



ACÓRDÃO Nº 15 /06/ 3 MAR. - 1ºS/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 17/2005

(Processo nº 1419/2005)

SUMÁRIO DO ACÓRDÃO

- I. De acordo com o disposto no art. 26º nº1 do Decreto-Lei 59/99 de 2 de Março, só pode considerar-se circunstância imprevista factos ou ocorrências relacionadas com a execução da obra e que um agente normalmente diligente e competente não estava em condições de prever antes do lançamento do concurso.

- II. Se no decurso da execução de uma empreitada que, atento o seu valor, teve, nos termos da lei, de ser precedida de concurso público de âmbito internacional, se constatar que a mesma é tecnicamente inexecutável, exigindo uma modificação substancial, tudo por culpa do dono da obra que não tomou as precauções devidas antes do lançamento do concurso (cfr. art. 10º do referido Decreto-Lei 59/99), a situação exige que se abra novo procedimento de forma a que a “nova obra” seja submetida à concorrência.

Lisboa, 3 de Março de 2006

O Juiz Conselheiro

(Adelino Ribeiro Gonçalves - Relator)



ACÓRDÃO Nº 15 / 06 /3 Mar. – 1ºS/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 17/2005

(Processo nº 1419/2005)

ACÓRDÃO

I. RELATÓRIO

1. Por este Tribunal, em 21 de Julho de 2005, foi proferido o acórdão de Subsecção nº 146/05, que recusou o visto ao denominado adicional ao contrato de empreitada de “Execução do Projecto de Execução e da Respectiva Empreitada da Obra do Açude Insuflável no Rio Tejo, em Abrantes”, celebrado entre a Câmara Municipal de Abrantes (C.M.A.) e o Consórcio “MSF/LENA/SETH – Açude no Rio Tejo, em Abrantes”.
2. O fundamento para a recusa do visto foi a nulidade (artº. 44º nº 3 al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto) por se ter entendido que com este “adicional” se desvirtuava a empreitada inicial, passando a empreitada a ser outra, a qual, atento o seu valor, tinha, nos termos da lei, que ser submetida à concorrência através da realização prévia de um novo concurso público de âmbito internacional, o que não sucedeu, verificando-se assim a preterição de um elemento essencial – artºs 133º nº1 e 185º do Código do Procedimento Administrativo.



Tribunal de Contas

3. Não se conformou com a decisão o Sr. Vice-Presidente da Câmara, que dela interpôs o presente recurso, tendo formulado, no seu requerimento, as seguintes conclusões:

- I. A impossibilidade de fornecimento da comporta de 5,5 m pelos dois únicos fornecedores mundiais, e muito especialmente a impossibilidade invocada por um desses fornecedores em razão da insegurança para a vida humana provocada pelo tipo de comportas previstas, constitui uma circunstância imprevista, susceptível de autorizar a introdução de variantes, ainda que não admitidas no programa de concurso, por força do princípio da imprevisibilidade contido no nº1 do art.º 26º do Decreto-Lei nº 59/99.
- II. Foi essa circunstância imprevista, relativa à falta de segurança da comporta de 5,5 metros de altura, que conduziu à adopção de um novo tipo de comportas e consequentes alterações acessórias.
- III. Tal facto era imprevisível atendendo, entre outras razões, ao carácter pioneiro deste açude em Portugal e ao elevado grau de complexidade técnica que envolve a sua construção.
- IV. A adopção de um tipo de comporta diferente não é de molde a alterar a identidade da obra e do respectivo projecto, porquanto esse facto não determina alteração do valor da obra, do seu objecto, nem da sua função.
- V. O único elemento estruturante da obra que é alterado são as comportas, representando o seu custo menos de 25% do valor da empreitada.
- VI. Os materiais da mesma espécie são mantidos em mais de 75%.
- VII. É meramente instrumental e acessória a alteração de alguns elementos da obra (torre de manobra, número de pilares intermédios e subida da cota de soleira da comporta de 5,5 m), na medida em que essa alteração deriva de circunstância imprevista referida em I, e a funcionalidade de tais elementos estava indissociavelmente associada à instalação e funcionamento do insuflável cujo fornecimento se revelou impossível.

Nestes termos e nos demais de Direito, deve o Tribunal dar provimento ao presente recurso, revogando o acórdão recorrido, com os legais efeitos.



4. O recurso foi admitido liminarmente e cumpridas as demais formalidades legais. Ao abrigo do disposto no art. 99º n.º5 da Lei 98/97 de 26 de Agosto, a requerimento do Exmo. Magistrado do Ministério Público, foi obtido um parecer técnico. O Exmo. Procurador-Geral Adjunto emitiu duto parecer no sentido da manutenção da decisão recorrida.

