



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 18/2016 – SRATC

Processo n.º 92/2016

Sessão ordinária – 20/12/2016

1. Por força do disposto no artigo 12.º do CCP, a entidade adjudicante – abrangida pelos artigos 2.º, n.º 2, alínea *a*), do CCP, e 2.º, n.º 2, alínea *c*), do RJCPRAA – não era obrigada a adotar qualquer dos procedimentos previstos no n.º 1 do artigo 16.º do CCP.
2. Tendo, porém, escolhido o concurso público, encontrava-se sujeita à observância do regime consagrado no CCP para esta tipologia de procedimentos.
3. Os elementos referentes à formação do contrato não foram publicitados no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, nos termos exigidos no artigo 465.º do CCP, aplicáveis aos concursos públicos.
4. Esta ilegalidade é suscetível de conduzir a uma alteração do resultado financeiro do contrato, configurando-se a possibilidade de ter afastado do procedimento adjudicatório potenciais interessados em contratar e impedido a entidade adjudicante de receber outras propostas, eventualmente mais vantajosas do que a apresentada pelo adjudicatário.
5. A desconformidade dos atos e contratos com as leis em vigor que implique ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro constitui fundamento de recusa do visto, nos termos da alínea *c*) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

ALTERAÇÃO DE RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE – CONCURSO PÚBLICO – EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS – FISCALIZAÇÃO PRÉVIA – PUBLICAÇÃO OBRIGATÓRIA – RECUSA DE VISTO – RESTRIÇÃO DE CONCORRÊNCIA

Conselheiro Relator: António Francisco Martins



DECISÃO N.º 18/2016 – SRATC

Processo n.º 92/2016

I – Relatório

1. Foi presente, para fiscalização prévia da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, o *contrato de empreitada de construção de rampa para navios RO-RO e Ferry no porto da Calheta*, ilha de São Jorge, celebrado em 28-09-2016, entre a Portos dos Açores, S.A., e a Tecnovia Açores – Sociedade de Empreitadas, S.A., e Tecnovia Madeira – Sociedade de Empreitadas, S.A., em consórcio, pelo preço de 599 000,00 euros, acrescido do IVA, e com o prazo de execução de oito meses.
2. Suscitaram-se, porém, dúvidas quanto à escolha do procedimento pré-contratual e quanto ao modo como, em decorrência, foi divulgada a intenção de contratar.

II – Fundamentação fáctica

3. Para além dos factos referidos no ponto 1., relevam, ainda, os seguintes:
 - 3.1. Em 12-05-2016, o Conselho de Administração da Portos dos Açores, S.A., deliberou adotar o concurso público como procedimento pré-contratual tendente à adjudicação da empreitada, «nos termos do artigo 19.º, n.º 1, al. b) e do artigo 27.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de Dezembro»¹;
 - 3.2. O investimento encontra-se previsto no Decreto Legislativo Regional n.º 2/2016/A, de 12 de janeiro de 2016 (Plano Regional Anual para 2016) e no *Plano e Orçamento da Portos dos Açores 2016-2018*.

¹ Ata n.º 290, de 12-05-2016.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 18/2016 – SRATC (Processo n.º 92/2016)

3.3. De acordo com o previsto no programa do concurso, o «preço base do (...) é de **600.000,00 € (seiscentos mil euros)**, não incluindo o Imposto sobre o Valor Acrescentado» (ponto 12.1).

3.4. O concurso público foi publicitado no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, II série, n.º 109, de 08-06-2016.

3.5. Apresentaram-se a concurso dois concorrentes.

	Concorrente	Preço (€)
1.	Afaviás Açores e AFA - Afaviás	599.800,00
2.	Tecnovia Açores – Sociedade de Empreitadas, S.A., e Tecnovia Madeira	599.000,00

3.6. Em 26-07-2016, foi celebrado entre a Região Autónoma dos Açores e Portos dos Açores, S.A., um contrato-programa, nos termos do qual a RAA obriga-se a transferir para a Portos dos Açores, S.A., o montante de 761 922,00 euros, que se «estima suficiente para cobrir o custo das obras de “Construção de Rampa Ro-Ro no Porto da Calheta de São Jorge” e de “Pavimentação da Via de Acesso ao Porto da Madalena do Pico”».

3.7. Em 26-08-2016, o Conselho de Administração da Portos dos Açores, S.A., deliberou adjudicar a empreitada.

3.8. De acordo com a *Cláusula Décima Sexta* do contrato, este «só produz efeitos após o visto prévio do Tribunal de Contas».

