



## ACÓRDÃO N.º 6/2017 – 21.MAR-1ªS/PL

### RECURSO ORDINÁRIO N.º 16/2016

(Processo de fiscalização prévia n.º 069/2016-SRATC)

**Relatora: Helena Abreu Lopes**

### SUMÁRIO

1. Ainda que, face ao seu estatuto político-administrativo, seja legítimo à Região Autónoma legislar sobre o regime de empreitadas de obras públicas, a Região não é inteiramente livre na disciplina da matéria. Nos contratos públicos aplicam-se princípios constitucionais da atividade administrativa e princípios gerais do Direito Europeu dos contratos públicos, constantes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, das diretivas europeias de contratação pública, da Constituição da República Portuguesa e do Código do Procedimento Administrativo, que se impõem ao legislador nacional e regional.
2. A aplicação dos princípios da concorrência e igualdade no âmbito do concurso público proíbe, designadamente, quaisquer medidas no sentido de favorecer injustificadamente empresas com sede ou presença local. Não há quaisquer especificidades regionais legítimas que justifiquem um diferente ou mais limitado âmbito na publicitação dos concursos públicos lançados pelas entidades adjudicantes regionais.
3. A publicação exclusiva dos anúncios de abertura dos concursos públicos no *Jornal Oficial* da Região, determinada pela legislação regional, não corresponde a uma solução ideal mas não impede que todos os potenciais interessados num concurso promovido por uma entidade adjudicante regional tenham acesso à informação relevante, pelo que deve concluir-se que não viola, em termos efetivos, princípios constitucionais.



# Tribunal de Contas

---

4. O artigo 465.º do Código dos Contratos Públicos, inserido na parte das *Disposições Finais*, e sob a epígrafe «*Obrigação de comunicação*», manda publicitar no portal dos contratos públicos «*elementos referentes à formação e à execução dos contratos públicos*», «*desde o início do procedimento até ao termo da sua execução*». Esta publicidade está sobretudo associada ao princípio da transparência da atividade administrativa e não impõe nem se limita aos anúncios de abertura dos procedimentos. Este preceito legal é plenamente aplicável na região autónoma, porque não foi afastado pelo artigo 27.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de âmbito limitado aos anúncios para formação dos contratos, e porque a isso conduz o disposto nos artigos 1.º, n.º 3, e 4.º, n.º 1, do referido diploma legislativo regional.
5. O incumprimento do regime estabelecido no artigo 465.º do CCP constitui uma ilegalidade. Podendo configurar-se em abstrato que essa ilegalidade acarretasse a possibilidade de um risco de alteração do resultado financeiro, tal risco afigura-se baixo. Por outro lado, está demonstrado no processo que, mesmo que a publicitação tivesse sido atempadamente promovida, a mesma não teria sido bem sucedida por impossibilidade técnica do *portal Base*. Essa impossibilidade técnica foi entretanto resolvida e as entidades da Região Autónoma podem, doravante, dar integral cumprimento à disciplina legal.
6. Deste modo, considera-se ajustada ao caso a substituição da recusa do visto pela concessão de visto com recomendações, nos termos do artigo 44.º, n.º 4, da LOPTC.

Lisboa, 21 de Março de 2017



Transitado em julgado em 6-04-2017

## ACÓRDÃO N.º 6/2017 – 21.MAR-1ªS/PL

### RECURSO ORDINÁRIO N.º 16/2016

(Processo de fiscalização prévia n.º 069/2016-SRATC)

**Relatora: Helena Abreu Lopes**

### I. RELATÓRIO

1. Pela Decisão n.º 11/2016-SRATC, a Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas recusou o visto ao contrato de empreitada de “*Construção de adutora Poejo/Roseira-Reforço do sistema de adução dos reservatórios 7R1-5R1-5R2*”, celebrado, em 18 de Julho de 2016, entre os **Serviços Municipalizados da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo (SMAH)** e a empresa **Marques, S.A.**, com o valor de 456 730,05 euros, acrescido de IVA.
2. A recusa do visto foi proferida ao abrigo do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)<sup>1</sup>, tendo por fundamento a violação do disposto no artigo 465.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)<sup>2</sup> em virtude de os elementos referentes à formação do contrato não terem sido publicitados no portal da Internet dedicado aos contratos públicos.

---

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

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



3. Inconformada com a decisão, a entidade veio dela interpor recurso, requerendo:

- A revogação da decisão e a sua substituição por outra que conceda o visto;
- Para o caso de o Tribunal persistir em entender que foram cometidas ilegalidades, a concessão do visto com recomendações, nos termos do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC;
- A apreciação da fiscalização concreta de inconstitucionalidade alegada.

4. Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 4 a 26 dos autos, invocando, no essencial, o seguinte:

***a. Erro de julgamento por violação dos artigos 25.º e 27.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A***

- O artigo 465.º do CCP não tem aplicação na Região Autónoma dos Açores, porque 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 (RJCPRAA), afasta essa aplicação através do que dispõe no seu artigo 27.º, n.ºs 1 e 2;
- Este preceito consubstancia uma especificidade regional, consentida pelo artigo 25.º do RJCPRAA, determinando imperativamente que, 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 publicitados no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, o que, no seu entender, abrange quer a publicação quer a divulgação desses anúncios;
- O anúncio do concurso foi publicado no lugar próprio previsto na lei (*Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*);
- O legislador regional, através do n.º 2 do referido artigo 27.º do RJCPRAA, não exclui a publicação do anúncio do concurso também no *Portal Base*, porém apenas quando tal seja materialmente possível e sempre de modo facultativo;



- O regime constante da Portaria n.º 701-E/2008, designadamente nos seus artigos 2.º, n.º 1, alíneas a) e b) e n.º 3, alínea a) e 4.º, alínea a), não pode prevalecer sobre o estipulado no artigo 27.º do RJCPRAA, sob pena de violação do princípio da hierarquia das leis, uma vez que um decreto legislativo regional é hierarquicamente superior a uma portaria;

***b. Erro de julgamento por violação dos artigos 37.º, n.º 1 e 40.º da Lei n.º 2/2009***

- O artigo 465.º do CCP não afasta norma especial que haja de aplicar-se, em função de especificidades diversas e de legitimidade constitucional e legiferante igualmente distintas;
- A decisão recorrida viola os artigos 37.º, n.º 1, e 40.º da Lei n.º 2/2009, de 12 de Janeiro (que aprova a terceira revisão do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores), na medida em que a opção legislativa regional constante do artigo 27.º do RJCPRAA se estriba num quadro legal estatutário próprio, que a legitima;

***c. Erro de julgamento pelo não reconhecimento de que as justificações apresentadas pela entidade adjudicante entroncam ou relevam legitimamente e em boa fé do justo impedimento***

