



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 17/2016 – SRATC

Processo n.º 91/2016

Sessão ordinária – 30/11/2016

1. O procedimento de formação do contrato de aquisição de bens – concurso público com publicidade internacional – decorreu ao abrigo do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, que aprovou o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores (RJCPRAA).
2. Está fora da competência legislativa própria da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores legislar sobre o regime de aquisição de bens e, assim, o artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA, ao estatuir amplamente sobre a contratação pública, na parte em que abrange os contratos de aquisição de bens, enferma de inconstitucionalidade orgânica, por violação das disposições conjugadas dos artigos 112.º, n.ºs 4 e 8, e 227.º, n.º 1, alíneas *a)* e *x)*, ambos da Constituição da República Portuguesa.
3. Por conseguinte, decide-se recusar a aplicação do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA, quando invocado em concurso público de aquisição de bens, por enfermar de inconstitucionalidade orgânica.
4. Procedendo à aplicação do Código dos Contratos Públicos e do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho, na redação dada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 15/2009/A, de 6 de agosto, reprimado por força do artigo 282.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, nada obsta, porém, a que se conceda o visto.

AQUISIÇÃO DE BENS – INCONSTITUCIONALIDADE – ESTATUTO-POLITICO ADMINISTRATIVO – FISCALIZAÇÃO PRÉVIA – PUBLICAÇÃO DE CONCURSO

Conselheiro Relator: António Francisco Martins



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 17/2016 – SRATC

Processo n.º 91/2016

I – Relatório

1. Foi presente, para fiscalização prévia da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, o contrato de *aquisição de vinte e quatro viaturas de patrulhamento auto com caracterização policial*, celebrado em 06-10-2016, entre o Fundo Regional de Transportes Terrestres, I.P.R.A., e a Auto-Elgê, L.^{da}, pelo preço de 383 276,64 euros, acrescido do IVA.
2. Suscitaram-se, porém, dúvidas quanto ao regime aplicável ao procedimento de formação do contrato.

II – Fundamentação fáctica

3. Para além dos factos referidos no ponto 1., relevam, ainda, os seguintes:
 - 3.1. Por deliberação do Conselho Diretivo do Fundo Regional de Transportes Terrestres, I.P.R.A., de 09-03-2016, foi solicitada autorização ao Secretário Regional do Turismo e Transportes para proceder à «aquisição de meios de patrulhamento auto, que se destinam a ser posteriormente cedidos à Polícia de Segurança Pública», mediante realização de «Concurso Público, com publicidade internacional, nos termos da alínea b) do artigo 20.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, que aprova o regime jurídico dos contratos públicos na Região Autónoma dos Açores».
 - 3.2. Por despacho do Secretário Regional do Turismo e Transportes, de 21-03-2016, precedido de despacho favorável do Vice-Presidente do Governo, de 16-03-2016, foi autorizada a aquisição, nos termos propostos.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 17/2016 – SRATC (Processo n.º 91/2016)

- 3.3. O anúncio do concurso foi publicado no *Diário da República*, II série, n.º 66, de 05-04-2016, no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, II série, n.º 68, de 07-04-2016, e no *Jornal Oficial da União Europeia* (2016/S 069-119936), de 08-04-2016.
- 3.4. Por deliberação do Conselho Diretivo do Fundo Regional de Transportes Terrestres, I.P.R.A., de 08-08-2016, foi adjudicada a aquisição das viaturas.
- 3.5. Em sede de devolução do processo para diligências complementares, foram, entre outros aspetos, solicitados esclarecimentos sobre a validade do procedimento de formação do contrato, ao abrigo do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, considerando que¹:
- O contrato tem por objeto a aquisição de bens móveis;
 - O diploma transpõe, parcialmente, e para o ordenamento jurídico regional, a Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos;
 - Em conformidade com o artigo 40.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores (EPARAA) e artigos 112.º, n.ºs 4 e 8, e 227.º, n.º 1, alíneas *a*) e *x*), parte final, ambos da Constituição da República Portuguesa, a competência legislativa da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores para transpor os atos jurídicos da União Europeia para o território da Região é restrita às «matérias de competência legislativa própria»;
 - As matérias de competência legislativa própria estão elencadas, taxativamente, *ex vi* artigo 37.º, n.º 2, do EPARAA, na subsecção II deste diploma, e delas não consta, como resulta do confronto com o estatuído nos artigos 49.º a 67.º do EPARAA, competência para legislar sobre a aquisição de bens.
- 3.6. A resposta a esta questão², dada a sua extensão, encontra-se reproduzida no Anexo à presente Decisão, aí se concluindo que «não subsiste qualquer dúvida de que o **Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A foi aprovado respeitando o limite positivo do poder regional que respeita à exigência de esse poder incidir sobre matérias que estejam enunciadas no EPARAA**».

*

¹ Ofício n.º 476-UAT I/FP, de 14-10-2016

² Ofício n.º 660/2016, de 14-11-2016.



III – Fundamentação jurídica

4. Como emerge da matéria de facto dada por assente:

- Está em causa a aquisição de bens;
- Foi escolhido o concurso público, com publicidade internacional;
- O procedimento decorreu ao abrigo do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro.

5. O Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, que aprovou o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores (doravante, RJCPRAA), transpõe parcialmente a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro.

