

Acórdão 33/2019 – 03SET-1.ª S/SS

DESCRITORES: AJUSTE DIRETO / ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / ARQUITETURA / CONCURSO PÚBLICO / NULIDADE / PREÇO BASE / PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA / PRINCÍPIO DA IGUALDADE / PROJETO / RECUSA DE VISTO / RESTRIÇÃO DE CONCORRÊNCIA / TRABALHOS DE CONCEÇÃO

SUMÁRIO

Processo n.º 2270/2019

Relator: Conselheiro Fernando Oliveira Silva

1. A elaboração de projetos de arquitetura deve seguir o regime regra do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação previstos no artigo 16.º, n.º 1, als. c) e d) do CCP, ao qual poderão concorrer todos os que manifestem interesse para tal e desde que detenham as qualificações necessárias (formação em arquitetura e anos de experiência em função da tipologia e complexidade dos projetos).
2. Em alternativa, quando se pretenda valorizar a vertente estética do projeto, as entidades adjudicantes podem lançar mão do concurso de conceção, regulado nos artigos 219.ºA e seguintes do CCP, através do qual, sob a regra do anonimato, poderá ser escolhida a melhor proposta, ao nível do programa base, sem a influência eventualmente resultante do conhecimento antecipado do seu autor.
3. Por constituir uma forte restrição do princípio da concorrência, o ajuste direto para a elaboração de projetos de arquitetura apenas é legalmente possível quando o valor contratual seja inferior a 20.000€ (artigo 20.º, n.º 1, alínea d) do CCP).
4. É ainda possível o recurso excecional ao ajuste direto por critério material, nomeadamente, ao abrigo do disposto no artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea iii) do CCP, quando esteja em causa a proteção de direitos de autor.

5. A intenção de adjudicação do projeto de arquitetura com natureza *intuitus personae* a arquiteto de elevado prestígio nacional e internacional não encontra fundamento legal, pois não são válidos os argumentos utilizados pelo Município para justificar que a elaboração do projeto de conceção apenas pode ser confiada àquele arquiteto.
6. Não sendo aplicável no caso concreto a invocada norma do artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea i) do CCP, foram violados os princípios da igualdade de tratamento dos operadores económicos e da não discriminação dos mesmos.
7. Acresce que a escolha de uma única entidade a convidar – para além do impacto direto na (restrição da) concorrência - produziu ainda um outro efeito na fixação do preço base do procedimento, uma vez que este foi determinado *tout court* pelo único concorrente convidado, o que é censurável por representar a total ausência de espírito crítico por parte da entidade adjudicante.
8. A adoção pela entidade adjudicante do ajuste direto com base em fundamentos materiais que não se verificam, determina nos termos do artigo 161.º, n.º 2, alínea l) do Código do Procedimento Administrativo, a nulidade do procedimento e do respetivo contrato, por preterição total do procedimento.
9. A nulidade constitui fundamento legal para recusa de visto ao contrato, nos termos previstos na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
10. A preterição do procedimento pré-contratual legalmente devido, traduzida na adoção ilegal de procedimento com convite a uma única entidade, 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 do referido contrato.

Secção: 1.ª S/SS

Data: 03/09/2019

Processo: 2270/2019

RELATOR: Conselheiro Fernando Oliveira Silva

TRANSITADO EM JULGADO EM
18/10/2019

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

I – RELATÓRIO

1. O Município da Póvoa de Varzim (doravante MPV) submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas o contrato de prestação de serviços de elaboração do projeto de arquitetura do “Fórum Cultural Eça de Queirós”, celebrado com a empresa Álvaro Siza 2–Arquitecto, SA, em 01.07.2019, pelo preço contratual de 550.000,00€, acrescido de IVA.
2. Para melhor instrução do processo, foi o contrato devolvido ao MPV para prestação de esclarecimentos adicionais necessários à tomada de decisão por parte deste Tribunal.

II. FUNDAMENTAÇÃO

– DE FACTO

3. Com relevo para a presente decisão e para além do já mencionado no precedente relatório, consideram-se como assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:
 - a) Por despacho de 03.08.2018, do Presidente da Câmara Municipal da Póvoa de Varzim, foi proposto ao executivo municipal que desencadeasse um procedimento de ajuste direto com fundamento na subalínea i) da alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º

do Código dos Contratos Públicos (CCP), para a celebração de contrato com a sociedade Álvaro Siza 2–Arquitecto, SA, tendo por objeto a elaboração do projeto de arquitetura do “Fórum Cultural Eça de Queirós”, pelo Arq. Álvaro Joaquim Melo Siza Vieira, pelo preço de 550.000,00€, acrescido de IVA, relativo a honorários;

- b) Os fundamentos do recurso ao ajuste direto com base em critérios materiais constam do supramencionado despacho, cujo teor se transcreve:

«A) Da fundamentação e implementação

1. A Póvoa de Varzim elegera a cultura e o lazer, na diversidade das suas expressões, como vetores estratégicos do seu desenvolvimento, mormente da sua economia urbana.

