



Não transitado em julgado

ACÓRDÃO N.º 10 /2018 - 9.FEV-1.ª S/SS

Processo n.º 2829/2017

Relator: Alziro Antunes Cardoso

*

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção:

I – RELATÓRIO

1. O **Município de Santo Tirso** submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas o contrato de prestação de serviços para “*Elaboração dos Projetos de Arquitetura e Especialidades de Reabilitação do Mercado Municipal e Recinto da Feira*”, celebrado em 20 de julho de 2017, entre aquele município e a empresa “**Laura Alvarez Architecture B.V.**”, no valor de € 399.850,00, acrescido de IVA.
2. Para melhor instrução do processo, foi o contrato objeto de devoluções ao Município de Santo Tirso para prestação de esclarecimentos, designadamente quanto à justificação do recurso ao ajuste direto e à legalidade do procedimento do concurso de conceção que o antecedeu.

II – FUNDAMENTAÇÃO

– DE FACTO:



3. Com relevo para a presente decisão, e para além do já inscrito no precedente relatório, consideram-se assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:
- a) O Município de Santo Tirso é associado da *Associação Portuguesa para a Cooperação no Domínio da Arquitetura na Europa*, abreviadamente designada por *Associação European Portugal*;
 - b) A *Associação European Portugal* é uma associação de direito privado, sem fins lucrativos, tendo por objeto a “*organização de concursos de arquitetura e ou urbanismo em Portugal, para jovens arquitetos, de conferências, debates, promoção de exposições, publicações, bem como de outras atividades que contribuam para o fim da associação*”;
 - c) A fim de prosseguir os seus objetivos propõe-se, designadamente promover e organizar concursos EUROPAN para jovens arquitetos e filiar-se em associações, confederações e organismos nacionais e estrangeiros;
 - d) É filiada da EUROPAN EUROPE, federação europeia de organizações nacionais que gerem concursos simultâneos para equipas de jovens profissionais na Europa, em torno de temas urbanos e acompanham a concretização dos resultados;
 - e) Em 12 de março de 2015 foi aprovada em reunião da Câmara Municipal a celebração de um protocolo com a associação *European Portugal* para a participação do Município de Santo Tirso na 13.^a edição dos concursos *EUROPAN*, subordinada ao tema “*Cidade Adaptável*”;



f) O Município de Santo Tirso escolheu como local para integrar o *concurso de ideias* “EUROPAN 13” o projeto de regeneração do Mercado Municipal e recinto da Feira semanal;

g) A cláusula 1^a do referido protocolo estabelece o seguinte:

«Um: Este Protocolo tem por objeto a participação portuguesa na 13.ª edição do EUROPAN, que a Associação EUROPAN Portugal assegura em colaboração com a Câmara, que disponibiliza um local de Concurso nos termos da Candidatura.

Dois: Para o efeito a Câmara encarrega a Associação EUROPAN Portugal das tarefas de organização do referido Concurso para seleção da equipa de projeto a contratar, valendo os termos do Regulamento Internacional da EUROPAN e no omissis, os termos do Decreto-Lei n.º 18/2008 de 29 de janeiro e devidas alterações»;

h) O protocolo define ainda um programa de trabalhos a executar pela *Europan Portugal* (discriminados na cláusula 3.ª), as obrigações do Município, de que se destacam a participação na associação nos anos de 2015 a 2017 e ainda o seguinte:

«A EUROPAN Portugal apoia os Promotores selecionados e as equipas premiadas nos esforços para a concretização dos projetos. Para o efeito o Concurso é adaptado às condições previstas na legislação portuguesa, assumindo os promotores o compromisso de contratar um desenvolvimento posterior do estudo premiado, ou parte pertinente das suas ideias, no local que a Câmara considerar mais adequado, através de procedimento por ajuste direto nos termos do Art.º 226.º alínea n) do Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei n.º 18/2008 de 29 de janeiro e devidas alterações)»;



- i) O Município de Santo Tirso assumiu as despesas das quotas decorrentes da condição de associada da Associação *Europan Portugal*, pelo menos nos anos de 2015, 2016 e 2017, no total de 32.500,00 Euros, respeitantes:
- «a) A quota anual de 1.500,00 Euros;
 - b) A quota suplementar de 28.000,00 Euros, destinada a cobrir os encargos resultantes das ações previstas no Programa de Trabalhos referidos na Cláusula 3.^a, já incluindo o valor dos Prémios a conceder aos premiados no Concurso»;
- k) Na reunião final, realizada a 20 de novembro de 2015, o júri do *concurso internacional “EUROPAN 13”* deliberou, em relação às propostas apresentadas para o lugar a concurso proposto pelo Município de Santo Tirso, ordenar os concorrentes pela seguinte ordem:
- Prémio – Foodlab Santo Tirso, da autoria da arquiteta Laura Alvarez;*
 - Menção Honrosa – 3 Tirsolines*
 - Citação Especial – Play Time;*
- l) Deliberou ainda “*recomendar que fossem envidados todos os esforços por forma a proporcionar oportunidades para a divulgação e para um desenvolvimento possível das opções de adaptabilidade das propostas vencedoras*”;
- m) Na reunião 17 de março de 2016 a Câmara Municipal de Santo Tirso deliberou “*homologar a decisão do júri, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 233.º do Código dos Contratos Públicos, dando-se início ao procedimento de contratação por ajuste direto, de harmonia com o disposto no n.º 4 do mesmo artigo*”;



