



Tribunal de Contas

Transitado em julgado em 24-04-2017

Acórdão n.º 9/2017-28.MAR-1.S/PL

Recurso n.º RO n.º 4/2017

Processos n.º 96/2016-SRAT

Relator: Conselheiro José Mouraz Lopes

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

I – RELATÓRIO

1. Os Serviços Municipalizados de Água e Saneamento do Município de Ponta Delgada, notificados da Decisão de recusa de visto referente ao “contrato de empreitada de infraestruturas de saneamento básico na rua Padre Aníbal Rego Duarte, em parte da Avenida 5 de Agosto e na rua da Guiné, na Relva”, não se conformando com a mesma vieram, nos termos do art.º 96º n.º1 da Lei da Organização e Processo do Tribunal de Contas, (LOPTC) interpor recurso da mesma decisão para o Plenário da 3ª secção deste Tribunal.
2. A recorrente, nas suas alegações, apresentou as seguintes conclusões:
 1. O presente recurso tem por objeto a Decisão de recusa de visto proferida pela Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas (adiante SRATC), no âmbito do processo de fiscalização prévia supra identificado, porquanto entendeu aquela que foi cometida uma ilegalidade no respetivo procedimento concursal que poderá ter alterado o seu resultado financeiro, nomeadamente não foi acatado o art.º 465º



Tribunal de Contas

do CCP, que ordena publicitar no portal da internet dedicado aos contratos públicos o anúncio do concurso, o qual “apenas” foi publicado no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores (adiante JO);

2. Salvo o devido respeito, não assiste qualquer razão à decisão aqui recorrida;
3. Temos por assente que a existência de um regime jurídico de contratação pública específico para a Região Autónoma dos Açores não é colocada em causa pela SRATC, a qual parece reconhecer e perceber que trata-se do exercício de uma competência constitucionalmente reconhecida - art.º 227º n.º1 alínea a) da Constituição da República Portuguesa;
4. Em consequência, dúvidas também parecem não existir da constitucionalidade, legalidade e regularidade do estipulado no art.º27º n.º1 do RJCPRAA, nomeadamente do fato de este artigo determinar, com carácter exclusivo, que o anúncio de um procedimento como o constante dos presentes autos, seja apenas publicado no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores;
5. Ou seja, resulta manifesto e claro que aquele preceito apenas determina a publicação do anúncio do presente procedimento concursal naquele Jornal Oficial e não em qualquer outro jornal ou portal de internet;
6. Apesar de manifesta simplicidade da literalidade daquela norma, entende a SRATC que por força da remissão que é feita quer pelo art.º 1º n.º3, quer ainda pelo art.º 25º do RJCPRAA, o art.º 465º do CCP tem plena aplicação para todos os procedimentos concursais, onde se incluem os alvo do art.º27 do RJCPRAA, sendo assim também obrigatória e condição de validade e legalidade do procedimento a publicitação do respetivo anúncio no portal da internet;
7. Ora, a verdade é que a tese defendida pela SRATC não tem qualquer sustentação legal;
8. Na verdade, como é fácil de ver, o art.465.º, para a sua aplicabilidade, depende da uma Portaria. Neste caso, trata-se da Portaria n.º701-E/2008, de 29 de Julho;
9. Esta Portaria, que regula toda a matéria da publicitação exigida pelo art.º 465º do CCP, determina, no seu art.º4º, quais são as suas fontes de informação, ou seja, quais as entidades que podem proceder à publicitação daqueles dados. Ora, nos termos deste preceito, apenas são fontes de informação daquele portal, “... o sistema de informação da Imprensa Nacional - Casa da Moeda, S. A., usado pelas entidades adjudicantes na introdução de dados para efeitos de publicação no Diário da República e no Jornal Oficial da União Europeia...”;
10. Significa isto que, apenas poderão ser publicitados no portal dos contratos públicos, os anúncios publicados no Diário da República ou no Jornal Oficial da União Europeia – sendo estas, com carácter de exclusividade, as únicas fontes imediatas de informação daquele portal;
11. Perante isto, poderia a SRATC facilmente ter chegado a duas outras conclusões e certezas: A primeira seria que, da leitura conjugada do art.465º do CCP e do art.º4 da Portaria n.º701-E/2008, de 29 de Julho,



outra conclusão não será possível que não seja a que aquelas normas não preveem a publicitação naquele portal de anúncios que tenham sido publicados apenas no Jornal Oficial da RAA;

