizar, sendo certo não ter a Administração deixado de contemplar o que para o efeito se impunha, ou seja, as delongas decorrentes da detecção de contaminação, com a consequente prorrogação de 35 dias para o efeito (22/10/09 a 25/11/09).

Não se vê, por outra banda, como possa ter constituído alvo de surpresa a proibição governamental de utilização do canal marítimo Flor de Lotus,"sendo do domínio público encontrar-se o mesmo reservado à utilização de barco de socorro e combate a incêndios no aeroporto, como consta, aliás, do processo de concurso, sendo que nunca a autoridade competente para o efeito se havia pronunciado sobre a possibilidade de utilização do mesmo por parte de terceiros e que, de todo o modo, ainda que autorizado tal pedido, sempre a recorrente teria que dragar canal provisório para aceder ao local da obra, o que indicou como opção da sua proposta e, apesar disso, tendo sido notificada do indeferimento, a 19/10/2009, tardou bastante em apresentar junto da Administração o projecto de escabvação do dito canal, aprovação que, por tal motivo, ocorreria apenas a 26/11/09, pelo que não poderia também, por esta via, almejar justificação para o atraso;

- Quanto à falta de areias no mercado e respectivos barcos de transporte, requereu a recorrente prorrogação do prazo de 165 dias.

Contudo, não se vislumbra que tal se encontrasse demonstrado no procedimento, já que a Administração Estatal Oceânica da RPC reportou não existir falta de areia proveniente de extracções licenciadas, sendo até superior à procura, do mesmo passo que, pelos vistos, ao que informa a recorrida, os fornecedores licenciados se queixavam de nenhum empreiteiro da ponte Hong Kong - Zhuhai - Macau lhes virem comprar areia, pelo que não estaria vedado à recorrente (quiçá, por maior e normal preço) o acesso a tal

material, de proveniência legal.

- Relativamente à substituição da areia por brita, e ao método, porventura mais moroso de execução, não se vislumbra que, em abono da correcta maneira de aplicação do material substituído, de forma a garantir a qualidade da obra, aquele não fosse o método efectivamente necessário, não se registando, de todo o modo, na prática, como explicita a recorrida a fls. 73 das conclusões das respectivas alegações, qualquer morosidade acrescida na execução da empreitada;

Do que se vem de analisar, não se constata, pois, que qualquer das circunstâncias a que a recorrente faz apelo constitua facto natural ou situação imprevisível ou irresistível que se tenha produzido independentemente da vontade ou das circunstâncias próprias da empreiteira, não constituindo, assim, casos de força maior, não se antevendo também, a impossibilidade de cumprimento devido a factos imputáveis a terceiros ou à Administração e que não à própria recorrente, pelo que se entende encontrarem-se os pressupostos factuais subjacentes à decisão controvertida conformes com a realidade, isto é, a efectiva responsabilização da visada pelos atrasos detectados, da mesma forma que não se vislumbra que os cálculos relativos ao concreto montante da multa e encargos da fiscalização se não adequem e obedeçam aos parâmetros legais, tendo em conta, designadamente, o prazo contratualmente estipulado, o valor contratual e a fórmula respectiva.

No que tange à pretensa ofensa dos princípios da legalidade, justiça, imparcialidade, boa fé e decisão, assentando a mesma no facto de se considerar como não concretamente verificados os critérios subjectivos da culpa, entendendo-se como tal a não imputabilidade da responsabilidade própria nos atrasos alvo da decisão sancionatória, uma vez que, como se deixou consignado, entendemos que, objectivamente, tal responsabilidade lhe cabe, cairá por terra o argumento subjacente.

Já quanto à proporcionalidade, admite-se que a obra detivesse elevada

complexidade técnica e que, dadas as vicissitudes ocorridas, se pudesse ponderar diferente apreciação e avaliação por parte da Administração, no que tange a eventuais prorrogações aquando das mesmas, já que sempre existiria, a tal nível, algum grau de discricionariedade : simplesmente, inexistindo, como se viu, nos termos legais, sequer pedidos no procedimento relativamente a eventuais prorrogações, na grande maioria da matéria avançada pela recorrente, não se vê como, em sede de decisão final, perante o atraso concretamente apurado, pudesse a entidade recorrida ter agido de outra forma que não a aplicação da multa em questão, no seu preciso quantum."

Finalmente, a recorrente foi notificada a 20/7/12 para apresentar a sua defesa, o que fez, apresentando as razões por que entendia que o não cumprimento atempado do contrato de empreitada não deveria ser sancionado com a multa e montante apresentados, tendo, aliás, obtido substancial ganho quanto a tal montante, derivado da justificação de parte dos períodos justificativos que apresentou.

Destarte, estando a entidade recorrida obrigada a seguir estatuição legal na determinação do quantum da multa, estando-lhe vedada a aplicação de qualquer outro critério que não o estabelecido na lei e no contrato (no caso, n.º 1 do art. 174º do Dec Lei 74/99/M de 8/11 e cláusula 9ª do contrato) e tendo-se a interessada já pronunciado no procedimento sobre as questões que importavam à decisão, não caberia, a nosso ver, nova audiência para os efeitos pretendidos.

Donde, por tudo o exposto, não se divisando a ocorrência de qualquer dos vícios assacados, ou de qualquer outro de que cumpra conhecer, sermos a entender não merecer provimento o presente recurso.

6. Foram colhidos os vistos legais.

II - PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Este Tribunal é o competente em razão da nacionalidade, matéria e hierarquia.

O processo é o próprio e não há nulidades.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciária e são dotadas de legitimidade “*ad causam*”.

Não há outras exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito.

III - FACTOS

Respiga-se do PA e da prova documental e testemunhal produzida, tando no procedimento, como em sede do recurso contencioso, a factualidade seguinte:

1.

<i>Parecer:</i> <i>Exmo. Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas</i> <i>1. Conforme a análise descritiva da</i>	<i>Despacho:</i> <i>Autorizo e ratifico.</i> <i>O Secretário para os Transportes e Obras Públicas</i> <i>(Ass.: Vide o original)</i>
--	---

<i>presente Informação, o parecer técnico emitido pela companhia fiscalizadora e o parecer jurídico do jurista deste Gabinete, cumpre-me solicitar a V. Exa. que:</i> - <i>Autorize a prorrogação do prazo da execução da obra pelo período de 72 dias nos termos dos artigos 128.º e 168.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M (desde 02/05/2011 até 12/07/2011);</i> - <i>Autorize a ratificação da prorrogação do prazo da execução da obra acima referida a partir do dia 02/05/2011 nos termos do artigo 118.º n.º 2 alínea a) do Código do Procedimento Administrativo</i> - <i>Autorize a aplicação da multa ao empreiteiro, no montante de MOP\$8.865.561,00 pelo atraso injustificado do prazo da execução da obra imputável ao empreiteiro pelo período de 64 dias, nos termos do artigo 174.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M;</i> - <i>Autorize que as despesas de fiscalização resultantes do atraso injustificado do prazo de execução da obra imputável ao empreiteiro pelo período de 64 dias, no montante de MOP\$165.333,33, fiquem a cargo do empreiteiro, ao abrigo da cláusula 9.ª do contrato.</i> 2. <i>À consideração superior de V. Exa..</i>	24/JUL/2013 Ao TH JJS/ADM (Ass.: Vide o original) 25/7/2013 CC: 1) ADM-F CA/(ilegível) 2) ADM-P (C/ilegível)) (Ass.: Vide o original) 25/07/2013
---	---

O Coordenador do Gabinete, ZZZ (ZZZ) (Ass.: Vide o original) 9/7/2013 (palavras ilegíveis)	
---	--

Assunto: Obra n.º 43/2009 – **Informação** N.º 670/GDI/2013

“Empreitada de Construção do Dique **Data:** 08/07/2013

da Zona de Aterro de Material de Construção
no COTAI”

- Prorrogação do prazo

- Aplicação de multa por infracção do

Período contratualmente estabelecido

Gabinete S.O.P.T.
 Entrada n.º 4504/GSOPT/EN/2013
 Em 9/JUL/2013
 Saída em 25/JUL/2013

2. Na base do acto recorrida esteve a proposta e o relatório seguinte

“1. Por despacho de Sua Exa. O Senhor Chefe do Executivo exarado em 7 de Julho de 2009 sobre a Informação n.º 438/GDI/2009 deste Gabinete, datada de 10 de Junho de 2009 (anexo 1), foi aprovada a adjudicação da "Empreitada de Construção do Dique da Zona de Aterro de Material de Construção no Cotai" à XXX XXX Harbour Construction Co., Ltd., pelo valor de MOP\$119 804 870,00, com o prazo de execução de 440 dias, contados a partir do dia 1 de Setembro de 2009 até ao dia 14 de Novembro de 2010 (anexo 2).

Prorrogação do prazo já aprovada

2. Por despacho de Sua Exa. O Senhor Chefe do Executivo exarado em 4 de Agosto de 2010 sobre a Informação n.º 689/GDI/2010 deste Gabinete, datada de 16 de Julho de 2010 (anexo 3), foi aprovada a prorrogação do prazo de execução, por um período de 88 dias, até ao dia 10 de Fevereiro de 2011.

3. Por do despacho de Sua Exa. O Senhor Chefe do Executivo exarado em 21 de Fevereiro de 2011 sobre a Informação n.º 094/GDI/2011 deste Gabinete, datada de 27 de Janeiro de 2011 (anexo 4), foi aprovada a prorrogação do prazo de execução, por período de 80 dias, até ao dia 1 de Maio de 2011.

Serviços de fiscalização já aprovados

4. Por despacho do Exmo. Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas exarado em 19 de Agosto de 2009 sobre a Informação n.º 584/GDI/2009 deste Gabinete, datada de 11 de Agosto de 2009 (anexo 5), foi aprovada a adjudicação da prestação dos serviços de fiscalização da empreitada em epígrafe à YYY - Consultoria e Projectos Internacionais, Limitada, no valor de MOP\$2 160000,00, com um prazo de prestação de serviços de 15 meses, contados a partir do dia 2 de Setembro de 2009 até ao dia 1 de Dezembro de 2010.

5. Por despacho do Exmo. Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas exarado em 16 de Setembro de 2009 sobre a Informação n.º 873/GDI/2010 deste Gabinete, datada de 8 de Setembro de 2010 (anexo 6), foi aprovada a adjudicação da prorrogação da prestação dos serviços de fiscalização da empreitada em epígrafe à YYY - Consultoria e Projectos Internacionais, Limitada, no honorário ao valor de MOP\$331 200,00, com o prazo de serviços de 71 dias, contados a partir do dia 2 de Dezembro de 2010, até ao dia 10 de Fevereiro de 2011.

6. Por despacho do Exmo. Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas exarado em 30 de Março de 2011 sobre a Informação n.º 256/GDII2011 deste Gabinete, datada de 18 de Março de 2011 (anexo 7), foi aprovada a adjudicação da prorrogação da prestação dos serviços de fiscalização da empreitada em epígrafe à YYY - Consultoria e Projectos Internacionais, Limitada, no honorário ao valor de MOP\$388 800,00, com o prazo de serviços de 80 dias, contados a partir do dia 11 de Fevereiro de 2011, até ao dia 1 de Maio de 2011.

Pedido de prorrogação do prazo

7. Sobre a impossibilidade do empreiteiro de concluir a empreitada em epígrafe no dia 1 de Maio de 2011, solicitou este Gabinete ao empreiteiro, a 28 de Abril de 2011 e a coberto do ofício ref. 2947/GDII2011 (anexo 8), a apresentação do relatório sobre os motivos de atraso da empreitada. O empreiteiro apresentou respectivamente a 16 de Maio de 2011 e 7 de Julho de 2011, a coberto das cartas ref. ZHIHTIM15/5/351 (anexo 9) e ZHIHTIM15/5/368 (anexo 10), o seu pedido de prorrogação do prazo por um período total de 165 dias, que seria faseado em duas fases, por motivo dos impactos imediatos com o fornecimento de areias e da especificidade das embarcações de transporte.

Vimos por este meio juntamente com o parecer das análises prestado pela fiscalização, apresentar as seguintes informações sobre o pedido de prorrogação do prazo que o empreiteiro está envolvido:

7.1 Primeira Fase: desde o dia 23 de Agosto de 2010 até ao dia 18 de Dezembro de 2010, no total de 117 dias

O empreiteiro revelou, a partir do segundo semestre do ano de 2010, o grande crescimento da procura das areias de origem marítima, uma supervisão e controlo mais apertados

pela parte dos serviços governamentais do Interior da China sobre a sua extração, e tendo as origens de areias também sido mandadas suspender e a sua produção reordenada. Ao mesmo tempo, exigiu-se o reforço da supervisão e controlo tanto na especificidade das embarcações de transporte como nos trâmites para declaração alfandegária da exportação de areias, pelo que o fornecimento das areias destinadas para uso de construção encontrou-se suspenso.

Nos documentos apresentados pelo empreiteiro, foram disponibilizados:

- uma acta de reunião sobre a obra de construção da ilha artificial de ligação Zhuhai - Macau da Ponte de Hong Kong - Zhuhai - Macau, vide documento n.º (2011) 3 [anexo 10(4)], no qual mostrou-se o facto que o fornecimento de areias utilizadas naquela obra fulcral encontravam-se suspensas no segundo semestre do ano de 2010, devido ao reforço intenso de supervisão e controlo acima referido;

- ofícios ref. (2010) 46 e (2010) 48 [anexo 10(6)], emitidos em 29 de Outubro de 2010 e 8 de Novembro de 2010, pelo Departamento de Economia do Gabinete de Ligação do Governo Central da R.P.C. na Região Administrativa Especial de Macau (adiante referido simplesmente como "GLGC"), em que a situação de suspensão de execução da presente empreitada desde há cerca de dois meses por motivo supracitado, motivou a solicitação da assistência e suporte da Administração Geral da Alfândega da China na deslocação e operação em Macau das embarcações para transporte de areias de origem marítima e a serem utilizadas naquela empreitada, no entanto o respectivo problema não se encontrava resolvido até ao dia 18 de Dezembro de 2010.

7.2 Este Gabinete solicitou à fiscalização - YYY - Consultoria e Projectos Internacionais, Limitada para analisar os fundamentos do empreiteiro respeitantes ao pedido de prorrogação do prazo. A coberto da carta ref. YYY200914/L333/2011 (anexo 11), a fiscalização prestou o respectivo parecer, revelando que, conforme indicado nos registos do local de obra, o

fornecimento de areias começou a sofrer interrupções apartir do dia 23 de Agosto, o que obrigou à impossibilidade de executar trabalhos de tarefas críticas, nomeadamente a construção da camada de assentamento de areias para o troço do dique cuja construção foi projectada de estacas de pedra e o preenchimento de areias no troço do dique sujeito de remoção e substituição de lodos por areias, no entanto, o empreiteiro falhou de disponibilizar fundamentos adequados para o seu pedido de prorrogação, conforme as análises seguintes demonstradas

- O impacto do fornecimento de areias

A acta de reunião da obra de construção da ilha artificial de ligação Zhuhai Macau da Ponte de Hong Kong - Zhuhai - Macau, documento abonatório apresentado como suporte do empreiteiro, só reflecte a respectiva medida de reforço intenso de supervisão e controlo e relaciona apenas com o aspecto da extração ilegal de areias e também a reflexão da questão de escassez urgente do respectivo fornecimento de areias oriundo apenas do próprio empreiteiro, sem outros fundamentos adequados de suporte, como, por exemplo, os respectivos documentos fornecidos por fornecedor das fontes de areias legais para comprovar a impossibilidade de fornecer areias. Não aceitamos o suspenso de trabalho da empreitada por motivo de fornecimento de areias;

Organização das embarcações de transporte licenciadas para operação das carreiras marítimas para os destinos de Hong Kong e Macau

Após apreciação e verificação dos respectivos documentos referidos pelo empreiteiro relativos ao reforço do controlo imposto após Agosto de 2010 sobre a exportação de areias para Hong Kong e Macau e à necessidade de organizar embarcações de transporte licenciadas de operação das carreiras marítimas com os destinos de Hong Kong e Macau, pode-se constatar que os mesmos acabam por mostrar que tais regulamentos foram implementados há muito tempo, sendo registado o início em Março de 2004. Pelo exposto, o empreiteiro devia possuir as condições

adequadas para resolver os problemas de embarcações de transporte na fase inicial da empreitada, por forma a garantir que os respectivos meios de transporte pudessem ser coordenados com o progresso da empreitada, sendo que as questões quanto à fonte de fornecimento e ao transporte de areias têm de ser devidamente resolvidas pelo empreiteiro. Pelo exposto, não aceitamos o pedido apresentado pelo empreiteiro para a prorrogação do prazo na primeira fase, com um período no total de 117 dias.