- n) Por despacho de 28-03-2017 o Presidente da Câmara Municipal de Santo Tirso determinou que se procedesse a ajuste direto para a elaboração dos *projetos de arquitetura e especialidades de reabilitação do Mercado e recinto da Feira “ao abrigo da al. g) do n.º 1 do art.º 27.º do CCP (...)”*;
- o) A informação sobre a qual recaiu o referido despacho indica como única empresa a consultar “*Laura Alvarez Rodriguez Architecture B. V., escolhida no âmbito de um concurso público de conceção EUROPAN 13*” e o valor para efeitos de concurso de € 399.850,00 + IVA;
- p) Na sequência do referido despacho foi dirigido convite para apresentação de proposta para ajuste direto à empresa *Laura Alvarez Rodriguez Architecture B.V.*;
- q) O referido convite foi acompanhado do caderno de encargos;
- r) Por despacho de 05-05-2017 o Presidente da Câmara Municipal de Santo Tirso adjudicou à empresa *Laura Alvarez Rodriguez Architecture B.V.* a elaboração dos projetos de arquitetura e especialidades de reabilitação do Mercado Municipal e recinto da Feira, pelo preço de € 399.850,00, acrescido de IVA;
- s) A cláusula 13.^a do contrato celebrado na sequência da referida adjudicação admite a cessão da posição contratual da adjudicatária, com autorização da entidade adjudicante, desde que observado o disposto no n.º 2 do artigo 318.º do CCP;
- t) Questionada sobre a intervenção do Município de Santo Tirso no âmbito do concurso denominado “*EUROPAN 13*”, nomeadamente no que se refere às



autorizações de início de procedimento, de aprovação das peças e demais intervenções que competem à entidade com competência para autorizar a despesa, o MST alegou, no essencial, o seguinte:

“Após a confirmação da participação de Portugal no concurso denominado "EUROPAN 13" e consequente aceitação da candidatura de Santo Tirso com o projeto de regeneração do mercado municipal e recinto da feira (...) foi autorizada, por despacho do presidente da câmara de 27 de fevereiro de 2015 a abertura do concurso público de conceção (ideias), foi designado um elemento para representação do município de Santo Tirso no júri do concurso e aprovados os respetivos termos de referência.

(...)

Entendemos, salvo melhor opinião, que a competência para tomar aquela decisão cabia ao presidente da câmara, já que a despesa com aquele concurso se situa dentro do limite previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º do Decreto-Lei 197/99, de 08 de junho.

Sendo que, a única despesa do município com o mesmo concurso foi o pagamento de uma quota suplementar à referida Associação, no montante de 28 000,00€, conforme referido na deliberação da câmara municipal de Santo Tirso de 12 de março de 2015 (...);

u) Confrontada com a falta de publicação do anúncio do procedimento no JOUE o MST alegou o seguinte:

Não se remete comprovativos da publicação do anúncio no JOUE em virtude do mesmo não ter sido publicado.

Foi entendido que tal não seria obrigatório, não só devido ao valor dos prémios, mas também pelo facto da obrigatoriedade do seu pagamento não ser do município.

*Acresce, que, no caso em concreto, estamos perante um concurso de conceção muito *suis generis*, porque é organizado no âmbito de um protocolo com a Associação Portuguesa para a Cooperação no Domínio da Arquitetura na Europa - EUROPAN Portugal, conferindo-lhe as funções de organização do concurso.*

Assim, a publicidade a que o artigo 225.º pretende dar resposta, ficou garantida pela EUROPAN, através da divulgação junto de dezenas de países europeus -vide. 13.1 do anúncio.

Sendo certo que, a eventual ilegalidade decorrente da omissão da publicação do anúncio, que não se admite, degrada-se em não essencial em virtude de os fins da norma terem sido cumpridos e até de uma forma mais forte e eficaz, porque a publicidade através da plataforma da EUROPAN foi feita, de forma mais direta, junto dos potenciais interessados”;



Tribunal de Contas

- v) Sobre a menção à intenção de celebrar, por ajuste direto, ao abrigo do disposto na alínea g), do n.º 1, do artigo 27.º, um contrato de prestação de serviços destinado a adquirir o projeto que consiste na concretização ou no desenvolvimento do ou dos trabalhos de conceção selecionados no referido concurso, o MST esclareceu o seguinte:

“A intenção de celebrar um contrato com o vencedor do concurso de conceção foi mencionada no ponto 4 das regras internas de procedimentos do concurso relativo à "Implementação", entenda-se operacionalização da ideia vencedora, (ver parágrafo 4º, página 11 do documento 4).

Assim, a Associação Europeia e as estruturas nacionais comprometeram-se a fazer o que fosse necessário para encorajar as cidades que forneceram lugares a concurso a envolver as equipas vencedoras na fase operacional.