- A fonte, imediata e mediata, de informação para o portal dos contratos públicos é, apenas e só, no caso do anúncio, o sistema de informação da *Imprensa Nacional-Casa da Moeda*, usado pelas entidades adjudicantes na introdução de dados para efeitos de publicação no *Diário da República* e no *Jornal Oficial da União Europeia* (cfr. o artigo 4.º, alínea a), da Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de Julho).
- Assim, no caso, uma vez que o anúncio não foi publicitado dessa forma, não foi materialmente possível publicá-lo no *Portal Base*;

***d. Erro de julgamento por não aplicação dos princípios do aproveitamento do procedimento, do favor do procedimento e da proporcionalidade***

- Ainda que a inserção sistemática do referido artigo 465.º do CCP demonstre que não está substantivamente em causa o amparo do princípio da



concorrência e que ao respeito pelo princípio da concorrência não sejam alheias as especificidades regionais, nas circunstâncias concretas do concurso, a concorrência foi assegurada, tanto mais que concorreram diversas empresas e de distintos pontos do país e não apenas da Região Autónoma dos Açores;

- O universo potencial de concorrentes não seria distinto do que foi no concurso em causa mesmo que fosse materialmente possível ter publicitado o anúncio do concurso também no *Portal Base*;
- A decisão recorrida, ao ter reconhecido expressamente a impossibilidade material de publicação do anúncio no referido portal, devia ter deitado mão da disciplina do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, em observância dos princípios do aproveitamento do procedimento, do favor do procedimento e da proporcionalidade, uma vez que foi demonstrado um justo impedimento, que não se verificou nulidade e que o regime legal era novo, oferecendo dúvidas sobre a questão de direito controvertida;

5. Quanto à inconstitucionalidade que se pretende ver apreciada refere-se o seguinte nas conclusões do recurso:

- “XXVIII. A alegada “falta” de publicação no *Portal Base* em nada contrariou os pressupostos-regra-base para a própria realização, quer da concorrência, quer da despesa e que estiveram na origem da adopção de um concurso público não internacional, em função do respectivo valor, assegurando-se a concorrência, também por este ponto de vista, no respeito devido aos limiares das Directivas Comunitárias da contratação pública, v.g. a Directiva 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

XXIX. A douda decisão recorrida acaba por perfilhar uma sanção para a não concessão do visto que consubstancia violação do princípio da separação de poderes, pois os tribunais fazem aplicar as leis e não lhes cabe criar sanções ou outros efeitos aí onde a(s)s mesmas(o)s não existam nem se encontra(m) plasmada(o)s na lei, colidindo-se assim com os arts. 110.º e 111.º da CRP, sendo desse modo nula por natureza.



*XXX. De outro modo, a não ser assim, o art. 465.º do Código dos Contratos Públicos (CCP, aprovado pelo DL n.º 18/2008, de 29/1, com a sua actual redacção) e os arts. 2.º/1, a) e b) e 3, a) e 4.º/a) da Portaria n.º 701-E/2008, de 29/7) são inconstitucionais, por violação dos arts. 110.º e 111.º da CRP, v.g. do princípio da separação de poderes, quando interpretados no sentido de conferirem ao Tribunal de Contas a possibilidade de cominar o efeito da ilegalidade prevista no art.º 44.º/3, c) da LOPTC por, no caso concreto da empreitada em referência, falta de publicitação do anúncio do concurso desta empreitada no portal da internet dedicado aos contratos públicos (Portal Base) fora do quadro legal estabelecido nos arts. 25.º e 27.º/n.º 1 e 2 do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro.”*

6. O Procurador-Geral Adjunto junto do Tribunal de Contas pronunciou-se no sentido de que a Portaria n.º 701-E/2008 se encontra desatualizada no plano do ordenamento jurídico regional, por efeito do disposto no artigo 27.º do novo RJCPRAA, e de que a incompletude do regime deve passar pela continuação da publicitação, através da funcionalidade do *Diário da República*, no portal dos contratos públicos, de âmbito territorial nacional. Conclui, no entanto, que, apesar disso, considerando a finalidade da obra, o valor contratual, o número de concorrentes e valores constantes das respetivas propostas de reduzida amplitude diferencial, o Tribunal poderá dar provimento ao recurso, concedendo o visto com recomendações nos termos do artigo 44.º, n.º 4, da LOPTC.
7. Corridos os demais vistos legais, cumpre apreciar e decidir.
8. As questões a decidir prendem-se com:
  - A amplitude e os limites da autonomia legislativa regional no âmbito do regime de contratação pública;
  - A compatibilidade do estabelecido no artigo 27.º do RJCPRAA com os princípios de contratação pública e da atividade administrativa aplicáveis;
  - A aplicabilidade ao caso do disposto no artigo 465.º do CCP;
  - A admissibilidade de proferir no caso uma decisão de visto com recomendações;
  - A constitucionalidade da decisão de 1.ª instância.



## II. FUNDAMENTAÇÃO

### FACTOS

10. A factualidade fixada na parte II da decisão recorrida não foi objeto de impugnação, pelo que se dá aqui por confirmada e reproduzida, nos termos previstos no artigo 663.º, n.º 6, do Código de Processo Civil. Os aspectos mais relevantes para a decisão são os seguintes:

- Em 26 de Abril de 2016, o Conselho de Administração dos Serviços Municipalizados da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo deliberou abrir um *concurso público* para a empreitada em causa;
- O anúncio do concurso foi publicitado no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, II série, n.º 82, de 28 de Abril de 2016, onde também foram publicitadas alterações subsequentes;
- O preço base do concurso foi fixado em € 470 000,00, acrescido de IVA, e o prazo máximo de conclusão da obra em 90 dias seguidos;
- Apresentaram-se a concurso quatro propostas;
- Três propostas foram excluídas, duas por deterem preço superior ao preço base e uma por apresentação de prazo superior ao fixado no caderno de encargos;
- A empreitada foi adjudicada em 27 de Junho de 2016 à proposta apresentada pelo único concorrente admitido, a empresa Marques, SA;
- Confrontados com o incumprimento do estabelecido no artigo 465.º, n.º 1, do CCP, os SMAH informaram:
  - Não dispor de plataforma eletrónica;
  - Ter publicado o anúncio do concurso no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores, em cumprimento escrupuloso do estabelecido no artigo 27.º, n.º 1, do RJCPRAA;
  - Ter-se esforçado, sem sucesso, em publicar o relatório de formação do contrato no portal dos contratos públicos;
  - Ter recebido esclarecimentos do IMPIC, entidade gestora desse portal, em 5 de Agosto de 2016, informando que a publicação desses relatórios apenas pode ser efetuada através de informação enviada pela Imprensa Nacional-Casa da Moeda, pelas entidades adjudicantes e pelas plataformas eletrónicas de contratação. Este organismo informou também os SMAH de que estes só poderiam registar os procedimentos e



contratos celebrados ao abrigo do RJCPRAA após a realização das necessárias adaptações no Portal Base, que no caso competem aos serviços competentes da Região Autónoma, estando a ser concertados esforços para o efeito.