7.3 Segunda Fase: (a partir do dia 19 de Dezembro de 2010 até ao dia 5 de Maio de 2011), no total de 138 dias.

A coberto da sua carta ref. ZH/HT/M15/5/277 [anexo 10(3)] emitida em 13 de Dezembro de 2011, o empreiteiro manifestou a intenção de precaver que a empreitada tivesse trabalhos suspensos e parasse, foram utilizados outros materiais substitutos incluindo brita e material britado para continuar a execução do aterro, da vala sem envolver o aumento das quantidades e dos custos de obra mesmo que existiam para tal. Durante este período, a falta do fornecimento de areias não tem tido qualquer sinal de melhoramento.

De acordo documentos justificativos apresentados pelo empreiteiro, as actas de reunião n.º (2011)03, (2011)04, (2011)05, (2011)07 e (2011)09 [anexo 10(4)] mostram que as actividades de extracção de areias tinham sido legalmente supervisionadas, controladas e governadas de forma constante pelas entidades do Interior da China (responsáveis pela tutela de supervisão e controlo) tendo o fornecimento por grupo de fornecedora de areias ao exterior também sofrido interrupção durante o período do mês de Dezembro de 2010 até ao Maio de 2011. Entretanto, verifica-se que estão ainda em curso os pedidos de operação das respectivas carreiras marítimas. Sofrendo os impactos provenientes dos dois factores acima referidos, a empreitada encontrava-se num estado de suspensão de trabalhos por um longo período de tempo, pelo que o empreiteiro

apresentou um pedido da segunda fase da prorrogação do prazo, por um período total de 138 dias, ou seja, a partir do dia 19 de Dezembro de 2010 até ao dia 5 de Maio de 2011.

7.4 Solicitámos a fiscalização - YYY - Consultoria e Projectos Internacionais, Limitada, para proceder uma análise sobre os fundamentos dos pedidos de prorrogação do prazo apresentados pelo empreiteiro. A coberto da sua carta ref. YYY2009141L333/2011 (anexo 11), a fiscalização prestou os respectivos comentários, revelando que os registos mostravam que ocorreu fornecimento de areias ao local de obra ainda no período do estado de suspensão de trabalho de 19 de Dezembro de 2010 a 5 de Maio de 2011. Apesar de o empreiteiro ter adoptado o uso de brita e material britado na execução dos trabalhos de aterro, para prevenir que a empreitada ficasse no estado de suspensão de trabalho total [anexo 11(2)], o volume de fornecimento para tal nunca satisfaz a necessidade da empreitada. pelo exposto, a aplicação dos fundamentos iguais aos da primeira fase pelo empreiteiro não é suficiente, pelo que não aceitámos o pedido da segunda fase da prorrogação do prazo apresentado pelo empreiteiro e com o período de 138 dias.

8. Apesar de decorridos os problemas de fornecimento de areias e especificações das embarcações de transporte, entre outros, que obrigaram as situações de suspensão de trabalho das partes críticas da empreitada, nomeadamente os trabalhos de aterro, desde a segunda quinzena do mês de Agosto de 2010, sendo que são responsabilidades e obrigações do empreiteiro para resolver propriamente todos os respectivos problemas no âmbito da empreitada. Sobre o fornecimento de fontes de areias, verifica-se que as autoridades competentes intensificaram a supervisão, controlo e execução da lei devido ao aumento das actividades ilegais de extração de areias conforme a informação providenciada em 11 de Outubro de 2011 pelo Gabinete do Conselho de Estado para os Assuntos de Hong Kong e Macau da R.P .C., a coberto da sua carta ref. Gang Pan Lun Ao Zhi (2011) 68 [anexo 12 (1)], encaminhada através do ofício do Gabinete do Chefe do Executivo n. o 11131/GCE/2011 (anexo 12). Entretanto, os serviços competentes do Interior da China

tinham efectuado visitas e pesquisas, concluindo que existia geralmente situação desfavorável no mercado de areias conforme a manifestação das empresas dedicadas às actividades de extração de areias e que possuem o direito de aproveitamento das zonas marítimas, sendo que houve maior fornecimento do que a procura e que uma parte dessas empresas estão num estado de suspensão de trabalho. Pelo exposto, o problema de fornecimento de areias não pode servir de fundamentos para a prorrogação do prazo. Por outro lado, com base dos dispostos clausulados e implementados desde o mês de Março de 2004 não podemos aceitar os fundamentos apresentados pelo empreiteiro para suportar o pedido pela prorrogação do prazo tendo em conta as especificações das embarcações [anexo 10(5)]. Por todo o exposto, concordamos as análises prestadas pela fiscalização, e não aceitamos o pedido de prorrogação administrativo, por um período de 165 dias, apresentado pelo empreiteiro.

9. *A par disso, a fiscalização informou, a coberto do seu parecer ref. YYY200914/L333/2011 (anexo 11), que a empreitada é elegível para o pedido de prorrogação do prazo, por 4 dias em total, compreendido no período contado a partir do dia 1 de Janeiro de 2011 (isto é, o dia seguido imediatamente da data do último pedido de prorrogação do prazo) até ao dia 1 de Maio de 2011, por motivo de influência de ventos fortes de monção nos horários de trabalho.*

10. *Como concordamos com a análise da fiscalização sobre a prorrogação solicitada por motivo da influência do clima de intempérie, portanto a prorrogação administrativa admissível é de 4 dias, contados de 2 a 5 de Maio de 2011.*

Aplicação de multa por infracção do período contratualmente estabelecido

11. *Relativamente ao atraso verificado no período de construção do empreendimento, este Gabinete e a empresa fiscalizadora emitiram por várias vezes correspondências para apressar o empreiteiro a iniciar, com a maior brevidade possível, os procedimentos de trabalhos críticos,*

nomeadamente a construção da camada almofada de areias para o troço do dique cuja construção foi projectada de estacas de pedra e o preenchimento de areias no troço do dique sujeito de remoção e substituição de lodos por areias. Solicitaram também ao empreiteiro , incessantemente nas ocasiões de encontros das partes nas reuniões realizadas para tomar as medidas necessárias para recuperar o atraso de execução (anexo 13).

12. Indicamos ao empreiteiro, na reunião do local da obra, realizada em 25 de Abril de 2011 (anexo 14) e no nosso ofício ref. 2947/GDI/2011, de 28 de Abril de 2011 (anexo 15) que, caso o empreiteiro não consiga concluir a empreitada no prazo de conclusão contratualmente estabelecido, será aplicada multa estipulada na nona cláusula do contrato celebrado em 18 de Setembro de 2009 (anexo 16), sendo também necessário o suporte pelo empreiteiro do encargo de todos os custos extraordinários incorridos no período, incluindo o honorário dos serviços de fiscalização.

13. O empreiteiro apresentou as suas explicações, respectivamente, em 16 de Maio e 7 de Julho de 2011, a coberto das cartas ref. ZHIHT/M15/5/351 (anexo 9) e ref. ZH/HT/M15/5/368 (anexo 10) sobre a impossibilidade de conclusão atempada da empreitada. A fiscalização efectuou análise das explicações acima referidas, emitindo o seu parecer ref. YYY200914/L333/2011 em anexo (anexo 11). De acordo com as análises efectuadas nos pontos 7 e 8 acima referidos, os fundamentos apresentados pelo empreiteiro sobre a prorrogação do prazo não são aceitáveis. Ainda, conforme as análises efectuadas nos pontos 9 e 10 acima referidos, por motivo da influência do clima, a prorrogação administrativa admissível é de 4 dias.

14. A coberto da sua carta ref. ZH/HT/M15/5/396 (anexo 17), o empreiteiro informou a 23 de Setembro de 2011 que a respectiva empreitada dispunha as condições a ser entregue e recebida no mesmo dia, assim os representantes da fiscalização e do Gabinete reuniram-se neste dia

no local de obra, para proceder visita e vistoria em conjunta e celebraram a recepção provisória face à empreitada (anexo 18).

15. Segundo o parecer prestado pela fiscalização a coberto da sua carta ref. YYY200914/L33312011 (anexo 11), informou-se que o número dos dias em que o m/3\W empreiteiro sofreu influências do clima de intempérie é o total de 18 dias no período compreendido de 6 de Maio a 23 de Setembro de 2011, nos quais:

- 11 (onze) dias em que são verificados de influência nos trabalhos pela precipitação superior a 20 mm.;

- 7 (sete) dias em que são verificados de influência nos trabalhos pelas tufões;

16. Tendo em conta o acima exposto, o prazo efectivo de execução da empreitada foi de 753 dias, de 1 de Setembro de 2009 (data da consignação da empreitada) a 23 de Setembro de 2011 (data da recepção provisória), onde somando os dias de prazo de execução estabelecido no contrato da empreitada com os dias atribuídos pelas prorrogações administrativas e legais, resulta num período de 630 dias [440 dias (prazo estabelecido no contrato) + 168 dias (88+80 dias de prazos atribuídos pelas prorrogações administrativas) + 22 dias (4+ 18, prorrogações administrativas justificadas que se propõem admissíveis por motivo da influência do clima no período contado a partir do dia 1 de Janeiro de 2011 até ao dia 23 de Setembro de 2011)].

Pelo exposto, para as prorrogações verificadas no período contado a partir do dia 6 de Maio de 2011 até ao dia 23 de Setembro de 2011, isto é, no total de 123 dias (141 - 18 dias, prorrogações razoáveis justificadas de influências do clima de intempérie neste período), o empreiteiro falhou de apresentar justificação razoável, podendo a responsabilidade das quais ser imputável ao empreiteiro.

17. De acordo com o ponto 16, os dias de prazo de execução estabelecido no contrato da empreitada somando os de prazos atribuídos pelas prorrogações administrativas e legais, resulta um período de 630 dias. Face aos 123 dias de atraso, será aplicada ao empreiteiro uma multa diária, no valor global de MOP\$18 330 145,11, nos termos dos n.º 1 do artigo 174.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, e da Cláusula Nona do contrato da empreitada (anexo 16), celebrado em 18 de Setembro de 2009, sendo aquele valor assim calculado:

- 1 %0 do valor da adjudicação, no primeiro período correspondente a um décimo do prazo contratualmente estabelecido (63 dias), o que perfaz MOP\$7 547 706,81 ($=119,804,870.00/1000 \times 63$);

- Em cada período subsequente de igual duração (63 dias), a multa sofre um aumento de 0,50/00, até atingir o máximo de 5%0, aliás, 1,5%0 do valor da adjudicação, nos restantes 60 dias, o que perfaz MOP\$10 782 483,30 ($= 119\,804\,870,00 \times 1,5 / 1000 \times 60$).

18. Pela necessidade da prestação dos serviços de supervisão, controlo e coordenação para a execução da empreitada de construção, o custo dos serviços de fiscalização prestados durante o período de 123 dias, contados a partir do dia 6 de Maio de 2011 (o dia seguido imediatamente da data de admissão da prorrogação administrativa do prazo) até ao dia 23 de Setembro de 2011, em que encontrou-se registado o atraso por motivo imputável ao empreiteiro, o encargo dos serviços de fiscalização neste período será suportado pelo empreiteiro, de acordo com o disposto do número 2 da Nona Cláusula do contrato celebrado em 18 de Setembro de 2009 (anexo 16). Segundo o organograma apresentado pela empresa fiscalizadora, a coberto da sua carta ref. LI20111034, de 29 de Abril de 2011 (anexo 19), tendo sido reduzido o número dos trabalhadores afectos ao: cargos de fiscalização, o valor do honorário mensal é de MOP\$80 000,00, envolvendo o valor global de MOP\$320 000,00.

**

O honorário dos serviços de 06/05 a 05/06/2011 é de \$80,000.00

O honorário dos serviços de 06/06 a 05/07/2011 é de \$80,000.00

O honorário dos serviços de 06/07 a 05/08/2011 é de \$80,000.00

O honorário dos serviços de 06/08 a 05/09/2011 é de \$80,000.00

*O honorário dos serviços de 06/09 a 23/09/2011 é de $18/30 * \$80,000.00 = \$48,000.00$*

*Sendo o atraso de 18 dias justificado do influência do clima, por motivo não imputável ao empreiteiro $18/30 * \$80,000.00 = \$48,000.00$*

O valor global por período autorizado do prorrogação é de \$320,000.00

19. *A coberto dos ofícios ref. 3896/GDV2012 (anexo 20) e 3897/GDI/2012 (anexo 20) deste Gabinete, notificámos o empreiteiro a 20 de Junho de 2012, sobre a multa aplicável e o encargo extraordinário a suportar nos pontos 17 e 18 acima referidos, nos termos do 94º artigo do "Código do Procedimento Administrativo", e solicitámos ao empreiteiro a apresentação de defesa dentro do prazo legal de dez dias.*

20. *Posteriormente, face aos pontos 17 e 18 acima referidos, a coberto da carta ref. ZHIHTIM15/5/415, de 30 de Julho de 2012 (anexo 21), o empreiteiro apresentou a sua defesa contra o ofício sobre a aplicação de multa e de encargo extraordinário a suportar. A empresa fiscalizadora prestou análises face à defesa do empreiteiro, e apresentou também um relatório de análise a coberto da carta ref. YYY200914IL334/2013 (anexo 22), com as seguintes conclusões:*

20.1 *A execução de estacas de pedra no presente empreendimento é um projecto pioneiro ao nível quer nacional quer internacional, cujo grau de dificuldade técnica e tempo necessário na execução local são superiores aos previstos*

Sobre a manifestação do empreiteiro que a execução de estacas de pedra no
560/2013-A 113/177

empreendimento se tratar de um projecto pioneiro que necessitou a modificação e alteração das embarcações conforme as solicitações da Capitania dos Portos e que as máquinas decorreram montagem em peças e remodelação em repetição durante o processo de testes e comissionamento bem como de tiveram resolvido muitos problemas técnicos de grande relevância, por forma a assegurar a qualidade de obra para além de outros como progresso da obra, etc., resultando no aumento do tempo necessário para a zona de ensaio de estacas de pedra, de 60 dias inicialmente planificado para 145 dias, portanto, o excesso de 85 dias foi pedido a concessão de uma compensação razoável. Conforme as situações verificadas no local de obra, a empresa fiscalizadora efectuou as análises, revelando que, durante a execução da obra, o empreiteiro apresentou uma revisão geral do projecto de execução, a coberto da carta ref. ZHIHT/M15/5/015 [anexo 22(1)], sendo o respectivo Programa de Execução aprovado pelo despacho do Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas, ex arado em 16 de Dezembro de 2009 sobre a Informação n.º 873/GDI/2009 deste Gabinete (anexo 23), no qual o período necessário para a zona de ensaio de estacas de pedra, inicialmente de 60 dias, foi alterado para 115 dias [anexo 23(1)]. Paralelamente, revelou ainda que a execução de modificação e alteração das embarcações foi resultante das solicitações da Capitania dos Portos por causa de falta de conformidade das especificações das embarcações do empreiteiro, a responsabilidade em causa deve ser atribuída ao empreiteiro, assim 10 dias do atraso em apreço não pode servir como fundamento para prorrogação do prazo [anexo 22(2)]. Assim, durante o processo de testes e comissionamento naquela zona, a adopção do uso de estacas de pedra ao diâmetro de 1,2 metros cravadas até uma profundidade média de 18 metros serviu como justificação para a aplicação de uma metodologia com alto teor de tecnologia que obrigou prévios procedimentos de comissionamento e aperfeiçoamento na maquinaria antes de ser possível iniciar as obras, considerando-se a necessidade para o empreiteiro aumentar a duração de testes e comissionamento da zona de ensaio reflectiu situações reais, por dedução do tempo decorrido com a execução de modificação e alteração das embarcações por motivo de falta de

conformidade liaJ:>Inete para o Desenvolvimento de InCra-estruturas das especificações, o tempo razoável necessário para a zona de ensaio de estacas deve ser 135 dias (=145 dias - 10 dias (descontado do tempo decorrido de modificação e alteração por falta de conformidade das especificações das embarcações) J , pelo exposto, o período de prorrogação extraordinário ora aceitável deve ser 20 dias (=135 dias - 115 dias (o período do programa de execução já aprovado)).