II. OS FACTOS

Do processo (e bem assim do acórdão recorrido, cujos factos não foram impugnados) resulta apurada a seguinte factualidade com interesse para a decisão a proferir:

1. O contrato em análise é um denominado adicional ao contrato de empreitada de “Execução do Projecto de Execução e da Respectiva Empreitada da Obra do Açude Insuflável no Rio Tejo, em Abrantes”, celebrado entre a Câmara Municipal de Abrantes (C.M.A.) e o consórcio “MSF/LENA/SETH – Açude no Rio Tejo, em Abrantes”.
2. Através do anúncio publicado no Diário da República, III Série e no Jornal Oficial da Comunidade Europeia, ambos de 27 de Maio de 2003, a CMA lançou o concurso público de âmbito internacional para a “**Execução do Projecto de Execução e da Respectiva Empreitada da Obra do Açude Insuflável no Rio Tejo, em Abrantes**”.
3. Tratou-se de um concurso para uma empreitada na modalidade de “concepção/construção”, em que os concorrentes, a partir do projecto base disponibilizado pelo dono da obra (elaborado pela empresa Hidroprojecto), eram solicitados a apresentar com a sua proposta o projecto de execução (cfr. ponto 16 – j do Programa de Concurso).



Tribunal de Contas

4. O projecto base previa a construção do açude através da instalação de comportas insufláveis com 5,5 metros de altura e foi nestas condições que os concorrentes apresentaram as suas propostas e os respectivos projectos de execução.
5. Não eram admitidas variantes ao projecto ou parte dele (cfr. ponto 12.1 do programa de concurso).
6. A empreitada foi adjudicada ao consórcio “MSF/LENA/SETH – Açude no Rio Tejo, em Abrantes” pelo valor de **9.450.290,28 €**, acrescido de IVA, tendo o contrato sido celebrado em 22 de Julho de 2004.
7. Contrato submetido a fiscalização prévia deste Tribunal (proc. nº 1695/04) e onde se formou visto tácito em 20 de Outubro de 2004.
8. Em 8 de Junho de 2005 a CMA celebrou com o consórcio referido um denominado “adicional” ao contrato de empreitada de “Execução do Projecto de Execução e da Respectiva Empreitada da Obra do Açude Insuflável no Rio Tejo, em Abrantes”, em apreciação nos presentes autos.
9. O instrumento jurídico ora em apreço foi celebrado na sequência da invocada pelo adjudicatário *“inesperada e tardia recusa dos dois únicos fabricantes mundiais de comportas insufláveis de borracha, em fornecer uma comporta com 5,5 metros de altura, para funcionar nas condições que haviam sido previstas no estudo da Hidroprojecto, que serviu de base ao concurso.”* (cfr. cláusula 2ª).
10. Situação que *«(...) forçou o consórcio adjudicatário a apresentar uma solução alternativa, utilizando comportas insufláveis com alturas que os fabricantes aceitam fornecer e funcionando em condições hidráulicas que esses fabricantes consideram ser aceitáveis (...) designada por “solução sem comportas metálicas»* (cfr. Informação nº 119/2005, de 11 de Março, junta ao processo).



Tribunal de Contas

11.No processo consta um documento em que o agente da Dyrhoff SA, representante da SUMITOMO (eventual fornecedora das comportas insufláveis), comunica ao consórcio MSF/LENA/SETH, o Seguinte:

“Exmo. Sr. Nave:

Na sequência das conversas telefónicas com o Sr. Carlos Martins, lamento informar que a Sumitomo não será capaz de produzir e fornecer o dique de borracha de 5,5 m de acordo com o prazo estabelecido, devido aos sucessivos adiamentos da encomenda verificados no processo.

Cumprimentos

Don Mason

Pela Dyrhoff SA”.

12.Consta igualmente outro documento, no qual o agente da BRIDGESTONE (outra eventual fornecedora das comportas insufláveis), comunica ao referido consórcio o seguinte:

“Caro Mário

Em baixo encontrará os resultados da reunião que decorreu no Japão, sobre a viabilidade do projecto de Abrantes. A conclusão aponta para a possibilidade de execução do mesmo mas sujeita às seguintes condições:

1. Aviso

O adjudicatário e o cliente final devem estar conscientes que existe a possibilidade do dique de borracha poder repentinamente esvaziar. Isto significa que existe algum risco para a vida humana quando o dique é usado numa zona destinada à natação ou ao remo.

2. Contra – medidas

Por forma a evitar o risco para a vida humana, é necessário que o adjudicatário tome as necessárias medidas de salvaguarda, tais como incluir um sistema de alarme e equipamento de segurança para o proprietário ou operador.

3. Responsabilidade

A responsabilidade da Bridgestone está limitada ao dique de borracha e seus acessórios, excluindo a instalação e está isenta de quaisquer danos daí consequentes.