6. Tratando-se de uma aquisição de bens, coloca-se a questão da conformidade constitucional do RJCPRAA.

Não que esteja em causa a competência legislativa da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores para «Legislar no âmbito regional em matérias enunciadas no respectivo estatuto político-administrativo e que não estejam reservadas aos órgãos de soberania»³ e, nessa medida, «transpor os actos jurídicos da União Europeia para o território da Região»⁴, na forma de «decreto legislativo regional»⁵.

Mas deve sublinhar-se que tal competência para transpor os atos jurídicos da União Europeia para o território da região, é restrita às «matérias de competência legislativa própria»⁶.

Como assertivamente sublinha Carlos Blanco de Moraes «Estamos perante uma competência legislativa regional de recorte puramente habilitante que permite às regiões transpor diretivas, mas não garante a transposição regional de todas as

³ Cfr. artigo 227.º, n.º 1, alínea *a*), da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP).

⁴ Cfr. artigo 40.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores (doravante, EPARAA), aprovado pela Lei n.º 39/80 de 5 de agosto, na redação atualmente vigente, na sequência da última alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 2/2009, de 12 de janeiro, e artigo 227.º, n.º 1, alínea *x*), da CRP.

⁵ Cfr. artigo 112.º, n.º 8, da CRP.

⁶ Cfr. artigo 40.º do EPARAA



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 17/2016 – SRATC (Processo n.º 91/2016)

diretivas sujeitas a transposição na ordem jurídica portuguesa. Trata-se, assim, de um poder que necessariamente se articula e depende da morfologia das restantes competências legislativas regionais»⁷.

Nesta medida, ao estabelecer-se que no RJCPRAA se «define a disciplina aplicável à contratação pública»⁸, abrangendo toda a contratação pública, e ao prever-se a aplicabilidade do RJCPRAA «à formação dos contratos públicos na Região Autónoma dos Açores, entendendo-se por tal todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes regionais referidas no artigo seguinte»⁹, abrangendo, assim, a aquisição de bens, cremos que se extravasou tal competência.

Confrontada com a validade do procedimento de formação do contrato, ao abrigo do RJCPRAA, a entidade contratante veio responder e, invocando, além do mais, o artigo 54.º, n.º 2, alíneas *a)* e *c)* do EPARAA, concluir que «é indiscutível que terá de ser reconhecido àquele órgão legislativo [Assembleia Legislativa] a competência para aprovar um regime de contratação pública destinado a ser aplicado na RAA» e que «não subsiste qualquer dúvida de que **o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A foi aprovado respeitando o limite positivo do poder regional que respeita à exigência de esse poder incidir sobre matérias que estejam enunciadas no EPARAA**».

Afigura-se-nos que não assiste razão à entidade contratante, como a seguir se procurará evidenciar.

As «matérias de competência legislativa própria» estão elencadas, taxativamente, *ex vi* artigo 37.º, n.º 2, do EPARAA, na subsecção II deste diploma e delas não consta, como resulta do confronto com o estatuído nos artigos 49.º a 67.º do EPARAA, a competência para legislar sobre o regime jurídico da contratação pública relativo à aquisição de bens.

⁷ *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª edição, págs. 561 e 562.

⁸ *Cfr.* artigo 1.º, n.º 1, do RJCPRAA

⁹ *Cfr.* artigo 1.º, n.º 2, do RJCPRAA.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 17/2016 – SRATC (Processo n.º 91/2016)

A entidade adjudicante veio estribar a competência legislativa em causa, como acima se deixou dito, no artigo 54.º, n.º 2, alíneas *a*) e *c*) do EPARAA. Não pode pois deixar de se assinalar que, curiosamente, o legislador não invocou tal preceito como norma habilitante, mas apenas e tão só, genericamente, os artigos 37.º e 40.º do EPARAA.

Convém rever o elenco de matérias – taxativas como se disse – previstas na subsecção II do EPARAA em que a Assembleia Legislativa tem «competência legislativa própria», que passam por: «Organização política e administrativa da Região» (artigo 49.º), «Poder tributário próprio e adaptação do sistema fiscal» (artigo 50.º), «Autonomia patrimonial» (artigo 51.º), «Política agrícola» (artigo 52.º), «Pescas, mar e recursos marinhos» (artigo 53.º), «Comércio, indústria e energia» (artigo 54.º), «Turismo» (artigo 55.º), «Infra-estruturas, transportes e comunicações» (artigo 56.º), «Ambiente e ordenamento do território» (artigo 57.º), «Solidariedade e Segurança Social» (artigo 58.º), «Saúde» (artigo 59.º), «Família e migrações» (artigo 60.º), «Trabalho e formação profissional» (artigo 61.º), «Educação e juventude» (artigo 62.º), «Cultura e comunicação social» (artigo 63.º), «Investigação e inovação tecnológica» (artigo 64.º), «Desporto» (artigo 65.º), «Segurança pública e protecção civil» (artigo 66.º), englobando-se no artigo 67.º um leque de «outras matérias», também taxativamente previstas nas diversas alíneas deste preceito.

Pretender ver no invocado artigo 54.º do EPARAA e na referência que aí é feita ao «funcionamento dos mercados regionais e da actividade económica» [n.º 2, alínea *a*)] e à «promoção da concorrência» [n.º 2, alínea *c*)], a norma habilitante, como a entidade contratante fez na resposta é, a nosso ver, ir longe demais na interpretação do preceito, como norma habilitante.

Com efeito, como resulta da definição do seu objeto e âmbito, com o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, pretendeu-se, além do mais, a transposição parcial da Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro e a definição ou o estabelecimento do regime jurídico aplicável à contratação pública (*cfr.* n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º do RJCPRAA).