20.2 A zona de descarga para os lodos obtidos por dragagem passou a ser na Ilha dl Huang Mao

Sobre o requerimento de prorrogação do prazo de 115 dias apresentado pelo empreiteiro por motivo de mudança da zona de descarga de lodos para a Ilha de Huang Mao refere-se; todos os requerimentos pelas zonas de descargá de lodos e respectivo tratamento junto das respectivas entidades competentes do Interior da China são sempre da responsabilidade do empreiteiro, sendo que os lodos deverão ser transportados aos locais designados conforme a autorização, tendo o respectivo teor de trabalho sido determinado na página 000206 do "Processo do Concurso - IV. Lista de Quantidade para Preços" e nas páginas 000309 e 000311 da "V.2 Especificações Técnicas e Catálogos dos Produtos" [anexo 22 (3)]. Pelo exposto, dado que os respectivos trabalhos de requerimento e o período de tempo necessário seriam sempre da responsabilidade do empreiteiro, o mesmo devia ter conhecimento adequado na altura do concurso face ao tempo necessário para os respectivos processos de requerimento, não devendo assim o tempo necessário para requerer as zonas de descarga de lodos junto dos respectivos serviços competentes servir como um fundamento para prorrogação do prazo.

No entanto, o empreiteiro apresentou um relatório de avaliação emitido em 22 de Outubro de 2009 pelo Centro de Monitorização Ambiental do Mar Sul da China, da Administração Estatal Oceânica, mostrando que os objectos resultantes de dragagem no local são produtos de

dragagem poluentes (categoria III), tendo assim a necessidade de realizar mais ensaios em termos de toxicidade biológica, enquanto que a emissão da autorização para proceder a execução de remoção de lodos no canal de navegação foi atrasada até ao dia 25 de Novembro de 2009. Tratando-se um local previsto para zona de aterro e face a necessidade para realizar mais ensaios em termos de toxicidade biológica dos seus espécimes é uma situação imprevisível, nesta óptica, a responsabilidade pelo atraso assim causados aos trabalhos de dragagem por um período de 35 dias (calculado com base num período de 22 de Outubro de 2009 a 25 de Novembro de 2009) não é imputável ao empreiteiro.

20.3 Introdução de um canal de navegação provisório na zona de execução

Dado o indeferimento da Capitania dos Portos sobre a utilização de canal de navegação pelo navio "Flor de Lótus" sugerido no Processo de Concurso, o empreiteiro solicitou um pedido de prorrogação de 26 dias. Entendeu-se que o empreiteiro teve conhecimento do respectivo canal, no Processo de Concurso, já reservado de facto para os serviços de segurança contra incêndio [anexo 21 (3)], não podendo ser utilizado em liberdade. Por isso, durante o período de concurso e de elaboração da proposta, o empreiteiro deveria consultar previamente os serviços competentes ou apresentar as dúvidas no período de esclarecimentos, ao invés de apresentar um pedido de prorrogação por motivo de indeferimento da Capitania dos Portos sobre a utilização do canal de navegação de emergência do aeroporto, portanto, considera-se inaceitável o pedido de prorrogação de 26 dias ora apresentado.

20.4 Mudança dramáticas ocorridas no mercado de pedras e areias

Tendo solicitado um pedido de prorrogação apresentado pelas cartas do empreiteiro, com dois motivos já referidos no ponto 7, isto é, os impactos do fornecimento de areias e a organização das embarcações de transporte licenciadas para operação das carreiras marítimas para

os destinos de Hong Kong e Macua, a empresa de fiscalização realizou uma avaliação dos respectivos motivos e apresentou o seu parecer (vide os pontos 7.1 a 7.4), então, concluindo que os motivos relevantes são da responsabilidade do empreiteiro. Por isso, considera-se inaceitável o pedido de prorrogação ora apresentado.

20.5 Foi reajustado o projecto de aterro para assegurar a qualidade da obra na sequência da alteração das condições topográficas, resultando em prorrogação do tempo de aterro e de construção

Sobre a alegação do empreiteiro ter alterado o seu método de construção de aterros inicialmente determinado de aterro por materiais de preenchimento em geral por bombeamento em duas fases e da sequência das situações de deslizamento e movimentos dos solos da zona de aterro dos resíduos de construção, introduziu-se uma camada almofada de areias previamente depositada por bombeamento, seguido de aterros em duas fases prevista, tendo consultado os respectivos documentos, é de informar que a necessidade de executar no local de obra a construção da dita camada almofada foi derivado do programa de execução dos trabalhos apresentado pelo empreiteiro a 16 de Março de 2010 e a coberto da sua carta ref. ZHIHTIM15/55/064 [anexo 22 (4)] preconizando a proposta de tratamento dos solos existentes na zona projectada de execução de estacas de pedra através de substituição da camada superficial por areias, ou seja, a remoção dos lodos flutuantes até à cota de -2,0 MCD para permitir a execução dos trabalhos de estacas de pedra, seguida de depósito com recurso a bombagem de 41 areias na mesma área até à cota de +0.99.-.+ 1.50MCD após conclusão do processo de substituição. Relativamente ao respectivo Programa de Execução, este Gabinete submeteu à aprovação de Sua Exa. O Senhor Chefe do Executivo a coberto da Informação n.º 689/GDI/2010 de 16 de Julho de 2010 (anexo 2), e foi aprovada em 4 de Agosto de 2010. Pelo exposto, a responsabilidade pela execução da dita camada almofada de areias e os respectivos trabalhos de apoio pertence ao próprio empreiteiro, não podendo esses trabalhos ser considerados

como fundamento da prorrogação do prazo.

Quanto aos dois aterros executados na parte superior, a empresa projectista manifestou em 3 de Maio de 2011, a coberto da carta ref. PAC:TTF:60041528/2.2/MGS/0035 [anexo 22 (6)] que foi determinado já no número b) do ponto 21.06 do Processo do Concurso ~ Especificações Técnicas, não permitindo a execução de aterros por método de descarga, assim como indicado com clareza nos números a) e d) do ponto 21.06 da página 000305 do "Processo de Concurso - V.2 Especificações Técnicas e Catálogos dos Produtos" [anexo 22 (7)], que:

- A forma e sequência da distribuição e preenchimento por bombagem dos materiais precisam de garantir o mínimo deslocamento lateral dos materiais da camada inferior, por forma a garantir que os taludes laterais estarão estáveis em todo o tempo;

- Os materiais de aterro por bombagem não podem permitir a produzir de segregação e estratificação. O método e sequência aplicada no processo de aterro por bombagem deverão prevenir deslocamento dos solos existentes no local de aterro e movimento dos materiais já preenchidos por depósito hidráulico.

Dado que o empreiteiro não executou os aterros do dique de protecção em conformidade com as exigências das especificações técnicas constantes no Programa do Concurso e que o programa de execução em causa tem nada a ver com qualquer solicitação extraordinária, pelo exposto não pode servir como fundamento da prorrogação do prazo.

20.6 Trabalhos adicionais provocaram o aumento das quantidades na obra

A coberto da sua carta ref. ZHIHT/M15/55/088, de 21 de Junho de 2010 [anexo 22 (8)], devido aos trabalhos adicionais e à prorrogação de prazo provocados pela revisão das respectivas peças desenhadas, o empreiteiro solicitou a este Gabinete um valor dos trabalhos a mais de MOP\$18

857 407,50 e uma prorrogação de prazo de execução por 82 dias. A empresa de fiscalização apresentou o seu parecer e análise, a coberto da carta rei YYY200914IL141/2009 [anexo 22 (9)], de 30 de Junho de 2010, expressando que o prazo de prorrogação admissível é de 45 dias. Este Gabinete submeteu superiormente uma informação n.º 689/GDI/2010 (anexo 2), no dia 16 de Julho de 2010, relativa aos trabalhos a mais e à prorrogação de prazo de execução. Então, pelo despacho do Sua Exa. O Senhor Chefe do Executivo exarado em 4 de Agosto de 2010 sobre a informação n.º 689/GDI/2010 (anexo 2), aprovou a prorrogação do prazo de execução por 45 dias 4 pela razão do aumento das quantidades da obra.

Neste momento, conforme o disposto do número 5.2.4 do Caderno de Encargos Programa de Concurso [anexo 21 (6)], o empreiteiro solicitou "se existirem trabalhos a mais, uma vez são requeridos pelo empreiteiro, o prazo de conclusão do contrato será prorrogado à proporção do valor destes trabalhos a mais no valor global da empreitada", tendo determinado por cálculo que o prazo de prorrogação deveria ser de 69 dias.

Além das disposições do número 5.2.4 do Caderno de Encargos - Programa de Concurso [anexo 21 (6)J, conforme a alínea a) do n.º 3 do artigo 128.º do DecretoLei n.º 74/991M, de 8 de Novembro, refere-se "sempre que se trate de trabalhos a mais da mesma espécie dos definidos no contrato, ou a eles equiparáveis, proporcionalmente ao que estiver estabelecido nos prazos parcelares da execução constante do plano de trabalhos aprovado e atendendo ao seu enquadramento geral na empreitada".

Dado que os fundamentos apresentados pelo empreiteiro são justificados e razoáveis, o empreiteiro pode ter uma compensação correspondente à diferença total de 24 dias da prorrogação do prazo de execução (69 dias - 45 dias).

20.7 Conclusão

20.7.1 Como a duração de execução dos trabalhos da zona de ensaio de estacas de pedra ultrapassou o tempo previsto (o ponto 20.1 acima referido) e que as amostras de lodos recolhidas no local de obra se trataram de produtos poluentes resultantes de dragagem (categoria III), houve portanto a necessidade para realizar ensaios de toxicidade biológica (o ponto 20.2 acima referido), etc., são esses dois factores que impossibilitaram o início da obra de aterro a executar com areias conforme o actual plano de trabalho, cujo processo e caminho são considerados críticos para a presente empreitada, pois influenciam a quantidade global de areias a fornecer pelo empreiteiro antes do dia 23 de Agosto de 2010, como também de acrescem o prazo de execução após recuperação do fornecimento de areias pelo empreiteiro no dia 3 de Maio de 2011. Pelo exposto, deve-se conceder períodos de prorrogação do prazo de execução, respectivamente, por 20 dias e 35 dias. Embora, pela consideração da sobreposição temporal dos dois referidos períodos de prorrogação, isto é, a duração real de execução da zona de ensaio de estacas de pedra é de 1 de Setembro de 2009 a 23 de Janeiro de 2010 e a duração de recolha de amostras de lodos no local de obra para realizar ensaios de toxicidade biológica é de 22 de Outubro de 2009 a 25 de Novembro de 2009, tendo em conta também da elegibilidade na execução simultânea de dois trabalhos, pelo exposto, não pode juntar as durações sobrepostas. Paralelamente, conforme o programa de execução apresentado pelo empreiteiro e já aprovado [anexo 23 (1)] considerase que a dragagem da vala e o aterro de talude são os trabalhos importantes da empreitada, portanto, o período de prorrogação aceitável é 35 dias

20.7.2 Deve-se conceder uma prorrogação por 24 dias como compensação do prazo conforme o aumento da quantidade de trabalho provocado pelos trabalhos a mais (ponto 20.6 acima referido).

20.7.3 Sintetizando os factores acima referidos, a prorrogação do prazo passível de aceitação nesta defesa é de 59 dias (=35 dias + 24 dias).

21. Concordamos com a análise da empresa fiscalizadora já referida no ponto 20, bem como os 4 dias de prorrogação administrativa admissível dotados no ponto 10, e conforme os dados apresentados pela fiscalização, a coberto da carta ref. YYY2009I41L333/2011 (anexo 11), afirmou que o período dos dias afectados do clima de intempérie durante os horários de trabalhos é o total de 9 dias, compreendido de 6 de Maio de 2011 a 3 de Julho de 2011 (total de 59 dias); pelo exposto, o prazo de prorrogação administrativa justificativa do empreiteiro é de 72 dias [= 59 dias + 4 dias (a partir do dia 1 de Janeiro de 2011 até ao dia 1 de Maio de 2011, prorrogações administrativas justificadas que se propõem admissíveis por motivo da influência do clima) + 9 dias (a partir do dia 6 de Maio até ao dia 3 de Julho de 2011, prorrogações administrativas justificadas que se propõem admissíveis por motivo da influência do clima)], ou seja, durante o período compreendido entre 2 de Maio de 2011 a 12 de Julho de 2011 (já consideramos que o total de 13 dias não podia ser prorrogado por motivo do impacto de clima de intempérie, durante o período de 2 a 5 de Maio de 2011 e o período de 4 a 12 de Julho de 2011).

22. Uma vez que o empreiteiro apresentou uma defesa, a coberto da sua carta ref. ZHIHTIM15/5/15 (anexo 21), contra os ofícios nºs 3896/GDII2Ü12 e 3897/GDI/2012 deste Gabinete (anexo 20), e depois da análise da empresa fiscalizadora (carta ref. YYY2009I41L334/2013) [anexo 22], partes dos fundamentos foram considerados admissíveis, podendo ser prorrogado por um período extraordinário de 72/ dias (vide pontos 20 e 21). Por isso, a aplicação de multa referida nos pontos 17 e 18 é sujeita à seguinte revisão:

22.1 Relativamente ao ponto 15, o período dos dias afectados do clima de intempérie durante os horários de trabalhos é alterado de 13 de Julho de 2011 até 23 de Setembro de 2011, no total de 9 dias afectados, os quais:

- 7 (sete) dias em que são verificados de influencia nos trabalhos pela precipitação

superior a 20 mm;

- 2 (dois) dias em que são verificados de influencia nos trabalhos pelos ventos fortes de monção.