**11.** Nos termos dos artigos 662.º do Código do Processo Civil e 100.º, n.º 2, da LOPTC, e porque tal se revela relevante para a decisão, adita-se à matéria de facto dada como assente na 1.ª instância o seguinte facto superveniente, trazido ao conhecimento deste Tribunal no recurso n.º 2/2007:

- Em 15 de Novembro de 2016, o Gabinete do Secretário Regional Adjunto da Presidência do Governo da Região Autónoma dos Açores para os Assuntos Parlamentares enviou, por ofício, ao Presidente da Associação de Municípios da Região Autónoma dos Açores a seguinte informação:

*“Já estão disponíveis no portal Base, para as entidades adjudicantes da Região Autónoma dos Açores, os formulários para preenchimento da informação relativa aos procedimentos de formação dos contratos públicos, cujo anúncio seja apenas publicitado no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores (JORAA), bem como os relativos ao bloco técnico de dados.*

*Nesses termos, podem as entidades adjudicantes utilizar esta nova funcionalidade do portal Base, sempre que procederem à publicitação daqueles procedimentos apenas no JORAA.*

*Após submissão do formulário é criado o procedimento no portal Base, ficando, ainda, disponíveis as restantes funcionalidades de comunicação do relatório de formação do contrato ou relatório de contratação.*

*Para aceder aos formulários em apreço, deverão as entidades adjudicantes aceder ao respetivo perfil e assinalar a opção “pretendo comunicar anúncios do Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores no portal Base.”*

*Relativamente aos procedimentos que não foram publicados no portal Base, por impossibilidade tecnológica de interligação e interoperabilidade entre o JORAA e o Portal dos Contratos Públicos, as entidades adjudicantes da Região Autónoma dos Açores podem proceder, imediatamente, à sua publicitação naquele portal, preenchendo os formulários relatório de formação do contrato, relatório de contratação, e restantes elementos do bloco de dados, quando aplicáveis.”*



12. Notificada para se pronunciar, querendo, sobre o aditamento referido no número anterior, a recorrente manifestou que o documento referido evidencia prova idónea e inequívoca do alegado na sua petição de recurso.

## ENQUADRAMENTO JURÍDICO

### **Do regime aplicável à contratação pública de empreitadas na Região Autónoma dos Açores: âmbito da autonomia legislativa regional**

13. O Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de Dezembro, aprovou o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores (RJCPRAA). No artigo 1.º n.º 1, do referido diploma refere-se, expressamente, que o mesmo «*aprova o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, transpondo, 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 e define a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo*».
14. A Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores aprovou o Decreto Legislativo Regional em causa ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 227.º da Constituição da República Portuguesa e do n.º 1 do artigo 37.º e do artigo 40.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores (EPARAA), alterado e republicado pela Lei n.º 2/2009, de 12 de Janeiro.
15. No n.º 1 do artigo 3º do RJCPRAA, refere-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, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua atual versão em vigor*».
16. Até à sua entrada em vigor, e no domínio da contratação pública, vigorava na Região Autónoma dos Açores, o 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



## Tribunal de Contas

---

Agosto, que estabelecia, nos termos do artigo 1.º, «*regras especiais a observar na contratação pública definida no Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, doravante designado Código dos Contratos Públicos*».

17. Observa-se que, enquanto no regime anterior apenas estavam em causa *regras especiais a observar na contratação pública* definida no CCP, pretende-se agora, com o RJCPRAA, estabelecer *um regime jurídico próprio para os contratos públicos celebrados no âmbito da Região e a definição da disciplina aplicável à contratação pública e ao regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo*.
18. A primeira questão que se coloca é a de saber em que medida permite a ordem jurídica portuguesa que uma região autónoma aprove um regime eventualmente derogatório de um código de âmbito nacional, como é o caso do CCP.
19. De acordo com o artigo 112.º da Constituição da República Portuguesa, os decretos legislativos regionais são atos legislativos. Consequentemente, têm valor idêntico aos restantes atos legislativos: as leis e os decretos-leis. Na hierarquia normativa, a validade dos atos legislativos está apenas condicionada pela sua conformidade com os atos normativos de valor superior. Para além da Constituição e de outras normas que a ela própria se sobrepõem, os atos legislativos têm de respeitar as leis de valor reforçado: leis orgânicas, leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, leis que sejam definidas constitucionalmente como pressuposto normativo necessário de outras leis e leis que devam constitucionalmente ser respeitadas por outras. Os atos legislativos devem ainda respeitar as leis de bases que devam desenvolver e as leis de autorização legislativa ao abrigo das quais sejam proferidos.
20. Deve reconhecer-se que o CCP não é uma lei de valor reforçado nem uma lei de bases, pelo que não é um ato legislativo que, por si, parametrize a autonomia legislativa regional.
21. Os decretos legislativos regionais têm ainda uma outra limitação. Só podem versar sobre matérias enunciadas no estatuto político-administrativo da respetiva região autónoma que não estejam reservadas aos órgãos de soberania. É também claro que o regime de contratação pública não está reservado aos órgãos de soberania.



- 22.** Resta a questão de saber se o regime da contratação pública se enquadra em matéria enunciada no estatuto político-administrativo da região autónoma. Nesta matéria, foi recentemente proferida a Decisão n.º 2/2017, de 13 de Janeiro de 2017. Nela, a Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas analisou a competência da Assembleia Legislativa Regional dos Açores para aprovar o Decreto Legislativo Regional 27/2015/A. A decisão concluiu que essa competência não existia, pelo menos no que se refere ao regime da contratação pública em matéria da aquisição de serviços, considerando que o diploma é, nessa parte, organicamente inconstitucional.
- 23.** Foi aí considerado que a Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores tem competência para *«legislar no âmbito regional em matérias enunciadas no respetivo estatuto político-administrativo e que não estejam reservadas aos órgãos de soberania»*<sup>3</sup> e, nessa medida, *«transpor os atos jurídicos da União Europeia para o território da Região»*<sup>4</sup>, na forma de *«decreto legislativo regional»*<sup>5</sup>, sublinhando-se, no entanto, que tal competência para transpor os atos jurídicos da União Europeia para o território da região, é restrita às *«matérias de competência legislativa própria»*<sup>6</sup>.
- 24.** Citando Carlos Blanco de Moraes<sup>7</sup>, referiu-se: *«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 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»*.
- 25.** Desde logo, 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»*, invocadas no preâmbulo do RJCPRAA, não conferem, por si só, competência à Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores para legislar sobre o regime jurídico da contratação pública. É necessário que a matéria se enquadre no elenco constante dos artigos 49.º e seguintes do diploma, que enumeram taxativamente as matérias de competência legislativa própria.

---

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

<sup>4</sup> Cfr. artigo 40.º do EPARAA e artigo 227.º, n.º 1, alínea *x*), da CRP.

<sup>5</sup> Cfr. artigo 112.º, n.º 8, da CRP.