Ora, a definição e o estabelecimento do regime jurídico aplicável à contratação pública não têm por base, aquilo que é/pode/ou deve ser a legislação sobre o «funcionamento



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 17/2016 – SRATC (Processo n.º 91/2016)

dos mercados regionais» ou da «actividade económica», numa perspetiva regional, sendo que é para isso que aponta, a nosso ver, a previsão de competência legislativa da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 54.º ao enunciar aí a «actividade económica».

Assim como, a «promoção da concorrência», prevista na alínea *c*) do n.º 2 do artigo 54.º, citado, não é amparo suficiente para nela estribar a competência legislativa de definição e estabelecimento de todo um regime jurídico aplicável à contratação pública. Pese embora a concorrência seja um valor basilar da contratação pública, esta engloba todo um conjunto de outros princípios e regras, que lhe são essenciais e nucleares, pelo que não pode reduzir-se àquela alínea a norma habilitante do RJCPRAA.

Aliás, afigura-se-nos antes que, pelas boas regras de interpretação, *maxime* a interpretação teleológica, a competência legislativa prevista no artigo 54.º, n.ºs 1 e 2, alínea *c*), do EPARAA, é a que visa, no âmbito da atividade respeitante ao comércio, indústria e energia, a promoção da concorrência no âmbito regional, e não a promoção da concorrência no regime jurídico da contratação pública.

Nesta medida, não temos dúvidas em concluir que o invocado artigo 54.º, n.º 2, alíneas *a*) e *c*), do EPARAA, não é norma habilitante adequada que permita à Assembleia Legislativa legislar sobre o regime ou a regulação normativa da contratação pública de fornecimento/aquisição de bens, que é a contratação pública que está em causa no presente procedimento.

Por outro lado, ao contrário do invocado no preâmbulo do RJCPRAA, as normas habilitantes, do «n.º 1 do artigo 37.º e do artigo 40.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores», também não conferem, por si só, efetivamente, competência à Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores para legislar sobre todo o regime jurídico da contratação pública¹⁰, nomeadamente, no que ao caso interessa, sobre a aquisição de bens.

¹⁰ Convém deixar claro que, em anteriores decisões desta SRATC, não tem sido suscitada a questão de inconstitucionalidade orgânica do RJCPRAA, por terem estado em causa procedimentos de contratação pública de adjudicação de empreitadas de obras públicas.

Tal atitude teve por fundamento a interpretação de que o artigo 56.º do EPARAA, conferindo competência à Assembleia Legislativa para legislar em «matérias de infra-estruturas, transportes e comunicações» (n.º 1),



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 17/2016 – SRATC (Processo n.º 91/2016)

7. Nesta medida, não pode deixar de se concluir que está fora da competência legislativa própria da ALRAA legislar sobre o regime jurídico da contratação pública de fornecimento/aquisição de bens e, assim, o artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA, ao estatuir amplamente sobre a contratação pública, na parte em que abrange os contratos de aquisição de bens, enferma de inconstitucionalidade orgânica, por violação das disposições conjugadas dos artigos 112.º, n.ºs 4 e 8, e 227.º, n.º 1, alíneas *a)* e *x)*, ambos da Constituição da República Portuguesa.

No sentido de que a inconstitucionalidade orgânica consiste na «infracção das normas de competência» se pronunciam Gomes Canotilho e Vital Moreira¹¹.

Por sua vez, analisando a «taxatividade da enumeração constitucional e estatutária dos poderes legislativos das regiões», na sequência da revisão constitucional de 2004, Carlos Blanco de Moraes¹² tende a concluir que «será organicamente inconstitucional um ato legislativo das regiões que incida sobre uma matéria que, fora dos domínios respeitantes às alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 do art.º 227.º da CRP, não seja previamente definida como de âmbito regional no estatuto».

8. Perante esta realidade, ou seja, a ALRAA extravasou a sua competência legislativa própria, impõe-se a este Tribunal recusar a aplicação do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, quando invocado e aplicado em concurso público de aquisição de bens, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 3.º, n.º 3, 277.º, n.º 1, e 204.º, todos da CRP.

9. Em consequência, deve o presente concurso público de aquisição de bens reger-se pela legislação anterior, nomeadamente o Código dos Contratos Públicos (doravante CCP) e o Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho¹³, alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 15/2009/A, de 6 de agosto, que aprovou regras especiais de contratação pública na Região Autónoma dos Açores, uma vez que este se

abrangendo nomeadamente «o regime de empreitadas e obras públicas» (alínea *b)* do n.º 2), era norma habilitante suficiente.

¹¹ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, Coimbra Editora, 4.ª edição revista, pág. 910.

¹² *Obra citada*, pág. 530.

¹³ Diploma que foi revogado pelo artigo 103.º, alínea *d)*, do RJCPRAA.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 17/2016 – SRATC (Processo n.º 91/2016)

deve considerar reprimado, quando estejam em causa contratos públicos que tenham por objeto a aquisição de bens, como é o caso, por força do artigo 282.º, n.º 1, da CRP.

No sentido de que «a inconstitucionalidade provoca a invalidade da norma em causa» e que «a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc* (a norma não produz efeitos desde a origem) e eficácia reprimatória (repondo em vigor as normas que tenham sido revogadas pela norma declarada inconstitucional)», não só para o caso «de declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral (art.º 282.º-1, *in fine*)» mas também «para o juízo concreto de inconstitucionalidade, facultando ao tribunal a aplicação da eventual norma anterior, em vez da norma julgada inconstitucional» se pronunciam Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁴.