A cidade é hoje reconhecida por essa matriz, alavancada em eventos de referência que despertam a atenção pública para uma programação contínua e qualificada.

2. É cidade do livro e da leitura – por efeito do “Correntes d’Escritas”, o maior festival literário português, com réplica contínua nas escolas, na edição e na apresentação de livros e, sobretudo, num altíssimo índice de leitura.

É cidade da música e da dança – mérito do Festival Internacional de Música, da Escola de Música que o município criou, do elevado nível artístico de tantos intérpretes e bailarinos formados em escolas públicas e academias privadas.

É cidade de todas as artes e da criatividade que as alimenta – razão por que tem em curso a candidatura a Cidade Criativa da Unesco, na vertente literária, tendo em vista a integração na Rede Mundial das Cidades Criativas, circunstância que tornará mais saliente esta aposta na cultura e no lazer como suportes estruturais do desenvolvimento sustentável.

3. A Póvoa de Varzim atingiu, por esta via, um estágio de desenvolvimento em que a Arte (assim mesmo: com maiúscula, porque Arte maior) é o critério primeiro, a opção principal e o sinal mais evidenciador de uma opção radical pela qualidade: a Arte, ela mesma, como valor e valor maior, enquanto critério indetificador do território e das políticas públicas para o seu desenvolvimento.

4. Na cidade que foi berço de Eça de Queirós – que a si mesmo se identificou como “um pobre homem da Póvoa de Varzim” – e pela qual passaram, deixando marcas, figuras tão relevantes como Ramalho Ortigão, Antero de Quental, Camilo Castelo Branco, António Nobre, Raul Brandão, Guerra Junqueiro, José Régio, João Penha, Agustina Bessa-Luís, Alberto Pinheiro Torres, José Carlos Vasconcelos, e tantos

outros, impõe-se não só a criação de rotas de visitação dos espaos urbanos associados à vida poveira desses autores, como também, no tocante a Ea de Queirós (figura maior do nosso realismo e do romance moderno, que a generalidade dos mestres considera o maior romancista português), a criao de um Centro de Estudos Queirosianos, que albergar  o vastíssimo espólio que o município adquiriu ao Exmo. Senhor Arquiteto Alfredo Campos Matos, o maior especialista português na temática queirosiana.

5. Para acolher esse espólio (embrião do Centro de Estudos Queirosianos), e, a partir dele, dinamizar iniciativas e atividades que consolidem a Póvoa de Varzim como centralidade cultural regional, propõe-se o município edificar, na vizinhana da Biblioteca Municipal e no centro da área escolar da cidade, um FÓRUM CULTURAL que, além dessa matricial e preponderante vocao - tão forte que o Fórum terá por patrono o grande romancista - terá a inevitável abertura ao acolhimento de outras artes. Que as artes quebrem-se juntas!

6. Neste contexto, e nesta lógica, impõe-se que o projeto de arquitetura do FÓRUM CULTURAL EA DE QUEIRÓS seja, ele mesmo, concebido numa lógica de Obra de Arte, muito mais do que como pea de arquitetura.

Ou, noutra perspetiva, que a sua arquitetura seja uma oportunidade para fazer Arte e não um objetivo em si mesmo. Que se v  além da arquitetura! Que, queirosianamente falando, nos atrevamos a, sobre a "nudez forte da verdade", colocar "o manto di fano da fantasia"! Que a Arte seja a primeira referência identificadora do futuro edifício e a razão suplementar para despertar a curiosidade e a visitao às Artes que o edifício albergar  e dinamizar .

7. Assim pensando, impõe-se - isso mesmo: impõe-se - que haja prévia garantia de que a qualidade arquitet nica - melhor: a qualidade artística - do edifício seja consentânea com o mérito literário do seu patrono. Que   excelência da obra queirosiana, ali feita motivo de visitao e de estudo, corresponda a excelência física do espao que a alberga.

Ea de Queirós exige, obviamente, um arquiteto ao seu nível. Alguém cujo prestígio no domínio da Arte de Arquitetura confira   obra a dignidade, a importância e um valor arquitet nico insuperável.

8.  lvaro Joaquim Melo Siza Vieira  , inquestionavelmente, o arquiteto que melhor garante o pleno cumprimento dos objetivos que, no plano artístico, se integram na

estratégia cultural e no modelo de desenvolvimento que o município vem implementando na cidade.

A agregação, no mesmo edifício, de dois nomes de méritos tão reconhecidos, nacional e internacionalmente, nos domínios da arquitetura e da literatura, confere, desde logo, a este FÓRUM uma projeção e um prestígio que são, em si mesmos, contributos ímpares para a prossecução dos seus objetivos. Circunstância que se torna mais relevante na medida em que o arq. Siza Vieira é igualmente autor do projeto de arquitetura de dois edifícios vizinhos – as residências Beires e Santos, já integradas em roteiros de visitação cultural.