3.9. Em sede de devolução do processo para diligências complementares, foram solicitados esclarecimentos sobre a escolha do concurso público, com fundamento na alínea *b)* do artigo 19.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro² e sobre a observância do regime previsto no n.º 1 do artigo 465.º do CCP³.

3.10. Em resposta, foi referido o seguinte:

— Quanto à escolha do concurso público⁴:

² Ofício n.º 563-UAT I/FP, de 22-11-2016.

³ Ofício n.º 492-UAT I/FP, de 19-10-2016.

⁴ Ofício n.º SAI-PA/2016/2292, de 28-11-2016.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 18/2016 – SRATC (Processo n.º 92/2016)

Importa recordar, em primeiro lugar, que aos contratos celebrados pela Porto dos Açores, SA, não é aplicável, originariamente e por princípio-regra, o regime dos setores da *água, da energia, dos transportes e dos serviços postais* (também normalmente referidos como “*setores especiais*”), porquanto a Porto dos Açores, SA não se enquadra em nenhuma das categorias de entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), mas sim integra as entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2.º do CCP e do Regime Jurídico dos Contratos Públicos da Região Autónoma dos Açores (RJCPRAA), aprovado pelo Decreto Legislativo Regional (DLR) n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro

O artigo 9.º do RJCPRAA é especialmente dirigido, sim, como se vislumbra, para as entidades previstas no artigo 7.º do CCP – as que, verdadeira e propriamente integram os ditos sectores especiais – e não para as entidades adjudicantes que, como a Porto dos Açores, integram o n.º 2 do artigo 2.º do mesmo RJCPRAA (ou o n.º 2 do artigo 2.º do CCP) – embora estas últimas possam também vir a beneficiar, fundamentadamente, do regime mais flexível de contratação, nomeadamente conforme o previsto no artigo 11.º do CCP, conjugado com o artigo 11.º do RJCPRAA (o que levaria, inclusivamente, a que, em função do preço base da presente empreitada, a Parte II do CCP pudesse não ter sido logo imediatamente considerada para a formação do contrato, porque aquele preço base é substantivamente inferior ao atualmente previsto na subalínea i) da alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º do CCP – *cfr.* Mário Esteves de Oliveira, e Rodrigo Esteves de Oliveira, in *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, pp 141-142).

(...) o regime dos chamados *setores especiais* apenas será aplicável de forma *derivada* a um contrato celebrado pela Porto dos Açores, SA, isto é, apenas **se e quando** e **nos termos** em que esta entenda justificar a subsunção desse contrato ao regime previsto nos artigos 7.º a 15.º do CCP – e sempre na perspetiva de, com isso, se conferir, até, ainda uma maior prerrogativa de flexibilidade de contratação, de não aplicação imediata da Parte II do CCP, às entidades que, justificadamente, dele possam beneficiar, conforme ao disposto nos artigos 11.º e 12.º do CCP ou ao artigo 11.º do RJCPRAA.

Aliás, recorde-se que, de acordo com o entendimento decorrente de decisões anteriores da SRATC relativamente à aplicabilidade deste regime dos setores especiais, sempre se mostrou essencial a justificação e cabal demonstração da subsunção de um contrato celebrado por uma das entidades adjudicantes “normais” (do artigo 2.º, n.º 2 do CCP), sob pena de o respetivo procedimento pré-contratual dever obedecer ao estabelecido na Parte II do CCP – sempre seria esta a consequência, quando a entidade adjudicante não demonstrasse o preenchimento dos requisitos necessários para a extensão desse regime nos termos referidos no artigo 12.º do CCP.

Ou seja, a extensão do regime dos setores especiais aos contratos celebrados por entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º, n.º 2 do CCP e do artigo 2.º, n.º 2 do RJCPRAA será uma *faculdade* apenas possível se se demonstrar estarem concretamente reunidos os requisitos definidos no artigo 12.º do CCP ou, no caso da RAA, no artigo 11.º do RJCPRAA. Desse modo não sendo exercida tal *faculdade*, deverá, pois, o procedimento pré-contratual seguir o regime aplicável nos termos gerais – no caso do contrato da empreitada de **Construção de Rampa para navios RO-RO e Ferry no Porto da Calheta, Ilha de São Jorge**, o regime previsto no RJCPRAA, designadamente adotando o procedimento nos termos constantes no respetivo artigo 19.º.