As estruturas nacionais comprometeram-se a organizar um primeiro encontro (debate, workshop...) com as equipas vencedoras dentro de 90 dias após o anúncio oficial dos resultados, sendo este o ponto de partida para os representantes do lugar a concurso iniciarem o processo de implementação com as equipas vencedoras sobre as ideias desenvolvidas nos projetos.

Foi no seguimento desta regra, devidamente publicitada junto de todos os interessados, que foi celebrado o contrato de ajuste direto agora submetido à fiscalização prévia desse Tribunal”;

- w) Convidado a justificar legalmente a possibilidade de recurso ao procedimento pré-contratual adotado (ajuste direto), veio inicialmente alegar o seguinte:

“No âmbito do concurso público de conceção EUROPAN 13/Portugal, publicitado através do Anúncio de procedimento n.º 1263/2015 publicado no DR, II série, n.º 44, de 04 de março, que tinha como objetivo promover, nos países participantes, a realização de operações experimentais sobre o habitat e permitir à entidade adjudicante encontrar respostas arquitetónicas e urbanas inovadoras, realizou-se em Portugal um concurso de ideias, para apresentação de projetos de arquitetura e espaços urbanos para intervenção no Mercado Municipal e Recinto da Feira, em Santo Tirso.

De harmonia com o previsto nos Termos de Referência do concurso público de conceção (para os quais é feita remissão no ponto 3. do anúncio) consta:

"(...) assumindo os promotores o compromisso de contratar um desenvolvimento posterior do estudo premiado, através de um procedimento por ajuste direto nos termos do artigo 226º, alínea n) do Código dos Contratos Públicos."

Entende-se, salvo melhor opinião, que ao referir-se "estudo premiado" o município se comprometeu, ab initio, a contratar, por ajuste direto, com a proposta classificada em 1º lugar e por isso ganhadora do prémio, e não com os demais concorrentes.

Ou seja, o município assumiu a obrigação de contratar, por ajuste direto, com o concorrente classificado em primeiro lugar (Prémio).

O prémio foi atribuído à arquiteta Laura Alvarez (ES), conforme relatório enviado para esse TC (ver doe. 30 da lista enviada do nosso ofício n.º 7623, de 03 de agosto último).

Na sequência da homologação, por deliberação da câmara municipal de 17 de março de 2016 da decisão do júri, resultou, e de harmonia com os Termos de Referência do concurso de conceção, a obrigação de contratar com a premiada.

O convite enviado apenas a uma entidade, que foi a vencedora do concurso público de conceção EUROPAN/13, não viola o disposto na al. g) do n.º 1 do art.º 27º do CCP, uma vez que era com a arquiteta Laura Alvarez, cujo projeto foi vencedor, que a câmara estava vinculada a convidar para apresentar uma proposta para a "Elaboração dos



projetos de arquitetura e especialidades de Reabilitação do Mercado municipal e recinto da Feira".

Acresce dizer que à data da realização do concurso público de conceção, a arquiteta Laura Alvarez (ES), apresentou o seu trabalho na qualidade de "profissional liberal", que na Holanda tem a forma jurídica de empresa unipessoal, conforme se comprovou pela certidão do registo comercial de 05- 01-2009 (...).

Quando este município procedeu ao envio do convite à referida arquiteta, já esta havia constituído, em 08-02-2017, uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada B.V. (Besloten Vennootschap), em que ela é a única sócia, conforme se atesta na certidão comercial, logo, esta B.V. na prática é a mesma pessoa.

Ora, tendo a arquiteta vencedora do referido concurso de conceção Europan 13, Laura Alvarez, constituído em 08-02-2017, conforme comprova com a certidão de matrícula no registo comercial 68024959, uma empresa de responsabilidade limitada, em que ela é a única sócia, e que vai coordenar a equipa técnica projetista que vai elaborar todos os projetos do Mercado Municipal e recinto da Feira de Santo Tirso, era esta a entidade a convidar

Resulta do já exposto que estão reunidos todos os pressupostos para a escolha do ajuste direto ao abrigo da alínea g) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP.

Quanto ao cumprimento do disposto no n.º 5 do art.º 27.º do CCP, entendemos que a deliberação da câmara municipal de homologação da decisão do júri corresponde à decisão de adjudicação no concurso de conceção.

Assim, em 17-03-2016 a câmara municipal deliberou homologar, nos termos do n.º 1 do art.º 233.º do CCP a ata do júri do concurso de conceção EUROPAN 13/PORTUGAL, e dar início ao procedimento de contratação por ajuste direto, de harmonia com o n.º 4 do referido artigo";

- x) Na sequência de insistência para justificar a possibilidade de recurso ao procedimento pré-contratual de ajuste direto, ao abrigo da alínea g) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP, veio alegar o seguinte:

"(...) caso se entenda que o ajuste direto não pudesse ser fundamentado na situação prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP, sempre o município poderia recorrer ao ajuste direto, com fundamento em critérios materiais, com fundamento na alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, ou seja, por motivos técnicos e artísticos, e relacionados com a proteção de direitos de autor, o contrato em causa só poderia ser celebrado com a autora da proposta que ficou em primeiro lugar no concurso de conceção.