- 10.** Assim, analisando os procedimentos levados a cabo, *in casu*, ao abrigo do RJCPRAA, em relação ao qual é de recusar a aplicabilidade do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, por inconstitucionalidade, constata-se que todos eles são iguais aos previstos no CCP e Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho¹⁵. Nesta medida, deve concluir-se que o concurso foi decidido por quem tinha competência para tal, o anúncio foi publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, no *Diário da República*, no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores* e o procedimento respeitou os demais formalismos legais (*cf.*, entre outros, artigos 20.º, n.º 1, alínea *b*), 36.º, 130.º, 131.º e 465.º, todos do CCP, e artigo 6.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho).

Nestes termos, não se vislumbra qualquer fundamento para recusar o visto, em face do estatuído no artigo 44.º da LOPTC.

¹⁴ Obra citada, págs. 915 a 917.

¹⁵ Não se procure vislumbrar qualquer contradição entre a recusa de aplicação do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA, ora justificada e a validade e aplicabilidade deste Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, a que ora se faz apelo.

Com efeito, quanto a este último diploma legal, é de salientar que foi emitido invocando-se como norma habilitante a alínea *c*) do n.º 1 do artigo 31.º do EPARAA, na versão resultante da segunda alteração ao EPARAA, introduzida pela Lei n.º 61/98, de 27 de agosto, nos termos da qual era competência legislativa da Assembleia Legislativa Regional dos Açores, «Legislar, com respeito pelos princípios fundamentais das leis gerais da República, em matérias de interesse específico para a Região que não estejam reservadas à competência própria dos órgãos de soberania».

Assim à luz de tal norma habilitante nenhuma questão de inconstitucionalidade é de equacionar, como nunca foi, nos diversos procedimentos de contratação em que foi invocado o Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 17/2016 – SRATC (Processo n.º 91/2016)

11. Em conclusão e, em resumo, conclui-se que é de recusar a aplicabilidade do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA, quando invocado e aplicado em concurso público de aquisição de bens, por o mesmo enfermar de inconstitucionalidade – inconstitucionalidade orgânica.
12. Outrossim, procedendo à aplicação do CCP e do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho, na redação dada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 15/2009/A, de 6 de agosto, ao contrato público de aquisição de bens em causa nos autos, conclui-se que nada obsta a que se conceda o visto.

IV – Decisão

Assim, o Juiz da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em sessão ordinária, ouvidos o Ministério Público e os Assessores, decide, com os fundamentos expostos:

- Recusar a aplicação do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA, quando invocado em concurso público de aquisição de bens, por enfermar de vício de inconstitucionalidade orgânica.
- Conceder o visto ao contrato em referência.

Emolumentos: 383,28 euros.

Após as notificações, divulgue-se na Internet.



Tribunal de Contas
Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 17/2016 – SRATC (*Processo n.º 91/2016*)

Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em 30 de novembro de 2016.

O Juiz Conselheiro

Os Assessores

Fui presente
O Representante do Ministério Público



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES
SECRETARIA REGIONAL DO TURISMO E TRANSPORTES
FUNDO REGIONAL DOS TRANSPORTES TERRESTRES, IPRA

TRIBUNAL DE CONTAS
Secção Regional dos Açores
Serviço de Apoio

14 NOV. 2016

ENTRADA
N.º 2200

À UATJ
S
14/11/16

Exm.º Senhor
Subdiretor-Geral da Secção Regional dos Açores
do Tribunal de Contas
Rua Ernesto do Canto, n.º 34
9504-526 Ponta Delgada

Vossa referência	Nossa referência	Data
476-UAT I/FP, de 14-10-2016 Proc. Fisc. Prévia n.º 091/2016	660/2016	2016/11/14

ASSUNTO: Aquisição de vinte e quatro viaturas patrulhamento auto com caracterização policial, as quais se destinam a ser posteriormente cedidas pelo contraente público à Polícia de Segurança Pública (PSP), no âmbito do acordo n.º 1/2016

1

Relativamente ao assunto em epígrafe e em resposta ao solicitado por V. Exa. no ofício ref.ª 476-UAT I/FP, vimos prestar os esclarecimentos e a remeter os elementos complementares solicitados, a saber:

§ **Esclarecimentos:**

1. Para responder à primeira questão colocada pelo Tribunal – “[a] validade do procedimento de formação do contrato, ao abrigo do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro (...)” – importa começar por esclarecer em que moldes o quadro normativo vigente regula a competência das Regiões Autónomas para a transposição de atos jurídicos da União Europeia.

Atualmente, a Constituição, no seu artigo 227.º, n.º 1, alínea x), determina, de forma inequívoca, que estas pessoas coletivas territoriais têm o direito de participar no processo de construção europeia, seja mediante a “representação nas respetivas instituições regionais [como

n
HM



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES
SECRETARIA REGIONAL DO TURISMO E TRANSPORTES
FUNDO REGIONAL DOS TRANSPORTES TERRESTRES, IPRA

o Comité das Regiões] e nas delegações envolvidas em processos de decisão na União Europeia”, seja através da faculdade de “*transpor atos jurídicos da União, nos termos do artigo 112.º*”.