- Quanto à observância do regime previsto no n.º 1 do artigo 465.º do CCP⁵:

Não é possível observar o disposto no n.º 1 do artigo 465.º do CCP, por impossibilidades técnicas na comunicação de dados entre o *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores* (JORAA) e o portal BASE, conforme melhor explicitado na *Circular n.º 1/2016 – Interligação e Interoperacionalidade entre o JORAA e o Portal dos Contratos Públicos*, de 28 de julho de 2016, que se anexa.

3.11. Posteriormente, em 28-11-2016, foi remetido o extrato da publicação do relatório de contratação no Portal dos Contratos Públicos, efetuada na mesma data.

3.12. Em anteriores Decisões⁶ foram formuladas recomendações, no seguinte sentido:

No caso de contratos de valor inferior aos limiares para a aplicação das directivas relativas aos contratos públicos ou quando a lei confira um poder discricionário de escolha do procedimento pré-contratual devem, quando possível, ser proporcionadas iguais condições de acesso e de participação dos interessados em contratar, bem como garantir-se o mais amplo acesso aos procedimentos por parte dos interessados em contratar, com respeito pelos princípios da igualdade e da concorrência, de modo a salvaguardar a melhor protecção dos interesses financeiros públicos.

*

III – Fundamentação jurídica

4. A Portos dos Açores, S.A., é uma entidade adjudicante à luz do Código dos Contratos Públicos (CCP) e 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), uma vez que preenche todos os elementos do conceito de *organismo de direito público*, plasmado nos artigos 2.º, n.º 2, alínea *a*), do CCP, e 2.º, n.º 2, alínea *c*), do RJCPRAA.

Por força do artigo 12.º do CCP e artigo 11.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, a Portos dos Açores, S.A., está submetida ao regime de contratação pública previsto para os *setores especiais* quanto a contratos que digam respeito a uma ou vá-

⁵ Ofício n.º SAI-PA/2016/2179, de 05-11-2016.

⁶ Decisões n.ºs 1/2011 – SRATC, e 2/2011 – SRATC, de 26-01-2011 (proferidas nos processos n.ºs 133/2010 e 2/2011, relativos aos contratos de empreitada de *reparação da cabeça do molhe do porto das Lajes das Flores e de construção de três rampas RO-RO no terminal de passageiros do porto da Horta*, celebrados, respetivamente, em 06-12-2010 e em 23-12-2010).



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 18/2016 – SRATC (Processo n.º 92/2016)

rias dessas atividades, no caso, no setor dos transportes, nomeadamente relacionadas com o estabelecimento de infraestruturas portuárias⁷.

Por outro lado, quando o objeto do contrato a celebrar abranja prestações típicas do contrato de empreitada, a Parte II do CCP não é aplicável à sua formação sempre que o valor do contrato seja inferior ao referido na alínea *b*) do artigo 16.º da Diretiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março (artigo 11.º, n.º 1, alínea *b*), *i*) do CCP)⁸.

5. O contrato de empreitada, na medida em que está em causa a construção de uma rampa para navios, respeita ao *sector dos transportes*. O preço contratual é de 599 000,00 euros. Assim sendo, na formação do contrato a Portos dos Açores, S.A., não era obrigada a adotar qualquer dos procedimentos previstos no n.º 1 do artigo 16.º do CCP, incluindo o concurso público⁹.

Tal como foi ressalvado em anteriores Decisões¹⁰, daqui não decorre, porém, para a entidade adjudicante, uma total liberdade na escolha da entidade a contratar, na medida em que na sua atividade de contratação pública, a Portos dos Açores, S.A., está, desde logo, sujeita à observância dos princípios da igualdade e da concorrência, previstos no n.º 4 do artigo 1.º do CCP¹¹.

6. Como emerge da matéria de facto dada por assente, para a realização da empreitada de construção de rampa para navios RO-RO e Ferry, no porto da Calheta, a entidade optou pelo recurso ao concurso público, manifestando o entendimento de que:

⁷ Cfr. artigo 9.º, n.º 1, alínea *b*), *ii*), do CCP, artigos 2.º a 4.º do Decreto Legislativo Regional n.º 24/2011/A, de 27 de agosto, e, ainda, o artigo 12.º da Diretiva n.º 2014/25/UE Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, que ainda não foi transposta pelo Estado Português, bem como o artigo 7.º, alínea *b*), da Diretiva 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, revogada a partir de 18 de abril de 2016 (cfr. artigo 107.º da Diretiva n.º 2014/25/UE).

⁸ O valor referido na alínea *b*) do artigo 16.º da Diretiva n.º 2004/17/CE fixa-se, em 2016, em 5 225 000,00 euros (Regulamento (UE) n.º 2015/2341, da Comissão, de 15 de dezembro).