Esta proposta vencedora é a que melhor satisfaz os objetivos pretendidos pelo município ao recorrer ao concurso de conceção em causa, sendo que o município pretendia desenvolver a ideia apresentada naquele concurso. Só contratando com a autora daquela proposta é que o município tinha a garantia de ver satisfatória e plenamente concretizada a ideia apresentada no concurso de conceção, de reabilitação do Mercado Municipal e espaço envolvente.

Sendo a proposta designada "Foodlab Santo Tirso" a que ficou em primeiro lugar e a que o município entendeu ver desenvolvida, aliás conforme resulta do programa preliminar constante do procedimento de ajuste direto (Anexo A do respetivo caderno de encargos- vide ponto 7 do programa preliminar já remetido para o Tribunal de Contas), que define os objetivos do projeto a executar de acordo com o que consta daquela proposta, só poderia adjudicar o contrato de prestação de serviços para elaboração do projeto de execução à sua autora, sob pena de violação de direitos de autor.

Sendo que a norma invocada para fundamentação do ajuste direto não é o mais relevante, mas sim a existência de normativo legal que permitisse ao município recorrer



ao ajuste direto com fundamento em critérios materiais, o que nos parece ser manifestamente o caso”;

- y) Confrontado com a dificuldade de enquadramento do ajuste direto na exceção prevista na alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP (tendo em especial consideração a jurisprudência deste Tribunal, vertida, nomeadamente no acórdão n.º 9/2010-9.Mar-1.ªS/SS, mantido pelo acórdão n.º 24/2010-14.Set-1.ª Secção/PL), veio alegar o seguinte:

“(…) a contratação da adjudicatária Laura Alvarez Architecture B.V. decorreu de um processo de concurso público, transparente e imparcial, publicitado no Diário da República, e com o recurso à plataforma eletrónica da Associação EUROPAN, e que resultou na participação de arquitetos nacionais e estrangeiros, tendo em conta o pretendido pelo município.

Assim, o princípio da concorrência, que reconhecemos ser a trave mestra da contratação pública, não foi posto em causa.

Porventura terá ficando aquém do exigido o cumprimento de alguns requisitos do respetivo procedimento, como a publicitação clara da intenção de celebrar um ajuste direto ao abrigo da alínea g) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP, que, no entanto, e como já alegado no anterior ofício, não se traduzem em formalidades essenciais, por não ter sido violado o núcleo essencial da norma, e que por isso se degradam em não essenciais, e consequentemente afasta a sanção da nulidade.

Pelo que o processo reuniria os requisitos legais para a concessão do visto, ainda que com recomendações.

No entanto, mesmo que assim não se entenda, o Código dos Contratos Públicos não proíbe o recurso ao ajuste direto através da adoção de critérios materiais.

Necessário é que se preencham os requisitos legalmente previstos, o que, e salvo melhor opinião, é o caso do processo em análise.

Na verdade, a alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP permite a adoção do ajuste direto quando, por motivos relacionados com a proteção de direitos exclusivos a prestação objeto do contrato só possa ser confiada a uma entidade determinada.

Ora, no concurso atrás referido, a adjudicatária é a autora da idealização do conceito arquitetónico para a reabilitação do Mercado Municipal e espaços envolventes, sendo que este município não pretende que seja elaborado um "qualquer" projeto de reabilitação, mas um projeto que respeite a conceção inovadora feita pela adjudicatária. Ou seja, não convidou a arquiteta em causa, sem uma qualquer razão sólida e transparente que justificasse o seu convite.

Independentemente das questões inerentes ao concurso público atrás referido, a verdade é que o município ficou proprietário do trabalho desenvolvido pela identificada arquiteta, trabalho esse, que, como a seguir melhor demonstraremos, merece proteção jurídica.

Razão pela qual, no nosso último ofício remetido a esse douto Tribunal, invocamos uma outra norma do Código dos Contratos Públicos para fundamentar a escolha pelo tipo de procedimento por ajuste direto, concretamente a alínea e) do n.º 1 do art.º 24.º, para a contratação da arquiteta Laura Alvarez Architecture B.V.

Como se disse, a adjudicatária foi a vencedora do referido concurso de ideias.

A ideia vencedora, que foi escolhida numa fase anónima do concurso, mas depois, perfeitamente identificável e revelada como sendo da mencionada arquiteta Laura Alvarez Rodriguez.

O município de Santo Tirso, por razões de proteção de direitos exclusivos, ou seja, proteção dos direitos de autor da ideia (obra) só podia escolher a identificada Laura



para a celebração do contrato de aquisição de serviços que consiste na elaboração dos projetos de arquitetura e especialidades de Reabilitação do Mercado Municipal.

Ora vejamos:

A ideia vencedora está representada num programa base que contém as premissas de intervenção num determinado espaço (Mercado Municipal) num contexto macro (cidade de Santo Tirso), representando um programa ideológico.