B) Do enquadramento legal da proposta

O valor estimado dos honorários a pagar ao arq. Siza Vieira - como adiante se mencionará – será substancialmente superior ao limite, previsto no Código dos Contratos Públicos, dentro do qual é lícito o recurso ao ajuste direto em função do valor do contrato.

Por outro lado, no Código dos Contratos Públicos os trabalhos de conceção no domínio da arquitetura, no que concerne ao procedimento atinente à sua contratação, são tratados de forma autónoma – nos artigos 219.º-A e seguintes (concurso de conceção).

Por isso, atento o objeto do contrato a celebrar (e, também, o seu valor estimado), a seguir, sem mais considerações, o disposto nas normas constantes dos citados artigos, estaria o Município obrigado a lançar mão de um dos procedimentos concorrenciais neles previstos (concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação).

Cremos, porém, que o enquadramento do contrato poderá - e deverá - ser diferente. Como se explicou na alínea anterior, o objetivo primeiro do Município é a criação de uma "obra de arte" -e é precisamente isso que se visa com a contratação do arq. Siza Vieira.

Ora, o Código dos Contratos Públicos, na subalínea i) da alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º, diz:

- 1 - Qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode adotar-se o ajuste direto quando:*
- e) As prestações que constituem o objeto do contrato só possam ser confiadas a determinada entidade por uma das seguintes razões:*
- i) O objeto do procedimento seja a criação ou aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico;*

Deste modo, e uma vez que - repita-se - o Município pretende, antes de mais, criar e construir uma obra de arte, cremos existirem fundamentos para que seja adotado o ajuste direto, por critérios materiais.

Ajuste direto que, naturalmente, só visará a elaboração do projeto de arquitetura - a contratação dos demais projetos deverá, obviamente, ser precedida de procedimentos concorrenciais.

Temos consciência de que o entendimento subjacente à argumentação vinda de aduzir não é líquido.

Mas também temos o "conforto" de saber que a eficácia do contrato a celebrar ficará subordinada à condição de o mesmo ser visado (ou objeto de declaração de conformidade) pelo Tribunal de Contas.»

- c) A proposta em causa foi aprovada por deliberação da Câmara Municipal da Póvoa de Varzim, de 07.08.2018;
- d) As peças do procedimento (convite à apresentação de proposta e caderno de encargos) foram aprovadas pelo despacho n.º 117/GR/2018, de 12.12.2018, do Presidente da Câmara Municipal da Póvoa de Varzim;
- e) O convite foi dirigido à sociedade Álvaro Siza 2–Arquitecto, SA, em 28.12.2018, dele constando o preço base de 550.000,00€, acrescido de IVA;
- f) Do caderno de encargos consta uma cláusula 1.ª, n.º 2, com o seguinte teor:
 - «A prestação de serviços engloba:
 - a) A realização do projeto de arquitetura, com a caracterização definida nas “Instruções para a elaboração de projetos de obras” (Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de julho),
 - b) A colaboração na preparação do processo para o lançamento do concurso da empreitada (...);
 - c) A realização da assistência técnica.»
- g) O prazo de execução do projeto de arquitetura consta da cláusula 3.ª, n.º 3 do caderno de encargos, sendo, no mínimo de 18 meses:
 - «Os prazos para apresentação das várias fases são os seguintes:
 - a) Programa base – dois meses após comunicação de o contrato ter sido visado (ou objeto de declaração de conformidade) pelo Tribunal de Contas;
 - b) Estudo prévio – dois meses após comunicação da aprovação do Programa Base;

*c) Anteprojeto – seis meses após comunicação da aprovação do Estudo Prévio;
d) Projeto de Execução – oito meses após comunicação da aprovação do Anteprojeto ou, sendo posterior, após a data de início da elaboração dos projetos de especialidades.»*

- h) A proposta foi apresentada pela sociedade Álvaro Siza 2–Arquitecto, SA, em 11.01.2019, com o preço de 550.000,00€, sem qualquer referência ao prazo de execução;
- i) A decisão de adjudicação foi tomada por deliberação do executivo municipal da Póvoa de Varzim, datada de 04.06.2019, a qual aprovou igualmente a minuta do contrato e procedeu a nomeação do gestor do contrato;
- j) O contrato em questão, celebrado em 01.07.2019, foi submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, em 12.07.2019;
- k) Em 31.07.2019, o contrato foi devolvido ao MPV para esclarecimento de dúvidas, destacando-se, com interesse para a presente decisão, as seguintes:

Questão 1:

“Face ao enquadramento legal do procedimento em apreço – artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea i) do CCP demonstre o preenchimento dos requisitos enunciados no normativo, que fundamentam o recurso ao ajuste direto”.

Resposta do MPV (08.08.2019):

“Desde já se diga que o Município está convicto de que o objeto do contrato submetido a fiscalização prévia tem enquadramento na previsão contida na subalínea i) da alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos. De facto, cremos ser defensável que a elaboração do projeto de arquitetura do FÓRUM CULTURAL EÇA DE QUEIRÓS possa ser qualificado como criação de uma obra de arte – até porque, sublinhe-se, o objeto do contrato é, apenas e só, o projeto de arquitetura.