⁹ Tendo, porém, adotado um dos procedimentos pré-contratuais ali previstos, o concurso público, deve observar o regime previsto para tal procedimento, como aliás defende, em contraditório.

¹⁰ Referidas na nota de rodapé 6, *supra*.

¹¹ A concretização do *princípio da igualdade* implica que nos procedimentos pré-contratuais se proporcionem iguais condições de acesso e de participação dos interessados em contratar; a concretização do *princípio da concorrência*, envolve a garantia do mais amplo acesso aos procedimentos por parte dos interessados em contratar, e que, em cada procedimento, seja consultado o maior número possível de interessados, no respeito pelo número mínimo que a lei imponha (quando seja o caso).



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 18/2016 – SRATC (Processo n.º 92/2016)

... a extensão do regime dos setores especiais aos contratos celebrados por entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º, n.º 2 do CCP e do artigo 2.º, n.º 2 do RJCPRAA será uma *faculdade* apenas possível se se demonstrar estarem concretamente reunidos os requisitos definidos no artigo 12.º do CCP ou, no caso da RAA, no artigo 11.º do RJCPRAA. Desse modo não sendo exercida tal *faculdade*, deverá, pois, o procedimento pré-contratual seguir o regime aplicável nos termos gerais.

Nestes termos, a questão que se coloca é, então, a de saber se o procedimento pré-contratual seguiu «o regime aplicável nos termos gerais» ou se, não obstante a veste de concurso público, assumiu contornos suscetíveis de colocar em causa os princípios basilares da contratação pública.

7. O Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, entrou em vigor em 01-01-2016.

Conforme decorre do n.º 3 do artigo 1.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, o «diploma não prejudica a aplicação das normas que integram o regime jurídico da contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos constante do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua atual versão em vigor».

De acordo com o RJCPRAA, na formação dos contratos «são expressamente aplicáveis as regras estatuídas pelo Código dos Contratos Públicos, considerando as especificidades constantes das secções seguintes» (artigo 25.º).

O RJCPRAA prevê que, sempre «que nos termos do presente diploma não seja exigível a publicação de anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia*, os anúncios dos contratos a adjudicar por entidades adjudicantes regionais são apenas publicitados no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, conforme modelo aprovado por portaria conjunta dos membros do Governo Regional responsáveis pela edição do Jornal Oficial e pelas áreas das finanças e das obras públicas» (artigo 27.º)¹².

O artigo 465.º do CCP impõe o seguinte:

¹² Os modelos de anúncio dos procedimentos pré-contratuais a publicar no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, pelas entidades adjudicantes regionais (com exceção do modelo de anúncio de parceria para a inovação), foram aprovados pela Portaria n.º 23/2016, publicada no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, I série, n.º 31, de 4 de março de 2016.



Artigo 465.º

Obrigação de comunica o

1 -   obrigatória a publicita o, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, dos elementos referentes   forma o e   execu o dos contratos públicos, desde o início do procedimento até ao termo da execu o, nos termos a definir por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e das obras públicas.

2 - Para cumprimento do dever referido no número anterior, devem utilizar-se meios eletr nicos, nomeadamente a plataforma de interoperabilidade da Administra o Pública.

A Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de julho, aprovou os modelos do bloco técnico de dados, do relatório de forma o do contrato, do relatório sumário anual e do relatório de execu o do contrato, ao abrigo da obriga o de comunica o a que se refere o referido artigo 465.º.

Em conformidade com o artigo 2.º, n.ºs 1, alíneas *a) e b)*, e 3, alínea *a)*, da Portaria n.º 701-E/2008, o anúncio «de abertura do procedimento e eventuais anúncios subsequentes, publicado no *Diário da República*» e o bloco técnico de dados (constante do anexo I da portaria), integram o bloco de dados que alimenta o Portal dos Contratos Públicos.

Conforme decorre da alínea *a)* do artigo 3.º da Portaria n.º 701-E/2008, o anúncio do procedimento dá entrada nos sistemas de informa o sediados no Portal dos Contratos Públicos, «após a respectiva valida o pela *Imprensa Nacional-Casa da Moeda, S.A. (INCM)*, e envio para publica o no *Diário da República*» e o bloco técnico de dados, na sequência do preenchimento do anúncio para publica o.

As fontes imediatas de informa o para o Portal dos Contratos Públicos são, no caso do anúncio, «o sistema de informa o da *Imprensa Nacional-Casa da Moeda, S.A.* usado pelas entidades adjudicantes na introdu o de dados para efeitos de publica o no *Diário da República* e no *Jornal Oficial da União Europeia*», e, no caso do bloco técnico de dados, as entidades adjudicantes, «como segunda fase do processo de introdu o de dados para o anúncio» (artigo 4.º, alíneas *a) e b)*, da Portaria n.º 701-E/2008).