E mais do que um simples esboço, ou seja, não são meros traços, mas um conjunto de ideias que, ao longo da elaboração do projeto de arquitetura, irão crescer em termos de concretização e pormenorização.

Estamos, assim, perante uma ideia ou um conjunto de ideias que define ou baliza um futuro projeto, consistindo numa solução criativa e inovadora para o Mercado Municipal, Recinto da Feira e espaços envolventes, tendo como enquadramento a cidade.

Pelo que, trata-se de uma criação intelectual, original, cujos direitos de autor estão protegidos no âmbito do Código dos Direitos de Autor e da Convenção de Berna, (vide douto Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 21 de junho de 2011, referente ao processo 011/11).

Nos termos do art.º 2º do referido Código, aprovado pelo Decreto-Lei 63/85, de 14 de março, na sua redação atual, estamos claramente perante uma criação intelectual de uma obra original respeitante à arquitetura e urbanismo, e até à geografia, uma vez que o tema do concurso era "Cidade Adaptável" (vide alínea l) do referido artigo).

Razão pela qual a aquisição de serviços (arquitetura e especialidades) só podia ser adjudicada à arquiteta Laura Alvarez que venceu o 1º prémio no concurso de conceção, sob pena de violação dos direitos de autor, ou seja, não podia o município "roubar" a ideia vencedora da Laura Alvarez e entregar a qualquer outro arquiteto, tal seria um ato manifestamente ilegal, gerando quer responsabilidade criminal, quer civil.

Acresce que:

A arquitetura tem uma base científica, mas também artística e subjetiva, pelo que, o município, para desenvolver e concretizar a ideia vencedora, precisa da "pessoa da Laura", porque é a única pessoa capaz de a desenvolver e concretizar, pela simples razão que é intrinsecamente sua.

Pelo que, estamos perante uma prestação de facto infungível, ou seja, a elaboração do projeto de arquitetura não pode ser efetuada por outrem.

Conforme já dito, seria ilegal que pudéssemos utilizar a ideia vencedora e inovadora da arquiteta Laura Alvarez Rodriguez, sem qualquer limitação no que se refere à sua autoria técnica, que venceu devido ao estilo arquitetónico usado e ao cariz inovador da mesma, que só pode ser desenvolvido e concretizado por ela.

Face ao exposto:

A aquisição de serviços (arquitetura e especialidades) só podia ser adjudicada à arquiteta Laura Alvarez que venceu o 1º prémio no concurso de concessão.

Posto isto:

Existem diferenças substantivas nas situações de facto subjacentes aos Acórdãos referidos no despacho desse douto Tribunal, e as que se verificam no presente caso.

No processo agora em análise, entendemos, salvo melhor opinião, que não houve violação dos princípios da igualdade de tratamento, e da não discriminação, porque antes da prestadora de serviços ter sido contratada, houve todo um procedimento concursal prévio, que, mesmo que se entenda que as suas formalidades não foram totalmente cumpridas, não se pode ignorar que na sequência do mesmo foi entregue ao município um programa base inovador de um trabalho de arquitetura, cujo direito de autor é da adjudicatária.



Além disso, devem ser ponderados os valores fundamentais de Direito, em especial o da confiança suscitada na contraparte pela atuação em causa (vide n.º 2 do art.º 10.º do Código de Procedimento Administrativo).

Com a presente contratação foi encontrado um prestador de serviços que satisfazia as pretensões do município, e que apresentou a melhor ideia para a reconversão de um ponto chave da cidade de Santo Tirso, o Mercado Municipal, Recinto da Feira e espaços envolventes, que carece de uma intervenção inovadora, distinta e que se adapte aos novos conceitos de uma cidade sustentável, ou, na linguagem do concurso de conceção, "adaptável".

– DE DIREITO:

4. No presente processo a questão essencial a apreciar consiste em saber se é legalmente admissível a celebração do contrato submetido a fiscalização prévia por ajuste direto, ao abrigo do disposto na alínea g) do n.º 1 do artigo 27.º e/ou da alínea e) do n.º 1 do art.º 24.º, do Código dos Contratos Públicos (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na versão, tal como as demais normas deste diploma legal doravante citadas, anterior às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, aplicável ao caso presente).
5. Cumpre, pois, analisar a questão da escolha do procedimento, no âmbito das citadas disposições legais, invocadas pela entidade adjudicante e que se inserem nos domínios em que tal escolha é feita segundo critérios materiais, e não em função do valor.
6. Como é consabido para a formação de contratos cujo objeto abranja prestações que estão, ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, as entidades adjudicantes podem adotar o ajuste direto – artigo 16.º do Código dos Contratos Públicos (CCP).