4. Controlo de informação



Deverá existir contacto directo entre a central hidro-eléctrica existente rio acima e as pessoas que estarão a gerir a zona do dique de borracha. Esta comunicação deverá acontecer em tempo real e esta informação deverá ser utilizada para fazer uma boa utilização do dique.

Para além destas 4 condições, do ponto de vista técnico, a capacidade máxima de água deverá ser de 1,5 m, independentemente da altura nominal do dique. O volume de descarga exigido é 200 m³/s quando o dique está insuflado e 750 m³/s quando esvaziado. A combinação entre o dique de 10 mH e a passagem para os peixes pode escoar mais de 37 m³/s e mais de 163 m³/s através da abertura maior do dique. Isto significa que a distância mínima exigida para extravasamento é de 51,4 m (i.e. $167/1.77/1.5^{1.5}$). Em última análise, isto significa que o dique originalmente desenhado de 5.5 mHx33m não tem comprimento suficiente para permitir o extravasamento do volume em qualquer evento.

Mais, o sistema 6 SCUL não pode ser usado quando o dique estiver muito cheio. Contudo, se aceitarmos uma descarga de 30% para o sys-6 e alargarmos a dimensão do dique para 135 m, exemplo, 3.0mHx45mLx3 aberturas (em vez do original 5.5mHx33mL com 1.0mHx19,75mL abertura), a descarga permitida/controlável pode ser de 204m³/s (i.e. $1.77 \times 45 \times 3 \times 0.9^{1.5}$), o que cumprirá com as exigências. Mesmo limitando a capacidade a 20% e até será possível aumentar a dimensão do dique de borracha para 180mL (Q:163m³/s) tornando possível chegar a 3.2mH.

Em resumo, gostaríamos de propor as seguintes 2 opções:

Opção A – 3.0mHx45mLx3 aberturas Q: 204 m³/s a 30% de descarga

167 m³/s a 25% de descarga

Opção B – 3.2mHx40mLx3 aberturas Q: 119.8 m³/s a 30% de descarga 152 m³/s a 25% de descarga

A administração no Japão decidiu não aceitar continuar com o projecto assente na proposta 5.5mH, uma vez que não será possível controlar o volume de descargas, como explicado acima, Se desejarem dar continuidade a este projecto, teremos de sair do mesmo. Também não poderemos continuar a não ser que tenhamos a garantia de que vocês irão cumprir com os 4 pontos enumerados acima. Se estiverem dispostos a convencer o cliente a reduzir a altura e a alterar a dimensão da abertura, tal como proposto acima, estaremos então em condições de continuar.

Por favor, respondam-nos com as vossas conclusões.

Com os melhores cumprimentos

Caesare”.

- 13.A “solução sem comportas metálicas” consubstancia-se: em dispor nos vãos 1, 2, 3 e 4, comportas insufláveis de 3,20 m de altura, passando os três últimos a ter maior largura (agora de 45,00 m) do que os seus homólogos da solução inicial; Os vãos 2 e 3 terão agora as suas soleiras



Tribunal de Contas

de betão com crista a quota mais elevada do que no projecto inicial (19,30 m contra 17,00 m no projecto original); O vão 5, que na solução inicial era fixo e não galgável, passou a constituir uma soleira descarregadora de betão; A torre de manobra é eliminada, passando a existir um edifício de comando ao abrigo da cheia milenar.

14. Em termos estruturais, as alterações cifraram-se, na diminuição dos pilares intermédios de betão, na ausência de comportas metálicas, na subida de algumas quotas de soleira e na não construção da torre de comando.
15. Esta nova solução estrutural implica alterações a nível hidráulico, não apenas nos caudais de estiagem como em certas situações de cheia (entre elas a sobrelevação do escoamento causada pelo açude durante uma cheia milenar).
16. A solução alternativa proposta pelo consórcio adjudicatário e objecto do “adicional” em análise é realizada pelo mesmo preço da solução inicial adjudicada na sequência do concurso público de âmbito internacional ou seja 9.450.290,28 €, acrescido de IVA.
17. Por este Tribunal, em 21 de Julho de 2005, foi proferido o acórdão de Subsecção nº 146/05, que recusou o visto ao denominado adicional em apreço.

III. O DIREITO

Conforme resulta do que já ficou dito o fundamento da recusa do visto ao denominado adicional em apreciação foi a nulidade – art. 44º nº 3 al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto –, por se ter entendido que com este “adicional” se desvirtuava a empreitada inicial, passando a empreitada a ser outra, a qual, atento o seu valor, tinha, nos termos da lei, que ser submetida à concorrência através da realização prévia de um novo



Tribunal de Contas

concurso público de âmbito internacional, o que não sucedeu, verificando-se assim a preterição de um elemento essencial – artºs 133º nº1 e 185º nº1, ambos do Código do Procedimento Administrativo.