8. Como emerge da matéria de facto:

- A decisão de contratar foi tomada em 12-05-2016;



- O concurso público foi publicitado no *Jornal oficial da Região Autónoma dos Açores*, em 08-06-2016;
- Os elementos referentes à formação do contrato, nomeadamente o anúncio de concurso público, não foram publicitados no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, só vindo a ser publicado posteriormente, em 28-11-2016, o relatório da contratação.

A não publicitação no portal da Internet dedicado aos contratos públicos dos elementos referentes à formação do contrato viola o disposto no artigo 465.º do CCP, não permitindo que o concurso fosse levado ao conhecimento de todos os operadores económicos que pudessem ter a intenção de contratar. Os quais, na medida em que tal publicitação é aí obrigatória, estão natural e legitimamente a contar ter acesso, naquele portal da Internet, à publicitação de todos os concursos públicos, sem necessidade de pesquisa em todas as plataformas de contratação pública e em todos os jornais oficiais de publicação de legislação e procedimentos administrativos.

A posterior publicação do relatório referido em 3.11 da fundamentação de facto não supre a circunstância de o anúncio do concurso público não ter sido atempadamente publicado no referido portal da internet dedicado aos contratos públicos, para tal elemento poder ser levado ao conhecimento de todos os interessados em contratar, assegurando assim o princípio da concorrência, mas também os princípios da publicidade e transparência.

Em contraditório, a entidade adjudicante alegou a não possibilidade prática, à altura, de dar cumprimento àquela obrigação legal, remetendo, no mais, para o teor da Circular n.º 1/2016, de 28-07-2016, do Gabinete da Secretária Regional Adjunta da Presidência para os Assuntos Parlamentares¹³.

Considerando esta factualidade e a alegação do contraditório, suscitam-se algumas reflexões e dúvidas, mas também, pelo menos, uma certeza.

Começamos pela reflexão suscitada pela opção do legislador regional e pelo propósito que lhe estará subjacente. Reflexão que não é qualquer «tentativa de “psicanálise” do legislador» ou de «investigação de paternidade», como depreciativamente já se procurou

¹³ Reproduzida no Anexo à presente Decisão.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 18/2016 – SRATC (Processo n.º 92/2016)

qualificar em alegações de recurso de anteriores decisões similares mas, apenas e tão só, em obediência às regras de interpretação da lei, consagradas no artigo 9.º do Código Civil, não nos cingirmos à letra da lei, procurando «...reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada (...)».

No regime anterior ao atual RJCPRAA, constante do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho, alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 15/2009/A, de 6 de agosto, e republicado em anexo a este último diploma legal, previa-se¹⁴:

Sem prejuízo das publicitações exigidas no Código dos Contratos Públicos, os anúncios dos procedimentos para a formação de contratos podem ser publicados no *Jornal Oficial* da Região.

No atual RJCPRAA, pelo contrário, prevê-se¹⁵:

Sempre que nos termos do presente diploma não seja exigível a publicação de anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia*, os anúncios dos contratos a adjudicar por entidades adjudicantes regionais são apenas publicitados no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores* (...).

Esta evolução legislativa torna claro que a opção do legislador regional foi a de manter as exigências de publicação do anúncio no *Diário da República* quando for também obrigatória a publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*, mas, quando esta não for exigível, substituir a publicação no *Diário da República*, prevista no Código dos Contratos Públicos, pela publicação no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, que, neste caso, passa de facultativa para obrigatória e, mais do que isso, exclusiva.

Mas qual foi o propósito do legislador regional com tal opção?

Sinceramente, os elementos interpretativos de que dispomos não permitem, com um mínimo de segurança, afirmar qual tenha sido esse propósito e, aqui, começam as dúvidas. Mas permitem, a nosso ver, concluir que não terá sido propósito do legislador restringir a concorrência, evitando a publicação do anúncio no Portal Base.

Na verdade, analisado o processo legislativo¹⁶ que conduziu à aprovação pela Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores do atual RJCPRAA, nada permite descorti-

¹⁴ Cfr. artigo 6.º, n.º 1, sendo os sublinhados da nossa autoria.