7. Contudo, a escolha do ajuste direto só pode ser efetuada tendo em atenção o valor ou, excecionalmente, por um critério material, enquadrável numa das situações descritas nos artigos 24.º a 27.º do mesmo normativo.
8. No presente caso a opção pelo procedimento pré-contratual do ajuste direto foi enquadrado pela entidade adjudicante na referida alínea g) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP, alegando para justificar tal opção que a adjudicatária foi a vencedora do concurso de ideias “*European 13*”.
9. Porém, ainda que o referido concurso possa ser considerado como uma “*concurso de conceção*”, este tem como finalidade primordial “*a seleção de um ou de mais trabalhos de conceção, ao nível de estudo prévio ou similar, designadamente nos domínios artístico, do ordenamento do território, do planeamento urbanístico, da arquitetura, da engenharia ou do processamento de dados*” (artigo 219.º, n.º 1 do diploma em referência).
10. Trata-se de uma espécie de “concurso de ideias”, onde a identidade dos concorrentes só pode ser conhecida e revelada depois de elaborado o relatório final do concurso, qualquer que seja a modalidade adotada (artigo 228.º, n.º 1 do CCP), onde pode haver prémios de participação [artigo 226.º, n.º 1, alínea i) e 233.º, n.º 2 do CCP] e prémios de consagração aos concorrentes selecionados [artigo 226.º, n.º 1, alínea m) e 233.º, n.º 2 do CCP].
11. O “*concurso de conceção*” não visa adquirir um projeto ou um plano, pois não tem por finalidade a celebração de um contrato de prestação de serviços com um conteúdo de especial natureza intelectual e técnica (a obtenção de um estudo prévio).



12. Tem sim por finalidade a seleção de um ou mais trabalhos de conceção, com ou sem pagamento de prémios, e não a celebração de um contrato de prestação de serviços, após apresentação de propostas, decisão de adjudicação e mediante o pagamento de um preço.
13. Na realidade, no “*concurso de conceção*” não são apresentadas propostas por concorrentes; são apresentados documentos que materializam os trabalhos de conceção; não é tomada pela entidade adjudicante uma decisão de adjudicação, mas antes uma decisão de seleção; não é celebrado qualquer contrato de prestação de serviços, podendo ou não, como já referido, ser pagos aos concorrentes selecionados um prémio de consagração e/ou de participação.
14. O “*concurso de conceção*” não é, assim, passível de se confundir com um procedimento público prévio à celebração de um contrato de prestação de serviços consubstanciado na aquisição de projetos.
15. De facto, enquanto o “*concurso de conceção*” visa a obtenção de ideias/criações apresentadas anonimamente por concorrentes, o procedimento público destinado à celebração de um contrato de aquisição de projetos visa a aquisição de elementos (“projetos”) que podem (ou não) ser a concretização e desenvolvimento daquelas ideias/criações.
16. Das normas que regulam o “*concurso de conceção*” não resulta, em regra, que este tenha que ser seguido da concretização ou desenvolvimento das ideias/criações selecionadas através de projetos a adquirir mediante o recurso a um subsequente procedimento pré-contratual público, ainda que de ajuste direto, e da celebração do correspondente contrato de aquisição de serviços.



- 17.** Nos termos do artigo 219.º, n.º 2, do CCP, *“Quando a entidade adjudicante pretenda adquirir por ajuste direto, adotado ao abrigo do disposto na alínea g) do n.º 1 do artigo 27.º, planos, projetos ou quaisquer criações conceptuais que consistam na concretização ou no desenvolvimento dos trabalhos de conceção referidos no número anterior, deve previamente adotar um concurso de conceção nos termos previstos no presente capítulo”*.
- 18.** E o citado artigo 27.º, n.º 1 alínea g) do CCP estabelece os critérios materiais que justificam a opção pelo ajuste direto nos contratos de aquisição de serviços (sem limitações ao respetivo valor) e de acordo com o qual este procedimento pode ser adotado quando o contrato, na sequência de um concurso de conceção, deva ser celebrado com o concorrente selecionado ou com um dos concorrentes selecionados nesse concurso, desde que tal intenção tenha sido manifestada nos respetivos termos de referência e de acordo com as regras neles estabelecidas.
- 19.** Neste caso, a intenção do recurso ao ajuste direto para a celebração do referido contrato de prestação de serviços deve obrigatoriamente constar dos termos de referência do concurso de conceção – artigo 27.º, n.º 1, alínea g) e artigo 226.º, n.º 1, do CCP.
- 20.** O contrato em apreço é de montante superior ao limiar a partir do qual um concurso deveria ter publicidade no JOUE (€ 209.000).
- 21.** Porém, nos termos do n.º 2 do artigo 225º do CCP:
“2 – Não é obrigatória a publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia quando a entidade adjudicante não manifeste expressamente a



intenção de, posteriormente, celebrar um contrato, por ajuste direto adotado ao abrigo do disposto na alínea g) do nº 1 do artigo 27.º, de aquisição do plano, do projeto ou da criação conceptual que consista na concretização ou no desenvolvimento do ou dos trabalhos de conceção selecionados, e o montante da despesa autorizada para o pagamento dos prémios no âmbito do concurso de conceção seja inferior.”

22. Conforme afirma o município de Santo Tirso, resulta da citada disposição legal que só não há lugar à publicação de anúncio no *JOUE* quando se verificarem, cumulativamente, as seguintes condições:

- Não se indique intenção de celebrar ajuste direto posteriormente;
- Os prémios a pagar sejam inferiores aos limiares comunitários.