22.2 Tendo em conta o acima exposto, o prazo efectivo de execução da empreitada disponível para o empreiteiro foi de 753 dias, de 1 de Setembro de 2009 (data da consignação da empreitada) a 23 de Setembro de 2011 (data da recepção provisória); somando os dias de prazo de execução estabelecido no contrato da empreitada com os dias atribuídos pelas prorrogações administrativas ou legais, resulta um período de 680 dias, ou seja, 440 dias (prazo estabelecido no contrato) + 168 dias (88+80 dias, prazos da prorrogação administrativa autorizada) + 4 dias (prorrogação administrativa proposta a ser admissível, por justificação de intempérie, entre 1 de Janeiro de 2011 e 1 de Maio de 2011) + 59 dias (prorrogação do prazo extraordinário proposta a ser admissível) + 9 dias (prorrogação administrativa proposta a ser admissível, por justificação de intempérie, entre 6 de Maio de 2011 e 3 de Julho de 2011), no qual, já consideramos que o total de 13 dias não podia ser prorrogado por motivo do impacto de clima de intempérie, durante o período de 2 a 5 de Maio de 2011 e o período de 4 a 12 de Julho de 2011. Por isso, de 13 de Julho de 2011 a 23 de Setembro de 2011, o número total de dias de atraso por motivo imputável ao empreiteiro é de 64 dias (73 dias - 9 dias, resultante a influência de intempérie), e falta de uma interpretação justificativa do atraso pela parte do empreiteiro.

22.3 Nos termos do n.º 1 do artigo 174.2 do Decreto-Lei 74/99/M e da cláusula nona do contrato celebrado em 18 de Setembro de 2009 (anexo 16), é-lhe aplicada por violação dos prazos contratuais a seguinte multa diária:

- 1 %0 do valor da adjudicação, no primeiro período correspondente a um décimo do prazo contratualmente estabelecido;

- Em cada período subsequente de igual duração, a multa sofre um aumento de 0,5%0, até atingir o máximo de 5%0;

De acordo com os dispostos do contrato celebrado em 18 de Setembro de 2009 (anexo 16), o prazo contratual da empreitada é de 440 dias e o valor de adjudicação é de MOP\$119 804 870,00.

Pelo exposto, no ponto 17 acima referido, o período de um décimo do prazo utilizado no cálculo de multa deve ser revisto, sendo de 44 dias ao invés de 63 dias. A multa que será aplicada ao empreiteiro vai ser calculada junto com o período de prorrogação administrativa de 59 dias admissível na defesa do empreiteiro.

22.4 De acordo com o ponto 22.2, os dias de prazo de execução estabelecido no contrato da empreitada e atribuídos pelas prorrogações administrativas ou legais, resultam um total de período de 689 dias. Face aos 64 dias de atraso, nos termos do n.º 1 do artigo 174.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, e da Cláusula Nona do contrato da empreitada (anexo 16), celebrado em 18 de Setembro de 2009, será aplicada ao empreiteiro uma multa, no valor global de MOP\$8 865 561,00 (o valor actual é MOP\$8 865 560,38, nos termos do disposto do Decreto-Lei n.º 57/89/M, de 27 de Julho, procede ao arredondamento das importâncias relativas às receitas públicas (anexo 25) J, como a seguir:

- A multa é de 1 %0 do valor da adjudicação, num período correspondente a um décimo do prazo de execução estabelecido (44 dias), o que perfaz MOP\$5 271 414,28 (=MOP\$119 804 870,00/1000 x 44) ;

- Em cada período subsequente de igual duração (44 dias), a multa sofre um aumento de 0,5%0, até atingir o máximo de 5%0, aliás, 1,5%0 do valor da adjudicação, nos restantes 20 dias,

o que perfaz MOP\$ 3 594 146,10(= 119 804 870,00 x 1,5 1 1000 x 20).

23. Pela consideração da necessidade da prestação dos serviços de supervisão, controlo e coordenação para a execução da empreitada de construção, o custo dos serviços de fiscalização prestados por motivo do atraso imputável ao empreiteiro, durante um período do dia 13 de Julho de 2011 (o dia seguido imediatamente da data de prorrogação administrativa admissível) até ao dia 23 de Setembro de 2011, será o encargo a suportar pelo empreiteiro, de acordo com o disposto do número 2 da nona cláusula do contrato celebrado em 18 de Setembro de 2009 (anexo 16), e ainda, segundo o organograma apresentado pela empresa fiscalizadora, a coberto da sua carta ref. LI2011/034, de 29 de Abril de 2011 (anexo 17), tendo sido reduzido o número dos trabalhadores afectos aos cargos de fiscalização, o valor do honorário mensal é de MOP\$80 000,00, portanto, o valor global é de MOP\$165 333,33.

O honorário dos serviços de 13/07 a 12/08/2011 é de \$80,000.00

O honorário dos serviços de 13/08 a 12/09/2011 é de \$80,000.00

O honorário dos serviços de 13/09 a 23/09/2011 é de $11/30 * \$80,000.00 = \$29,333.33$

Sendo o atraso de 9 dias justificado do influência do clima, por motivo não imputável ao empreiteiro $9/30 * \$80,000.00 = \$24,000.00$

O valor global por período autorizado do prorrogação é de \$165,333.33

24. Este Gabinete aplicou, segundo o que foi mencionado no ponto 17, o período de 63 dias, isto é, um décimo do prazo no cálculo da multa a aplicar ao empreiteiro, com um valor global de MOP\$18 330 145,11, tendo comunicado ao empreiteiro em 20 de Julho de 2012 a respectiva aplicação de multa, a coberto do ofício n.º 3896/GDII2012 • (anexo 20), e solicitado, também, ao empreiteiro para apresentar a sua defesa dentro do prazo legal de dez dias. Entretanto, nos termos

do número 1 do artigo 174.º do Decreto-lei n.º 74/99/M, o período equivalente a um décimo do prazo elegível para o cálculo de multa deve ser de 44 dias ao invés de 63 dias, pelo exposto, haverá necessidade de rectificá-lo, juntamente com a prorrogação administrativa de 59 dias já aceite na defesa do empreiteiro, assim, a multa aplicável ao empreiteiro foi obtida por cálculo, no valor de MOP\$8 865 561,00 (ver o ponto 22.4 acima referido). Tendo em consideração que o empreiteiro apresentou apenas a defesa sobre as matérias de factos na audiência, o que nada têm a ver com o período legal para o cálculo de multa, paralelamente, o valor da multa que o empreiteiro encontra-se finalmente aplicada está inferior ao valor da multa comunicada a coberto do ofício n.º 3896/GDII2012. Na premissa de não ter constituído qualquer prejuízo face aos interesses do empreiteiro, não há necessidade para realizar uma outra audiência por motivo de correcção da base do prazo.

25. Os juristas deste Gabinete já apresentaram os seus pareceres jurídicos pelo memorando n.º 6/2013 (anexo 24).

26. Assim, vimos por este meio apresentar e solicitar ao superior que seja:

- Aprovada a prorrogação administrativa do prazo por 72 dias, contado a partir do , dia 2 de Maio de 2011 até ao dia 12 de Julho de 2011, nos termos do artigo 128º e do artigo 168º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro.

- Aprovada a eficácia retrospectiva da data do início até ao dia 2 de Maio de 2011, ou seja, a data imediatamente seguinte da data anteriormente sido aprovada da prorrogação administrativa, nos termos da alínea a) do número 2 do artigo 118.º do "Código do Procedimento Administrativo".

- A aplicação ao empreiteiro de uma multa no valor de MOP\$8 865 561,00 e o desconto deste valor no.s pagamentos subsequentes ou na garantia bancária, nos termos dos

números 1 do artigo 174.º e do artigo 207.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, e nos dispostos da alínea a) do número 1 da nona cláusula do contrato celebrado em 18 de Setembro de 2009.

- A dedução nos pagamentos subsequentes ou na garantia bancária a efectuar ao empreiteiro, do honorário dos serviços de fiscalização prestados no período de atraso com a causa imputável ao empreiteiro, no valor de \$165 333,33, conforme os dispostos do número 2 da nona cláusula do contrato celebrado em 18 de Setembro de 2009 (anexo 16). Relativamente aos pagamentos do respectivo honorário da empresa fiscalizadora, irá submeter superiormente uma nova informação para a apreciação.

O Técnico Superior “

3. Mais resulta, em síntese factual:

- No dia 10/07/2009 é notificada à recorrente a adjudicação da empreitada;*
- no dia 01/09//2009 é efectuada a consignação da obra;*
- no dia 15/09/2009 a recorrente pediu a licença para deposição de lamas ao largo de*

Ká Hó;

- no dia 18/09/2009 o pedido foi indeferido pelas entidades competentes do Interior da*

China;

- no dia 25/09/2009 as entidades competentes do Interior da China exigiram análises de toxicidade às lamas;*

- no dia 08/10/2009 a recorrente contrata com terceiro a análise das lamas;
- no dia 15/10/2009 a recorrente pediu licença à Capitania dos Portos de Macau para utilizar o Canal Flor de Lótus;
- no dia 19/10/2009 a Capitania dos Portos indeferiu o pedido da Recorrente para utilizar o Canal Flor de Lótus;
- no dia 22/10/2009 a recorrente conhece o resultado das análises efectuadas;
- no dia 27/10/2009 a recorrente informa o GDI do resultado das análises;
- no dia 25/11/2009 a Recorrente obtém licença das autoridades do Interior da China para fazer o depósito de 20.000 m3 de lamas ao largo de Ká Hó;
- no dia 26/11/2009 a recorrente apresenta à Administração um projecto, em condições de ser aprovado, para escavação do canal necessário para a execução da obra;
- no dia 07/12/2009 a Capitania dos Portos autorizou a construção do canal proposto pela Recorrente; de 7 a 11/12/2009 a recorrente viu-se impedida de executar a obra em virtude da visita de personalidades do Interior da China a Macau (tendo-lhe sido concedida a correspondente prorrogação administrativa);
- no dia 31/12/2009 a recorrente foi impedida de continuar a depositar lamas ao largo de Ká Hó por ter atingido o limite de 20.000 m3 e esgotado a licença;
- no dia 01/01/2010 a recorrente pede nova licença para deposição de lamas, junto das autoridades do Interior da China;
- no dia 08/01/2010 a recorrente obteve autorização para depósito de lamas em Huang Mao, por parte das autoridades do Interior da China;
- no dia 11/01/2010 a recorrente informa a Capitania dos Portos da autorização

recebida para depositar lamas em Huang Mao;

- no dia 19/01/2010 a recorrente informa o GDI que concluiu a construção do canal de navegação a que se havia proposto.

IV – FUNDAMENTOS

1. Objecto do recurso

Vem o presente recurso interposto do despacho do Exm.º Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas, exarado na Informação n.º 670/GDI/2013, de 08/07/2013, relativa à Empreitada de Construção do Dique da Zona de Aterro de Materiais de Construção no Cotai (Obra n.º 43/2009), na qual foi proposto ao Senhor Secretário para os Transportes e Obras Públicas o seguinte:

a) Aprovação da prorrogação do prazo de 72 dias (de 2 de Maio de 2011 a 12 de Julho de 2011), nos termos dos artigos 128.º e 168.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M ;

b) Ratificação da data do início da prorrogação do prazo acima referido de 2 de Maio de 2011, nos termos da alínea a) do número 2 do artigo 118.º do "Código do Procedimento Administrativo";

c) Aprovação da multa a aplicar ao empreiteiro em resultado do atraso injustificado do prazo de 64 dias, por motivo imputável à sociedade adjudicatária, com o valor de MOP\$8.865.561,00, nos termos do artigo 174.º

do Decreto-Lei n.º 74/99/M;

d) Aprovação do encargo da fiscalização em resultado do atraso injustificado do prazo de 64 dias, por motivo imputável à sociedade adjudicatária, com valor de MOP\$165,333.33, em conformidade com o disposto na cláusula 9.ª do contrato.

Assaca-lhe os vícios de:

- atropelo do disposto nos artºs 174º, n.º 1, 194º, 195º, al. a) e 207º, n.º 3 do Dec Lei 74/99/M de 8/11;
- O erro nos pressupostos de facto e de direito que serviram de base à decisão;
- A alteração superveniente das circunstâncias que afectaram a base do negócio;
- Erros materiais na aplicação da multa;
- Violação do princípio do contraditório na mudança em prejuízo da Recorrente do método de cálculo na aplicação da multa;
- ofensa dos princípios da boa fé, justiça, imparcialidade e proporcionalidade e
- preterição de formalidades legais, designadamente falta de audiência prévia dos interessados.

Pronunciámo-nos oportunamente sobre a **inaplicabilidade da multa, decisão que não foi acolhida superiormente pelo V.º TUI**, razão por que somos agora, em obediência ao que foi determinado, a conhecer das restantes

questões que estão pendentes.

2. As **excepções da competência, da caducidade e da inaplicabilidade da multa** mostram-se conhecidas.

Razão por que se passará ao conhecimento do mérito, ou seja dos vícios assacados ao acto que aplicou a dita multa à recorrente.

3.1. A recorrente fundamenta o pedido de anulação do acto administrativo que lhe aplicou multa contratual invocando, essencialmente, **violação de lei e erro nos pressupostos de facto e de direito**, porque, no seu entender, os atrasos de execução se deveram a casos de força maior ou situações imprevistas e por facto de terceiro ou da própria entidade adjudicante, a que a recorrente alegadamente seria alheia, nomeadamente, a alegada mudança do local de depósito de lamas; a impossibilidade de utilizar o Canal Flor de Lótus; a alegada dificuldade da obtenção de areias e respectivos barcos de transporte; um método mais moroso de execução do dique, que alegadamente lhe teria sido imposto.

Esta delimitação está bem expressa nas alegações facultativas da recorrente, enquanto diz:

“Como se verá, os erros de facto e de direito que se discutirão nestas alegações facultativas prendem-se com a demora das obras causadas por dois factores que erradamente a entidade Recorrida imputa à Recorrente e que

correspondem aos primeiros dois supra elencados, a saber: a impossibilidade de utilização parcial do canal de acesso ao barco de emergência Flor de Lotus" do Aeroporto, e a proibição repentina de a Recorrente poder proceder ao abandono de lamas de dragagens no local que normalmente se fez até à data de começo das obras, em Coloane, tendo ficado a Recorrente obrigada a proceder à sua exportação para diferente jurisdição com os constrangimentos associados impostos pela jurisdição continental.

Todos os restantes e importantes motivos de atraso que se referirão nestas alegações e oportunamente foram aduzidos em sede de audiência prévia, como se verá, foram uma consequência imediata destes dois factores que tiveram um verdadeiro efeito trombose, impedindo o decurso e progressão normal das obras. “

3.2. O que desde logo se observa é que, no fundo, o que a recorrente vem dizer é que não pôde cumprir os prazos por razões que se ficaram a dever a culpa do dono da obra ou por culpa de terceiros ou de força maior.

Mas se assim era devia ter dado cumprimento ao que se estabelece na lei, dando de imediato conta dessas situações ao dono da obra, o que não fez, salvaguardando casos pontuais e que mereceram até atendimento por parte deste, que lhe concedeu algumas prorrogações do prazo, como aconteceu com o caso das lamas.

Tal como apresentou as cartas com as ref.^a ZHIHTIM15/5/351, de 16 de

Maio de 2011 e ZHIHTIM15/5/368, de 7 de Julho de 2011, formulando um pedido de prorrogação do prazo por um período global de 165 dias, de um total de 255 dias, que seria faseado em duas fases, respectivamente de 117 e 138 dias, para os períodos de 23 de Agosto de 2010 a 18 de Dezembro de 2010 e 19 de Dezembro de 2010 a 5 de Maio de 2011, por alegado motivo dos impactos imediatos com o fornecimento de areias e com a especificidade das respectivas embarcações de transporte, já não pediu qualquer prorrogação de prazo, em devido tempo, por motivo de não poder utilizar o Canal Flor de Lótus, ou pelo facto de ter de depositar as lamas em Huang Mao, ou por um qualquer mais moroso método de execução do dique, apenas levantando a questão da sua eventual concessão neste recurso contencioso.