¹⁵ Cfr. artigo 27.º, n.º 1, sendo o sublinhado da nossa autoria.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 18/2016 – SRATC (Processo n.º 92/2016)

nar qual foi o propósito da mencionada alteração legislativa de publicitação do anúncio do concurso. Com efeito, o texto atual é o mesmo que constava da proposta de iniciativa legislativa, da responsabilidade do Governo Regional, e tal normativo, em concreto, não foi objeto de qualquer proposta de alteração por parte de qualquer grupo parlamentar, nem objeto de análise no parecer da Comissão de Política Geral daquela Assembleia ou de pareceres de entidades externas, nem, ainda, objeto de observação quando da sua discussão e votação no Plenário de 29-10-2015, em que foi aprovado. Assim, sem estes elementos interpretativos e não constando da exposição de motivos da iniciativa legislativa nenhuma linha explicativa desse propósito não é possível afirmar, com segurança, qual tenha sido.

Mas, como dissemos, não cremos que tenha sido propósito do legislador evitar a publicação do anúncio no Portal Base.

Com efeito, tal propósito colocaria em causa os princípios da publicidade, transparência e concorrência, que são nucleares e básicos da contratação pública, consagrados quer no CCP, quer nas diversas Diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho, relativas aos contratos públicos, assumindo-se, aliás, na exposição de motivos do RJCPRAA que, através do mesmo, se procurou «verter no ordenamento jurídico regional» os «princípios e opções» da Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, assim como se enfatiza, na mesma exposição, a desnecessidade de transposição da Diretiva 2014/25/UE, igualmente do Parlamento Europeu e do Conselho, da mesma data. Aí se afirmando, ainda, que «com o presente diploma não se pretende assumir uma posição de rutura com o ordenamento jurídico nacional».

Os verdadeiros propósitos do legislador regional não ficaram apenas na exposição de motivos.

Foram vertidos em letra de lei, ao consagrar-se que «o presente diploma não prejudica a aplicação das normas que integram o regime jurídico da contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos constantes do Código dos Contratos Públicos»¹⁷, que «as entidades adjudicantes regionais garantem (...) o respeito (...) pelos princípios fun-

¹⁶ Cfr. o processo legislativo em http://base.alra.pt:82/4DACTION/w_pesquisa_registo/3/2644.

¹⁷ Cfr. artigo 3.º, n.º 1, do RJCPRAA.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 18/2016 – SRATC (Processo n.º 92/2016)

damentais da contratação pública (...), em especial pelos princípios da transparência, da igualdade de tratamento, da proporcionalidade e da concorrência, da não discriminação, da imparcialidade, da boa-fé e da tutela da confiança»¹⁸ e que «na formação dos contratos são expressamente aplicáveis as regras estatuídas pelo Código dos Contratos Públicos, considerando as especificidades constantes das secções seguintes»¹⁹, sendo certo que nenhuma especificidade consta das secções seguintes quanto à publicitação no Portal Base previsto no artigo 465.º do CCP.

Compreende-se por isso mal a perspectiva que tem sido desenvolvida em alegações de recurso, de anteriores decisões similares, no sentido de que o citado artigo 465.º «é inaplicável aos procedimentos pré-contratuais cujos anúncios sejam obrigatória e exclusivamente publicados no JORAA, nos termos do artigo 27.º do RJCPRAA». Menos compreensível é ainda tal perspectiva, pois, nesses casos, como no presente, a posição da entidade adjudicante, em contraditório, não foi nesse sentido, invocando antes e apenas uma impossibilidade prática e temporária, por razões informáticas.

Nestes termos, temos por certo concluir que a opção do legislador regional, com a redação dada ao artigo 27.º, n.º 1, do RJCPRAA, não foi a de afastar a aplicação do artigo 465.º do CCP, mesmo que apenas enquanto não for solucionado o problema da ausência de conexão automática entre a publicação no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores* e o Portal dos Contratos Públicos ou Portal Base e da não possibilidade de introdução manual do anúncio no referido Portal.

Aliás, tais condicionalismos eram previsíveis ao tempo da elaboração do RJCPRAA, em face da forma como a Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de julho, definiu os termos da comunicação prevista no artigo 465.º do CCP.

Se os mesmos não foram atempadamente previstos e resolvidos é questão diversa.

Porém, as alegadas limitações informáticas, ou de outra natureza, não justificam a não observância de normas legais imperativas, como o citado artigo 465.º do CCP.

Também a linha de argumentação – expendida em recursos de anteriores decisões similares – da vigência do artigo 465.º do CCP nos procedimentos pré-contratuais na RAA mas

¹⁸ Cfr. artigo 4.º, n.º 1, do RJCPRAA.

