



## ACÓRDÃO N.º 3/2017– 4.ABR-1ªS/SS

**PROCESSO N.º 2994/2016**

**Relatora: Helena Abreu Lopes**

### SUMÁRIO

1. A adjudicação por ajuste direto não era legalmente possível, impondo-se que o contrato tivesse sido precedido da realização de um concurso público ou limitado por prévia qualificação, eventualmente na modalidade de concurso de conceção, e objeto de publicitação no *Jornal Oficial da União Europeia*. Mostra-se violado o estabelecido no artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do Código dos Contratos Públicos (CCP).
2. Não se verificam os pressupostos da exceção invocada para a realização do ajuste direto, com base em critério material, constante do artigo 24.º, n.º 1, alínea e), do CCP, uma vez que os motivos artísticos não são relevantes no domínio da arquitetura, que não é demonstrado que a prestação objeto do contrato só poderia ser confiada a uma entidade determinada e que o contrato integra serviços de diversos tipos.
3. De facto, muito embora a arquitetura possa ser considerada em geral como um ramo artístico, a mesma é objeto de tratamento autónomo no CCP. Para efeitos deste código, uma coisa é o domínio artístico outra é o domínio da arquitetura.
4. Por outro lado, no artigo 6.º do Caderno de Encargos previu-se a possibilidade de cessão contratual por parte do adjudicatário com autorização da entidade adjudicante, sendo tal disposição acolhida pela cláusula primeira do contrato. Para além de ilegal face ao estabelecido no artigo 317.º, n.º 1, alínea a), do CCP, esta disposição contratual contraria a tese de que, no caso, só uma entidade podia executar o contrato.
5. Mesmo que a conceção do projeto de arquitetura pudesse ser considerada uma obra artística, este projeto representa apenas uma parte dos serviços contratados. Os restantes projetos e serviços englobados no contrato não se poderiam reconduzir a



## Tribunal de Contas

---

esse conceito, sempre se exigindo para essa parte a precedência de procedimento concursal.

6. Uma vez que o peso relativo de cada fase do projeto desrespeita o estabelecido no artigo 13.º das *Instruções para a elaboração de projetos de obras públicas*, aprovadas pela Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de Junho, a distribuição de pagamentos prevista integra adiantamentos de preço por prestações não realizadas, que não se apresentam legalmente fundamentados (vide artigo 292.º do CCP).
7. A não observância de procedimentos que acautelem a concorrência e a previsão de pagamentos sem correspondência em trabalhos realizados implicam a violação de normas financeiras, considerando como tais aquelas que visam proteger os interesses financeiros públicos, qualquer que seja o diploma legal em que se inserem. A violação de normas financeiras é fundamento de recusa do visto nos termos da alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
8. A preterição do procedimento legal devido é, por outro lado, uma ilegalidade que pode ter alterado o resultado financeiro contratual, sendo igualmente fundamento de recusa do visto, por via da alínea c) do n.º 3 do mesmo artigo 44.º da LOPTC.

Lisboa, 4 de Abril de 2017



Transitado em julgado em 2-05-2017

## ACÓRDÃO N.º 3/2017 – 4.ABR-1ªS/SS

PROCESSO N.º 2994/2016

Relatora: Helena Abreu Lopes

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

### I. RELATÓRIO

9. O **Município de Matosinhos** submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas o contrato de prestação de serviços para elaboração de projeto do «*Núcleo Museológico: Cais da Língua e das Migrações*», celebrado, em 22 de Dezembro de 2016, entre aquele município e a sociedade “**Souto Moura-Arquitectos, SA**” no valor de € 412.992,00, acrescido de IVA.

### II. FUNDAMENTAÇÃO

#### FACTOS

10. Para além do acima referido, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:

- a. O Presidente da Câmara Municipal de Matosinhos procedeu à adjudicação da prestação de serviços em causa à sociedade “Souto Moura-Arquitectos, SA” em 17 de Junho de 2016, mediante ajuste direto;