<sup>6</sup> Cfr. artigo 40.º do EPARAA

<sup>7</sup> In *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª edição, págs. 561 e 562.



## Tribunal de Contas

---

- 26.** A Decisão n.º 2/2017-SRATC afirma que do referido elenco 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 relativa à aquisição de serviços. E a verdade é que do referido elenco não consta que a Região possa legislar sobre «*a disciplina aplicável à contratação pública e ao regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo*», âmbito do RJCPRAA tal como enunciado no n.º 1 do seu artigo 1.º.
- 27.** Na mesma decisão, a SRATC invoca que considerou o estabelecido no artigo 56.º do EPARAA, conferindo competência à Assembleia Legislativa Regional para legislar em «*matérias de infra-estruturas, transportes e comunicações*» (n.º 1), abrangendo nomeadamente «*o regime de empreitadas de obras públicas*» (alínea *b*) do n.º 2), como norma habilitante suficiente para o diploma legislativo regional em causa, no que às empreitadas respeita. Por essa razão, não foi invocada a inconstitucionalidade orgânica deste diploma na decisão ora em recurso.
- 28.** Tal entendimento não é inteiramente líquido. A lei distingue hoje claramente entre a disciplina da contratação pública (procedimentos de escolha do co-contratante da administração) e a disciplina substantiva dos contratos administrativos, de que a empreitada de obra pública é um exemplo. Poderão, assim, subsistir dúvidas sobre a constitucionalidade orgânica do RJCPRAA, em toda a matéria que se refere ao regime de contratação pública.
- 29.** No entanto, e apesar de todas as inconveniências daí resultantes, optamos por aceitar, como em 1.ª instância, que o regime de empreitadas de obras públicas integra ou pretendeu integrar o regime da contratação pública destinada à sua contratação, sendo, portanto, legítimo que a região autónoma legisle sobre a matéria.
- 30.** A Região não é, no entanto, inteiramente livre na disciplina da matéria. Há que ter presente que, em grande parte, o CCP e o RJCPRAA concretizam princípios estruturantes e normas europeias e constitucionais que se lhes impõem e que devem ser integralmente observados.



## **Princípios aplicáveis à contratação pública de empreitadas na Região Autónoma dos Açores: limites à autonomia legislativa regional**

- 31.** Como bem refere Maria João Estorninho<sup>8</sup>, e inúmera doutrina e jurisprudência, *«nos contratos públicos, estando em causa a prossecução do interesse público e tratando-se de assuntos e decisões que a todos interessam e não apenas às partes, entrecruzam-se numa ligação interessante os princípios constitucionais da atividade administrativa e os princípios gerais do Direito Europeu dos contratos públicos»*. Estes princípios encontram-se elencados no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), nas diretivas europeias de contratação pública, na Constituição da República Portuguesa e no Código do Procedimento Administrativo. Todos eles se impõem ao legislador nacional e regional.
- 32.** Tal como consta do primeiro considerando da Diretiva n.º 2014/24/EU, que o RJCPRAA pretendeu transpor, a adjudicação de contratos públicos pelas administrações dos Estados-Membros da União Europeia ou por conta destas deve respeitar os princípios do TFUE, designadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como os princípios deles decorrentes, como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência. Estes princípios impõem-se às administrações mesmo que os contratos públicos não ultrapassem o valor acima do qual deverão ser estabelecidas disposições que coordenem os procedimentos nacionais de contratação pública. A garantia daquelas liberdades passa pela promoção da concorrência e pela realização de procedimentos adjudicatórios tendencialmente abertos, para o que é indispensável assegurar a publicidade e transparência desses procedimentos.
- 33.** A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) vai nesse sentido - vide processos C-324/98 (*Telaustria*) e C-231/03 (*Coname*)-, ainda que com flexibilidade em função do interesse transfronteiriço dos contratos em concreto – vide processos C-507/03 (*Comissão vs. Irlanda*), C-147/06 (*SECAP*), C-148/06 (*Santorso*) e C-376/08 (*Serrantoni*).
- 34.** Os princípios gerais da atividade administrativa, como sejam os mencionados no artigo 266.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição são diretamente aplicáveis às relações jurídicas pré-contratuais no âmbito da contratação pública.

---

<sup>8</sup> In Curso de Direito dos Contratos Públicos, Almedina, 2012



## Tribunal de Contas

---

- 35.** O concurso público tem sido sempre reconhecido pelo legislador nacional como o procedimento mais eficaz de prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses particulares. É, pois, um meio de garantia da observância de princípios constitucionais da atividade administrativa, tais como os princípios da prossecução do interesse público, da legalidade, da igualdade e da imparcialidade, que implicam a transparência e a publicidade.
- 36.** O princípio da concorrência tem assumido um papel fundamental, permitindo garantir o acesso de todos os operadores aos mercados públicos em condições de igualdade e encontrar a melhor solução para o interesse público, uma vez que quantos mais interessados se apresentarem a querer negociar maior possibilidade de escolha a entidade adjudicante terá e mais os concorrentes procurarão otimizar as suas propostas.
- 37.** Quer a lei nacional quer a europeia admitem modalidades e graus diferentes de concretização do princípio da concorrência. Como a recorrente invoca nas suas alegações de recurso, citando Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, as entidades adjudicantes não estão sempre obrigadas a adotar um procedimento aberto ou o procedimento mais aberto de entre os que convenham ou se apliquem à situação em causa. O que comanda a sua escolha nesse aspeto são, em grande parte, as disposições da lei. Continuando a citar os referidos autores, a recorrente frisa que, *«quanto à extensão das publicações exigidas, naturalmente que a mesma é determinada pela dimensão do mercado a que se dirigem»*.
- 38.** O artigo 1.º, n.º 3, do RJCPRAA afirma que as suas normas não prejudicam a aplicação das que integram o regime jurídico da contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos constantes do CCP.
- 39.** Por outro lado, o artigo 4.º, n.º 1, afirma que se aplicam no âmbito da contratação pública levada a cabo pelas entidades adjudicantes regionais os princípios gerais de garantia da legalidade administrativa e os princípios fundamentais de contratação pública, nomeadamente os decorrentes do Código do Procedimento Administrativo e dos Tratados da União Europeia, em especial os 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.



**40.** O n.º 2 do mesmo artigo estabelece que a atividade das entidades adjudicantes regionais deve ser desenvolvida de modo a não se subtrair, por qualquer modo, às regras previstas no RJCPRAA ou no CCP, sob pena de invalidade.

**41.** Recorde-se que o artigo 1.º, n.º 4, do CCP estatui que à contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, os quais são considerados como princípios específicos, fundamentais e estruturantes nesta área. O princípio da publicidade deve considerar-se englobado no princípio da transparência. Como afirmam Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira<sup>9</sup>, é nestes princípios, e na sua observância estrita pelas entidades adjudicantes, *«que assenta o bom nome do mercado de contratação pública, em termos tais que quebrar as suas exigências, violá-los, corresponde, afinal, a pôr em causa a função que esse mercado se destina a assegurar e a confiança e o crédito públicos em que se baseia o seu funcionamento»*.