Nessa medida, os fundamentos para o preenchimento dos requisitos enunciados na norma legal citada são elencados, a nosso ver, na Proposta que o signatário dirigiu à Câmara Municipal em 3 de agosto de 2018 (...).”

Questão 2:

“Atento o disposto no n.º 3 do artigo 47.º do CCP, na atual redação, remeta documentação demonstrativa de que o preço base se encontra devidamente fundamentado”.

Resposta do MPV (08.08.2019):

“No início do ano de 2018, o Município abordou informalmente o Arq. Álvaro Siza Vieira, no sentido de avaliar a sua disponibilidade para elaborar o projeto de arquitetura do FÓRUM CULTURAL EÇA DE QUEIRÓS. Tendo sido demonstrada essa disponibilidade, foi solicitada a apresentação de uma proposta de honorários – o que veio a acontecer através de carta de 11 de abril de 2018, da qual se anexa cópia. Por isso, o preço base do procedimento foi determinado com base nesse elemento, conforme se admite no n.º 3 do artigo 47.º do Código dos Contratos Públicos.”

Da análise da supracitada nota de honorários, consta a seguinte discriminação de valores:

- Programa base: 110.000,00€
- Estudo prévio: 82.500,00€
- Anteprojeto: 137.500,00€
- Projeto de Execução (Arquitetura): 165.000,00€
- Assistência Técnica: 55.000,00€

Questão 3:

“Justifique que o contrato seja omissivo quanto ao prazo de execução, face ao disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 96.º do CCP”.

Resposta do MPV (08.08.2019):

“Conforme consta do ponto 1 do título contratual, o Caderno de Encargos que serviu de base ao procedimento, constitui documento que fica a fazer parte integrante do contrato. Na cláusula 3.ª do Caderno de Encargos consta o prazo de execução dos serviços – e, designadamente, os prazos para apresentação das várias fases em que

o serviço se desenvolve. Embora crendo que a fórmula utilizada (remissão para documento integrante do contrato) é correta, naturalmente que o prazo de execução será feito constar do contrato, por título adicional, se esse Tribunal de Contas assim o entender necessário.”

- l) Conexa com o objeto deste acórdão, por email datado de 18.07.2019, foi recebida neste Tribunal de Contas uma exposição, feita por um arquiteto (devidamente identificado), com o seguinte teor:

«No âmbito do dossier sobre Encomenda Pública, cuja informação a V. Ex.cia tenho vindo a remeter, ora envio novo alerta sobre um recente procedimento de Ajuste Direto, da responsabilidade da CM-Póvoa do Varzim, para a Elaboração do Projeto Geral de Arquitetura para a Obra de Construção do Fórum Cultural Eça de Queirós.

Este Ajuste Direto, <http://www.base.gov.pt/Base/pt/Pesquisa/Contrato?a=5701978> - cujo contrato ascende ao valor de 550.000,00 (muito acima do limiar dos 75.000,00€), <http://www.base.gov.pt/base2/rest/documentos/713734> - é firmado ao abrigo de uma exceção já desmontada pelo TdC noutras ocasiões, a da pretensa equiparação de um projeto de Arquitetura a uma obra de arte; mesmo após a última alteração à redação do CCP - detalhando para melhor esclarecer o âmbito da aplicação das exceções (alínea e) do n.º 1 do Art.º 24.º) - continuam a existir inúmeras tentativas, conscientes e eventualmente dolosas, de subversão do normativo vigente; que carecem de um repúdio eficaz e definitivo por parte de quem de direito.

Reitero a minha inteira disponibilidade para prestar todos os esclarecimentos e detalhe sobre a informação que vos endereço.»

– DE DIREITO

4. A única questão que importa apreciar, na perspetiva do direito, relaciona-se com a verificação ou não de fundamentos que sustentem o procedimento de ajuste direto, com base em critérios materiais, tendo por base o artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea i) do CCP.
5. Analisemos, pois, o que dispõe a norma legal:

**«Artigo 24.º
Escolha do ajuste direto para a formação de quaisquer
contratos**

1 - Qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode adotar-se o ajuste direto quando:

(...)

e) *As prestações que constituem o objeto do contrato só possam ser confiadas a uma determinada entidade por uma das seguintes razões:*

i) *O objeto do procedimento seja a criação ou aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico;*

(...)>

6. O ordenamento jurídico nacional deve conformar-se com o direito europeu dos contratos públicos que, na expressão da Diretiva n.º 2014/24/UE, dispõe no considerando 50 o seguinte:

“Tendo em conta os efeitos prejudiciais sobre a concorrência, o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso¹ só deverá ser utilizado em circunstâncias muito excecionais. Esta exceção deverá limitar-se aos casos em que a publicação não seja possível, por razões de extrema urgência devido a acontecimentos imprevisíveis ou não imputáveis à autoridade adjudicante, ou em que desde o início seja evidente que a publicação não fomentará mais concorrência nem melhores resultados do concurso, nomeadamente por só existir, objetivamente, um operador económico capaz de executar o contrato. É este o caso das obras de arte, em que a identidade do artista determina intrinsecamente o carácter e o valor únicos do próprio objeto artístico. A exclusividade pode também ter outros fundamentos, mas só em situações de exclusividade objetiva se pode justificar o recurso ao procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso, caso a situação de exclusividade não tenha sido criada pela própria autoridade adjudicante com vista ao futuro concurso.”