## Tribunal de Contas

---

- b. A proposta de adjudicação por ajuste direto fundamentou-se no disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)<sup>1</sup>;
- c. Os serviços contratados integram: levantamento topográfico, projeto de arquitetura, projeto de sinalética, projeto de fundações e estruturas, projeto de instalações, equipamentos e sistema de distribuição de água, incluindo a rede de extinção de incêndios, projeto de instalações, equipamentos e sistema de drenagem de águas residuais, projeto de instalações, equipamentos e sistema de drenagem de águas pluviais, projeto de instalações e equipamentos elétricos e de telecomunicações, projeto de gestão técnica centralizada, projeto de instalações e equipamentos de gás, projeto de instalações e equipamentos mecânicos (AVAC), comportamento acústico, projeto térmico e emissão de pré-certificado energético, projeto de segurança contra risco de incêndios, projeto de segurança integrada, projeto de resíduos sólidos urbanos, plano de segurança e saúde e plano de prevenção e gestão de resíduos de construção e demolição;
- d. A única empresa convidada foi a sociedade “Souto Moura-Arquitectos, SA”, com a seguinte justificação: *“Souto de Moura tornou-se no segundo arquiteto português a alcançar o Prémio Pritzker de Arquitetura, o mais conceituado galardão nesta área, atribuído desde 1979 pela americana Hyatt Foundation aos maiores nomes da Arquitetura mundial, como Óscar Niemeyer (1988), Frank Gehry (1998), Norman Foster (1999) e Rem Koolhaas (2000). Dos seus projetos de reabilitação destacam-se as intervenções patrimoniais no Convento de Santa Maria do Bouro, em Amares, no edifício da Alfândega Nova (atual Museu dos Transportes e Comunicações/Centro de Congressos e Exposições) e na antiga Cadeia da Relação (convertida no Centro Português de Fotografia), no Porto, e as intervenções territoriais na Faixa Marginal de Matosinhos e no Metro do Porto. Em 2016 foi premiado pela X Bienal Ibero-americana de Arquitetura e Urbanismo (BIAU), em Madrid, pelo importante contributo do seu ensino em universidades de diversos países”*;
- e. Confrontado com a dificuldade de enquadramento do ajuste direto na exceção prevista na referida alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, face,

---

<sup>1</sup> Anexo ao **Decreto-Lei n.º 18/2008**, de 29 de Janeiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2009, de 11 de Setembro, e 278/2009, de 2 de Outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho, e pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro.



# Tribunal de Contas

---

designadamente, à jurisprudência deste Tribunal adiante referida, o município invocou pretender adquirir uma *obra de arte* de arquitetura, assente na intenção e identidade do arquiteto/artista, que a entidade deve poder escolher, consoante a identidade e o valor da sua obra;

- f. O artigo 6.º do caderno de encargos do convite que precedeu o contrato admite a cessão da posição contratual do adjudicatário, com autorização da entidade adjudicante e verificadas determinadas condições de documentação e ausência de impedimentos;
- g. A cláusula primeira do contrato estabelece que o adjudicatário elabora o projeto de acordo com o convite, caderno de encargos, condições técnicas e proposta apresentada, documentos que fazem parte integrante do contrato;
- h. A cláusula quinta do contrato refere que os pagamentos serão efetuados nas condições estabelecidas no artigo 4.º do caderno de encargos;
- i. O artigo 4.º do caderno de encargos prevê que os pagamentos sejam feitos da seguinte forma:

*“a) 20%- Entrega Programa Base*

*b) 15%- Estudo Prévio*

*c) 25%- Anteprojeto*

*d) 30%- Projeto de Execução*

*e) 10%- Assistência Técnica”*

## ENQUADRAMENTO JURÍDICO

### Do procedimento de pré-contratação

- 11.** Como resulta do ponto II.2.c) do presente acórdão, a aquisição de serviços contratada envolve a elaboração de um projeto de arquitetura, entre vários outros projetos de carácter eminentemente técnico.
- 12.** Conforme já foi estabelecido nos Acórdãos n.ºs 9/2010-9.MAR-1.ªS/SS e 24/2010-14.SET-1.ªS/PL deste Tribunal (para os quais se remete), muito embora a arquitetura possa ser considerada em geral como um ramo artístico, a mesma é



## Tribunal de Contas

---

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.