**42.** Por último, refira-se que os referidos princípios têm várias funções:

- Estabelecer as finalidades a prosseguir;
- Guiar, parametrizar e legitimar a elaboração das regras;
- Marcar o contexto teleológico e sistemático para a interpretação das normas;
- Na falta de uma regra que possa aplicar-se a uma hipótese, fornecer a regulação ou ordenação concreta para a resolução do caso; e
- Afastar a aplicação de uma determinada regra ou norma escrita que lhe esteja infra-ordenada e que com ele seja desconforme ou incompatível.

**42.E,** seguindo de perto o que Mário e Rodrigues Esteves de Oliveira afirmam na matéria, os princípios, enquanto fontes de direito da contratação pública, não têm todos a mesma autoridade e valia jurídica, tudo dependendo da natureza do respetivo escalão normativo de acolhimento. Assim, um princípio consagrado ou refletido constitucionalmente tem valor superior ao escalão legal e os princípios de origem comunitária pedem mesmo o respeito pela própria Constituição. Ao invés, um princípio meramente legal apenas condicionará de forma clara a validade dos atos hierarquicamente inferiores.

---

<sup>9</sup> In Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública, Almedina, 2011.



## **Das especificidades do regime de contratação pública de empreitadas na Região Autónoma dos Açores: a publicitação dos anúncios no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores***

- 43.** A recorrente alega que o princípio da concorrência e as regras de publicidade que visam garanti-la devem ser vistas na Região Autónoma e no RJCPRAA à luz de particularidades e especificidades regionais, enunciadas, designadamente, nas disposições preambulares do diploma. Transcreve essas especificidades a fls. 11 e 12 dos autos, destacando que as regras especiais de contratação pública na Região Autónoma dos Açores devem considerar as particularidades de um mercado onde a concorrência está muito condicionada a questões de escala e de organização empresarial de média ou reduzida dimensão, onde o mercado da contratação pública tem uma relação profunda com o estado e a dinâmica da empregabilidade regional e onde as assimetrias determinam a existência de vários pequenos mercados onde as regras da concorrência assumem um funcionamento distinto daquele que é lógico e frequente no espaço da União Europeia ou mesmo de Portugal Continental. Por isso, o diploma pretendeu criar regras que vão ao encontro das necessidades regionais, que se adequem à realidade da Região e que deem impulso económico às pequenas e médias empresas que compõem maioritariamente o universo do mercado regional.
- 44.** A opção do RJCPRAA de publicar os anúncios dos concursos no jornal oficial da Região e de não os publicitar no *Diário da República* e no *Portal Base* deveria, assim, no entender da recorrente, ser contextualizada nestes contornos e especificidades.
- 45.** Com todo o respeito pelo propósito de estimular os mercados regionais, este prisma não é, no caso, legítimo.
- 46.** O artigo 19.º do RJCPRAA, determina, tal como o artigo 19.º do CCP, que, quando o contrato público de empreitada a celebrar tenha um valor superior a €150 000,00, a entidade adjudicante só possa escolher como procedimento para a sua formação um concurso público ou um concurso limitado por prévia qualificação.
- 47.** Ainda que, como já reconhecemos, a lei admita graus diferentes de concretização do princípio da concorrência, essa gradação manifesta-se principalmente na delimitação legal dos procedimentos admissíveis e na possibilidade conferida à entidade adjudicante de justificadamente escolher aquele que melhor satisfaz o



## Tribunal de Contas

---

concreto interesse público em causa. Como vemos, a lei (tanto a nacional como a regional) apenas admite, para o valor contratual em causa, dois procedimentos possíveis. De entre eles, a entidade adjudicante optou pela realização de um concurso público.

- 48.** Ora, o concurso público é o mais concorrencial de todos os procedimentos: é aquele que se realiza publica e abertamente no mercado e ao qual qualquer operador económico que preencha os requisitos legitimamente exigidos pode aceder. É o procedimento que proporciona maior *concorrência* e *igualdade*. A aplicação destes dois princípios no âmbito do concurso público proíbe, designadamente, quaisquer medidas no sentido de favorecer injustificadamente empresas com sede ou presença local.
- 49.** A publicidade é um instrumento imprescindível dos princípios da concorrência, da igualdade e da imparcialidade. O mercado da contratação pública não pode funcionar de maneira concorrencial e aberta se as entidades adjudicantes não derem adequada publicidade à sua vontade de contratar, obstando a que a generalidade dos agentes económicos potencialmente interessados no contrato conheçam a existência do procedimento e as condições da sua concretização.
- 50.** Como dizem Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira na obra citada, a extensão das publicações exigidas em relação à existência de um procedimento de contratação aberto à concorrência não se determina em função do âmbito de jurisdição da entidade adjudicante nem se dirige às pessoas abrangidas pela área territorial ou institucional da sua atuação. A extensão das publicações exigidas é determinada pelo tipo de procedimento e pela dimensão do mercado a que o mesmo se dirige.
- 51.** Estando em causa um concurso público aberto à generalidade dos agentes económicos, a publicitação da sua abertura não pode ser feita regional ou localmente. Tem de ser uma publicitação que permita que a generalidade desses agentes económicos tenha conhecimento atempado do procedimento.
- 52.** Nenhuma norma do CCP ou do RJCPRAA permitem que um concurso público promovido por uma entidade adjudicante regional seja de acesso restrito aos agentes económicos da Região Autónoma. Não faz, pois, qualquer sentido nem é conforme com os princípios aplicáveis que a forma de publicitação da abertura desse concurso seja de âmbito regional e não de âmbito nacional. Não há qualquer



## Tribunal de Contas

---

especificidade regional ou intenção de favorecimento dos mercados regionais que o possa legitimar ou consentir. Se o concurso em causa é um concurso aberto, a publicitação do mesmo tem de permitir o conhecimento por parte de todos os potenciais agentes económicos interessados. De outro modo, violar-se-ia um princípio de dignidade constitucional, por não se assegurarem a esses potenciais interessados condições de igualdade.

**53.** Não ocorrem, pois, quaisquer especificidades regionais legítimas que justifiquem um diferente ou mais limitado âmbito na publicitação dos concursos públicos lançados pelas entidades adjudicantes regionais.

**54.** Diz o n.º 1 do artigo 27.º do RJCPRAA: *«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»*.

**55.** Até à entrada em vigor do RJCPRAA, o Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A (e respetivas alterações), determinava, no seu artigo 6.º, que *«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»*. Por seu lado, o CCP estabelecia (e estabelece), nos termos do seu artigo 130.º, que um concurso público deve ser publicitado no *Diário da República*. Ou seja, até 31 de Dezembro de 2015, a publicitação dos concursos públicos realizados no âmbito regional assegurava a divulgação junto de todos os potenciais interessados de modo adequado, inequívoco e em condições de igualdade: através de *Diário da República* e, adicionalmente, através do diário oficial regional.