7. Tal considerando traduz a “*mens legislatoris*”, o pensamento, a vontade do legislador europeu, que depois é concretizada no artigo 32.º, n.º 2, al. b) da Diretiva:

“2-O procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso pode ser utilizado para contratos de empreitada de obras públicas, contratos públicos de fornecimento e contratos públicos de serviços, em qualquer dos seguintes casos:

b) *Quando as obras, os produtos ou os serviços só puderem ser fornecidos por um determinado operador económico, por uma das seguintes razões:*

i) *o objetivo do concurso é a criação ou a aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico únicos;*

¹ Procedimento que corresponde, na legislação nacional, ao procedimento de ajuste direto.

(...)"

8. Com relevo para o caso em análise, destaca-se ainda o disposto no artigo 18.º, n.º 1, da citada Diretiva, segundo o qual «*As autoridades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação e atuam de forma transparente e proporcionada*» e que «*Os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos*».
9. Da leitura dos preceitos constantes dos artigos 24.º do CCP e 32.º da Diretiva podemos constatar que existem dois requisitos fundamentais na aplicação da norma aos casos concretos:
 - i. As prestações do contrato só possam ser confiadas a uma entidade ou operador económico;
 - ii. Esteja em causa a criação ou aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico.
10. Como se pode atestar pela análise da matéria de facto, o MPV fundamentou a adoção do ajuste direto ao caso concreto, invocando precisamente o facto de, no seu entender, a elaboração do projeto de arquitetura do “Fórum Cultural Eça de Queirós” apenas poder ser confiada ao Arquiteto Siza Vieira, por estar em causa a conceção de uma obra de arte:

«(...) 6. Neste contexto, e nesta lógica, impõe-se que o projeto de arquitetura do FÓRUM CULTURAL EÇA DE QUEIRÓS seja, ele mesmo, concebido numa lógica de Obra de Arte, muito mais do que como peça de arquitetura.

(...)

Eça de Queirós exige, obviamente, um arquiteto ao seu nível. Alguém cujo prestígio no domínio da Arte de Arquitetura confira à obra a dignidade, a importância e um valor arquitetónico insuperável.

8. Álvaro Joaquim Melo Siza Vieira é, inquestionavelmente, o arquiteto que melhor garante o pleno cumprimento dos objetivos que, no plano artístico, se integram na estratégia cultural e no modelo de desenvolvimento que o município vem implementando na cidade.»

11. Porém, o próprio MPV ao assumir tal enquadramento jurídico na decisão de abertura do procedimento de ajuste direto, não deixou, no entanto, de expor, de forma expressa, as fragilidades de tal argumentação:

«O valor estimado dos honorários a pagar ao arq. Siza Vieira - como adiante se mencionará – será substancialmente superior ao limite, previsto no Código dos Contratos Públicos, dentro do qual é lícito o recurso ao ajuste direto em função do valor do contrato.

Por outro lado, no Código dos Contratos Públicos os trabalhos de conceção no domínio da arquitetura, no que concerne ao procedimento atinente à sua contratação, são tratados de forma autónoma – nos artigos 219.º-A e seguintes (concurso de conceção).

Por isso, atento o objeto do contrato a celebrar (e, também, o seu valor estimado), a seguir, sem mais considerações, o disposto nas normas constantes dos citados artigos, estaria o Município obrigado a lançar mão de um dos procedimentos concorrenciais neles previstos (concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação).

(...)

Deste modo, e uma vez que - repita-se - o Município pretende, antes de mais, criar e construir uma obra de arte, cremos existirem fundamentos para que seja adotado o ajuste direto, por critérios materiais.

Ajuste direto que, naturalmente, só visará a elaboração do projeto de arquitetura - a contratação dos demais projetos deverá, obviamente, ser precedida de procedimentos concorrenciais.

Temos consciência de que o entendimento subjacente à argumentação vinda de aduzir não é líquido.

Mas também temos o "conforto" de saber que a eficácia do contrato a celebrar ficará subordinada à condição de o mesmo ser visado (ou objeto de declaração de conformidade) pelo Tribunal de Contas.» (destacado nosso).