- 13.** No referido artigo 27.º, n.º 4, do CCP, afirma-se que, quando esteja em causa a elaboração de projetos ou criações conceptuais no domínio da arquitetura, não pode recorrer-se ao ajuste direto com fundamento na impossibilidade da elaboração de especificações contratuais de natureza qualitativa ou no desajustamento de especificações quantitativas que possam sustentar a fixação de um critério de adjudicação no âmbito de um procedimento concorrencial. Admite-se, portanto, uma adequação ou até uma preferência por procedimentos concorrenciais neste domínio.
- 14.** Os artigos 219.º e seguintes e 27.º, n.º 1, alínea g), do CCP preveem a realização de concursos de conceção para a realização de trabalhos nos domínios da arquitetura, na modalidade de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, que podem ou não ser seguidos por ajuste direto conforme as regras estabelecidas nesses concursos.
- 15.** Nos termos do artigo 20.º, n.º 1, alínea a), do CCP, o ajuste direto só pode ser utilizado para contratações de valor inferior a € 75 000 e, de acordo com a alínea b) do mesmo artigo e número, conjugado com o artigo 1.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento (UE) 2015/2342 da Comissão, de 15 de Dezembro de 2015, os contratos públicos de aquisição de serviços de valor igual ou superior a € 209 000 devem ser precedidos de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação publicitado no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)*. A diretiva europeia ainda não transposta para o ordenamento jurídico nacional fixa um limiar semelhante.
- 16.** O contrato em causa tem um valor muito superior (€ 412.992,00), pelo que deveria ter sido precedido de um daqueles procedimentos concorrenciais, com a referida publicidade no *JOUE*.
- 17.** A exceção invocada, que alegadamente permitiria a realização do ajuste direto, consta do artigo 24.º, n.º 1, alínea e), do CCP, nos termos da qual “*qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode adotar-se o ajuste direto quando (...) por motivos técnicos, artísticos ou relacionados com a proteção de direitos*



## Tribunal de Contas

---

*exclusivos, a prestação objeto do contrato só possa ser confiada a uma entidade determinada”.*

- 18.** Conforme resulta claramente da jurisprudência nacional e europeia e, designadamente, dos acórdãos acima referidos, a interpretação desta 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 excecionais e inequivocamente fundamentadas.
- 19.** Ora, desde logo, como já vimos, o domínio da arquitetura não pode considerar-se, *na economia do CCP e para os efeitos consagrados neste código*, um domínio artístico. Pelo que os motivos artísticos não são relevantes para este efeito. Ora, os motivos invocados para fundamentar o ajuste direto foram unicamente desse tipo (vide pontos II.2.d) e e) acima).
- 20.** 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.
- 21.** Ao contrário, previu-se no artigo 6.º do Caderno de Encargos a possibilidade de cessão contratual por parte do adjudicatário com autorização da entidade adjudicante, sendo tal disposição acolhida pela cláusula primeira do contrato. Muito embora o município venha invocar que tal cláusula corresponde a um lapso manifesto e se deve ter por não escrita, a verdade é que foi um pressuposto do convite e não foi expressamente afastada pelo contrato. Acresce que a cessão 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 co-contratante tenha sido determinada por ajuste direto, nos casos em que só possa ser convidada uma entidade.
- 22.** Na sequência dos pedidos de esclarecimento deste Tribunal, o município veio invocar o efeito direto da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, em virtude de já ter expirado o prazo da sua transposição para o direito nacional. Alega que a referida diretiva prevê, no seu artigo 32.º, que os Estados-Membros podem determinar que as autoridades adjudicantes possam recorrer a um procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso quando os serviços só possam ser fornecidos por um determinado operador económico em virtude de o objetivo ser a criação ou aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico únicos.



23. Ora, mesmo aceitando-se a tese do efeito direto da diretiva, pelas razões invocadas, a verdade é que, nesta matéria, a mesma não é imperativa, conferindo aos Estados tão só a *possibilidade* de, nas referidas circunstâncias, *determinar a possibilidade* de as entidades adjudicantes recorrerem a um procedimento não aberto. Isto não prejudica que o regime nacional opte por ser mais restritivo e imponha a adoção de procedimento concorrencial. De resto, mesmo que aceitássemos o disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP como uma concretização compatível com a referida norma europeia (argumento avançado pela entidade), já vimos que, na atual economia do CCP, a conceção de um projeto de arquitetura não está definida como uma obra artística. O que, no caso, deve prevalecer.
24. Refira-se, ainda, que, 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 e serviços, tal como descritos no ponto II.2.c), não se poderiam reconduzir a esse conceito, sempre exigindo essa parte do contrato a precedência de procedimento concursal.

## **Das condições de pagamento**

25. Tal como se descreve no ponto II.2.i), prescreve-se o pagamento do contrato em fases, verificando-se que para as fases do programa base, estudo prévio e anteprojecto se prevê pagar globalmente 60% do preço.
26. No artigo 12.º das *Instruções para a elaboração de projetos de obras públicas*, aprovadas pela Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de Junho, define-se o seguinte peso relativo para cada fase do projeto:
- Programa base – 10%
  - Estudo prévio – 20%
  - Anteprojecto – 20%
  - Projecto de execução- 35%
  - Assistência técnica -15%
27. No artigo 13.º da mesma Portaria, prevê-se que, em função da complexidade e dimensão da cada projeto, se possam fundamentadamente definir outros pesos relativos ou percentagens para cada uma daquelas fases. No entanto, o n.º 2 desse artigo estabelece que, mesmo nesses casos, ainda assim não pode atribuir-se uma



# Tribunal de Contas

---

percentagem acumulada superior a 50% para o programa base, estudo prévio e anteprojecto.