**56.** A partir de 1 de Janeiro de 2016, a publicitação desses concursos passou a ser feita unicamente no jornal oficial regional. Se a intenção da norma foi, como descrito pela recorrente e exposto no preâmbulo do diploma, a de favorecer as pequenas e médias empresas regionais restringindo o âmbito da publicidade do concurso, tal desiderato e a sua consequência não poderiam senão ser considerados inconstitucionais, por violação do princípio da igualdade.



- 57.** Mas vejamos em concreto. De acordo com o artigo 16.º do Decreto Legislativo Regional n.º 25/2003/A, alterado e republicado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 14/2007/A, de 25 de Junho, o *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores* é editado em suporte eletrónico em sítio adequado, de acesso livre e gratuito. É uma publicação disponibilizada *on line* na internet em <http://www.azores.gov.pt/JO>, gratuitamente e de forma universal. Contém um separador de acesso livre relativo aos anúncios de procedimentos de contratação pública: <http://www.azores.gov.pt/JO/Menu/Anuncios/>. Ora, deste modo, afigura-se que, não obstante a publicação ser feita por um órgão regional, qualquer potencial interessado pode aceder-lhe com facilidade.
- 58.** A não publicação dos anúncios dos concursos públicos no *Diário da República* pode parecer uma restrição à sua divulgação e, conseqüentemente, uma limitação ao âmbito da concorrência inerente a este tipo procedimental. No entanto, o que objetivamente se passa é tão só que os potenciais interessados em candidatar-se a concursos públicos promovidos por entidades adjudicantes regionais terão agora de procurar a informação num sítio diferente. Mas continuam a ter acesso livre, direto e completo a essa informação. Assim, não parece que as suas possibilidades de participação nesses concursos tenham sido significativamente obstaculizadas. Não pode sequer dizer-se que não o sabem, uma vez que o RJCPRAA foi publicado no *Diário da República* sob forma legislativa e ninguém pode invocar a ignorância da lei.
- 59.** É certo que, antes, os interessados apenas precisavam de consultar uma publicação, que centralizava todos os anúncios de contratação pública a nível de todo o país, enquanto que agora têm de consultar pelo menos dois sítios. Esta circunstância é um revés de todo indesejável. Os meios eletrónicos de informação simplificam grandemente a publicação dos contratos, o acesso aos mercados e a transparência dos procedimentos de contratação. A centralização da informação num único ponto de acesso facilita a pesquisa e favorece esse acesso e transparência. Uma ampla publicitação através do meio que mais favorece a disseminação da informação e o respetivo acesso é a que melhor assegura a máxima concorrência. Neste sentido, abdicar de um melhor instrumento comunicacional que favorece a transparência é uma atitude desrazoável e retrógrada.
- 60.** Se estabelecermos um paralelo com o que se passa ao nível do mercado único europeu de contratação pública, verificamos que, não obstante os jornais oficiais



nacionais, e mesmo os *media*, serem hoje frequentemente de acesso eletrónico e livre, mesmo assim o legislador comunitário considera que, a partir do valor em que os contratos passam a ser de interesse transfronteiriço certo, a sua publicidade deve ser obrigatoriamente centralizada no JOUE e a publicidade nacional passa a ser facultativa. Tudo aponta para que a solução a adotar quando os contratos não atingem o limiar para publicitação dos anúncios no JOUE devesse ser semelhante. Deveria preferir-se uma publicitação centralizada e o mais ampla possível, sendo facultativa a publicitação de âmbito tendencialmente mais limitado.

61. Só que deve ter-se em conta que a solução foi fixada pelo legislador regional em regra legal para a qual lhe reconhecemos competência. E que, ainda na esteira de Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, e do que expressam na obra já citada, uma situação de *perturbação* de um princípio não significa necessariamente uma *violação* desse mesmo princípio e uma ilegalidade invalidante. Dizem estes autores que, para que se possa afirmar a violação de um princípio jurídico, e a invalidade do ato que o infringe ou perturba, é necessário que a hipótese concreta em causa, por uma perspetiva relevante do ponto de vista da função e teleologia da contratação pública, implique ou constitua uma lesão efetiva e “impermeável” dos interesses e valores que esse princípio visa tutelar.
62. O que nos parece não se verificar no caso. A solução legal não é a ideal mas não impede que todos os potenciais interessados tenham acesso à informação relevante.
63. Termos em que se considera que a publicitação dos concursos públicos no jornal oficial da Região Autónoma dos Açores não *viola*, em termos efetivos, princípios constitucionais, embora seguramente, e sem razão atendível, os perturbe.

## **Das especificidades do regime de contratação pública de empreitadas na Região Autónoma dos Açores: a publicitação dos anúncios no *Portal Base***

64. O n.º 1 do artigo 465º do CCP dispõe que é «*obrigatória a publicitação, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, dos elementos referentes à formação e execução dos contratos públicos, desde o início do procedimento até ao termo da execução, nos termos a definir por portaria conjunta dos ministros responsáveis pelas áreas das finanças e das obras públicas*», devendo para cumprimento do dever referido, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, «*utilizar-se meios eletrónicos,*



## Tribunal de Contas

---

*nomeadamente a plataforma de interoperabilidade da administração pública», tendo esta última imposição sido introduzida apenas em 2012, pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho.*

- 65.** A recorrente invoca que a obrigatoriedade desta publicitação foi expressamente afastada pelo estabelecido no artigo 27.º do RJCPRAA, tanto em termos de publicação do anúncio como de divulgação do mesmo. Para o efeito, refere as razões de promoção dos mercados regionais já acima transcritas e a legitimidade legislativa da Região para o fazer.
- 66.** Relembre-se que o artigo 27º estatui, no seu n.º 1, 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**<sup>10</sup> 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»*. E que refere no n.º 2 que *«o anúncio referido no número anterior ou um resumo dos seus elementos mais importantes pode ser posteriormente divulgado por qualquer outro meio considerado conveniente, nomeadamente através da sua publicação em plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante regional»*.
- 67.** Atente-se à semelhança entre a redação deste artigo e, designadamente, do seu n.º 2, com o texto do artigo 130.º do CCP.
- 68.** A regulamentação do artigo 465.º do CCP foi assegurada pela Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de Julho, em termos tais que os anúncios de procedimentos de contratação pública são atualmente publicados integralmente no portal dos contratos públicos, designado como *portal Base*, com base na informação transmitida a partir do *Diário da República* eletrónico. Uma consulta deste portal <http://www.base.gov.pt> permite constatar (embora de forma pouco amigável para o utilizador) que esses anúncios são listados e publicitados no próprio dia em que são publicados no jornal oficial, com ligação para o seu texto integral.
- 69.** Deste modo, pela via da obrigatoriedade constante do n.º 1 do artigo 465.º do CCP e da solução técnica adotada, a publicitação do anúncio de abertura do

---

<sup>10</sup> Negrito nosso.