¹⁹ Cfr. artigo 25.º do RJCPRAA.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 18/2016 – SRATC (Processo n.º 92/2016)

da sua inaplicabilidade ao caso dos autos, por só ser aplicável nas situações regulamentadas na Portaria n.º 701-E/2008, não nos convence.

Na verdade, o legislador regional não desconhecia as exigências contidas no artigo 465.º do CCP e, assim, nada dispondo, no capítulo III do RJCPRAA, em sentido contrário – abstraindo agora da questão de saber se podia dispor em sentido contrário – aceitou expressamente a aplicabilidade daquela norma, como resulta do estatuído no artigo 25.º RJCPRAA.

Nessas circunstâncias, e sendo perfeitamente previsíveis os condicionalismos gerados pela não conexão automática entre a forma escolhida de publicitação – *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores* – e o Portal dos Contratos Públicos, devia o legislador regional ter resolvido tais condicionalismos, atempadamente. Nada ter feito não pode servir agora de pretexto para invocar a inaplicabilidade do artigo 465.º do CCP, ou uma vigência e aplicabilidade limitada na RAA, como também já se defendeu em anteriores recursos de decisões similares. Por outro lado, tendo iniciado apenas a resolução de tais condicionalismos, quando a questão foi colocada por este Tribunal em anteriores processos de visto, não pode servir de fundamento para argumentar, como já foi feito em anteriores recursos, de que a não possibilidade de publicação dos elementos referentes à formação do contrato não é imputável à entidade adjudicante regional.

Por conseguinte, num contexto como o presente, em que, por força do artigo 27.º do RJCPRAA, o anúncio do concurso público não se encontra sujeito a publicação no *Diário da República*, a não observância do artigo 465.º do CCP assume particular relevo, na medida em que constitui o veículo privilegiado para dar cumprimento à observância do princípio da concorrência, consagrado no n.º 4 do artigo 1.º do CCP, ao possibilitar que, por esta via, seja levado ao conhecimento de todos os operadores económicos a intenção de contratar.

Como salienta a doutrina, a observância deste princípio tem particular relevância no contexto da contratação pública²⁰:

²⁰ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Os princípios gerais da contratação pública», in *Estudos da Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 67.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 18/2016 – SRATC (Processo n.º 92/2016)

É de facto no *respeito pela concorrência e simultaneamente na sua promoção* que assenta hoje o valor nuclear dos procedimentos adjudicatórios: é a ela (concorrência) que estes se dirigem e é no aproveitamento das respectivas potencialidades que se baseia o seu lançamento. E se é na concorrência que se funda o mercado da contratação pública, isso há-de significar que a tutela de uma concorrência sã entre os competidores interessados deve estar na primeira linha das preocupações do sistema jurídico.

Com a existência de um procedimento dirigido à concorrência assegura-se, na medida do possível, que, na satisfação de interesses que lhe estão cometidos, os entes públicos o façam de forma publicamente mais vantajosa possível. E, quanto mais pessoas quiserem negociar com ela, no *mercado administrativo*, melhor: maior será o leque de ofertas contratuais – e o leque de escolha da entidade adjudicante – e mais procurarão os concorrentes otimizar as suas propostas.

Para que se obtenha a participação do maior número possível de concorrentes nos procedimentos pré-contratuais, torna-se necessário que o mercado da contratação pública seja o mais aberto possível, o que pressupõe que as entidades adjudicantes publicitem, de modo adequado, a sua vontade de contratar.

Ao omitir-se a publicitação dos elementos referentes à formação do contrato no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, prejudicou-se a realização da mais ampla concorrência e da igualdade de oportunidades entre os agentes económicos, com eventual prejuízo do interesse público.

A ilegalidade verificada mostra-se suscetível de alterar o resultado do concurso, por via da restrição do universo concorrencial.

9. Em conformidade com o disposto na alínea *c)* do n.º 3 do referido artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, constitui fundamento da recusa do visto a desconformidade dos atos e contratos com as leis em vigor que implique ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro.

Para a verificação do fundamento de recusa de visto mencionado na alínea *c)* do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, basta o simples perigo ou risco de que a ilegalidade constatada possa determinar a alteração do resultado financeiro do contrato. É o que resulta da letra da referida alínea *c)*, quando aí se alude a «Ilegalidade que ... possa alterar o respetivo resultado financeiro».

10. A relevância que esta ilegalidade assume no contexto do procedimento de contratação levado a cabo, ao não observar-se um princípio basilar da contratação pública, o da



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 18/2016 – SRATC (Processo n.º 92/2016)

concorrência, não consente que se faça uso da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97.