12. A questão principal reside, assim, em saber se a elaboração de um projeto de arquitetura pode ser considerada uma obra de arte para efeitos de aplicação da legislação europeia e nacional que rege os contratos públicos.
13. Do ponto de vista jurisprudencial a questão não é nova, uma vez que o Tribunal de Contas já se pronunciou sobre a matéria em diversos acórdãos. A saber: Acórdão n.º 9/2010-1.ª S/SS, de 9 de março, mantido pelo Acórdão n.º 24/2010-1.ª S/PL, de 14 de setembro, Acórdão n.º 3/2017-1.ª S/SS, de 4 de abril, e Acórdão n.º 10/2018-1.ª S/SS, de 9 de fevereiro.
14. E em todos eles tem sido unânime o entendimento de que, não obstante a arquitetura seja, de acordo com o senso comum, uma forma de expressão artística, já na perspetiva do direito da contratação pública ela merece um tratamento distinto, pelas razões que a seguir serão expostas.
15. É que não podemos perder de vista que o princípio *alfa* da contratação pública é o princípio da concorrência, traduzido, consequentemente, na norma-regra de que os procedimentos aquisitivos devem ser abertos ao mercado, princípio que não pode ser desgarrado dos princípios que visam o tratamento igualitário e não discriminatório dos operadores económicos bem patentes no já mencionado artigo 18.º da Diretiva n.º 2014/24/UE.
16. Donde decorre que a derrogação desse princípio-regra de abertura à concorrência apenas pode ocorrer em casos muito excecionais, nomeadamente quando as prestações contratuais em causa apenas possam ser confiadas a uma certa entidade, por uma razão objetiva e concreta, tal como a mencionada no artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea i) do CCP.
17. Tal como resulta do Acórdão n.º 9/2010, do Tribunal de Contas, a aplicação dessas normas – devido ao seu carácter de exceção / derrogação da norma geral- deve ser feita de uma forma muito restritiva:

«A observância do princípio da concorrência é pois luz a ter em conta na interpretação e aplicação das normas da contratação pública, em particular daquelas que, com ratio legis específico, parecem constituir exceção à sua observação. E deve ser tido particularmente em conta ainda quando se trata de

preencher conceitos de conteúdo indeterminado ou de exercer poderes discricionários. Em todas estas situações deve privilegiar-se soluções interpretativas restritivas».

18. Por outro lado, a invocação dessa norma, cuja fundamentação está a cargo da entidade que a invoca – a entidade adjudicante –, é sindicável pelas instâncias jurisdicionais, a quem competirá aquilatar da sua conformidade com a Constituição e com a lei.
19. E é precisamente nesse plano da vinculação do intérprete à norma que, em linha com a mencionada jurisprudência, não podemos deixar de concordar com o entendimento de que *«ainda que seja defensável que os trabalhos de arquitetura possam ser considerados no “domínio artístico”, a lei ao consagrar expressamente os trabalhos de arquitetura que envolvam conceção, como sendo objeto de concursos de conceção, está claramente a dispor que, em princípio, é por essa via que se deve desenrolar o processo de formação de contratos que tenham tal objeto e não por ajuste direto».*

E também que «Ainda que na ordem social “arquitetura” possa ser considerado um “domínio artístico”, no Código dos Contratos Públicos são realidades diferentes. No caso, não colhe pois a argumentação de que a arquitetura também é uma “arte”. É que, sendo-o, o legislador, para efeitos de contratação pública, deu-lhe um tratamento diferente.»

20. A prova de que, sendo uma forma de expressão estética ou artística, a arquitetura não pode ser tratada, para efeitos de contratação pública, da mesma forma que outras manifestações artísticas puras (tal como a pintura ou a escultura, por exemplo), é que a arquitetura é uma profissão regulamentada, encontrando-se sujeita a um quadro normativo próprio (Lei n.º 31/2009, de 3 de julho, alterada pela Lei n.º 40/2015, de 1 de junho²), segundo o qual, o acesso à profissão é reservado a quem detenha certas qualificações (arquiteto) e a própria atividade de conceção de projetos de arquitetura não é livre – como nas outras manifestações artísticas –

² Que estabelece a qualificação profissional dos técnicos para autoria e coordenação de projeto, direção de obra e de fiscalização de obra e condução de certos trabalhos especializados.

estando pois sujeita a um regime jurídico da elaboração de projetos (estabelecido na citada lei e densificado na Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de julho³).

21. Por outro lado, tal como se pode ler no artigo 43.º da Lei n.º 9/2009, de 4 de março⁴, a formação do arquiteto compreende vários domínios que lhe permite dispor de competências diversas que não se confinam ao plano artístico ou estético:

- a) *Capacidade para conceber projetos de arquitetura que satisfaçam exigências estéticas e técnicas;*
- b) *Conhecimento adequado da história e das teorias da arquitetura, bem como das artes, tecnologias e ciências humanas conexas;*
- c) *Conhecimento das belas-artes e da sua influência sobre a qualidade da conceção arquitetónica;*
- d) *Conhecimentos adequados de urbanismo, ordenamento e competências relacionadas com o processo de ordenamento;*
- e) *Capacidade de apreender as relações entre, por um lado, o homem e os edifícios e, por outro, entre os edifícios e o seu ambiente, bem como a necessidade de relacionar os edifícios e os espaços entre eles em função das necessidades e da escala humanas;*
- f) *Compreensão da profissão de arquiteto e do seu papel na sociedade, nomeadamente, elaborando projetos que tomem em consideração os fatores sociais;*
- g) *Conhecimento dos métodos de investigação e de preparação do caderno de encargos do projeto;*
- h) *Conhecimento dos problemas de conceção estrutural, de construção e de engenharia civil relacionados com a conceção dos edifícios;*
- i) *Conhecimento adequado dos problemas físicos e das tecnologias, bem como da função dos edifícios, no sentido de os dotar de todos os elementos de conforto interior e de protecção climatérica;*
- j) *Capacidade técnica que permita conceber construções que satisfaçam as exigências dos utentes, dentro dos limites impostos pelo custo e pelas regulamentações da construção;*

³ Que aprova o conteúdo obrigatório do programa e do projeto de execução, bem como os procedimentos e normas a adotar na elaboração e faseamento de projetos de obras públicas, designados «Instruções para a elaboração de projetos de obras», e a classificação de obras por categorias.

⁴ Que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2005/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de setembro – Diretiva referente às profissões regulamentadas.

k) Conhecimento adequado das indústrias, organizações, regulamentações e procedimentos implicados na concretização dos projetos em construção e na integração dos planos na planificação geral.

22. Sendo a profissão de arquiteto uma profissão regulamentada, quer no plano da autoria dos projetos, quer no das fases da sua conceção, facilmente se percebe que não existe aqui uma total liberdade de criação artística, ao contrário do que sucede, por exemplo, com a pintura ou a escultura, uma vez que o projeto de arquitetura, para além do seu plano meramente estético, tem de responder a questões do domínio técnico da construção (nomeadamente estrutural, com impacto na segurança de pessoas e bens), do urbanismo e do ordenamento do território, do respeito pelo meio ambiente, do consumo energético, entre outros, para os quais existem quadros normativos específicos a cumprir.
23. A elaboração de projetos de arquitetura deve, pois, seguir o regime regra do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação previstos no artigo 16.º, n.º 1, als. c) e d) do CCP, ao qual poderão concorrer todos os que manifestem interesse para tal e desde que detenham as qualificações necessárias (formação em arquitetura e anos de experiência em função da tipologia e complexidade dos projetos).
24. Esse é também o entendimento da própria Ordem dos Arquitectos, que podemos encontrar expresso, por exemplo, no Parecer que emitiu a propósito da proposta de Código dos Contratos Públicos, em 2007⁵:
- «A Ordem dos Arquitectos e as suas predecessoras, Associação dos Arquitectos Portugueses e Sindicato Nacional dos Arquitectos, acumularam já cinquenta anos de experiência no domínio do concursamento em Arquitectura, quer como entidade observadora/certificadora, quer como organizadora, quer mesmo como promotora. Vale a pena sobre este assunto recordar resumidamente o enquadramento histórico apresentado no parecer da Ordem relativo ao Anteprojecto do Novo Código dos Contratos Públicos, de Junho de 2006.*
- O concursamento na Arquitectura é já antigo. O seu propósito tem variado entre a procura da obra perfeita, da solução simbólica ideal, da solução económica ideal ou apenas de ideias. Embora a maior parte dos concursos tenha visado a construção de edifícios***

⁵ Disponível no sítio da internet da Ordem dos Arquitectos (www.arquitectos.pt).

públicos, e por isso com enorme exposição e debate público, alguns exemplos de concursos de carácter privado têm também servido para debate, tais como o concurso lançado em 1922 para a sede do Chicago Tribune ou o concurso lançado em 1979 para a sede do Hongkong and Shanghai Bank.

Esta prática de realização de concursos é muito mais antiga, e regular, do que pode à primeira vista parecer. Em Inglaterra e durante o reinado da Rainha Vitória, em alguns anos chegaram a ter lugar mais de 100 concursos.

Desde a escolha por referendo em 448 AC pelos cidadãos de Atenas do Memorial da Guerra após as Guerras com a Pérsia; passando pelo concurso para as soluções e processos de construção da grande cúpula de Santa Maria dei Fiore, em Florença; até ao concurso apoiado pela União Internacional dos Arquitectos para a Ópera de Sydney, candidato finalista no recente evento das novas sete maravilhas do mundo, são inúmeros os casos de concurso de concepção que têm obtido resultados notáveis sobre todos os aspectos.

Durante o século XX a figura do concurso torna-se também usual como meio de encontrar a melhor solução para os diversos problemas da habitação comum. Ainda durante o séc. XIX, a revista Plumber and Sanitary Engineer organizou um concurso para uma habitação modelo para famílias numerosas em Nova York. O projecto vencedor seria aquele que combinasse as melhores condições de salubridade e conforto com o máximo de lucro para o construtor.