## Tribunal de Contas

---

procedimento no *portal Base* transformou-se numa forma de publicação adicional obrigatória desse anúncio, não obstante essa solução não decorrer do disposto no artigo 130.º do CCP.

- 70.** Concentrando num mesmo sítio todos os anúncios de abertura de procedimentos de contratação pública, não é despiciendo considerar que possa ser olhado pelos operadores económicos como o meio preferido para conhecer esses procedimentos e ter acesso aos seus elementos fundamentais. Como se refere na decisão recorrida, uma vez que a publicitação do anúncio no portal é obrigatória, os operadores económicos “*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 publicação dos anúncios de abertura dos concursos no portal dos contratos públicos pode, por isso, ter-se transformado num meio prático muito importante para garantir a publicidade dos procedimentos, designadamente dos concursos públicos, porventura mais importante até que o próprio *Diário da República* isoladamente considerado.
- 71.** Considerar que a publicitação dos anúncios de concurso nesse portal não deve ser feita, senão a título facultativo, e eventualmente até só numa fase posterior, quando os interessados já não possam apresentar proposta em tempo útil, como pretende a recorrente ser a opção do legislador regional, só pode ser razoavelmente interpretado como uma iniciativa de limitação da publicidade e transparência, que parece não se compatibilizar com os princípios e os objetivos dos processos de contratação pública e pode ter como resultado a redução do universo dos potenciais concorrentes.
- 72.** Por isso, mais uma vez, seríamos levados a questionar a compatibilidade da norma do decreto legislativo regional com os princípios de ordem superior que se lhe impõem.
- 73.** Importa, no entanto, olhar com mais atenção para a realidade normativa. Será que estas dinâmica e contra dinâmica comunicacionais estão verdadeiramente consagradas no quadro legal aplicável? E de que forma?



## Tribunal de Contas

---

74. Imaginemos, por momentos, que a Portaria n.º 701-E/2008 desaparece da ordem jurídica. Trata-se, como sabemos, de um diploma regulamentar, que não se sobrepõe aos atos legislativos. Com o que é que ficaríamos em termos normativos?
75. O artigo 465.º do CCP, inserido na parte das *Disposições Finais* do CCP, e sob a epígrafe «*Obrigação de comunicação*», manda publicitar no portal «*elementos referentes à formação e à execução dos contratos públicos*». Nem determina expressamente a publicitação no portal dos concretos anúncios de abertura dos procedimentos nem reduz os elementos a publicar a esses anúncios. Respeita a um conjunto de informação bastante mais vasto.
76. Os artigos 465.º, 466.º e 472.º do CCP referem o portal dos contratos públicos como um instrumento de congregação de informação sobre contratação pública, com vista ao seu tratamento, análise estatística, divulgação, monitorização e reporte à União Europeia.
77. Nos termos do Decreto-Lei n.º 232/2015, de 13 de Outubro, o IMPIC (Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção) tem a atribuição de gerir o portal dos contratos públicos, com objetivos de recolha, análise e reporte de informação (vide artigo 3.º, n.º 3).
78. Mesmo o Decreto-Lei n.º 149/2012, que alterou o artigo 465.º do CCP, com o propósito expresso no seu preâmbulo de reforçar a «*publicidade dos atos praticados no âmbito dos procedimentos de contratação pública*», limitou-se a afirmar que os elementos a publicitar são os que se verificam «*desde o início do procedimento até ao termo da sua execução*», sem impor a publicação de um concreto anúncio ou o momento dessa publicação.
79. Num contexto de ausência da Portaria n.º 701-E/2008, parece viável que o diploma regulamentar pudesse escolher outras formas de concretizar o comando legislativo do artigo 465.º que não incluíssem a publicitação imediata e integral do anúncio de abertura dos procedimentos. Se porventura o fizesse, não parece que o preceito legal fosse ofendido.
80. Não há dúvida de que existe um forte elemento de publicidade associado ao portal dos contratos públicos, mas parece perceber-se que esse elemento está *legalmente* mais associado ao princípio da *transparência* da atividade administrativa do que à relação de concorrência e igualdade entre entidades adjudicantes e potenciais



concorrentes, embora obviamente esta relação também seja positivamente influenciada por aquela transparência. Falamos do regime *legal*, já que, como vimos, a prática pode apontar noutro sentido.

**81.** Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira referem laconicamente na obra acima referenciada que «*o portal da internet dedicado aos contratos públicos destina-se a permitir a quem quer que nisso esteja interessado (mesmo não tendo participado num procedimento) obter a informação que a lei e os regulamentos aplicáveis aí mandam disponibilizar*». Nada mais referem de relevante a este respeito.

**82.** Como já referimos, o artigo 465.º do CCP manda publicitar elementos referentes à formação e execução dos contratos «*desde o início do procedimento até ao termo<sup>11</sup> da sua execução*». Não está, pois, nem apenas nem principalmente em causa o anúncio de abertura desse procedimento. Se assim é, não se vê como é que este regime seja afastado pelo artigo 27.º do RJCPRAA. Este artigo tem a epígrafe “*anúncio procedimental*”, insere-se no Capítulo III, exclusivamente referente à *fase de formação* do contrato, e o seu regime não abarca o alargado conjunto de atos e informação que deve ser publicitado no *portal Base*.

**83.** Devemos então concluir que o artigo 465.º do CCP é plenamente aplicável na região autónoma:

- Porque foi estabelecido com um objetivo vasto de transparência, concretizando este princípio europeu, constitucional e administrativo, que se impõe ao legislador regional em termos gerais e por força do próprio artigo 4.º, n.º 1, do RJCPRAA;
- Porque, por essa razão, não é afastado pelo estabelecido no artigo 27.º do mesmo diploma, que tem um âmbito de aplicação muito mais limitado;
- Porque não há nem poderiam haver razões que legitimamente justificassem o seu afastamento. De facto, que motivos poderiam justificar que a atividade de contratação pública regional não fosse levada, como a dos restantes órgãos públicos, ao conhecimento de todos? Só uma intenção de opacidade, que não é de todo compatível com o superior princípio da transparência;

---

<sup>11</sup> Negrito nosso.



- Porque a plena aplicação do artigo 465.º do CCP resulta do disposto no artigo 1.º, n.º 3, do RJCPRAA, que determina, na ausência de especificidades, a aplicação do regime constante daquele código.