O artigo 112.º vem estabelecer, no seu n.º 8, que a transposição pelas Regiões Autónomas dos atos da ordem jurídica da União Europeia deve ser feita através da forma de decreto legislativo regional, “*nos termos do disposto no n.º 4*”. Este n.º 4 regula a forma de exercício da competência legislativa pelas Regiões, prevendo, em consonância com o previsto na alínea a), do n.º 1 do artigo 227.º, que tais entes podem emitir decretos legislativos regionais sempre que estes atos incidam sobre matérias que (i) estejam enunciadas no estatuto político-administrativo da região, (ii) tenham âmbito regional e (iii) cuja regulação não esteja reservada a outros órgãos de soberania.

Verifica-se, portanto, que, por via da remissão do n.º 8 para o n.º 4 do artigo 112.º, a transposição de atos jurídicos da União pelas Regiões Autónomas está sujeita aos *requisitos gerais do exercício do poder legislativo regional*¹. Tais requisitos determinam que os diplomas legislativos regionais “*não pode[m] versar sobre matérias reservadas à competência dos órgãos de soberania (limite negativo) e só pode[m] regular matérias que tenham âmbito regional e versem sobre as matérias enunciadas no estatuto político-administrativo (limite positivo)*”²

2

Ora, no seu pedido de esclarecimentos, o Tribunal parece questionar a verificação de um desses requisitos no que respeita ao ato de transposição da Diretiva 2014/24/UE, através do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A.

Com efeito, ao alegar que, entre as matérias de competência legislativa própria que estão definidas no Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores (EPARAA) não se encontra a “*competência para legislar sobre a aquisição de bens*”, o Tribunal parece pôr em causa o cumprimento, no caso em apreço, do *limite positivo* do poder

¹ Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, Coimbra, 2007, p. 370.

² Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., p. 660.

in

HH



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES
SECRETARIA REGIONAL DO TURISMO E TRANSPORTES
FUNDO REGIONAL DOS TRANSPORTES TERRESTRES, IPRA

legislativo regional que respeita à exigência de esse poder *incidir sobre matérias que estejam enunciadas naquele Estatuto Político-Administrativo.*

Contudo, com o devido respeito, que é muito, inexistente fundamento para sustentar esta posição, pelas razões que se invocam em seguida.

Efetivamente, no elenco de matérias que compõem o raio de ação legiferante da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores (ALRAA) – constante dos artigos 49.º a 67.º do EPARAA – **existe, indiscutivelmente, suporte para a aprovação de um diploma legislativo com o alcance do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A.**

Desde logo, o EPARAA prevê, entre as matérias que integram o âmbito dos poderes legislativos regionais, a **competência da ALRAA para emanar legislação sobre “o funcionamento dos mercados regionais e da atividade económica” e “a promoção da concorrência”** (cfr. artigo 54.º, n.º 2, alínea a) e c)). Ora, **estas são finalidades que estão na génese do regime jurídico de contratação pública**, tal como ele foi concebido no Direito Europeu e consta das diretivas europeias sobre a formação de contratos públicos (entre as quais a Diretiva 2014/24/EU, que o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A pretende transpor).

3

É sabido que a União Europeia tem como um dos seus objetivos primordiais, proclamado no artigo 3.º do Tratado da União Europeia, a construção de “*uma economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social*” (n.º 3). Para a prossecução de tal objetivo, quer as instituições da União, quer os Estados-membros estão vinculados a adotar uma política económica que esteja “*de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência*” (cfr. artigo 119.º, n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia).

Nas bases fundadoras do projeto europeu está, de facto, a ideia de que a projeção no mercado das diferentes e autónomas iniciativas privadas, num clima de concorrência,

h
HM



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES
SECRETARIA REGIONAL DO TURISMO E TRANSPORTES
FUNDO REGIONAL DOS TRANSPORTES TERRESTRES, IPRA

constitui a forma mais adequada de racionalização económica, porquanto permitirá, pela oferta diversificada e competitiva, o progresso económico e social em benefício dos consumidores e dos cidadãos.

Um dos domínios fundamentais em que o Direito Europeu considerou importante proteger e promover a concorrência foi o do mercado dos contratos celebrados por entidades públicas, seja pelo peso económico desses contratos – que representam anualmente praticamente 20% do PIB da União Europeia –, seja porque em certos setores – como na defesa, na segurança pública ou nas grandes obras infraestruturais – essas entidades se assumem como as únicas clientes no mercado. É neste quadro que surge a regulação normativa da contratação pública ao nível europeu, a qual “*visa, por isso, em primeira linha remover os «obstáculos» que se colocam a que a concorrência nos contratos públicos seja o mais próximo possível da concorrência perfeita*”³.

O objetivo de assegurar uma *concorrência leal e efetiva* no mercado dos contratos públicos está, de resto, plasmado em toda a legislação europeia da contratação pública, desde as originárias diretivas comunitárias sobre contratos públicos (cfr., os considerandos da Diretiva 71/305/CEE, do Conselho, de 26 de julho de 1971 e da Diretiva 77/62/CEE, do Conselho, de 21 de dezembro de 1976, que se referiam ao objetivo de “*assegurar o desenvolvimento de uma concorrência efetiva no âmbito dos contratos públicos*”) à atual Diretiva 2014/24/EU, que justifica a necessidade de existirem disposições normativas europeias que coordenem os procedimentos nacionais de contratação pública com a necessidade de “*garantir que os contratos públicos sejam abertos à concorrência*” (cfr. considerando n.º 1).

A incindível ligação entre a promoção da concorrência e os regimes – europeus e nacionais – de contratação pública é, de facto, uma realidade absolutamente incontestável: ainda que usando expressões distintas, todos convergem no sentido de que o valor da

³ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, Lisboa, 2013, p. 372.