Dessa falta nos dá conta tanto a entidade recorrida, como o Digno Magistrado do MP no seu douto parecer.

3.3. Na verdade, em termos de verificação do facto impeditivo, dispõe o artigo 171.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, o seguinte:

“1. Quando ocorrer facto que deva ser considerado caso de força maior, ou qualquer outro facto não imputável ao empreiteiro, este deve, nos 5 dias seguintes àquele em que tome conhecimento da ocorrência, requerer ao dono da obra que proceda ao seu apuramento e à determinação dos seus efeitos.

2. Logo que o empreiteiro apresente o seu requerimento, a fiscalização procede, com a assistência dele, à verificação da ocorrência e lavra-se auto do qual devem constar:

a) As causas do facto;

- b) O estado das coisas depois do facto e em que difere do estado anterior;*
- c) Se tinham sido observadas as regras da arte e as prescrições do dono da obra;*
- d) Se foi omitida alguma cautela que, segundo as regras normais da prudência e experiência, o empreiteiro devia ter tomado para prevenir ou diminuir os efeitos de força maior;*
- e) Se os trabalhos têm de ser suspensos, no todo ou em parte, definitiva ou temporariamente, especificando-se, no caso de interrupção parcial ou temporária, a parte da obra e o tempo provável em que a interrupção se deve verificar;*
- f) O valor provável do dano sofrido;*
- g) Qualquer outra menção que se julgue de interesse ou que o empreiteiro peça que se consigne.*

3. O empreiteiro pode, imediatamente no auto ou nos 10 dias subseqüentes, formular requerimento fundamentado em que apresente as suas pretensões conforme o que julgar seu direito, discriminando os danos a reparar e o montante destes, se for possível determiná-los desde logo, e impugnando, querendo, o conteúdo do auto.

4. Recebido o requerimento do empreiteiro, é este devidamente informado pela fiscalização e remetido ao dono da obra juntamente com o auto, o qual notifica o empreiteiro da sua decisão no prazo de 15 dias.

5. O mesmo procedimento, adaptado às circunstâncias, é seguido quando o empreiteiro pretenda ser indemnizado com o fundamento na prática de factos que lhe não sejam imputáveis e que dificultem ou onerem a execução da empreitada.

6. *Se o empreiteiro não apresentar tempestivamente os requerimentos previstos neste artigo, não pode mais invocar os seus direitos, salvo se o caso de força maior tiver também impedido o apuramento dos factos.*

7. *Se a fiscalização não proceder à verificação da ocorrência de acordo com o disposto no presente artigo, pode o empreiteiro proceder a ela, lavrando o auto em duplicado, com a presença de duas testemunhas, e remetendo, desde logo, o original ao dono da obra.*

3.4. O artigo dispõe de uma forma muito clara e completa sobre o procedimento no caso de impossibilidade de cumprimento ou de impedimento forçado e inesperado, sendo igualmente claro o dispositivo no que respeita às consequências da não comunicação e pedido formulado em prazo, de **cinco dias**, determinando-se que o empreiteiro **não pode mais invocar os seus direitos**, salvo se o caso de força maior tiver impedido o apuramento dos factos, o que não é seguramente o caso, pois os factos são muito concretos e nem sequer a recorrente invoca uma dificuldade no apuramento das causas do atraso.

O não cumprimento daquele ónus legal impede que agora se venha discutir, em sede deste recurso contencioso, das razões do alegado impedimento, pelo que se nos afigura não caber a análise de qualquer situação de uma eventual prorrogação legal do prazo de execução da empreitada, o que devia ter sido colocado, ponderado e decidido em sede da execução do contrato pela entidade administrativa competente.

Contrariamente ao que a entidade recorrida defende, afigura-se-nos que essa ponderação sobre possibilidade de prorrogação por causa não

imputável ao empreiteiro não seria de apreciação livre, antes devendo ser passível de controle no que respeita à integração da respectiva base factual, por via da correcção sobre o preenchimento dos respectivos pressupostos de facto. Isto é, não bastaria à Administração dizer que um dado facto não era causa de impedimento, defendendo o empreiteiro que sim, podendo aí o tribunal intervir no deslindamento do dissídio.

Trata-se, contudo, de matéria que se mostra ultrapassada, na medida em que o ónus que incumbia ao executor da obra não foi cumprido.

4. De todo o modo, para o caso de soçobrar este entendimento, não nos eximiremos à análise das alegadas causas de impedimento que justificariam o atraso da obra e isentariam do pagamento da multa e despesas cominadas.

5.1. A questão das lamas

Em abono da sua tese e em termos da matéria de facto integrante de causa de impedimento e exclusão de culpa sua pelo atraso dos trabalhos, a recorrente invoca:

“Atenta a prova documental que se encontra junta aos autos, e a prova testemunhal ouvida em sede de audiência, a Recorrente entende que se deverão dar como

provados os seguintes factos:

19. A construção do dique estava condicionada ao trabalho preparatório de escavação e remoção de todo o material, solo, sedimentos e rochas do fundo de corpos de água existente no local de construção.

20. Essa necessidade de dragagem abrangeu ainda toda a área assoreada de acesso ao local de construção, por forma a permitir o acesso às dragas, plataformas e embarcações.

21. Quando começou a obra, a Recorrente procedeu imediatamente no dia 15 de Setembro de 2009 ao pedido de autorização aos departamentos competentes para dragagem do canal de navegação por si projectado e respectiva licença para depósito das areias, nos termos do contrato,

22. Requerendo o depósito de lamas em Coloane, junto a Ka-Ho.

23. Não se tratando, in casu, de um facto comercial ou do controle directo por parte da Recorrente, esta está obrigada a pedir e obter uma autorização oficial para o depósito das lamas resultantes das dragagens nos locais de destino.

24. Na sua proposta apresentada no referido

concurso, a Recorrente apresentou um prazo realista e expectável de 15 dias para obtenção das referidas autorizações.

25. Tal expectativa temporal era razoável tendo em consideração a experiência da Recorrente, que durante anos sempre logrou proceder ao depósito dos materiais dragados para Ka Ho, ou seja, dentro da jurisdição de Macau.

26. O depósito de lamas de dragagens na referida zona de Ka Ho era uma prática normal que vinha sendo realizada em Macau, conforme autorizações que, a título meramente exemplificativo, se juntam como documentos n.ºs 5 a 7. (DOCS. 5 A 7 da petição de recurso)

27. Surpreendentemente, e sem que nada o fizesse prever Recorrente viu-se impedida de proceder ao depósito no sítio proposto, por carta emitida pela Sub Direcção Marítima de Nam Hoi da República Popular da China, de 18 de Setembro de 2009. (Anexo 1.2.2 da defesa escrita da Recorrente)

28. Na mesma data, ou seja, em 18 de Setembro de 2009 a Capitania dos Portos de Macau emitiu uma decisão, concordando com o indeferimento do pedido de autorização para o despejo de areias e lamas para o local de Ka Ho.

(Anexo 1.2.3 da defesa escrita da Recorrente)

29. Mais importante nestes autos do que a decisão das referidas autoridades é o seu fundamento, ou seja, nos termos do ofício da Sub-Direcção Marítima de Nam Hoi da República Popular da China, o fundamento do indeferimento tem que ver com a sobrecarga de despejos na área que poderia vira afectara navegação.

30. A Recorrente foi a primeira construtora em Macau proibida de realizar os despejos na zona de Ka Ho.

31. Pelo que não poderia razoavelmente adivinhar da súbita mudança de posição das entidades responsáveis para o efeito.

32. A decisão trata-se de uma decisão discricionária no âmbito do poder de planeamento das referidas entidades, não tendo a Recorrente qualquer controlo sobre a mesma.

33. Resulta ainda do ofício da Sub-Direcção Marítima de Nam Hoi da República Popular da China que não havia ainda qualquer local previsto, na medida em que aconselha o despejo das areias e lamas em locais "**a determinar**".

34. Apesar da recusa, a Recorrente não ficou

parada e apressou a diligenciar a obtenção das necessárias autorizações para o transporte das areias para outro local alternativo, em cumprimento da lei e regulamentos aplicáveis, in casu, das duas jurisdições (RAEM e China Continental).

35. De acordo com o relatório que a Recorrente obteve da Sub-Direcção Marítima de Nam Hoi da República Popular da China datado de 25 de Setembro de 2009, as areias a transportar para outro local fora de Macau teriam que ser submetidas a um processo de exame de contaminação que implicava os seguintes prazos:

- 2 dias para recolha de amostras de areia;
- 5 dias para o seu transporte;
- 30 dias para o processo de análise laboratorial;
- 60 dias para determinar o nível de contaminação (análise);
- 3 dias para a elaboração do relatório.

36. Em 8 de Outubro de 2009 a Recorrente contratou, em cumprimento dos referidos procedimentos, com o Centro de Monitorização Ambiental do Mar Sul da China, da Administração Estatal Oceânica (國家海洋局南海環境監測中心), o exame das referidas areias,

37. Tendo para tanto desembolsado o montante de ¥180.000.00 (cento e oitenta mil yuans).

38. No dia 22/10/2009 a Recorrente tomou conhecimento do relatório preliminar do referido Centro de Monitorização Ambiental do Mar Sul da China, da Administração Estatal Oceânica (國家海洋局南海環境監測中心), dando conta que as areias a dragar tinham 4 tipos de contaminação. (Anexo 1.2.5 da defesa escrita da Recorrente)

39. Por carta datada de 27 de Outubro de 2009 a Recorrente informou o GDI do resultado do referido relatório, (Anexo 1.2.6 da defesa escrita da Recorrente)

40. Comunicando ainda que, por essa razão, as referidas autoridades ainda não haviam deferido o pedido de autorização para proceder à execução de remoção de lodos no canal de navegação,

41. E que se aguardava a emissão do relatório final o qual poderia demorar cerca de 60 dias.

42. Só em 25 de Novembro de 2009 é que a Recorrente obteve autorização para fazer o depósito de areias e lamas para Ka Ho.

43. Essa autorização não foi concedida para o depósito de toda a quantidade de material a transportar,

44. Mas antes ficou limitada, nos termos da

mesma autorização, à quantidade de apenas 20,000 metros cúbicos (20,000 立方米). (Anexo 1.2.7-5 da defesa escrita da Recorrente)

45. Uma vez recebida a decisão, a Recorrente promoveu de imediato a execução de remoção de lodos no canal de navegação e respectivo despejo de areias e lamas para o local indicado.

46. A dragagem e consequente depósito de 20.000 metros cúbicos de lamas rapidamente se veio a esgotar-se rapidamente,

47. Mostrando-se aliás manifestamente insuficiente para os trabalhos de dragagem adicionais ao contratualmente estabelecido e que a Recorrente veio a ser obrigada a fazer por imposição das autoridades competentes, ou seja, para a realização de um novo canal temporário.

48. Em 31 de Dezembro de 2009 o próprio GDI comunicou à recorrente que deveria parar os trabalhos de dragagem, por se encontrar esgotado o limite autorizado!!

49. Só depois de esgotado o referido limite, em 1 de Janeiro de 2010, a Recorrente pôde pedir nova autorização para o despejo dos restantes materiais

dragados, na quantidade de 742 mil metros cúbicos.

50. O que lhe veio a ser concedido pela mesma entidade em 8 de Janeiro de 2010 para as coordenadas 1132 36' 12" Este e 229 06' 24" Norte, correspondente à Ilha de Huang Mao. (Anexo 1.2.8-2 da defesa escrita da Recorrente),

51. Localizada a cerca de 17 kilómetros do local da obra, em alto mar, ao invés dos expectáveis cerca de 5 kilómetros em Coloane,

52. Material esse também que, por força dessa nova localização, teria que ser transportado por 4 embarcações de maior dimensão do que aquelas que inicialmente a Recorrente havia previsto para o transporte das areias para Coloane.

53. A alteração das dimensões dessas embarcações não resultam de um mero capricho da Recorrente, mas antes de imposições legais e regulamentares e para a segurança dos trabalhadores.

54. Em 11 de Janeiro de 2010 a Recorrente informou a Capitania dos Portos de Macau que se encontrava autorizada para as referidas dragagens, conforme documento que se junta sob o n.º 8. (Doc. 8 da

petição de recurso)

55. *Uma vez mais, de imediato, a Recorrente se apressou a recomençar os trabalhos, tendo em 20 de Janeiro de 2010 enviado ao GDI a cópia dos relatórios de trabalhos diários,*

56. *No qual se faz menção da conclusão dos trabalhos de dragagem do novo canal no dia 19 de Janeiro de 2010, tudo conforme cópia do fax e relatório que se encontra junto como documento n.º 9 da petição de recurso.*

57. *A entidade Recorrida nunca comunicou à Recorrente que as areias objecto resultantes de dragagem no local continham um grau de poluição de categoria.*

58. *A Recorrente foi ainda impedida de realizar trabalhos de dragagem no período de 7 a 11 de Dezembro de 2009, por ocasião da visita de representantes do Governo da República Popular da China.*

A prova dos factos supra indicados supra resulta essencialmente de prova documental que se encontra junta aos autos e cuja referência nos mesmos é feita."

5.2. Face aos elementos dos autos e prova testemunhal, **excluindo** a matéria referente a toda a diligência feita pela recorrente, a matéria que descreve como impossibilidades inultrapassáveis, a relativa à impossibilidade

de providenciar por outra autorização para depósito das lamas enquanto não estivesse esgotada a autorização para uma pequena parte (20000m³), podemos ter por assente a factualidade alegada e que deve ser reconduzida, na parte em que seja objecto de análise, aos termos adiante concretizados e explicitados.

É verdade que não estava estipulado no contrato o local do depósito das lamas e, não obstante se ter provado que era prática anterior que as lamas ali fossem depositadas, não se considera que a mudança de local não deixasse de poder ser equacionada pela adjudicatária, sendo certo que a competência para a determinação do local do depósito das lamas sempre seria da competência das autoridades da China.

Pelo que, logo aí, na previsão e estipulação dos prazos, a recorrente deveria der contado com os imponderáveis que sempre poderiam resultar de um procedimento a encetar junto daquelas autoridades, não se guardando para o momento do início dos trabalhos..

Nem que a necessidade do pedido de deslocalização do depósito das lamas de Ka Ho para a ilha de Huang Mao, sob autorização das autoridades da China Interior, acrescendo ainda a exigência por parte destas de análises que pudessem despistar a sua contaminação, como prévia ao deferimento do depósito naquele local, fosse algo que pudesse constituir um impedimento inesperado, imprevisível, inultrapassável do cumprimento dos prazos estabelecidos.

Na verdade, a adjudicatária bem podia ter equacionado essas dificuldades e realizado a forma de as remover de forma expedita e atempada.

5.3. Mas mesmo que se entendesse que essas dificuldades surgiram como inesperadas e que com elas a parte não podia contar, a verdade é que se constata que, na prática, a recorrente necessitou de 20 dias para escavar e depositar os 20.000 m³ de lamas autorizados para Ka Ho, enquanto que para os restantes 742.000 m³ a depositar na ilha de Huang Mao, com todos as dificuldades (pedido de autorização às autoridades da China Interior, pedido de análise às lamas, alteração do tipo de embarcações), necessitou apenas de 9 dias, pelo que não há razões que possam justificar as alegadas delongas.