Em Portugal são também muitos os casos de obras cujo projecto foi seleccionado por concurso. Um dos casos menos conhecidos é o da famosa ponte Luís I no Porto, cujo projecto foi seleccionado por concurso. Os casos mais conhecidos são talvez a sede da Fundação Calouste Gulbenkian, o Centro Cultural de Belém, ou a mais recente Casa da Música.» (destacado nosso)

25. Em alternativa, quando se pretenda valorizar a vertente estética do projeto, mais do que qualquer outra, as entidades adjudicantes podem lançar mão do concurso de concepção, regulado nos artigos 219.ºA e seguintes do CCP, através do qual, sob a regra do anonimato, poderá ser escolhida a melhor proposta, ao nível do programa base, sem a influência eventualmente resultante do conhecimento antecipado do seu autor.
26. Por constituir uma forte restrição do princípio da concorrência, o ajuste direto para a elaboração de projetos de arquitetura apenas será legalmente possível quando o valor contratual seja inferior a 20.000€ (artigo 20.º, n.º 1, alínea d) do CCP).

27. Será ainda possível o recurso excecional ao ajuste direto por critério material, nomeadamente, ao abrigo do disposto no artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea iii) do CCP, quando esteja em causa a protecção de direitos de autor (por exemplo, a atribuição por ajuste direto da prestação de serviços de alteração de um projeto de arquitetura no âmbito de uma intervenção de reabilitação urbana), o que não é o caso.
28. Pelo que antecede, a intenção de adjudicação do projeto de arquitetura com natureza *intuitus personae* ao Arq Siza Vieira não encontra fundamento legal, pois não são válidos os argumentos utilizados pelo MPV para justificar que a elaboração do projeto de conceção do “Fórum Cultural Eça de Queirós” apenas pode ser confiada ao referido arquiteto.
29. É que, sem pôr em causa o elevado prestígio nacional e internacional do Arquitecto Álvaro Siza Vieira, a verdade é que existem no mercado da arquitetura outros arquitetos, de grande prestígio e notoriedade, a quem poderia igualmente ser confiada a prestação contratual em causa, escolhidos naturalmente no âmbito de um procedimento de natureza concorrencial.
30. Não sendo aplicável no caso concreto a invocada norma do artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea i) do CCP, conforme é nosso entendimento e da mencionada jurisprudência do Tribunal de Contas, foram igualmente violados os princípios da igualdade de tratamento dos operadores económicos e da não discriminação dos mesmos.
31. Acresce que a escolha de uma única entidade a convidar – para além do impacto direto na (restrição da) concorrência⁶ - produziu ainda um outro efeito nefasto na fixação do preço base do procedimento, uma vez que este foi determinado *tout court* pelo único concorrente convidado, conforme melhor se explanou no §k) (resposta à questão 2), o que é censurável por representar a total ausência de espírito crítico por parte da entidade adjudicante, aspeto que seria obviamente ultrapassado em caso de procedimento concursal (em que existiriam várias

⁶ Que motivou, aliás, uma exposição de um arquiteto que se considerou eventualmente lesado pelo facto de tal procedimento não ter sido aberto à concorrência.

propostas de preço para comparar) ou, pelo menos, caso tivesse existido uma consulta informal ao mercado com vista à formação do preço base.

- 32.** A atuação do MPV neste caso – concretamente, a escolha de um único concorrente a convidar e a aceitação, sem mais, do preço proposto por este – poderia traduzir um comportamento aceitável quando está em causa a utilização de dinheiros privados, mas é totalmente questionável no domínio da gestão pública.
- 33.** É que o poder discricionário da entidade adjudicante se esgotou na opção política e gestionária de conceber e construir o “Fórum Cultural Eça de Queirós”. Já a escolha dos procedimentos aquisitivos e a formação dos respetivos preços base não são escolhas livres ou discricionárias, mas sim vinculadas à lei, devendo ser especialmente fundamentadas, para que não restem dúvidas de que se optou, dentro dos limites da lei, pelo melhor caminho para prosseguir o interesse público.
- 34.** Consequentemente, ao invés de lançar mão de um procedimento de natureza concursal, nos termos do CCP, o MPV adotou o 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 do respetivo contrato, por preterição total do procedimento que seria exigido no caso concreto.
- 35.** A nulidade suprarreferida constitui fundamento legal para recusa de visto ao contrato em questão, nos termos previstos na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
- 36.** Por outro lado, a preterição do procedimento pré-contratual legalmente devido, traduzida na adoção ilegal de procedimento com convite a uma única entidade, 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 do referido contrato.

III – DECISÃO

Pelos fundamentos supra indicados, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em subsecção da 1.^a Secção, em decidir recusar o visto ao contrato identificado no §1. deste acórdão.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (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).

Lisboa, 3 de setembro de 2019

Os Juízes Conselheiros,

(Fernando Oliveira Silva, Relator)

(Mário Mendes Serrano)

(Alziro Antunes Cardoso)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,