11. Em conclusão:

- a) Para a realização da empreitada de construção de rampa para navios RO-RO e Ferry, no porto da Calheta, com o preço base de 600 000,00 euros, a Portos dos Açores, S.A. – entidade adjudicante abrangida pela alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP – lançou mão de um concurso público;
- b) Na formação do contrato, a Portos dos Açores, S.A., não era obrigada a adotar qualquer dos procedimentos previstos no n.º 1 do artigo 16.º do CCP, estando, porém, sujeita à observância dos princípios da igualdade e da concorrência;
- c) Tendo escolhido o concurso público, e conforme foi expressamente assumido pela entidade adjudicante, estava obrigada a seguir o «regime aplicável nos termos gerais»;
- d) A observância do regime aplicável aos concursos públicos implicava que os elementos referentes à formação do contrato tivessem sido publicitados no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, nos termos do artigo 465.º do CCP, o que não se verificou;
- a) A ilegalidade verificada é suscetível de conduzir a uma alteração do resultado financeiro do contrato, configurando-se a possibilidade de ter afastado do procedimento adjudicatório potenciais interessados em contratar e impedido a entidade adjudicante de receber outras propostas, eventualmente mais vantajosas do que a apresentada pelo adjudicatário;
- b) As ilegalidades que alterem ou possam alterar o resultado financeiro constituem fundamento de recusa do visto, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 18/2016 – SRATC (Processo n.º 92/2016)

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 o visto ao contrato em referência, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

Emolumentos: 20,60 euros.

Após as notificações, divulgue-se na Internet.

Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em 20 de dezembro de 2016.

O JUIZ CONSELHEIRO

(António Francisco Martins)

OS ASSESSORES

(Fernando Flor de Lima)

(João José Cordeiro de Medeiros)

Fui presente

O REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

(João Paulo Ferraz Carreira)



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES
PRESIDÊNCIA DO GOVERNO

Gabinete da Secretária Regional Adjunta da Presidência para os Assuntos Parlamentares

CIRCULAR n.º 1/2016

ASSUNTO: Interligação e Interoperabilidade entre o JORAA e o Portal dos Contratos Públicos

Em 1 de janeiro de 2016, entrou em vigor na Região Autónoma dos Açores o 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 (RJCPRAA), transpõe, parcialmente, para o ordenamento jurídico regional a Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos, e define a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.

De acordo com o n.º 1 do artigo 27.º do RJCPRAA, sempre que não seja exigível a publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia, os anúncios dos contratos a adjudicar por entidades adjudicantes regionais são apenas publicados no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores (JORAA), conforme modelo aprovado por portaria conjunta dos membros do Governo Regional responsáveis pela edição do Jornal Oficial e pelas áreas das finanças e das obras públicas.

Pela Portaria n.º 23/2016, de 4 de março, foram aprovados os modelos de anúncio dos procedimentos pré-contratuais a publicar pelas entidades adjudicantes regionais no JORAA, com exceção do modelo de anúncio do procedimento de parceria para a inovação.



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES
PRESIDÊNCIA DO GOVERNO

Gabinete da Secretária Regional Adjunta da Presidência para os Assuntos Parlamentares

Sucedde que o JORAA não dispõe da funcionalidade que o Diário da República possui nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 4.º da Portaria n.º 701-F/2008, de 29 de julho, nem é fonte imediata de informação para o Portal dos Contratos Públicos, também conhecido por "Portal BASE", como é o sistema de informação da Imprensa Nacional-Casa da Moeda, nos termos da alínea a) do artigo 4.º da Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de julho.

Entretanto foram feitas diligências pelo Gabinete da Secretária Regional Adjunta da Presidência para os Assuntos Parlamentares junto do Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., entidade a quem compete a gestão do Portal Base, no sentido de permitir que as entidades adjudicantes regionais enviem diretamente para aquele Portal o bloco inicial de dados respeitantes aos procedimentos de formação dos contratos públicos cujos anúncios sejam apenas publicados no JORAA. Porém, para que tal aconteça, será necessário efetuar desenvolvimentos tecnológicos no Portal BASE, prevendo-se que estes venham ocorrer até ao final do corrente ano.

Assim, enquanto não for alterado o enquadramento tecnológico anteriormente descrito não é possível publicitar no Portal BASE quaisquer elementos referentes à formação e à execução dos contratos quando os anúncios dos procedimentos, por força do n.º 1 do artigo 27.º do RJCPRAA, apenas sejam publicados no JORAA.

Ponta Delgada, 28 de julho de 2016

A CHEFE DO GABINETE,

Rafaela Seabra Teixeira