5.4. Observa-se ainda que o empreiteiro requereu uma prorrogação do prazo de execução da empreitada, alegando a perda de tempo com os trabalhos necessários para se proceder à alteração das embarcações conforme solicitação da Capitania dos Portos, em face da mudança de depósito de lamas de Ká Hó para Huang Mao, o que pressupostamente obrigaria ao uso de navios preparados para navegar em alto mar, mas há uma testemunha que afirma que os barcos de alto mar também podiam entrar no canal, pelo que a recorrente sempre poderia ter feito logo esta opção, perspectivando o depósito de lamas quer em Ká Hó quer em Huang Mao, até porque dotados de maior capacidade de carga, não havendo necessidade de mudança do tipo de embarcações para um e outro local. Esta questão assume menor importância, a partir do momento em que se sabe que era da responsabilidade do empreiteiro garantir que os equipamentos a utilizar na obra estivessem em conformidade com os regulamentos e requisitos de segurança da Capitania dos Portos, o que era um dado de conhecimento público e do qual o empreiteiro já havia conhecido à data da abertura do concurso, nomeadamente nos termos das cláusulas 4.1.2 e

4.2.2 da parte V.1. da Memória Descritiva e Justificativa do caderno de encargos.

5.5. No entanto, ainda no que concerne ao local de deposição dos lodos, a mesma Fiscalização emitiu o parecer indicando estar claramente previsto na "Lista de Quantidades e Preços" constante da parte IV do processo do concurso, na página 00206, e nas "Especificações Técnicas e Catálogos dos Produtos" constante da parte V.2 do mesmo processo do concurso, a páginas 00309 a 00311, que todos os requerimentos para descarga de lodos e respectivo tratamento devem ser resolvidos pelas autoridades competentes do Interior da China.

5.6. Acresce que, sendo o empreiteiro responsável pelo respectivo processo desde a data da consignação a 1 de Setembro de 2009, não esquecendo que está ciente da realização da obra desde a data da adjudicação, de que foi notificado a 10 de Julho de 2009, qualquer morosidade derivada de qualquer decisão das entidades do Interior da China, quanto ao local de descarga das lamas, seria sempre sua responsabilidade, não sendo nada com que não devesse contar.

5.7. Não se deixa, contudo, de se observar que a alteração do local de "despejo" não deixou de justificar a contemplação de uma prorrogação do prazo por 35 dias, de 22/10/09 a 25/11/09, o que, visto o tempo de execução e de concretização se mostra razoável, ainda que se considere o tempo de preparação e adaptação a uma deslocação do local de depósito inicialmente programada.

5.8. Para além de que esteve desde o dia 10 de Julho de 2009, data em que lhe foi comunicada a adjudicação, para só requerer a licença no dia 15 de Setembro de 2009, ou seja, 15 dias depois da data da consignação da obra, mais de 2 meses após a notificação da adjudicação e para Ká Hó, razão porque foi indeferido, perdendo algum sentido a alegação de que só em 25 de Novembro de 2009 é que teve autorização para fazer o depósito de lamas, depois de uma prorrogação de prazo de 22 de Outubro de 2009 até 25 de Novembro de 2009.

6. Quanto ao canal marítimo “Flor de Lótus”

6.1. Sobre esta matéria, em termos da comprovação da matéria de facto pretendida, resulta claro, dos elementos dos autos e das testemunhas inquiridas neste Tribunal, que esse canal se destinava a fim especial, sendo considerado um canal de emergência para intervenções que viessem a ser necessárias em apoio a operações de socorro e combate a incêndios no aeroporto, devendo ser considerado um canal onde a circulação era restrita.

Isto resultou muito claro do depoimento das testemunhas.

6.2. A possibilidade de utilização desse canal não estava contemplada no concurso, nunca lhe foi prometida a possibilidade dessa utilização e a adjudicatária não podia ignorar que na sua proposta teria de providenciar pela dragagem de um canal que pudesse utilizar para o acesso ao local da obra.

6.3. Para além de que, tendo de dragar sempre um canal provisório para ali aceder, perante o indeferimento do pedido de licença, em 19/10/2009, não deixou de demorar até apresentar um novo pedido que só veio a ser deferido em 26/11/2009.

Havendo a necessidade dessa dragagem não se percebe facilmente a razão da demora no pedido de licença, bem a podendo ter solicitado logo desde 10 de Julho de 2009.

Não podia ignorar a recorrente que o Canal Flor de Lótus estava reservado para utilização do barcos de socorro e combate a incêndios do aeroporto e resulta claro que nenhuma autoridade com competência na matéria se havia pronunciado sobre a possibilidade dessa utilização.

6.4. Nos termos do processo do concurso e da sua proposta, a recorrente deveria dragar um canal para chegar ao local da obra, facto que ela própria reconhece, mas, antes de começar a escavar o referido canal, deveria ela apresentar junto da Administração o respectivo projecto (mesmo que tivesse sido autorizada a utilização do Canal Flor de Lótus), o que só fez em condições de ser aprovado no dia 26 de Novembro de 2009.

É neste contexto que se percebe que o pedido de prorrogação do prazo de execução da obra por um período de 26 dias, sob parecer da Fiscalização, tenha sido indeferido por parte da Capitania de Portos, pedido que foi formulado alegadamente pela necessidade de introdução de um canal de navegação provisório na zona da execução da obra, em face do indeferimento do pedido de utilização do canal de navegação normalmente

afecto a acções de emergência e de socorro.

6.5. Confrontada com as dificuldades que a recorrente defende terem sido inesperadas⁷¹. Num outro aspecto, também relevante, quanto ao alegado pedido de trabalhos a mais com um custo estimado de MOP\$2.616.206,25, bem como uma eventual prorrogação de prazo de execução da empreitada por 45 dias, relacionados com a construção do canal provisório, o dono da obra indeferiu o pedido pelo ofício n.º 4915/GDI/2009, de 14 de Dezembro de 2009, não tendo havido reclamação desta decisão, pelo que a alegação desta questão neste recurso é despropositada e extemporânea, tanto mais que a ora recorrente deixou cair o pedido, vindo agora, em sede de defesa na sequência da audição prévia realizada, requerer apenas uma prorrogação do prazo de execução por 26 dias, em vez dos 45 dias constantes do pedido inicial.

Como salienta a entidade recorrida, apesar de apenas no dia 25 de Novembro de 2009 a recorrente ter tido autorização para fazer depósito de lamas por parte das autoridades do Interior da China, o certo é que ainda não estava autorizada, por sua própria inércia, a proceder a qualquer escavação do canal proposto, não se apresentando qualquer justificação para o atraso no pedido.

6.6. Por outro lado, e no que se refere ao tipo de embarcações licenciadas para o transporte de areia, tal como diz a entidade recorrida, a respectiva regulamentação do Interior da China já existia à data do concurso, pelo que, se o empreiteiro estava a utilizar outro tipo de embarcações em

desconformidade com os regulamentos aplicáveis, e se, por tal facto, se achou impedido de as utilizar, então só de si próprio se pode queixar se não conseguiu, por tais meios, em violação dos regulamentos aplicáveis, o transporte das areias necessárias à obra.

6.7. A Administração acabou por conceder uma prorrogação graciosa de prazo por 35 dias (de 22 de Outubro a 25 de Novembro de 2009), pela necessidade de se proceder a análises da qualidade das lamas impostas pelas autoridades do Interior da China, previamente à autorização do respectivo depósito, quando ainda a recorrente não estava em condições de iniciar qualquer remoção de lamas, facto este que leva até a entidade recorrida a reponderar que, bem vistas as coisas, nem sequer essa prorrogação devia ter sido concedida.

6.8. Em suma, a alegação da perda de tempo invocada pela recorrente perde sentido na medida em que os despejos em Ká Hó cessaram no dia 31/12/2009, tendo começado logo no dia 12/01/2010 a despejar lamas em Huang Mao - sendo que de 7 a 11 de Janeiro de 2010 esteve impedida de trabalhar, tendo-lhe sido concedida a correspondente prorrogação graciosa de prazo -, tendo obtido a licença para despejos na ilha de Huang Mao, em 8 de Janeiro de 2010, pelas autoridades do Interior da China.

7. Quanto à falta e areias no mercado

7.1. Em extensa e detalhada descrição defende a recorrente que este factor foi um contratempo imprevisto que a obrigou a mudar a areia por brita e

a atrasar a obra.

Para tanto, pugna pela fixação da seguinte matéria de facto:

" (...) A Recorrente apresentou respectivamente em 16 de Maio de 2011 e 7 de Julho de 2011, cartas com as referências ZH/HT/M15/5/351 e ZH/HT/M15/5/368 pedindo a prorrogação do prazo da obra por um período total de 165 dias, que seria faseado em duas fases, em resultado dos impactos imediatos com o fornecimento de areias e da especificidade das embarcações de transporte.

101. Conforme resulta a páginas 5 da Informação n.º 670/GDI/2013, o próprio GDI conheceu dos fundamentos apresentados pela Recorrente quanto ao fornecimento de areias, da seguinte forma:

«o empreiteiro revelou, a partir do segundo semestre do ano de 2010, o grande crescimento do procura das areias de origem marítima, uma supervisão e controlo mais apertados pela parte dos serviços governamentais do Interior da China sobre a sua extração, e tendo as origens de areias também sido mandadas suspender e a sua produção reordenado. Ao mesmo tempo, exigiu-se o reforço da supervisão e controlo tanto na especificidade das embarcações de transporte como nos trâmites para declaração alfandegária da exportação de areias, pelo que o fornecimento das areias destinadas para uso de construção encontrou-se suspenso.»

103. A Recorrente apresentou a prova relevante para tais fundamentos, invocados na própria proposta de decisão do GDI, que se passa a transcrever pela sua relevância:

" - uma acta de reunião sobre a obra de construção da ilha artificial de ligação Zhuhai Macau da Ponte de Hong Kong - Zhuhai - Macau, vide documento n.º (2011) 3 [anexo 10(4E), no qual mostrou-se o facto que o fornecimento de areias utilizadas naquela obra fulcral encontravam-se suspensas no segundo semestre do ano de 2010, devido ao reforço intenso de supervisão e controlo acima referido;

- ofícios ref. (2010) 46 e (2010) 48 [anexo 10(6)], emitidos em 29 de Outubro de 2010 e 8 de Novembro de 2010, pelo Departamento de Economia do Gabinete de Ligação do Governo Central da R.P.C. na Região Administrativa Especial de Macau (adiante referido simplesmente como "GLGC"), em que a situação de suspensão de execução da presente empreitada desde há cerca de dois meses por motivo supracitado, motivou a solicitação da assistência e suporte da Administração Geral da Alfândega da China na deslocação e operação em Macau das embarcações para transporte de areias de origem marítima e a serem utilizadas naquela empreitada, no entanto o respectivo problema não se encontrava resolvido até ao dia 18 de Dezembro de 2010.»

104. O próprio GDI, para apreciar a validade e veracidade dos factos invocados pela Recorrente, sentiu a necessidade de pedir o parecer da empresa fiscalizadora, a YYY - Consultoria e Projectos Internacionais, Limitada, tendo esta respondido da seguinte forma, que também se passa a reproduzir:

«Este Gabinete solicitou à fiscalização - YYY - Consultoria e Projectos Internacionais, Limitada para analisar os fundamentos do empreiteiro respeitantes ao pedido de prorrogação do prazo. A coberto da carta ref. YYY200914/L333/2011 (anexo 11), a fiscalização prestou o respectivo parecer, revelando que, conforme indicado nos registos do local de obra, o fornecimento de areias começou a sofrer interrupções a partir do dia 23 de Agosto, o que obrigou à impossibilidade de executar trabalhos de tarefas críticas, nomeadamente a construção da camada de assentamento de areias para o troço do dique cuja construção foi projectada de estacas de pedra e o preenchimento de areias no troço do dique sujeito de remoção e substituição de lodos por areias, no entanto, o empreiteiro falhou de disponibilizar fundamentos adequados para o seu pedido de prorrogação [...] »

(...)

109. Como é sabido, a escassez de um produto reflete-se directamente no preço do mesmo.

110. E para prova dessa escassez, desde já se juntam cópias de dois contratos para o fornecimento de areias, um de 1/05/2010 e outro de 17/05/2011, que reflectem o aumento de 33,3% do valor das referidas areias. (DOCS. 23 e 24 Doc. 19 da petição de recurso) ”

7.2. Daqui retira a recorrente argumentos para concluir no sentido

de que tais factos são suficientes para demonstrar que ocorreu uma impossibilidade de cumprimento não imputável à recorrente, **destacando** o facto de ter havido uma interrupção efectiva no fornecimento de areias por parte dos fornecedores; ter a recorrente encetado reuniões e diligências com as entidades responsáveis pela gestão e do fornecimento de areias; a atitude revelada pela recorrente, face à impossibilidade e suspensão dos trabalhos, designadamente com a apresentação de utilização de materiais alternativos, que foram aceites pelo Gabinete para o Desenvolvimento de Infra-estruturas; a preocupação em precaver que a empreitada tivesse trabalhos suspensos e parasse, pelo que foram utilizados outros materiais substitutos incluindo brita e material britado para continuar a execução do aterro, da vala, tudo sem envolver o aumento das quantidades e dos custos de obra.

Esta alteração obrigou a recorrente a alterar o enchimento e outros trabalhos de alteração em relação à programação inicial, ao despejo por camião, a uma metodologia de enchimento por camadas, a necessidade de suspensão da projecção do material por períodos de 15 dias, o que tudo provocou um necessário aumento do decurso da obra.

Tal alteração de procedimento foi aceite pelo GDI, em coordenação com a YYY, pelo que a demora resultante da aplicação do novo procedimento por imposição dessas entidades não pode ser imputável à empreiteira ora recorrente.

Destaca assim dois pontos: o impacto do mercado do fornecimento de areias; a imposição por parte do Dono da Obra e sua fiscalização de um

método mais moroso do que o planeado por parte da Recorrente. Factos estes que justificariam uma prorrogação do prazo por 165 dias.

7.3. Na dilucidação desta questão e para adesão à tese da recorrente mostra-se crucial saber se havia ou não falta de areia no mercado.

Em resposta a esta questão - falta de areias -, se bem que haja alguns elementos contraditórios, somos ainda a pronunciarmo-nos no sentido de que esse facto não vem sobejamente comprovado.

Os elementos avançados partem de uma exposição da própria recorrente ao GDI, dando este organismo conta dessa exposição, mas sem que resulte comprovado que deu esse facto como assente e como dado adquirido.

Na verdade, a recorrente não apresentou documento comprovativo da impossibilidade de obtenção de areias, cuja extracção fosse devidamente licenciada, observando-se que, nos termos da comunicação das entidades oficiais respectivas, que apresentaram o parecer da Administração Estatal Oceânica (conforme consta do Doc. n.º 14 junto à contestação- tradução de fls 729 a 733), cujo conteúdo, pelos detalhes e explicações avançadas não nos suscita quaisquer dúvidas), não só não havia falta de areia proveniente de extracções licenciadas pelas autoridades competentes do Interior da China, como a oferta era superior à procura, queixando-se os fornecedores licenciados que nenhum empreiteiro da ponte Hong Kong - Zhuhai - Macau lhes vinha comprar areia, pelo que, desta proveniência legal, não estava o empreiteiro

impossibilitado de obter a areia necessária à obra.

Para além de que a documentação exibida e que demonstra um aumento de cerca de 30% do preço desse material não implica necessariamente que a areia rareasse. Como se sabe, os aumentos de preços são ditados, quantas vezes, por regras que fogem às regras transparentes e honestas do mercado, quantas vezes, mais não reflectindo do que práticas especulativas

7.4. Assim, terá sido porque o empreiteiro não apresentou justificação aceitável para o pedido de prorrogação de prazo de execução da empreitada pretendido, e porque não só não havia dificuldade na obtenção da areia, pelo menos de origem legal, como também o tipo de barcos utilizados deveria estar de acordo com a regulamentação respectiva, que não havia razão para se ter por justificada a peticionada prorrogação.