23. Os prémios a pagar no concurso em causa eram efetivamente inferiores aos limiares comunitários.

24. Assim, ao admitir que se verificam ambas as enunciadas condições cumulativas, acaba por reconhecer que não foi manifestada, como efetivamente não foi, nos termos de referência do concurso “*European 13*” e de acordo com as regras nele estabelecidas, a intenção de ser celebrado com o concorrente selecionado ou com um dos concorrentes selecionados, o contrato conducente à execução do objeto do concurso.

25. Tal intenção consta apenas, como o próprio MST reconhece, do protocolo celebrado com a *European Portugal* e não dos anunciados termos de referência do concurso.

26. Mas se tivesse sido assumida a intenção de contratar com o concorrente selecionado, ao contrário do que defende, a divulgação através de outros meios, não dispensava a publicação de anúncio no *JOUE*.



27. Por outro lado, nos termos do disposto na alínea n) do n.º 1 do artigo 226.º do CCP:

“1 – Nos concursos de conceção é aprovado um documento, designado termos de referência, que deve indicar:

(...)

n) A intenção de celebrar, na sequência do concurso de conceção e por ajuste direto ao abrigo do disposto na alínea g) do no 1 do artigo 27.º, um contrato de prestação de serviços destinado a adquirir planos, projetos ou quaisquer criações conceptuais que consistam na concretização ou no desenvolvimento do ou dos trabalhos de conceção selecionados neste concurso.”

28. Estabelecendo o n.º 6 do mesmo artigo que nesse caso, os termos de referência devem ser acompanhados do caderno de encargos do ajuste direto.

29. Ora, conforme reconhece o MST os termos de referência do concurso de ideias “EUROPAN 13” não foram acompanhados do caderno de encargos relativo ao procedimento de ajuste direto.

30. Acresce referir que o concurso de conceção não foi conduzido pelo MST e, para além disso, o procedimento adotado seguiu o Regulamento da *EUROPAN EUROPE* e não o código dos contratos públicos

31. A utilização do ajuste direto nos termos do artigo 27º nº1 alínea g) do CCP pressupõe que a entidade promotora deste seja a mesma do concurso de conceção no qual se fundamente, o que não se verificou no presente caso.



- 32.** O acima exposto permite concluir que não era legalmente admissível a celebração do contrato submetido a fiscalização prévia por ajuste direto, ao abrigo do disposto na citada alínea g), do n.º 1, do artigo 27.º
- 33.** Ciente da não verificação dos pressupostos em que assentou a opção pelo procedimento pré-contratual do ajuste direto veio, entretanto, invocar a alínea e), do artigo 24.º, do CCP.
- 34.** A citada alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP estabelece o seguinte:
- “1 – Qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode adotar-se o ajuste direto quando:
- (...)
- a) Por motivos técnicos, artísticos ou relacionados com a proteção de direitos exclusivos, a prestação objeto do contrato só possa ser confiada a uma entidade determinada.”
- 35.** Ora, ao contrário do que defende a entidade adjudicante, no presente caso também não se verificam os pressupostos legais para a adoção de um procedimento de ajuste direto ao abrigo da citada disposição legal.
- 36.** A opção pelo ajuste direto tendo por fundamento a citada alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º só é admitida quando no mercado, por razões técnicas, artísticas ou de proteção de direitos exclusivos, apenas exista ou se mostre habilitada uma empresa ou entidade capaz de executar o contrato.
- 37.** Sem pôr em causa os direitos de autor que a empresa adjudicatária pudesse, eventualmente, vir a reivindicar, a questão coloca-se, no procedimento que deveria ter sido adotado.



- 38.** Acerca do critério da alínea e) do art. 24.º/1º, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, in *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública* de Mário Esteves de Oliveira, pág. 757, referem o seguinte: “*No essencial, dir-se-á, em primeiro lugar, só serem admitidas, como fundamento do recurso ao ajuste direto, razões de natureza técnica, artística ou jurídica, já não, por exemplo, razões económicas, financeiras, operacionais ou logísticas. Ao que acresce, obviamente, o facto da existência de uma única entidade a quem pode ser confiada a execução da prestação ter de ser aferido em relação a todo o espaço comunitário.*”
- 39.** No mesmo sentido concluiu este Tribunal no Acórdão nº 25/2014 – 23.JUL - 1.ª S/SS em que se pode ler o seguinte: “*conforme vem sendo referido pela jurisprudência deste Tribunal de Contas “o ajuste direto radicado em “motivos técnicos” [vd. art.º 24.º, n.º 1, al. e), do Código dos Contratos Públicos] só é admissível quando, no mercado, e atenta a complexidade e exigência dos serviços a prestar, exista uma única entidade disponível e com aptidão técnica para assegurar a respetiva prestação” (cf. Acórdão n.º 24/2010 - 14/09 – 1ª Secção/PL).*”
- 40.** *E conforme jurisprudência uniforme deste Tribunal (vide, entre outros, os Acórdãos n.ºs 9/2010-9.MAR-1.ªS/SS, o já citado acórdão n.º 24/2010-14.SET-1.ªS/PL e o Acórdão n.º 3/2017-4.ABR-1ªS/SS), muito embora a arquitetura possa ser considerada em geral como um ramo artístico, a mesma é objeto de tratamento autónomo no Código dos Contratos Públicos. De facto, isso resulta, designadamente, do estabelecido no artigo 219.º do CCP, onde são enumerados separadamente os domínios “artístico, do ordenamento do território, do planeamento urbanístico, da arquitetura, da engenharia ou do processamento de dados”. A mesma distinção é feita no artigo 27.º, n.º 4. Ou seja, para efeitos deste código, uma coisa é o domínio artístico outra é o domínio da arquitetura.*



