

ACÓRDÃO N.º 33/2010 - 12.Out.2010 - 1ª S/SS

(Processo n.º 831/2010)

DESCRITORES: Contrato de Prestação de Serviços / Prémio por Antecipação de Conclusão de Obra / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. Salvo quando a natureza do contrato ou a lei não o permitam, o contraente público pode atribuir ao co-contratante, prémios por cumprimento antecipado das prestações objecto do contrato (cfr. art.º 301.º do Código dos Contratos Públicos).
2. A estipulação, no Caderno de Encargos da atribuição ao adjudicatário de um prémio de 10% do preço contratual com o intuito de incentivar a minimização dos erros e das omissões, de forma a obter, uma melhor qualidade do projecto não tem fundamento legal, uma vez que apenas é possível a atribuição de prémios por cumprimento antecipado das prestações objecto do contrato.
3. A desconformidade dos contratos com as leis em vigor, que implique ilegalidade que altere ou possa alterar o resultado financeiro do contrato, constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do art.º 44.º, n.º 3. al. c) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, fundamento de recusa de visto.

Conselheiro Relator: António M. Santos Soares



Não transitado em julgado

ACÓRDÃO N°33/10 - 12.OUT. 2010/1ª S/SS

Proc. n° 831/2010

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

I – RELATÓRIO

A **Administração Regional de Saúde do Norte, IP (ARSN)** remeteu, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de prestação de serviços celebrado em 17 de Junho de 2010, com o consórcio formado pelas empresas “**Fase – Estudos e Projectos, SA**” e “**Aidhos Arquitec SA**”, pelo valor de € 893.800,00 acrescido de IVA, tendo por objecto a “**Prestação de Serviços de Estudos e Projectos do Hospital de Fafe**””.

II – MATÉRIA DE FACTO

Para além do referido acima, relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão por assentes:

A) Pelo Despacho n° 19/2009, de 24 de Abril de 2009, o Secretário de Estado Adjunto e da Saúde autorizou a abertura de um concurso



público internacional para a elaboração do projecto para o novo Hospital de Fafe;

- B) O contrato supra referido foi precedido de um concurso limitado por prévia qualificação, cujo anúncio de abertura foi publicado no *Diário da República*, 2ª série, de 4 de Junho de 2009 e no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)* de 5 de Junho do mesmo ano;
- C) Ao concurso apresentaram-se 14 concorrentes, tendo sido todos admitidos;
- D) Em 27 de Outubro de 2009, o júri do procedimento elaborou o Relatório Final da fase de apresentação de candidaturas e qualificação dos candidatos, tendo proposto a exclusão de dois concorrentes e verificado o cumprimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, por parte dos restantes;
- E) O artigo 13º do Programa de Concurso estabelece os requisitos mínimos de capacidade técnica para os técnicos apresentados pelos concorrentes, nas suas candidaturas;
- F) O artigo 14º, nº1, do mesmo Programa de Concurso, define que os candidatos devem cumprir a condição mínima de capacidade financeira exigida no nº2, do artigo 165º do Código dos Contratos Públicos (CCP);
- G) O critério de adjudicação previsto no artigo 18º do Programa de Concurso e no Anexo X a este Programa, contempla a ponderação dos seguintes factores e subfactores:

1. Solução Técnica

1.1. Arquitectura

1.1.1. Organização Funcional – 0.15

1.1.2. Inter-relações funcionais dos serviços – 0.12



- 1.1.3. Flexibilidade de reorganização funcional, reconversão do espaço interior e de expansão – 0.07
- 1.1.4. Integração na envolvente – 0.07
- 1.1.5. Concepção arquitectónica – 0.07
- 1.2. Condições de manutenção – 0.05
- 1.3. Concepção dos espaços exteriores – 0.08
- 1.4. Instalações técnicas especiais e gestão técnica centralizada – 0.18
- 1.5. Fundações e estrutura – 0.11
- 1.6. Estudo de segurança integrada – 0.07
- 2. Metodologia de controlo da qualidade – 0.03**

H) O artigo 4º, nº1, do Caderno de Encargos (CE), estabelece que a prestação de serviços de estudos e projecto abrange os seguintes trabalhos:

- a) A elaboração do projecto, nos termos do caderno de encargos e das instruções para a elaboração de projectos de obras, incluindo os serviços previstos nas alíneas b), c), d) e f) do artigo 10º da Portaria nº 701-H/2008, de 29 de Julho;
- b) A elaboração da prospecção geológica e geotécnica detalhada e do estudo geotécnico;
- c) Os serviços da área de segurança e saúde na fase do projecto;
- d) O desenvolvimento do estudo de incidências ambientais;
- e) A gestão e concretização de todos os processos de licenciamento do projecto;

I) O artigo 4º, nº2, do CE, estipula que o projecto deve ser desenvolvido de acordo com as seguintes fases:

- a) Estudo prévio;
- b) Anteprojecto;
- c) Projecto de execução;



d) Assistência técnica e assistência técnica especial prevista na alínea a), do nº1, do artigo 4º;

J) O prazo global para a realização dos serviços objecto do contrato, excepto os serviços de assistência técnica, é de 42 semanas, contado a partir da data da assinatura do contrato;

K) O artigo 10º, do CE, sob a epígrafe “Prémios”, estabelece o seguinte:

“No caso de a obra da EMPREITADA ser executada e após a recepção provisória da obra, a entidade adjudicante deve pagar ao adjudicatário um prémio de 10% do preço contratual se se verificarem cumulativamente as seguintes condições:

a) Se não se verificar qualquer das situações de incumprimento de obrigações emergentes do contrato referidas no Artigo 20º;

b) Se o preço atribuído, acrescido do preço atribuído aos erros e omissões durante o concurso da EMPREITADA, acrescido do preço atribuído aos erros e omissões durante o contrato de EMPREITADA, não exceder a 2% do preço contratual da empreitada.”.

L) Por deliberação do Conselho Directivo da ARSN, de 13 de Maio de 2010, foi adjudicada ao consórcio formado pelas empresas “Fase – Estudos e Projectos, SA” e “Aidhos, Arquitect, SA”, a *Prestação de Serviços de Estudos e Projecto do Hospital de Fafe*;

M) O contrato, ora submetido a fiscalização prévia, contém um artigo 6º, sob a epígrafe de “Forma de pagamento” que, no seu nº1, estabelece que o preço contratual é pago, após a aprovação dos serviços objecto do contrato, por parte da entidade adjudicante, na percentagem indicada no quadro seguinte:



| Alínea | Serviço prestado | Pagamento |
|--------|---|-------------------------|
| a) | Cronograma de trabalhos, conforme alínea a) do nº8 do Artigo 2º | 10% do preço contratual |
| b) | Versão definitiva do estudo prévio, conforme alínea a) do nº2 do Artigo 2º Versão definitiva do relatório de estudo geotécnico, conforme alínea b) do nº1 do Artigo 2º | 20% do preço contratual |
| c) | Versão definitiva do anteprojecto, conforme alínea b) do nº2 do Artigo 2º | 25% do preço contratual |
| d) | Versão definitiva do projecto de execução, conforme alínea c) do nº2 do Artigo 2º | 35% do preço contratual |
| e) | 1ª Fase da assistência técnica, conforme alínea a) do nº4 do Artigo 2º | 2% do preço contratual |
| f) | 2ª Fase da assistência técnica, conforme alínea b) do nº4 do Artigo 2º | 8% do preço contratual |

N) O contrato aqui em causa, no seu artigo 8º, (sob a epígrafe “Prémios”) estabelece o seguinte:

“No caso de a obra da EMPREITADA ser executada e após a recepção provisória da obra, a entidade adjudicatária deve pagar ao adjudicatário um prémio de 10% do preço contratual se se verificarem cumulativamente as seguintes condições:

- a) Se não se verificar qualquer das situações de incumprimento de obrigações emergentes do contrato referidas no Artigo 9º;*
- b) Se o preço atribuído aos erros e omissões durante o concurso da EMPREITADA, acrescido do preço atribuído aos erros e omissões durante o contrato de EMPREITADA, não exceder a 2% do preço contratual da empreitada.”*

O) Questionada a ARSN, acerca do fundamento legal da atribuição dos prémios mencionados na alínea anterior, veio a mesma entidade referir, em síntese, o seguinte:



“... O contrato prevê no seu art. 8º que, após a recepção provisória da obra, a entidade adjudicante deve pagar ao adjudicatário um prémio de 10% do preço contratual se se verificarem cumulativamente as seguintes condições:

- Não se verificar qualquer das situações de incumprimento de obrigações emergentes do contrato referidas no Artigo 20º do caderno de Encargos;
- O preço atribuído aos erros e às omissões durante o concurso da empreitada, acrescido do preço atribuído aos erros e às omissões durante o contrato da empreitada, não exceder a 2% do preço contratual da empreitada.

O prémio descrito tem como intuito incentivar a minimização dos erros e das omissões por parte do adjudicatário (responsável pela elaboração do projecto de execução), ou seja, uma melhor qualidade do projecto de execução. Esta solução justifica-se pelos benefícios que irão decorrer de se minimizarem os erros e omissões, em várias vertentes da gestão do empreendimento, nomeadamente:

- No procedimento pré-contratual da empreitada, induzindo uma redução dos erros e das omissões apresentados nas listas previstas no n.º 1 do artigo 61º do CCP e consequentemente uma minimização dos próprios erros da sua análise com vista à pronúncia prevista no n.º 5 do mesmo artigo;
 - Na execução da empreitada, induzindo uma minimização de erros e omissões adicionais que podem induzir:
 - A negociação de preços das omissões durante a obra, em situação desfavorável para o dono da obra com vista à obtenção de preços competitivos, induzindo assim custos potencialmente muito mais elevados para o dono da obra;
 - Atrasos na obra e acréscimos de custos na sua execução pelos quais o empreiteiro exigirá ressarcimento, na situação em que diversos erros foram apresentados pelos concorrentes em fase de formação do contrato não tendo sido aceites pela entidade adjudicante mas o deveriam ter sido, sendo gravosa a sua gestão em fase da obra;
 - Na gestão da garantia da obra e na qualidade da obra, no caso de erros e omissões não terem sido identificados, podendo induzir custos elevados de manutenção associados a má qualidade da obra.

Deste modo, um projecto de execução com menos erros e omissões traduz-se numa clara poupança nas fases posteriores do empreendimento, que se revela francamente superior quando comparada como valor do prémio. Com efeito, enquanto o valor do prémio corresponde a 10% do preço do contrato de aquisição dos serviços de elaboração do projecto de execução (ou seja, cerca de 0,5% do preço contratual da empreitada), a poupança estimada da adopção deste tipo de medida pode, pelos motivos expostos, atingir valores superiores a 5% do preço contratual da empreitada, nas situações em que é identificado um elevado número de erros e omissões durante a obra e após a sua execução.



Assim sendo, o prémio adoptado no contrato é uma medida de mitigação do risco associado à incerteza inerente aos erros do projecto de execução, com claros benefícios financeiros na grande maioria dos casos face à alternativa de não incentivar a redução dos erros e omissões do projecto de execução....”.

III – O DIREITO

1. Suscita-se, neste processo, a questão da *legalidade da atribuição de um prémio ao adjudicatário*, nas circunstâncias previstas no artigo 10º do Caderno de Encargos (vide a matéria de facto dada por assente na alínea **K**) do probatório) e no artigo 8º do Contrato submetido a fiscalização prévia (vide a factualidade dada por assente alínea **N**) do probatório).

2. Vejamos, então, o tratamento a dar a esta questão, começando por fazer uma breve excursão histórica sobre a evolução do regime legal da atribuição de prémios, no âmbito da contratação pública, e, mais especificamente, no âmbito da prestação de serviços e das empreitadas de obras públicas.

2. 1. No que concerne à atribuição de prémios, no âmbito de *contratos de prestação de serviços*, nem o DL nº 211/79 de 12 de Julho, nem o DL nº 24/92 de 25 de Fevereiro, nem o DL nº 55/95 de 29 de Março, nem, ainda, o DL nº 197/99 de 8 de Junho continham qualquer disposição que sustentasse a possibilidade de atribuição de prémios aos adjudicatários de tais contratos.

2. 2. De modo diverso, no domínio dos *contratos de empreitada de obras públicas*, já o DL nº 36 917, de 16 de Julho de 1948, permitia, em casos muito especiais, - reconhecidos como tal por despacho do Ministro das Obras Públicas - que os cadernos de encargos estabelecessem a possibilidade de atribuição de prémios por antecipação dos prazos fixados para a conclusão dos trabalhos.



Tribunal de Contas

Por seu turno, o DL n° 48 871, de 19 de Fevereiro de 1969, permitia, igualmente, a atribuição de prémios por antecipação dos prazos estabelecidos para a conclusão dos trabalhos.

Na senda desta legislação, igualmente o DL n° 235/86 de 18 de Agosto, no seu artigo 63°, n°1, estabelecia que, *em casos especiais*, no caderno de encargos se podia prever a concessão de prémios pecuniários ao empreiteiro, por antecipação dos prazos estabelecidos para a execução dos trabalhos, contanto que, em conjunto, não excedessem 10% do valor da obra, sendo que tais prémios seriam pagos depois da recepção provisória (artigo 210°, n°5, do mesmo diploma legal).

Ao DL n° 235/86 de 18 de Agosto, sucedeu o DL n° 405/93 de 10 de Dezembro, que, no seu artigo 61°, n°3, também estipulava que o caderno de encargos podia prever, em *casos especiais*, a atribuição ao empreiteiro de prémios pecuniários, pela *qualidade invulgar da execução da obra*, ou por *antecipação dos prazos* estabelecidos para a execução dos trabalhos.

Porém, fixava para tais prémios, em qualquer dos casos, um montante máximo de 20% do valor da obra.

O DL n° 405/93 de 10 de Dezembro veio, por seu turno, a ser revogado pelo DL n° 59/99 de 2 de Março, o qual veio estabelecer um novo regime jurídico do contrato de empreitada de obras públicas.

Analisando este diploma legal, verifica-se que, no seu artigo 64° (normativo correspondente ao artigo 61°, n°3 do DL n° 405/93), foi suprimido o número que possibilitava a atribuição dos aludidos prémios.

A intenção do legislador foi, claramente, a de os suprimir, como resulta, sem margem para dúvidas, do ponto 5.4 do caderno de encargos tipo, em Anexo à Portaria n° 104/2001 de 21 de Fevereiro, onde se pode ler: “*Prémios – em caso algum haverá lugar à atribuição de prémios*”.



Nessas circunstâncias, importa sublinhar que, também ANDRADE DA SILVA,¹ defendia que, com a redacção do artigo 64º do DL nº 59/99, de 2 de Março, o dono da obra não tinha “base legal” para a concessão dos referidos prémios.

É certo que o artigo 233º, do DL nº 59/99 de 2 de Março, sob a epígrafe “*Liquidação das multas e prémios*”, dispunha, no seu nº5, sobre o prazo de pagamento do prémio relativo à conclusão antecipada da obra.

Porém, como sustentava ANDRADE DA SILVA,² e como se referiu no Acórdão nº 44/02, de 2 de Maio de 2002, da 1ª Secção, deste Tribunal, em subsecção,³ o artigo 233º corresponde “*ipsis verbis*” ao artigo 214º do DL nº 405/93 de 10 de Dezembro, não se tendo atendido ao facto de, na altura, não ser já possível a concessão de prémios ao empreiteiro.⁴

3. O DL nº 59/99, de 2 de Março, veio a ser revogado pelo DL nº 18/2008, de 29 de Janeiro, diploma este que aprovou o Código dos Contratos Públicos (CCP), actualmente em vigor.⁵

O artigo 97º, do Código dos Contratos Públicos (CCP), sob a epígrafe “*Preço contratual*”, no seu nº1, define o *preço contratual* como sendo “*o preço a pagar, pela entidade adjudicante, em resultado da proposta adjudicada, pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato*”.

¹ In “*Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*”, 6ª edição, Coimbra, 2000, pág. 171.

² In ob. cit., pág. 545.

³ In Proc. nº 639/2002.

⁴ SÉRVULO CORREIA e BERNARDO AYALA, ao contrário, entendiam que se mantinha a possibilidade legal da concessão destes prémios e até sem a limitação do seu montante a 20% do valor da obra (Vide “*Obras Públicas – Do Pagamento do Prémio por Antecipação da Empreitada*”, ed. Azeredo Perdigão-Advogados, 2001, pág. 79).

⁵ De assinalar que o Código dos Contratos Públicos, além de ter sido objecto de rectificações efectuadas pela Declaração de Rectificação nº 18-A/2008, publicada no Suplemento ao *Diário da República*, 1ª série, de 28 de Março de 2008, sofreu as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei nº 59/2008 de 11 de Setembro, pelo DL nº 278/2009 de 2 de Outubro e pela Lei nº 3/2010.



Por seu lado, a alínea c), do nº3, deste artigo 97º, estabelece que não está incluído no preço contratual o acréscimo de preço a pagar em resultado de “*prémios por antecipação do cumprimento das prestações objecto do contrato*”.

Ora, sobre a matéria da atribuição de prémios, há que observar o que dispõe o artigo 301º, do CCP, o qual, sob a epígrafe “*Prémios por cumprimento antecipado*”, estabelece o seguinte:

Artigo 301º

Prémios por cumprimento antecipado

1 – Salvo quando a natureza do contrato ou a lei não o permitam, o contraente público pode atribuir ao co-contratante, prémios por cumprimento antecipado das prestações objecto do contrato.

2 – A possibilidade de atribuição dos prémios a que se refere o número anterior, as condições da sua atribuição e o respectivo valor, devem constar do contrato.

Este preceito, ao arrepio da legislação imediatamente anterior, veio, pois, estabelecer um princípio de livre estipulação contratual, no que concerne à atribuição de prémios por optimização do prazo fixado para a execução do contrato, salientando-se, até, que não se define um montante máximo para tais prémios, deixando-se essa definição para o dono da obra, numa clara afirmação da autonomia da vontade contratual.⁶

Por outro lado, não se prevê aqui a possibilidade de atribuição de outros prémios, designadamente com fundamento em invulgar qualidade do objecto da prestação, - como se admitia no domínio do DL nº 405/93 de 10 de Dezembro – ou quando a lei, ou a natureza do contrato, o não permitirem.

⁶ Neste sentido, veja-se ANDRADE DA SILVA, in “*Código dos Contratos Públicos, Comentado e Anotado*”, 2008, ed. Almedina, pág. 674.



4. No caso que ora nos ocupa, colhe-se, quer do Caderno de Encargos, quer do texto do contrato, (vide a matéria de facto dada por assente nas alíneas **K)** e **N)** do probatório), que se atribui, ao adjudicatário, um *prémio* de 10% do preço contratual, quando se verificarem, cumulativamente, as seguintes condições:

- a) Se não se verificar qualquer das situações de incumprimento de obrigações emergentes do contrato referidas no artigo 9º;
- b) Se o preço atribuído aos erros e omissões durante o concurso de empreitada, acrescido do preço atribuído aos erros e omissões durante o contrato de empreitada, não exceder a 2% do preço contratual da empreitada.

Tendo em conta os dispositivos legais atrás mencionados, verifica-se que não tem qualquer fundamento legal a atribuição do prémio previsto no artigo 8º do contrato aqui em causa, como não tem fundamento legal a sua previsão no artigo 10º do caderno de encargos.

Quando questionada sobre a legalidade da atribuição do citado prémio, a ARSN, depois de invocar o artigo 42º, nº1, do CCP, veio referir que o mesmo tem por intuito incentivar a minimização dos erros e das omissões por parte do adjudicatário, responsável pelo projecto de execução, e, assim, obter uma melhor qualidade deste projecto.

Deste modo, segundo a ARSN, este prémio “justifica-se pelos benefícios que irão decorrer de se minimizarem os erros e omissões, em várias vertentes da gestão do empreendimento”.

Ora, como é evidente, as razões aduzidas pela ARSN não colhem:

Em primeiro lugar, porque o artigo 42º, nº1, do CCP, apenas refere que o caderno de encargos é a peça do procedimento que contém as cláusulas a incluir no contrato a celebrar.

Assim, nenhum fundamento estabelece para que o caderno de encargos contenha a previsão do aludido prémio.



Tribunal de Contas

Em segundo lugar, apenas é possível a atribuição de prémios por cumprimento antecipado das prestações objecto do contrato, nas condições estipuladas no artigo 301º do CCP, o que não é o caso aqui em apreço.

Para além disso, e, finalmente, não se entende como deve ser premiado aquilo que deve constituir uma obrigação do projectista: elaborar o projecto, que deve subjazer a uma obra, de forma rigorosa e em conformidade com as regras técnicas vigentes, desse modo contribuindo para não virem a ocorrer erros e omissões, bem como trabalhos a mais.

No fundo, com este prémio, vai ser compensado o adjudicatário por aquilo que é uma obrigação que lhe advém da celebração de um contrato que ele deve rigorosamente cumprir.

Por outro lado, não pode deixar de se ter em conta que a atribuição de um prémio é algo que se vai reflectir no preço do contrato, agravando-o.

Constitui, assim, como que um suplemento do preço do contrato.⁷

No Direito Privado, e, especificamente, no âmbito da contratação privada, a concessão de prémios compreende-se tendo em conta a garantia da liberdade contratual, como expressão da autonomia privada e da livre iniciativa económica.

No Direito Público a situação é diferente: o princípio da legalidade ou da juridicidade, postula a natureza cogente ou imperativa das normas jurídicas administrativas e das normas que regem a contratação pública, em particular.

Assim, ao estabelecer-se, no contrato, a possibilidade de conceder ao adjudicatário um prémio que a lei não autoriza, nem prevê, verifica-se a existência de uma ilegalidade susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato.

⁷ Sobre a atribuição de prémios no âmbito das empreitadas de obras públicas, veja-se MARCELO CAETANO, *“Pagamento de prémios por antecipação da conclusão de obras”* in *“Estudos de Direito Administrativo”*, Lisboa, 1974, págs. 406 e seg..



Tribunal de Contas

A desconformidade dos contratos com as leis em vigor, que implique ilegalidade que altere ou possa altera o respectivo resultado financeiro, constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do artigo 44º, nº3, al. c) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

A expressão económica do prémio e a forte probabilidade de o mesmo poder vir a ser atribuído – para o que basta o escrupuloso cumprimento do contrato por parte do adjudicatário – são circunstâncias que podem acarretar uma efectiva alteração (com agravamento) do resultado financeiro do contrato e que não consentem o uso da faculdade prevista no nº4, do artigo 44º, da citada Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

IV – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em subsecção, em recusar o visto ao contrato em apreço.

São devidos emolumentos (artigo 5º, nº3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas anexo ao DL nº 66/96 de 31 de Maio).

Lisboa, 12 de Outubro de 2010.

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares, relator)



Tribunal de Contas

(Helena Abreu Lopes)

(Alberto Fernandes Brás)

Fui presente,
O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)