É verdade que aparece um aumento do preço de areias, mas não há elementos para fazer a comparação em relação aos restantes preços de mercado, especialmente não há elementos para saber se esse aumento constitui por si um elemento que deva ser considerado imponderável ou com o qual a adjudicatária não pudesse contar.

7.5. A substituição dos materiais a utilizar, areia por brita, aparece assim como uma opção da recorrente, não se tendo por certo, se por imposição, se por conveniência, pelo que a intervenção da Administração ao anuir nesse procedimento e novo método deverá ser interpretado como correspondendo à vontade do empreiteiro.

Aliás, da prova testemunhal resulta que não havia dificuldades acrescidas com a substituição da areia por brita, nem se comprova que o método que lhe foi imposto sobre a colocação desse material implicasse necessariamente uma demora nos trabalhos, não se pondo em causa que o método de assentamento em camadas que careciam de uma pausa de 15 dias não devesse ser imposto por razões de segurança. Ainda que esse método demandasse mais tempo, tal necessidade não deixa ainda de entroncar numa necessidade que decorre de uma opção do empreiteiro.

De facto, ainda sobre esta causa da demora as testemunhas não foram esclarecedoras para convencerem que desse método resultasse necessariamente um manifesto atraso na concretização dos trabalhos, em vista da forma como as camadas eram assentes.

Neste detalhe, a entidade recorrida explica, o que não se mostra desmentido, que o que não podia era a recorrente sobrepor num único local camada sobre camada, tendo de efectuar o espalhamento de forma uniforme ao longo de todo o dique e não de forma amontoadada numa única secção, pelo que não havia, assim, justificação para conceder uma prorrogação administrativa de prazo, porquanto não tinha havido, por aquele facto, qualquer atraso de execução da empreitada.

7.6. O facto é que a obra só começou efectivamente a ser executada no dia 12 de Dezembro de 2009, ou seja, com um atraso de 103 dias relativamente à data da consignação (1 de Setembro), por factos que não se demonstra não serem imputáveis ao empreiteiro, ora recorrente, com excepção

do período de 7 a 11 de Dezembro de 2009.

7.7. Noutra perspectiva, e no que concerne à imputação de uma culpa à Administração pelo atraso na execução dos trabalhos, constata-se que não há uma falta de vontade por parte da Administração em todo este processo, na medida em que foram as várias as prorrogações de prazo e várias as vezes em que atendeu aos pedidos formulados, não se podendo dizer que houve da sua parte uma dificuldade dos trabalhos em que não deixava de ser a primeira interessada.

É nesta linha de colaboração e união de esforços que se compreendem os avisos que foram feitos pela Administração à recorrente, chamando-lhe a atenção para que fossem tomadas as medidas necessárias a fim de evitar os atrasos na execução da obra, bem como para a recuperação dos atrasos já verificados (cfr. docs. n.º 19 a 25 juntos à contestação, v.g. fls 411 a 423, mais concretamente a exortação veemente de fls 790 para apresentação de um plano de aceleração dos trabalhos).

Na verdade, não se deixou de pressionar o empreiteiro a cumprir o prazo de execução da empreitada, tendo o mesmo sido formalmente notificado na reunião de obra do dia 25 de Abril de 2011, e reiterado pelo ofício n.º 2947/GDI/2011, de 28 de Abril de 2011, data em que foi desencadeado o processo de aplicação de multa, que o dono da obra iria aplicar a multa contratual que se mostrasse devida, caso o empreiteiro não concluísse a obra no prazo contratualmente estabelecido, assim como seria este responsabilizado pelos encargos a suportar com a Fiscalização, relativos a igual período de

atraso.

7.6. Em suma, sobre esta matéria, sufragando o entendimento do MP, somos a concluir pela impossibilidade de cumprimento atempado da obra a terceiros, a causa de força maior, a imponderável, a facto inesperado e imprevisível ou a conduta da Administração

8. Das prorrogações e cálculo na contagem do atraso; da audiência prévia e princípio do contraditório

8.1. Após ter sido ouvido preliminarmente o empreiteiro, do que acima já se deu conta, de terem sido recolhidos os pareceres da Fiscalização, de se terem efectuado diligências e averiguações complementares e de se ter procedido à recolha de prova bastante, foi o mesmo empreiteiro, ora recorrente, notificado pelo ofício n.º 3896/GDI/2012 e pelo ofício n.º 3897/GDI/2012, de 20 de Julho de 2012 para, em sede de audiência prévia, apresentar a sua defesa sobre o projecto de decisão tendente à aplicação de multa contratual por incumprimento do prazo contratual de execução da empreitada e pelo pagamento dos encargos com a Fiscalização relativos ao citado período de 123 dias de atraso na execução da empreitada.

A recorrente, em resposta às supracitadas notificações, apresentou a sua defesa e pronunciou-se sobre a eventual responsabilidade pelos custos da Fiscalização nos termos do documento que se juntou à contestação como docs. n.º 30 e 31.

No relatório, a Fiscalização pronuncia-se sobre a alegação do empreiteiro de que a execução de estacas de pedra na empreitada em apreço seria um projecto pioneiro, quer a nível nacional quer a nível internacional, cujo grau de dificuldade técnica e tempo necessário à sua execução seriam superiores aos normalmente previstos, tendo sido inicialmente previsto um prazo de 60 dias para a sua execução, alterado posteriormente para 115 de acordo com o plano de trabalhos aprovado, mas que só agora o empreiteiro vinha reclamar da necessidade de 145 dias para efeitos da sua realização, razão porque solicitou uma prorrogação de prazo de execução por 85 dias, correspondente à diferença entre os 60 dias iniciais e os 145 que considera terem sido necessários para a conclusão dos trabalhos.

8.2. Sobre este pedido emitiu a mesma Fiscalização um parecer no sentido de poder ser concedida uma prorrogação administrativa adicional de 20 dias do prazo de execução, justificável apenas em face de alguma dificuldade de execução dos trabalhos, vindo mais à frente a afirmar no mesmo parecer que, sendo um prazo total e temporalmente englobado (coincidente) com um outro prazo de 35 dias a conceder, o mesmo não poderia ser considerado.

Mesmo assim, como se vê, essa alegação não deixou de ser ponderada, tendo ainda, em vista da dificuldade alegada de ter sido considerado algum prazo.

8.3. Compreendem-se as razões avançadas pela entidade recorrida, ao dizer que a diferença de dias alegada como necessária para a conclusão deste troço da obra não teve qualquer repercussão no número global de dias de

execução da empreitada, de acordo com o plano de trabalhos que foi aprovado, por se tratar de uma espécie de trabalhos a levar a efeito em sobreposição com outros previstos para a execução da empreitada, razão por que também não houve necessidade de alterar o prazo de execução da obra, que se manteve nos citados 440 dias, pelo que nem se deveria, sequer, ter posto a questão de uma eventual prorrogação do prazo de execução pelo citado motivo.

8.4. Também, como se viu, quanto ao pedido de prorrogação de prazo de execução por 60 dias, a que a ora recorrente, diz ter direito, relativo ao alegado reajustamento do projecto de aterro para assegurar a qualidade da obra na sequência da alteração das condições topográficas, a verdade é que o método de construção foi alterado por iniciativa do próprio empreiteiro, tendo para o efeito apresentado em 16 de Março de 2010 a carta com a ref.^a ZHIHT/M15/55/064, ***na qual declara expressamente, como condição para a sua aprovação, que não iria por tal proposta pedir qualquer aumento de preço ou prorrogação do prazo de execução***, tendo nestes termos obtido aprovação para a alteração da proposta, pelo que este pedido nem sequer pode ser considerado, uma vez que a ora recorrente dele expressamente abdicou e foi condição da citada aprovação (vd. arquivo 79, fls 022231 do PA).

De todo o modo, as dificuldades acrescidas não deixam de ser imputáveis às opções da recorrente na execução dos trabalhos, como perpassa por toda a prova resultante do PA e da prova oferecida e produzida nesta sede.

8.5. Como já acima se disse, a ora recorrente foi notificada pelo ofício n.º 3897/GDI/2012, datado de 20 de Julho de 2012, para apresentar a sua

defesa, tendo ela invocado as razões pelas quais considerava que a multa, resultante do atraso na execução da obra, no montante global de MOP\$18.330.189.30, não deveria ser aplicada.

Tendo analisado as razões apresentadas pela recorrente, a entidade recorrida considerou que algumas delas poderiam ser aceites, tendo procedido à reformulação do cálculo da multa que veio a ser fixado em MOP\$8.865.561,00, montante consideravelmente inferior ao inicialmente determinado.

8.6. De todo o modo, o acto de aplicação de multa, nos termos em que foi praticado, constitui um verdadeiro acto administrativo de conteúdo vinculado, pois não poderia ter outro sentido e conteúdo, pelo que, também, a formalidade de audiência prévia de interessados nestas circunstâncias se degrada em não essencial e, conseqüentemente, a sua omissão não inquina o procedimento administrativo.

No caso em apreço, a interessada foi ouvida em sede de audiência de interessados, tendo, nesta sede, apresentado as razões porque entendia que o não cumprimento atempado do contrato de empreitada não deveria ser sancionado com a aplicação de multa contratual.

8.7. Por outro lado, em sede do apuramento do *quantum* final da multa, e atendendo que as razões de defesa apresentadas em sede de audiência prévia não foram consideradas como atendíveis na sua totalidade, a entidade ora recorrida determinou a aplicação da multa no valor de MOP\$8.865.561,00, valor que, como já se referiu anteriormente, é bastante inferior ao inicialmente

fixado, não se tendo deixado de atender ao que exposto pela recorrente.

Observam-se os requisitos do artigo 97.º do CPA, estando, deste modo, devidamente preenchida a previsão da norma para a dispensa de audiência do interessado, até porque não havia factos novos a considerar que de algum modo pudessem ter influência no cálculo da multa e outros custos decorrentes da fiscalização.

8.8. No que respeita, assim, a uma **alegada falta de audiência prévia**, não tem razão a recorrente. É patente em todo o procedimento uma troca de informações e de consultas entre as partes e a aplicação da multa também não terá colhido de surpresa a recorrente, tendo tido o ensejo de se defender e se pronunciar sobre ela. Foi ela notificada em 20/7/12 para apresentar a sua defesa, o que fez, apresentando as razões por que entendia que o não cumprimento atempado do contrato de empreitada por que não deveria ser sancionada como se anunciava, tendo conhecimento dos termos, razões e não podendo desconhecer os montantes que sempre resultariam dos critérios legais e contratuais estabelecidos n.º 1 do art. 174º do Dec Lei 74/99/M de 8/11 e cláusula 9ª do contrato -, não deixando de apresentar as suas razões justificativas, pelo não podia haver razão para se ter por surpreendida.

Pelo que não houve, como se conclui, preterição de qualquer formalidade legal considerada essencial, para a boa eficácia e validade do acto administrativo praticado.

9. Da falta de culpa pelo cumprimento

9.1. Do que se vem de analisar, não se constata, pois, que qualquer das circunstâncias a que a recorrente alude, seja facto natural ou produzido independentemente da vontade ou das circunstâncias próprias da empreiteira, não constitui, assim, caso de força maior, não se antevendo também, a impossibilidade de cumprimento devido a factos imputáveis a terceiros ou à Administração, que não à própria recorrente, pelo que se entende encontrarem-se os pressupostos factuais subjacentes à decisão controvertida conformes com a realidade, isto é, a efectiva responsabilização da visada pelos atrasos detectados.

9.2. Relativamente à noção do que seja "caso de força maior", regulamentado nos termos do disposto no artigo 169.º do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, é importante atentar no seu conteúdo:

“1. Cessa a responsabilidade do empreiteiro por falta, deficiência ou atraso na execução do contrato quando o incumprimento resulte de caso de força maior ou de qualquer outro facto que lhe não seja imputável.

2. Os danos causados nos trabalhos de uma empreitada por caso de força maior ou por qualquer outro facto não imputável ao empreiteiro, são suportados pelo dono da obra quando não correspondam a riscos que devam ser seguros pelo empreiteiro nos termos do contrato.

3. Considera-se caso de força maior unicamente o facto natural ou situação, imprevisível e irresistível, cujos efeitos se produzam independentemente da vontade ou das circunstâncias pessoais do empreiteiro, tais como actos de guerra ou subversão, epidemias, tufões, tremores de terra, raio, inundações, greves gerais ou sectoriais e quaisquer outros eventos que afectem os trabalhos da empreitada.

4. Considera-se facto não imputável ao empreiteiro o acto de terceiro por que o empreiteiro não seja responsável e para o qual não haja contribuído, sob qualquer forma.

E sobre o procedimento a adoptar, no caso de força maior ou facto não imputável ao empreiteiro, ignorado em boa parte pela recorrente, só o respeitando parcialmente em sede de audiência prévia, o art. 171º prevê:

“1. Quando ocorrer facto que deva ser considerado caso de força maior, ou qualquer outro facto não imputável ao empreiteiro, este deve, nos 5 dias seguintes àquele em que tome conhecimento da ocorrência, requerer ao dono da obra que proceda ao seu apuramento e à determinação dos seus efeitos.

2. Logo que o empreiteiro apresente o seu requerimento, a fiscalização procede, com a assistência dele, à verificação da ocorrência e lavra-se auto do qual devem constar:

a) As causas do facto;

b) O estado das coisas depois do facto e em que difere do estado anterior;

c) Se tinham sido observadas as regras da arte e as prescrições do dono da obra;

d) Se foi omitida alguma cautela que, segundo as regras normais da prudência e experiência, o empreiteiro devia ter tomado para prevenir ou diminuir os efeitos de força maior;

e) Se os trabalhos têm de ser suspensos, no todo ou em parte, definitiva ou temporariamente, especificando-se, no caso de interrupção parcial ou temporária, a parte da obra e o tempo provável em que a interrupção se deve verificar;

f) O valor provável do dano sofrido;

g) Qualquer outra menção que se julgue de interesse ou que o empreiteiro peça que se consigne.

3. O empreiteiro pode, imediatamente no auto ou nos 10 dias subseqüentes, formular requerimento fundamentado em que apresente as suas pretensões conforme o que julgar seu direito, discriminando os danos a reparar e o montante destes, se for possível determiná-los desde logo, e impugnando, querendo, o conteúdo do auto.

4. Recebido o requerimento do empreiteiro, é este devidamente informado pela fiscalização e remetido ao dono da obra juntamente com o auto, o qual notifica o empreiteiro da sua decisão no prazo de 15 dias.

5. O mesmo procedimento, adaptado às circunstâncias, é seguido quando o empreiteiro pretenda ser indenizado com o fundamento na prática de factos que lhe não sejam imputáveis e que dificultem ou onerem a execução da empreitada.

6. Se o empreiteiro não apresentar tempestivamente os requerimentos previstos neste artigo, não pode mais invocar os seus direitos, salvo se o caso de força maior tiver também impedido o apuramento dos factos.

7. Se a fiscalização não proceder à verificação da ocorrência de acordo com o disposto no presente artigo, pode o empreiteiro proceder a ela, lavrando o auto em duplicado, com a presença de duas testemunhas, e remetendo, desde logo, o original ao dono da obra.”