28. Relativamente a esta questão a autarquia veio argumentar o seguinte: *“devido às questões programáticas relativas a este tipo de edifício, optou-se por dar uma maior percentagem às fases “programa base”, “estudo prévio” e “anteprojecto”, por serem as fases de maior alteração e coordenação do projecto, com a Câmara Municipal de Matosinhos e a empresa contratada para elaborar o programa museológico. As fases de projecto de execução e de assistência técnica são fases mais técnicas, onde não haverá lugar a alterações ao projecto”*.
29. Como vimos, nos termos das normas aplicáveis, a definição dos pesos relativos das fases do projecto é flexível, mas tem um limite global de 50% para as 3 primeiras fases. Ora, este limite global não foi respeitado, já que, no caso, representa 60% do total.
30. Os pagamentos previstos correspondem, assim, a adiantamentos de preço por prestações não realizadas, que não se apresentam legalmente fundamentados (vide artigo 292.º do CCP).

## **Das ilegalidades verificadas**

31. Concluimos que a adjudicação por ajuste direto não era legalmente possível, impondo-se que o contrato tivesse sido precedido da realização de um concurso público ou limitado por prévia qualificação, eventualmente na modalidade de concurso de conceção, publicitado no *JOUE*, mostrando-se violado o estabelecido no artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do CCP.
32. Concluimos ainda que os pagamentos previstos desrespeitam o estabelecido no artigo 292.º do CCP.
33. A realização de procedimentos concorrenciais protege, não só o interesse de potenciais concorrentes no acesso aos mercados públicos, mas também o interesse financeiro de escolha das propostas que melhor e mais económica e eficientemente se ajustam às necessidades públicas, dessa forma acautelando a adequada utilização da despesa pública envolvida e sendo instrumento da realização do disposto nos artigos 42.º, n.º 6, e 47.º, n.º 2, da Lei de Enquadramento Orçamental ainda em vigor. A não observância de procedimentos que acautelem a concorrência implica, assim, a violação de normas financeiras, considerando como tais aquelas que visam



# Tribunal de Contas

---

proteger os interesses financeiros públicos, qualquer que seja o diploma legal em que se inserem. A violação de normas financeiras enquadra-se na alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)<sup>2</sup>, constituindo razão para a recusa do visto.

34. A preterição do procedimento legal devido é, por outro lado, uma ilegalidade que pode ter alterado o resultado financeiro contratual. É representável como possível que, em ambiente concorrencial, o resultado financeiro pudesse ser outro, uma vez que outro poderia ter sido o conteúdo das propostas apresentadas, nomeadamente no que concerne ao seu preço, e outra poderia ter sido a adjudicação. Há, assim, fundamento para a recusa de visto também por via da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC. Refira-se que, de acordo com a lei e com o entendimento constante deste Tribunal, para efeitos da aplicação desta alínea c), quando aí se diz “*ilegalidade que...possa alterar o respectivo resultado financeiro*” pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração referida.
35. O artigo 292.º do CCP estabelece o princípio de os pagamentos a fazer por força de um contrato terem sempre correspondência em trabalhos já realizados. Esta norma deve também considerar-se como uma norma financeira, dado os interesses financeiros que protege. A sua violação constitui fundamento de recusa do visto nos termos da alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

## III. DECISÃO

**Assim, pelos fundamentos expostos, e nos termos do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.**

**São devidos emolumentos nos termos do artigo 5º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas<sup>3</sup>.**

---

<sup>2</sup> Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, 35/2007, de 13 de Agosto, 3-B/2010, de 28 de Abril, 61/2011, de 7 de Dezembro, 2/2012, de 6 de Janeiro, 20/2015, de 9 de Março, e 42/2016, de 28 de Dezembro, e as Rectificações n.ºs 1/99, de 16 de Janeiro, 5/2005, de 14 de Fevereiro, e 72/2006, de 6 de Outubro.

<sup>3</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de Agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de Abril.



# Tribunal de Contas

---

Lisboa, 4 de Abril de 2017

Os Juízes Conselheiros,

Helena Abreu Lopes

Alberto Fernandes Brás

António Martins

O Procurador-Geral Adjunto