- 41.** Resultando também claramente da citada jurisprudência que a interpretação da exceção às regras e aos princípios que salvaguardam a concorrência e a igualdade no acesso aos mercados públicos, deve ser interpretada e aplicada de forma estrita, devendo reservar-se a circunstâncias excepcionais e inequivocamente fundamentadas.
- 42.** Como, em situação idêntica, defende o citado Acórdão n.º 3/2017-4.ABR-1ªS/SS, *mesmo que os motivos artísticos fossem relevantes, tornava-se necessário demonstrar que deles resultava que a prestação objeto do contrato só poderia ser confiada a uma entidade determinada.* O que não foi feito.
- 43.** Ao contrário, previu-se na cláusula 13.ª do contrato a possibilidade de cessão contratual por parte do adjudicatário com autorização da entidade adjudicante.
- 44.** Cessão que sempre seria ilegal por força do estabelecido no artigo 317.º, n.º 1, alínea a), do CCP, que veda a cessão de posição contratual e a subcontratação quando a escolha do cocontratante tenha sido determinada por ajuste direto, nos casos em que só possa ser convidada uma entidade.
- 45.** Acresce que, como também em situação idêntica, conclui o citado Acórdão, mesmo que a conceção do projeto de arquitetura pudesse ser considerada uma obra artística, este projeto representa apenas uma parte dos serviços contratados. Todos os restantes projetos de especialidades e serviços objeto do contrato, não se poderiam reconduzir a esse conceito, sempre exigindo essa parte do contrato a precedência de procedimento concursal.
- 46.** De todo exposto, conclui-se que a entidade adjudicante só poderia enquadrar a escolha do ajuste direto na exceção a que reporta a alínea e) do n.º 1 do art.º 24.º do CCP se a empresa contratada fosse a única, por



motivos técnicos, capaz de executar o objeto do contrato. Situação que não se verifica no presente caso.

47. Acresce referir que a aptidão técnica referida e adiantada como fundamento para a escolha do procedimento, a considerar-se existir, foi adquirida na sequência de diligências efetuadas pelo próprio *MST* que promoveu o “*concurso de ideias*”.

48. Ora, face à doutrina e jurisprudência dominante nesta matéria, não encontramos na argumentação apresentada qualquer facto que permita considerar que por motivos técnicos, artísticos ou relacionados com a proteção de direitos exclusivos, se possa recorrer ao ajuste direto nos termos da alínea e) do n.º 1 do art.º 24.º do CCP.

49. Consequentemente, ao invés de lançar mão de um procedimento de natureza concursal, que desse plena aplicação aos princípios gerais da contratação pública, neles avultando o *princípio da concorrência*, foi adotado um ajuste direto com base em fundamentos materiais que não se verificam, o que, nos termos do artigo 161.º, n.º 2, alínea l) do Código do Procedimento Administrativo, determina a nulidade do referido procedimento. E tal nulidade transmite-se ao celebrado contrato de aquisição de serviços.

50. Com efeito, o não cumprimento das exigências formais do procedimento pré-contratual que aqui se imporiam (procedimento concursal aberto, em vez de adjudicação direta) determina a «preterição total do procedimento legalmente exigido», prevista no citado artigo 161.º, n.º 2, alínea l), do atual Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei



Tribunal de Contas

n.º 4/2015, de 7/1 (sucedâneo do artigo 133.º do anterior CPA, para que remete a versão originária do n.º 2 do artigo 284.º do CCP).

51. A nulidade suprarreferida constitui fundamento legal para recusa de visto aos contratos em questão, nos termos previstos na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.¹

52. Por outro lado, a preterição dos procedimentos pré-contratuais legalmente devidos, traduzida na adoção ilegal de procedimentos com convite a uma única entidade, quando era exigível a adoção de um procedimento concorrencial, consubstancia igualmente uma prática suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do supracitado artigo 44.º da LOPTC, constitui, igualmente, motivo de recusa de visto dos referidos contratos.²

III – DECISÃO:

Pelo exposto, e ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alíneas a) e c), da LOPTC, decide-se recusar o visto ao contrato supra identificado.

Emolumentos devidos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/5 (Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas).

Os Juízes Conselheiros,

(Alzira Antunes Cardoso - Relator)

¹ Retificado em 09-03-2018, conforme o original nos autos.

² Idem.



Tribunal de Contas

(Fernando Oliveira Silva)

(Mário Mendes Serrano)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto