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES
SECRETARIA REGIONAL DO TURISMO E TRANSPORTES
FUNDO REGIONAL DOS TRANSPORTES TERRESTRES, IPRA

concorrência “*é um elemento central e prioritário do sistema de normas [da contratação pública]*”⁴. De facto, pode afirmar-se sem margem para dúvidas que “*é no respeito pela concorrência e simultaneamente na sua promoção que assenta hoje o valor nuclear dos procedimentos adjudicatários: é a ela (a concorrência) que estes se dirigem e é no aproveitamento das respetivas potencialidades que se baseia o seu lançamento*”⁵.

No nosso ordenamento jurídico, a instrumentalidade da legislação da contratação pública – e dos procedimentos adjudicatórios nela contemplados – à promoção da concorrência está de tal modo vinculada que o Código dos Contratos Públicos – e também o DLR 27/2015/A – consagra uma regra segundo a qual o regime procedimental nele previsto não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes “*cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação*” (cfr. artigo 5.º, n.º 1, do CCP e artigo 6.º, n.º 1, do DLR 27/2015/A). De facto, se um contrato integra prestações que não podem ser submetidas à concorrência de mercado torna-se desnecessária a adoção de um procedimento pré-contratual, justamente porque “*a razão de ser primária da existência dos procedimentos de contratação pública – assentes todos eles (com exceção de algumas modalidades de ajuste direto) na permissão de acesso ilimitado ou, pelo menos, de acesso de vários opositores – é exatamente essa, a de fazer funcionar a concorrência*”⁶.

5

Os procedimentos de contratação pública, por estarem vocacionados para a promoção da concorrência, asseguram, desde logo, um *interesse objetivo* tutelado pelo ordenamento jurídico: o tendencial incremento do grau de satisfação do interesse público. Com efeito, a criação de competição entre os diversos interessados em contratar permite que a

⁴ Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. I, 2012, p. 495.

⁵ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, in *Estudos Contratação Pública*, vol. I, Coimbra, 2008, p. 67.

⁶ Cfr. CARLOS CADILHA/ANTÓNIO CADILHA, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, Lisboa, 2013, p. 45.

R

MM



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES
SECRETARIA REGIONAL DO TURISMO E TRANSPORTES
FUNDO REGIONAL DOS TRANSPORTES TERRESTRES, IPRA

Administração obtenha os meios para selecionar a proposta que melhor satisfaça as necessidades de interesse geral visadas com a decisão de contratar. Ao suscitar a concorrência, a Administração aumenta as possibilidades de encontrar um bom contratante e as condições contratuais mais adequadas: quanto maior e melhor número de pessoas e empresas se interessarem pela celebração de um contrato público e, para tanto, concorrerem umas com as outras, oferecendo as contrapartidas necessárias para superarem as que presumivelmente os seus opositores são capazes de oferecer, maior será a probabilidade de a Administração obter a melhor oferta contratual possível.

Mas a adoção de procedimentos concorrenciais na contratação pública não protege apenas o interesse público visado pela celebração do contrato, assegurando também a tutela das *posições subjetivas* dos particulares que se interessam por contratar com a Administração, uma vez que garante o mais amplo acesso a esses procedimentos. Ora, nesta perspetiva, a promoção da concorrência promovida pelo direito da contratação pública está intimamente ligada com o fim de assegurar o *normal funcionamento do mercado*⁷.

O mercado é o processo pelo qual os agentes económicos, na sequência de escolhas livres, trocam bens e serviços de que dispõem por outros de que não dispõem, procurando melhorar a sua posição de partida⁸. Ao Estado e aos entes públicos infra-estaduais cabe a tarefa – que assume até dignidade constitucional (cfr. artigo 81.º, alínea f), da Constituição) – de promover o funcionamento *eficiente* do mercado. Ora, para esse efeito, a regulação da contratação pública é, inquestionavelmente, um instrumento muitíssimo relevante: na verdade, uma estrutura de mercado em que as entidades que exercem uma atividade económica, independentemente da sua natureza, situação geográfica ou financeira, competem entre si em condições de igualdade utilizando os seus recursos técnicos, humanos e materiais (e apenas estes), é uma estrutura que “*seleccionando as empresas mais capazes, logra orientar a produção para os setores suscetíveis de garantir uma melhor*

6

⁷ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos (Direito Administrativo Geral, tomo III, Lisboa, 2008, p. 75.*

⁸ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos cit.*, p. 371.

M

MM



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES
SECRETARIA REGIONAL DO TURISMO E TRANSPORTES
FUNDO REGIONAL DOS TRANSPORTES TERRESTRES, IPRA

satisfação das necessidades dos consumidores e, ao mesmo tempo, a mais eficiente afetação dos recursos económicos disponíveis”⁹.

As regras de contratação pública – e a sua implementação – não se limitam a procurar defender o mercado como ordem normal das trocas económicas: elas visam torná-lo mais eficiente, no pressuposto – assumido seja pelos Tratados Europeus, seja pela nossa Constituição – que do seu adequado funcionamento decorre uma ordem económica e social mais justa.

Em face do exposto, é indiscutível que, na nossa ordem jurídica, **o regime da formação dos contratos públicos está umbilicalmente ligado à preservação e promoção da concorrência e é um instrumento privilegiado para fomentar o funcionamento adequado do mercado.**

Ora, prevendo o EPARAA que a Assembleia Legislativa Regional tem competência para emanar legislação que incida sobre “*o funcionamento dos mercados regionais e da atividade económica*” e sobre “*a promoção da concorrência*” (cfr. artigo 54.º, n.º 2, alíneas a) e c)), **é indiscutível que terá de ser reconhecido àquele órgão legislativo a competência para aprovar um regime de contratação pública destinado a ser aplicado na RAA.**

7

Admitir que esta Região estava impedida de aprovar legislação respeitante à regulação dos procedimentos tendentes à formação de contratos públicos, adaptando-a às especificidades regionais, seria privá-la de um instrumento fundamental para promover a concorrência e regular o funcionamento do mercado regional, privação essa que seria ilegítima uma vez que o legislador estatutário conferiu aos órgãos regionais o poder para aprovarem todos os atos legislativos que se revelem necessários ou convenientes para a prossecução desses fins.

Assim, com o devido respeito, não se pode concordar com a ideia – que transparece do pedido de esclarecimentos do Tribunal – de que no elenco das competências legislativas

⁹ Cfr. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, Coimbra, 5.ª ed., p. 486.

R

MM



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES

SECRETARIA REGIONAL DO TURISMO E TRANSPORTES

FUNDO REGIONAL DOS TRANSPORTES TERRESTRES, IPRA

próprias da Região constante do seu Estatuto Político-Administrativo não se integra a competência para legislar sobre o procedimento de formação de contratos públicos – em particular, do contrato de aquisição de bens. **Tal competência existe efetivamente, estando contemplada no artigo 54.º, n.º 2, alíneas a) e c) do EPARAA.**

A esta conclusão não obsta o argumento, que é avançado no pedido de esclarecimentos, segundo o qual a circunstância do EPARAA prever expressamente a competência da Região para legislar sobre o “*regime de empreitadas e obras públicas*” (cfr. artigo 56.º, n.º 2, alínea b)) e, ao invés, não conter qualquer referência expressa à competência para legislar sobre o *regime de aquisição de bens*, seria demonstrativa de que esta matéria não se integra na esfera de ação legiferante regional.

Com efeito, tal argumento assenta no pressuposto de que o legislador do EPARAA, ao referir-se especificamente à competência para a aprovação de um “*regime de empreitadas e obras públicas*”, teve a intenção de legitimar intervenções legislativas que se prendam com a formação ou execução deste contrato administrativo, *excluindo* todas as outras (ou seja, pretendeu circunscrever o exercício do poder legislativo regional à regulação do regime procedimental e substantivo de um – e apenas de um – específico tipo de contrato administrativo).

Ora, não é essa, manifestamente, a razão que explica a referência ao contrato de empreitada de obras públicas contida no artigo 56.º, n.º 2, alínea b). Ou seja, como tantas vezes ensina a doutrina, o recurso a uma argumentação *a contrario* é demasiado redutor e, frequentemente, como sucede neste caso, não conduz à resposta normativa devida. Na verdade, tal referência justifica-se porque, historicamente, este contrato sempre foi objeto de uma regulamentação legal própria e particularmente detalhada, “*desempenhando uma função normativamente modelar do regime geral do contrato administrativo*”¹⁰.

¹⁰ Cfr. LICÍNIO LOPES, *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Coimbra, 2014, p. 272.



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES

SECRETARIA REGIONAL DO TURISMO E TRANSPORTES

FUNDO REGIONAL DOS TRANSPORTES TERRESTRES, IPRA

Com efeito, os contratos de empreitada de obras públicas, atendendo, por um lado, à sua relevância económica e social ímpar (uma vez que são suscetíveis de atrair grandes investimentos públicos e ocupar mão-de-obra de forma inigualável) e, por outro, à complexidade e diversidade dos problemas que podem ser suscitados na sua execução, desde cedo tiveram um foco especial por parte do legislador. Entre nós, o regime substantivo deste tipo de contratos remonta ao início do séc. XX, mais particularmente ao Decreto de 9 de maio de 1906, que aprovava cláusulas e condições gerais de empreitadas de obras públicas. A este diploma seguiram-se um amplo conjunto de regimes legais – o Decreto-Lei n.º 48.871, de 19 de fevereiro, o Decreto-Lei n.º 232/80, de 16 de julho, o Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de agosto, o Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de dezembro, e o Decreto-Lei n.º 59/99, de 10 de março – que foram regulando um cada vez maior número de aspetos da execução contratual, tornando este tipo contratual no berço histórico de institutos marcantes do direito dos contratos administrativos, como a modificação dos contratos ou o princípio do equilíbrio económico-financeiro.

De facto, em Portugal – tal como, de resto, em todos os países com um sistema contratual administrativo de raiz francesa –, o contrato de empreitada é o contrato administrativo que, historicamente, tem merecido uma “*mais extensa e densa regulamentação, constituindo a base e o modelo normativo de diversos outros contratos*”¹¹. Isso mesmo é explícito, atualmente, no Código dos Contratos Públicos, em que o regime substantivo do contrato de empreitada de obras públicas é, de longe, o mais densificado, sendo aplicável à regulação de outros tipos contratuais, seja por remissão, como sucede com o contrato de aquisição de bens (cfr. artigo 438.º), com o contrato de locação de bens móveis (cfr. artigo 432.º) ou com a execução de obras necessárias à realização do objeto das concessões de obra pública (cfr. artigo 426.º), seja pelo recurso a figuras que são decalcadas do regime do contrato de empreitada (como sucede, no contrato de aquisição de serviços, com o regime dos *serviços a mais*, que é replicado do dos *trabalhos a mais* – cfr. artigo 454.º).

9

¹¹ Cfr. LICÍNIO LOPES, *Empreitada de obras públicas cit.*, p. 323.

r

HM



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES
SECRETARIA REGIONAL DO TURISMO E TRANSPORTES
FUNDO REGIONAL DOS TRANSPORTES TERRESTRES, IPRA

É neste quadro que deve ser compreendida a referência autónoma ao “*regime de empreitadas e obras públicas*”, que consta do artigo 56.º, n.º 2, alínea b). Tendo em conta o papel de destaque que o regime do contrato de empreitada sempre assumiu no nosso sistema jurídico – tendo sido este o contrato pioneiro ao nível de um modelo uniforme, sistemático e coerente de execução de contratos administrativos – é perfeitamente compreensível que o legislador estatutário tenha autonomizado a competência legislativa da RAA para a aprovação do regime substantivo deste tipo contratual. Tal referência explícita não significa, de modo algum, que o EPARAA pretenda afastar o exercício de poderes legislativos quanto à regulação da *execução* de outros contratos administrativos, **muito menos podendo ser inferido, a partir de tal referência, que esse legislador pretenda negar a competência da Assembleia Legislativa Regional para disciplinar a formação de outros contratos.**

Em suma, é manifesto que não pode ser dado à expressa previsão da competência da RAA para legislar sobre a aprovação de um “*regime de empreitadas e obras públicas*” um *sentido excludente* da competência dessa Região para disciplinar o procedimento de formação de outros contratos públicos, incluindo o contrato de aquisição de bens: não só a competência para regular esta matéria tem fonte própria e incontestável num outro preceito do EPARAA – o artigo 54.º, n.º 2, alíneas a) e c) –, como aquela expressa previsão se explica exclusivamente pela relevância histórica, económico-social e jurídica do regime do contrato de empreitada de obras públicas – que assume uma função normativamente modelar do regime de outros contratos públicos –, não comportando, de modo algum, esse sentido excludente.

Em conclusão, não subsiste qualquer dúvida de que o **Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A foi aprovado respeitando o limite positivo do poder legislativo regional que respeita à exigência de esse poder incidir sobre matérias que estejam enunciadas no EPARAA.**



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES
SECRETARIA REGIONAL DO TURISMO E TRANSPORTES
FUNDO REGIONAL DOS TRANSPORTES TERRESTRES, IPRA

No que respeita aos **restantes limites da competência legislativa da RAA**, e embora eles não sejam questionados pelo Tribunal no caso em apreço, importa, sucintamente, dar conta de que **também eles foram totalmente cumpridos pela Assembleia Legislativa Regional**.

Quanto ao limite positivo que impõe que a legislação emanada deste órgão se circunscreva ao “*âmbito regional*” (cfr. artigo 122.º, n.º 4 e 227.º, n.º 1, alínea a) da Constituição), o que está em causa é a exigência de que tal legislação tenha a sua eficácia limitada ao território geográfico da região autónoma. Com efeito, o que se pretende com este requisito é que, incidindo a regulação sobre matérias que, em tese, possam “*implicar com atividades ou comportamentos com efeitos extraterritoriais*”, a legislação produzida apenas projete esses efeitos “*nos confins físico-territoriais*” da região autónoma, uma vez que, sendo esta uma entidade jurídica territorial dentro do Estado (cfr. artigo 227.º, n.º 1), ela tem no seu território o limite dos seus poderes¹².

No caso em apreço, não oferece qualquer dúvida que o raio de ação espacial do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A se circunscreve à RAA: com efeito, embora esteja em causa a transposição de uma diretiva europeia – matéria que, em tese, poderia ter efeitos extraterritoriais – a verdade é que resulta desse diploma, de forma clara e expressa, que o regime jurídico da contratação pública aí definido é exclusivamente aplicável “*à formação dos contratos públicos na Região Autónoma dos Açores*” (cfr. artigo 1.º, n.º 2).

Por fim, no que respeita ao *limite negativo* do poder legislativo regional que impede a RAA de produzir legislação sobre matérias reservadas a outros órgãos de soberania (cfr. artigo 122.º, n.º 4 e 227.º, n.º 1, alínea a) da Constituição), é também evidente que, no caso em apreço, ele não é incumprido.

Com efeito, a aprovação de um regime jurídico da contratação pública não se integra entre as matérias sujeitas à reserva absoluta ou relativa de competência da Assembleia da

¹² Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada cit.*, p. 663; no mesmo sentido, cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa cit.*, p. 351.



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES
SECRETARIA REGIONAL DO TURISMO E TRANSPORTES
FUNDO REGIONAL DOS TRANSPORTES TERRESTRES, IPRA

República (cfr. artigos 164.º e 165.º) ou do Governo (cfr. artigo 198.º, n.º 2), estando nós perante um espaço legiferante em que a RAA pode intervir sem pôr em causa a esfera de competência de outros órgãos de soberania.

Em suma, ao emitir o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, aprovando um regime jurídico dos contratos públicos que transpõe (parcialmente) para o ordenamento jurídico regional a Diretiva 2014/24/UE, **a Assembleia Legislativa Regional respeitou todos os limites do exercício do poder legislativo regional, nada havendo a apontar à conformidade de tal diploma legislativo com a Constituição e, por maioria de razão, à validade do procedimento de formação do contrato lançado ao abrigo deste.**