O que de facto se passou foi que, em determinada altura da execução da empreitada, o dono da obra e o consórcio empreiteiro concluíram que a obra tal como tinha sido concursada e contratada não era exequível e, nessa altura, celebraram o contrato em apreço, pelo qual a obra a executar ficou substancialmente diferente da que constava no contrato inicial, contrato a que apelidaram de “adicional”, embora ele de adicional nada tenha, na medida em que não se traduz em nenhum acréscimo em relação ao contrato inicial mas sim, como se disse, numa modificação substancial deste.

Por outro lado não faz qualquer sentido invocar para o caso o art. 26º do Decreto-Lei 59/99 de 2 de Março.

A ser verdade que a obra tal como posta a concurso não era exequível, isso não ficou a dever-se a qualquer circunstância imprevista que tenha surgido durante a execução da obra.

Sobre o conceito de “circunstância imprevista” a que alude o referido art. 26º, tem sido dito, de forma reiterada por este Tribunal, que o dono da obra tem obrigação de ser diligente (cfr. art. 10º do mencionado Decreto-Lei 59/99) e por isso, antes do lançamento das empreitadas, deve verificar se tudo quanto é necessário à sua realização está ou não previsto. E se quer introduzir melhorias no projecto deve fazê-lo antes do lançamento do concurso. É que, só a título excepcional (cfr. art. 136º do mesmo diploma legal) a lei permite o recurso ao ajuste directo. Pelo que este não pode estar dependente da vontade do dono da obra. O concurso, na medida em que visa a realização de princípios fundamentais de direito e da contratação pública, como os da concorrência, da igualdade e da transparência (cfr. artºs. 7º e seguintes do Decreto-Lei 197/99 de 8 de Junho, também aplicáveis às empreitadas



Tribunal de Contas

como decorre do art. 4º nº1 alínea a) do mesmo diploma legal), tem prevalência sobre o ajuste directo e só pode ser afastado nos casos previstos na lei.

Circunstância imprevista é pois algo de inopinado, com que se não contava e que um agente normalmente diligente e competente não estava em condições de prever antes do lançamento do concurso.

Regressando ao caso concreto, a dar como assente que a obra tal como posta a concurso não era exequível, tal como pretende o recorrente, isso ficou a dever-se exclusivamente a culpa sua, pois tinha obrigação de se ter certificado, antes do lançamento do concurso, da sua exequibilidade. Não sendo legítimo invocar a existência de qualquer “circunstância imprevista”, nos termos que resultam da lei, designadamente do art. 26º do Decreto-Lei 59/99, pois rigorosamente nada de inopinado surgiu durante a execução da obra que o justifique.

Do dito resultando que o contrato em apreço não consubstancia qualquer “adicional” ao contrato inicial.

A “solução técnica” vertida no contrato poderá traduzir uma variante ao projecto inicial, mas as variantes não eram admitidas, conforme ponto 12.1 do programa de concurso.

Por outro lado, apesar de ao contrato em apreço não ter sido atribuído qualquer valor monetário (a mais ou a menos relativamente ao valor do contrato inicial), daí não se pode concluir que o mesmo seja financeiramente neutro para a autarquia.

É que, como bem se disse no acórdão recorrido, o que se pretende é uma nova empreitada de “concepção – construção” pois que é elaborado um outro projecto de execução e que concebe a construção de um outro açude significativamente diferente daquele que fora adjudicado na sequência do concurso público internacional. Por outras palavras estamos perante uma obra diferente e, a ser assim, ignora-se qual seria o seu real custo se fosse submetida à concorrência conforme



Tribunal de Contas

determina a lei. Nada resultando do processo que demonstre que não pudesse ser substancialmente inferior.

De exposto resultando que o recurso é improcedente. Tendo em conta as conclusões tiradas no requerimento de interposição do recurso dir-se-á que as mesmas são todas improcedentes. Como se disse e explicou não ocorreu qualquer “circunstância imprevista” nos termos previstos na lei e os restantes factos mencionados são inócuos ou não estão demonstrados conforme também resulta do que ficou dito.

IV. DECISÃO:

Pelos fundamentos expostos acordam os Juízes da 1ª Secção em negar provimento ao recurso e, conseqüentemente, manter na íntegra o douto acórdão recorrido.

São devidos emolumentos – art. 16º nº 1 al. b) do Regime anexo ao Decreto-Lei nº 66/96 de 31 de Maio.

Diligências necessárias.

Lisboa, 3 de Março de 2006



Tribunal de Contas

Os Juízes Conselheiros,

RELATOR: Ribeiro Gonçalves

Lídio de Magalhães

Helena Lopes

O Procurador-Geral Adjunto