Por sua vez, o artigo 172º preceitua:

“1. Quando as circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar sofram alteração anormal e imprevisível, segundo as regras da prudência e da boa-fé, de que resulte grave aumento de encargos na execução da obra que não caiba nos riscos normais, o empreiteiro tem direito à revisão do contrato para o efeito de, conforme a equidade, ser compensado do aumento dos encargos efectivamente sofridos ou se proceder à actualização dos preços.

2. O preço das empreitadas de obras públicas é obrigatoriamente revisto, nos termos das cláusulas inseridas nos contratos, as quais, todavia, devem subordinar-se aos princípios fundamentais previstos na lei especial aplicável.”

9.3. Na esteira de Marcello Caetano¹, importa distinguir o *caso de força maior* do *caso imprevisto*. Distinguem-se, essencialmente, pelo facto de, no primeiro, o cumprimento do contrato se tornar jurídica e materialmente impossível, enquanto no segundo o cumprimento do contrato se tornar excessivamente oneroso para o co-contratante.

Tratando-se de um *caso de força maior*, como serão os casos de cataclismos, tufões incêndios, inundações, sismos, tal pode impossibilitar absolutamente a manutenção do contrato, por factos alheios à vontade das partes, entendendo a doutrina que não há lugar a pagamento de indemnização a nenhuma das partes, antes devendo haver uma distribuição equitativa dos encargos pelas partes afectadas. O *caso de força maior* é, pois, um facto imprevisível e estranho à vontade dos contraentes que impossibilita absolutamente de cumprir as obrigações. Discute-se se, perante uma solução radical de não cumprimento por qualquer das partes não deverá antes haver aí uma *reposição do equilíbrio financeiro do contrato*.²

A par do *caso de força maior*, mas num grau que não atinge a impossibilidade absoluta de cumprimento, mas apenas, uma maior onerosidade, surge o *caso imprevisto* que Marcello Caetano define como o “facto estranho à vontade dos contraentes, que, determinando a modificação das circunstâncias económicas gerais torna a execução do contrato muito mais

¹ - Manual de Dto Adm., I, 10ª ed., 623

² - vd. http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15469/1/dissertacao_mestrado_LuisaArez.pdf, Luisa Monteiro da Silva, A reposição do equilíbrio financeiro nos contratos administrativos - em especial, no contrato de empreitada de obras públicas, 26

onerosa para uma das partes do que caberia no risco normalmente considerado”.³

Para além destas situações, na doutrina equacionam-se ainda outras situações que seriam cobertas pela *teoria das dificuldades imprevistas* e passamos a citar a Autora acima referida, ao dizer que “se traduz em (i) obstáculos de ordem material ou natural (por exemplo, alterações climáticas), (ii) não imputáveis às partes, (iii) imprevisíveis usando a diligência razoável, (iv) que dificultam ou tornam mais onerosa o cumprimento da prestação, (v) sem a impossibilitar (aqui distinguindo-se da força maior), fazendo emergir na esfera do co-contratante, o direito a uma indemnização integral pelos prejuízos resultantes das dificuldades materiais encontradas. Esta teoria, que tem aplicação nos contratos de empreitada de obras públicas, distingue-se do caso imprevisto pois o acontecimento provocou diretamente maiores e anormais dificuldades na execução da obra e não, uma incidência indireta no contrato como sucede no caso imprevisto. Também aqui temos dúvidas quanto à indemnização integral apontada por ANA GOUVEIA MARTINS (2010, p.91), abrangendo os custos dos trabalhos a mais e os prejuízos decorrentes da imobilização do pessoal, por nos parecer excessivamente oneroso do ponto de vista contraente público.”⁴

³ - Ob. cit., 625

⁴ - Vd. Luísa Monteiro da Silva loc. e ob. cit, dando-nos ainda conta de que sobre esta teoria, escreveram JEAN RIVERO e JEAN WALINE, (1994, p.112) “o co-contratante quando encontre dificuldades materiais de execução das prestações, externas à vontade das partes e imprevisíveis, deve ser indemnizado pela totalidade dos encargos suportados”

9.4. A doutrina não é unânime no enquadramento das consequências que devem advir das diferentes vicissitudes que a execução contrato de empreitada pode sofrer, nem este será o local para se aprofundar essa análise. Pelo que nos vamos ater ao regime jurídico vigente entre nós e para constataremos que no art. 169º do citado diploma legal se prevêem duas situações: os *casos de força maior* e os *factos não imputáveis ao empreiteiro*. Como assinala Arnaldo Gonçalves, colocam-se aí sob o mesmo chapéu duas realidades de grandeza diferente, só aparentemente sujeitas ao mesmo regime. É que, enquanto no caso de força maior há uma impossibilidade absoluta de cumprir, já não assim nos restantes casos não imputáveis ao empreiteiro, sendo que também aqueles não lhe são imputáveis.⁵

De qualquer modo, onde quer que se integrem os factos que venham a cair na previsão do art. 164º, uma coisa é certa: tem de se tratar de factos que não sejam imputáveis ao empreiteiro (n.º 4 do art. 169º) e não recaiam sobre os riscos que devam ser seguros nos termos do contrato.

Por outro lado, teoricamente, sempre se poderia convocar a “*teoria da imprevisão*”, aliada a uma *alteração das circunstâncias*, o que justificaria uma revisão de preços nos termos do art. 172º supra citado – numa perspectiva de um *equilíbrio financeiro do contrato*, na interpretação de Marcelo Rebelo de Sousa⁶, habilitaria, ainda, para além *da revisão de preços*, a uma *prorrogação do prazo* -, e, por essa via, assim se poderiam compensar os atrasos impostos por causas estranhas à actuação do empreiteiro.

⁵ - Manual de Formação sobre Contratos Públicos, CFJJ, 2012, 364

⁶ - Contratos Públicos, Dto Adm Geral, Dom Quixote, III, 2008, 145

Na mesma linha, parecem ir Sêrvulo Correia, Lino Torgal e Pedro Sanchez.⁷

Esta posição, no entanto, não se mostra pacífica, face ao direito positivo vigente e ao conteúdo da norma que prevê apenas uma *revisão de preços* para uma situação de alteração de preços, deixando de fora, por essa via, a consagração de qualquer prorrogação, aliás, como já foi decidido em termos de Jurisprudência Comparada, ainda que porventura não reflectindo os avanços da moderna doutrina administrativista.⁸

Este é o quadro em que se moverá a apreciação das causas que a recorrente pretende relevem o atraso verificado.

9.5. Feita esta incursão muito perfunctória sobre as portas que se poderiam abrir a uma justificação da recorrente para fundamentar um atraso nas obras, o que se observa, perante a factualidade comprovada, é que todas as causas alegadamente impeditivas do cumprimento dos prazos só a si se ficaram a dever. Fosse na inércia em deixar decorrer uma primeira fase, sem nada fazer; fosse porque não previu, devendo e tendo meios para o prever, das dificuldades que poderiam surgir; fosse em virtude das opções técnicas por que optou, não se tendo comprovado que elas se ficassem a dever a razões estranhas, pelas quais não tivesse o domínio de opção ou de previsão; fosse porque não acatou as observações que em momentos diversos lhe foram

⁷ - Alteração das Circunstâncias e Modificação de propostas em Procedimentos de Contratação pública, , estudos de Contratação pública, III, WK e Coimbra Ed., 2010, 167 e 170 e segs

⁸ - Ac. STA, de 23/7/1943, DG, II, de 1/4/44

avanzadas pela Fiscalização quanto ao dever de observância dos prazos que iam decorrendo.

Com base na citada doutrina e à luz das apontadas normas, nenhum dos factos alegados e elencados pela recorrente foram qualificadas pelo legislador como sendo *casos de força maior*, ou de *impossibilidade de cumprimento a ela não imputáveis*, enquanto empreiteiro adjudicatário da obra, pelo que a Administração apenas se limitou a observar e a aplicar a lei.

Os factos narrados pela recorrente não se enquadram no estatuído no artigo 169.º, do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, donde se conclui que o acto administrativo em causa, praticado pela entidade recorrida não está inquinado do vício de violação de lei, na forma de erro nos pressupostos de factos e de direito que serviram de base à decisão.

9.6. Por outro lado, não foi desencadeado, durante toda a fase de execução dos trabalhos, nenhum procedimento, por parte da ora recorrente, para se apurar se a ocorrência, poderia, eventualmente, ser ou não qualificada como sendo "caso de força maior" ou "não imputável ao empreiteiro ", em conformidade com o disposto no artigo 171.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro.

10. Violação do princípio da proporcionalidade

10.1. Defende a recorrente que este princípio foi violado porquanto as vicissitudes verificadas não fora atendidas, devendo ter dado lugar a uma

redução substancial, ou até mesmo à anulação das multas que pudessem ser aplicadas à agora recorrente.

Alega que apesar das vicissitudes que ocorreram durante a sua execução, soube antecipar a própria entidade Recorrida na descoberta de formas de resolver os problemas que foram encontrados, a entidade recorrida aceitou as alternativas e soluções apresentadas pela recorrente, que soube contornar com reconhecido sucesso todos os problemas que surgiram, envidando todos os esforços e canalizando para o projecto todos os seus meios e recursos, nomeadamente fazendo face a custos adicionais de elevado montante.

A solução alternativa apresentada pela recorrente face à escassez e encarecimento das areias terá beneficiado a entidade recorrida, na medida em que não encareceu o valor do custo da obra, pelo que o eventual atraso decorrente desse factor correu em benefício da Administração, sem ter posto em causa a segurança das operações marítimas e aeroportuárias.

Pelo que a entidade recorrida deveria ter ponderado todos os factores supra invocados na decisão recorrida e por não ter anulado a multa que entendesse eventualmente ser aplicável.

10.2. Vejamos.

Nos termos da Cláusula 5.3.5 do Caderno de Encargos, as multas previstas nas cláusulas 5.3.1 a 5.3.3 poderão ser anuladas ou reduzidas, a requerimento do empreiteiro, quando se verifique que as obras foram bem

executadas, revelando qualidade excepcional e que o atraso havido na conclusão ou no início dos trabalhos não foi motivado por incúria ou má orientação dos mesmos pelo empreiteiro.

Como se viu, a recorrente não conseguiu convencer que as causas do atraso se tenham ficado a dever a causa que não lhe fosse directa ou indirectamente imutável, devendo-se integrar algumas das vicissitudes como decorrentes dos riscos próprios, normais e dificuldades previsíveis decorrentes da complexidade da obra.

10.3. O *princípio da proporcionalidade* corresponde a uma ideia de variação correlativa de duas grandezas conexas, ou seja, se são ponderados os benefícios decorrentes da decisão administrativa para o interesse público prosseguido pelo órgão decisor e os respectivos custos, medidos pelo inerente sacrifício de interesses dos particulares, seja na sua vertente de exigibilidade e adequação na prossecução do interesse público, por um lado, seja na relação custos-benefícios, por outro.⁹

A ideia de proporcionalidade está ligada a um juízo de adequação, que contraria o excesso e pressupõe um juízo de razoabilidade em relação à medida tomada, vistos os interesses prosseguidos e a medida tomada. Isto é, ela deve ter em conta a conduta adoptada e exigível, deve ser conforme aos meios disponíveis e expectáveis pelo destinatário, deve abranger a compreensão sobre os sacrifícios infligidos e os deveres violados.

⁹ - Int. ao Dto Adm., João Caupers, 6ª ed., 80
560/2013-A

É neste contexto que se deve analisar a multa aplicada e a partir do momento em que se não considera excluída a razão da imutabilidade do atraso ao empreiteiro, a multa surge como uma decorrência vinculada do que foi legal e contratualmente querido pelas partes.

Pelo que não há violação deste princípio.

11. Da pretensa ofensa aos princípios da legalidade, justiça, imparcialidade, boa-fé e decisão

11.1. Não se mostram devidamente concretizadas estas violações.

Não deixa de ser curioso observar que num exercício matemático a que a Administração chegou, nas suas alegações, a considerar um prazo acrescido nos termos propugnados pela recorrente e, considerando um outro valor onde se fizessem concluir os trabalhos a mais, os dias de atraso da obra seriam ainda sancionados com uma multa superior àquele que foi encontrado.

Claro que este exercício não tem qualquer valor jurídico, mas não deixa, aliado a toda uma postura da Administração ao longo dos trabalhos, às autorizações que foram sendo concedidas, às prorrogações que foram sendo contempladas que a Administração sempre assumiu uma postura de lealdade e cooperação com o empreiteiro, não se vislumbrando que tivesse o propósito de criar quaisquer dificuldades, não se podendo tomar as decisões desfavoráveis à recorrente ao longo do procedimento como frustrantes de qualquer confiança que tenha criado, de qualquer expectativa criada, como defraudando o

objectivo prosseguido em termos de razões superiores e do interesse público visado - cfr. art.8.º do CPA.

11.2. No que tange à pretensa ofensa dos *princípios da legalidade, justiça, imparcialidade, boa fé e decisão*, dizemos com o MP que “assentando a mesma no facto de se considerar como não concretamente verificados os critérios subjectivos da culpa, entendendo-se como tal a não imputabilidade da responsabilidade própria nos atrasos alvo da decisão sancionatória, uma vez que, como se deixou consignado, entendemos que, objectivamente, tal responsabilidade lhe cabe, cairá por terra o argumento subjacente.”

Não se comprovando que a lei deixou de ser observada, que a multa foi calculada com base em critérios legal e contratualmente estabelecidos, que as razões avançadas como causas impeditivas de cumprimento atempado não se comprovam, não se vê em que medida ocorra a violação de tais princípios.

Admite-se que a obra detivesse elevada complexidade técnica e que, dadas as vicissitudes ocorridas, se pudesse ponderar diferente apreciação e avaliação por parte da Administração, no que respeita a eventuais prorrogações aquando das mesmas, mas entramos aí num domínio - o da discricionariedade - onde os tribunais não podem entrar, sob pena de se desviarem dos fins que devem prosseguir no uso das suas competências, a não ser que a actuação da Administração seja manifestamente lesiva, irrazoável, desproporcionada, temerária.

Não é seguramente o caso.

Aliás, nem sequer a recorrente deu conta oportuna das dificuldades, em sede de execução do obra, só em sede de audiência prévia e deste recurso o fazendo, suscitando tardiamente as pretensas causas impeditivas de cumprimento dos prazos. Em relação à apreciação dos pedidos e autorizações que foram solicitados a seu tempo, ainda aí não se observa que a Administração tenha agido com quebra de direitos, expectativas ou confiança legítima da adjudicatária, não se vendo até que pudesse ter agido de outra forma que não a aplicação da multa em questão, no seu cálculo legal e matemático.

12. Onde, por tudo o que ficou exposto, em suma,

Não se comprovando que o atraso na execução das obras se ficou a dever a caso de força maior, a outro facto impeditivo ou alteração de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis, que impedissem, dificultassem ou atrasassem a execução dos trabalhos, ocorrendo atraso nas obras, por razões que não fossem ainda directa ou indirectamente imputáveis ao empreiteiro, por acção, omissão ou deficiência de previsão ou não decorressem ainda dos riscos normais da execução da obra, será de considerar que não há violação de lei ou outro dos imputados vícios, por parte da Administração, ao aplicar a multa legal e contratualmente prevista para o atraso injustificado na execução dos trabalhos.

O recurso não deixará, pois, de improceder.

V - DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em julgar improcedente o **presente recurso contencioso**.

Custas pela recorrente com a taxa de justiça que se fixa em 12 UCs.

Macau, 10 de Novembro de 2016,

(Relator)

João A. G. Gil de Oliveira

(Primeiro Juiz-Adjunto)

Ho Wai Neng

(Segundo Juiz-Adjunto)

José Cândido de Pinho

Fui presente

Mai Man Ieng