## **Conclusão: da ilegalidade verificada e das suas consequências**

- 84.** Por tudo o que referimos, concluímos que o regime previsto no artigo 465.º do CCP era aplicável ao procedimento em causa e daí resultava uma obrigatoriedade legal. Não tendo essa disciplina sido cumprida, verifica-se uma violação de lei. Nos termos do artigo 4.º, n.º 2, do RJCPRAA, *«a atividade das entidades adjudicantes regionais deve ser desenvolvida de modo a não se subtrair, por qualquer modo, às regras previstas no presente diploma ou no Código dos Contratos Públicos, sob pena de invalidade dos respetivos atos»*. Confirma-se, nesta parte, a decisão recorrida.
- 85.** Improcede, deste modo, o invocado erro de julgamento por violação dos artigos 25.º e 27.º do RJCPRAA. Não resultando do artigo 27.º o afastamento da aplicação do artigo 465.º do CCP, é o próprio artigo 1.º, n.º 3, do RJCPRAA que determina a sua aplicação.
- 86.** Improcede, igualmente, o invocado erro de julgamento por violação dos artigos 37.º, n.º 1, e 40.º da Lei n.º 2/2009. Como vimos, estas normas, conjugadas com o artigo 56.º, n.º 2, alínea b), da mesma lei, consentem o regime definido no artigo 27.º do RJCPRAA, no âmbito das empreitadas de obras públicas, mas apenas na medida em que ele não contrarie princípios jurídicos de valor superior. Só que o estabelecido neste artigo nem é suficiente para afastar o regime constante do artigo 465.º do CCP nem, se o fosse, podia ser considerado compatível com esses princípios. A aplicação do referido artigo 465.º e respetiva regulamentação são também compatíveis com o estabelecido no artigo 15.º da referida Lei n.º 2/2009.
- 87.** A recorrente alegou que, mesmo que este Tribunal entenda que o artigo 465.º do CCP é aplicável, deve ser considerada a verificação de um justo impedimento à sua observância e deve ser dada prevalência ao aproveitamento do procedimento, concedendo-se o visto com recomendações. O parecer do Ministério Público vai no mesmo sentido, por razões ligadas às diminutas consequências financeiras da invalidade no caso concreto.



## Tribunal de Contas

---

- 88.** Como acima estabelecemos, os potenciais concorrentes tiveram livre acesso aos elementos do procedimento através do *site* do jornal oficial regional. Verifica-se, aliás, que a empresa adjudicatária é de Aveiro e não dos Açores. Não resulta, portanto, seguro que se o anúncio tivesse sido publicitado no portal dos contratos públicos outro tivesse sido o universo concorrencial. Assim, mesmo podendo configurar-se em abstrato a possibilidade de um risco de alteração do resultado financeiro em resultado da ilegalidade verificada, tal risco afigura-se baixo.
- 89.** Por outro lado, está demonstrado no processo que, mesmo que tivesse sido atempadamente promovida a publicitação imposta pelo artigo 465.º do CCP, não teria a mesma sido bem sucedida, por impossibilidade técnica do *portal Base*- vide esclarecimentos do IMPIC, mencionados no ponto 10 deste acórdão. A informação constante do ponto 11 evidencia que essa impossibilidade técnica foi, entretanto, resolvida e que as entidades da Região Autónoma dos Açores podem, doravante, dar integral cumprimento à disciplina legal.
- 90.** Deste modo, consideramos ajustada ao caso a substituição da recusa do visto pela concessão de visto com recomendações, nos termos do artigo 44.º, n.º 4, da LOPTC. A ilegalidade verificada foi qualificada como enquadrada na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º, situações em que pode, efetivamente, haver lugar à ponderação prevista e regulada no n.º 4.
- 91.** Com esta decisão fica ultrapassada a invocação de que não foram atendidos pela decisão recorrida o justo impedimento na não observância da norma violada, bem como os princípios do aproveitamento do procedimento, do favor do procedimento e da proporcionalidade.
- 92.** A recorrente alegou ainda a inconstitucionalidade da decisão do Tribunal, por violação do princípio constitucional da separação de poderes, constante dos artigos 110.º e 111.º da Constituição. Parece considerar que, mesmo que existisse violação do disposto no artigo 465.º do CCP, essa violação não consubstanciava uma ilegalidade suscetível de alterar o resultado financeiro, já que o universo de potenciais concorrentes não seria alterado se o regime tivesse sido cumprido. E, conseqüentemente, não haveria fundamento para a recusa do visto. Nessa perspetiva, o Tribunal teria criado uma sanção que a lei não prevê.



## Tribunal de Contas

---

- 93.** Parece-nos que não tem razão. A 1.<sup>a</sup> instância atuou no âmbito e nos limites dos poderes de fiscalização prévia do Tribunal de Contas, tal como descritos e delimitados na LOPTC. A decisão recorrida fundamentou adequadamente porque razão considerou verificada a ilegalidade e porque razão considerou que a mesma se subsumia no fundamento de recusa de visto constante da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
- 94.** Efetivamente, para a verificação do fundamento de recusa de visto mencionado na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, basta que se verifique o simples perigo ou risco de que a ilegalidade constatada possa determinar a alteração do resultado financeiro do contrato. Como se refere claramente nesse preceito, constitui fundamento da recusa do visto qualquer ilegalidade que altere ou *possa alterar* o resultado financeiro. São inúmeras as decisões deste Tribunal que assinalam a suficiência do perigo abstrato para este efeito, sem que seja necessário demonstrar o concreto perigo ou o dano efetivo. Há também inúmeras decisões que deixam claro que a possibilidade de substituir a decisão de recusa do visto por uma decisão de visto com recomendações nos termos do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC é uma mera faculdade, a ajuizar e a aplicar em concreto. A decisão recorrida contém fundamentação suficiente nesta matéria. Respeitou e cumpriu os deveres e os limites da sua função jurisdicional.
- 95.** A presente decisão reconhece que o artigo 465.º tem como escopo principal a promoção da transparência, mais do que a promoção da concorrência, e admite que o risco de alteração do resultado financeiro do procedimento em resultado do incumprimento daquele artigo, embora exista, não é elevado, concluindo pela concessão de visto com recomendações. Fáz-lo no estrito cumprimento do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC e, portanto, no escrupuloso respeito pelos limites da sua função.
- 96.** Termos em que se considera não se verificar a inconstitucionalidade invocada.



## III. DECISÃO

**Assim, pelos fundamentos expostos, acorda-se em Plenário da 1ª Secção em conceder provimento parcial ao recurso, revogando a recusa de visto ao contrato em questão e concedendo-lhe o visto com recomendações, nos termos conjugados da alínea c) do n.º 3 e do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC.**

**Recomenda-se aos Serviços Municipalizados de Angra do Heroísmo que, em futuros procedimentos, deem integral cumprimento ao estabelecido no artigo 465.º do Código dos Contratos Públicos.**

**Apenas são devidos emolumentos nos termos da al. b) do n.º 1 do artigo 5.º, por força do n.º 3 do artigo 17.º, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio, pela concessão do visto.**

Lisboa, 21 de Março de 2017

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

“Voto a decisão, salientando, no entanto as razões que fundamentam o acórdão proferido no processo 19/2016, de que fui relator.”

(José Mouraz Lopes)

(Alberto Fernandes Brás)

O Procurador-Geral Adjunto