12. A segunda, e que nos parece também de fácil perceção, é que uma Portaria não pode, quer pela hierarquia de normas, quer pelo primado do Direito Regional, alterar o regime previsto no art.º 27º do RJCPRAA e impor a publicação de um anúncio objeto daquela norma no Diário da República, para efeitos da sua publicitação no referido Portal, quando a mesma impõe que aquele anúncio seja, em exclusivo, publicado no Jornal Oficial;
13. Caso a Decisão aqui recorrida tivesse chegado a estas conclusões, como se impunha, então facilmente teria decidido em sentido diferente, apercebendo-se que, no presente e com a atual redação dos preceitos em causa, o art.465º do CCP não é aplicável aos procedimentos de contratação pública objetos do art.º 27º do RJCPRAA;
14. Outra interpretação não é possível;
15. Caso fosse dado seguimento ao decidido pela SRATC, então qual seria a solução: publicar o anúncio do procedimento no Diário da República em clara e manifesta violação de uma norma imperativa do RJCPRAA (art.27º)? Não publicar no Diário da República, mas fazer publicitar no Portal (ainda que tal fosse possível em termos práticos, o que não é!), em clara violação do estatuído no art.4 da Portaria que rege este Portal e, assim, em também manifesta ilegalidade?
16. É que a SRATC, na sua decisão, não concretiza qual o procedimento que deveria ser adotado pela aqui recorrente, qual teria sido o procedimento correto. Publicitar no portal como? em termos práticos como? em termos legais como, face ao que consta daqueles preceitos?
17. Ainda que se perceba a intenção da SRATC de entender como importante aquela publicitação no referido Portal, a verdade é que, de *iure condito*, a mesma, bem ou mal, não é legalmente exigida para os procedimentos objeto do art.º27 do RJCPRAA;
18. Na verdade, apenas é exigível, mais uma vez se reforça, de *iure condito*, a publicitação no portal da contratação pública somente os anúncios publicados no Diário da República e no Jornal Oficial da União Europeia, pelo que não é assim aplicável ao procedimento sub júdice, o art.465º do CCP.
19. Por tudo isto, não foi cometida no procedimento de adjudicação do contrato de empreitada de “Substituição das condutas adutoras de Ponta Delgada – 12ª fase CPC dos Remédios ao Reservatório da Arquinha (do perfil 994 ao perfil 1042)” qualquer ilegalidade, nomeadamente não foi violado o art.465º do CCP por o mesmo não ser aplicável ao procedimento em causa;
20. Assim, deverá a Decisão aqui recorrida ser revogada e substituída por outra que conceda o visto ao contrato objeto do presente processo de fiscalização prévia.



Tribunal de Contas

21. Sem prescindir, entende a Decisão aqui recorrida que a publicitação do anúncio do procedimento concursal no portal de internet dedicado aos contratos públicos assume extrema importância na publicidade do procedimento e, em consequência, na defesa da concorrência, dando especial enfoque àquela publicitação em detrimento do modo por excelência de publicação que é o Jornal Oficial, o Diário da República ou o Jornal Oficial da União Europeia;
22. Assim, fundamenta a SRATC a sua Decisão de recusa de visto no fato de, em virtude de o anúncio do procedimento não ter sido publicitado no portal de internet dedicado aos contratos públicos, tal fato ser “...susceptível 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;”
23. Ora, sem quebra do devido respeito, esta conclusão falha em dois planos: no dos fatos e no dos princípios;
24. Vejamos: Ao contrário do que afirma a SRATC, a não publicitação do anúncio no portal de internet não afastou ou impediu que eventuais interessados tivessem apresentado uma proposta. Na verdade, conforme consta da própria decisão aqui recorrida, ao presente procedimento, cujo preço base era de € 532.406,68 (quinhentos e trinta e dois mil, quatrocentos e seis euros e sessenta e oito cêntimos), concorreram cinco empresas, tendo a proposta adjudicada sido no valor de € 456.120,51 (quatrocentos e cinquenta e seis mil, cento e vinte euros e cinquenta e um cêntimos);
25. Ou seja, sem a publicitação do anúncio do procedimento no portal da internet, a verdade é que se apresentaram a concurso cinco empresas, tendo sido adjudicada uma proposta cujo preço é € 76.286,17 inferior ao preço base daquele procedimento;
26. Acresce que, a verdade é que o número de concorrentes que se apresentaram naquele procedimento (5), corresponde à média do número de concorrentes que têm vindo a concorrer a todos os procedimentos de obras semelhantes, independentemente da publicitação do respetivo anúncio do portal da internet, conforme resulta do quadro anexo aqui junto;
27. Por isto, no plano dos fatos e da realidade, não procede a alegada restrição da concorrência invocada na Decisão aqui recorrida;
28. Mas também no plano teórico e dos princípios, tal argumento volta a não proceder. Na verdade, é assente que a defesa da livre concorrência, da igualdade de oportunidades, da defesa do erário e do interesse público, da publicidade e da transparência da atuação da administração pública são princípios que norteiam ambos os regimes da contratação pública, ou seja, quer o CCP, quer o RJCPRAA;



Tribunal de Contas

29. Para atingir tal desiderato, quer o CCP quer o RJCPRAA impõem a publicação no Diário da República, no Jornal Oficial da União Europeia ou no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores do anúncio de cada um dos procedimentos neles contemplados, com exceção do ajuste direto;
30. Significa isto que a forma de publicitação dos procedimentos concursais escolhida pelas leis que regulam estas matérias é a publicação nos jornais oficiais e não em quaisquer portais ou plataformas digitais. Veja-se, a este propósito, entre outros, os artigos 130º, 131º, 157º, 167º, 197º e 208º do CCP e os artigos 27.º, 28.º e 52º do RJCPRAA;
31. Por isto, ambos aqueles regimes apenas colocam como condição de validade e de eficácia dos contratos a sua publicitação no portal numa única situação, nomeadamente quando se trate de contratos celebrados na sequência de procedimentos de ajuste direto não antecedidos de qualquer publicação num dos jornais oficiais supra identificados – art.127º do CCP;
32. O que significa, *a contrario*, que aquela publicitação naquele portal de internet, fora daqueles procedimentos de ajustes diretos, não é condição de validade e eficácia dos contratos pois, caso o fosse, não seria necessária a referência expressa efetuada pelo art.127.º do CCP;
33. E não o sendo, demonstra que, afinal, a lei não atribui grande relevância àquela publicitação como meio de assegurar a publicidade do procedimento, reservando esta função para o meio por excelência para o efeito: publicação no Jornal Oficial, Diário da República ou Jornal da União Europeia;
34. Ora, aquelas formas de publicação oficiais são os órgãos por excelência de dar a conhecer aos cidadãos a atuação da sua administração, do conteúdo das leis e de todo o ordenamento jurídico que regula a vida em sociedade, de tal forma que nenhum cidadão poderá invocar o desconhecimento da Lei para justificar o seu não acatamento;
35. E se estas formas de divulgação são consideradas bastantes pelo legislador para dar a conhecer à população matérias tão importantes como um código do contratos públicos, um código de IRS ou uma lei penal, entre outros, impondo o seu acatamento, não se percebe porque razão se poderá entender que já não serão suficientes para a publicação de anúncios de procedimentos, impondo ainda a sua publicitação em portais de internet como forma de cumprir com a obrigação de publicitar os procedimentos concursais;
36. Demonstrativo que a publicitação exigida no at.465º do CCP não tem como fim dar publicidade ao procedimento concursal, está ainda a forma como está desenhando aquele portal e montado o seu funcionamento;
37. Na verdade, resulta quer do preâmbulo da Portaria 701-E/2008, de 29 de Julho, quer do seu articulado, que a informação a ser remetida para aquele Portal será a que resultar da anterior publicação num dos jornais oficiais, informação que deverá ir sendo complementada com o desenrolar do procedimento, tudo para efeitos não só estatísticos, mas também para assegurar a transparência e controlo da



legalidade, tarefas importantes, que não se descaram, mas que não são a de conferir publicidade ao procedimento;

38. Assim, resulta evidente que a publicação naquele portal da internet “...dos elementos referentes à formação e à execução dos contratos públicos, desde o início do procedimento até ao termo da execução...” visa não publicitar os procedimentos, mas sim condensar toda a informação sobre a abertura e execução de toda a contratação pública, para efeitos de cumprir com o desiderato da transparência nesta matéria;
39. E tanto assim é que, no preceito seguinte - art.º 466º do CCP, é instituído o Observatório das Obras Públicas, destinado “...à organização de uma base de dados, ao tratamento e à divulgação dos respectivos dados estatísticos no domínio das empreitadas de obras públicas...”;
40. Por fim, resta-nos ainda o elemento sistemático, de onde resulta evidente que a obrigação de publicitação no portal da internet destinado à contratação pública não poderá ser encarada como uma tarefa que o legislador tenha como de primordial importância, da qual dependa a validade de todo e qualquer procedimento concursal;
41. Pelo contrário, esta obrigação surge no art.465.º do CCP, inserido na última parte do CCP - Parte V – sob a epígrafe de “Disposições finais”, em conjunto com a criação do já referido Observatório das Obras Públicas e ainda com regulação da forma e prazos de notificações comunicações entre os concorrentes, os júris, interessados e entidades adjudicantes;
42. Quer isto dizer que se um papel tão relevante como o atribuído pela Decisão aqui recorrida correspondesse à realidade, esta obrigação teria de constar, sistematicamente, nos capítulos referentes à formação dos contratos, onde efetivamente se trata da publicação dos anúncios, e nunca nas disposições finais onde apenas se trata de questões estatística e de formas de comunicação entre os intervenientes;
43. Por isto, também no plano teórico ou dos princípios, não procede o argumento da Decisão aqui recorrida que a falta de publicitação do anúncio do presente procedimento no portal da internet constitua uma ilegalidade que seja suscetível de conduzir a uma alteração do resultado financeiro do contrato;
44. Deste modo, também por aqui mal andou a Decisão recorrida, razão pela qual deverá a mesma ser revogada e substituída por outra que conceda o visto ao contrato objeto do presente procedimento;
45. Ainda sem prescindir, entendeu a Decisão aqui recorrida recusar o visto ao contrato supra identificado, por entender que foi cometida uma ilegalidade no procedimento concursal que lhe antecedeu, a qual poderá ter alterado o resultado financeiro daquele;
46. Apesar de não identificar que tipo de ilegalidade que considera ter existido, a verdade é que a recusa de visto foi fundamentada com a alínea c) do nº3 do art.º 44º da Lei 98/97, de 26 de Agosto, o que exclui



Tribunal de Contas

que a Decisão recorrida considere que tenha sido praticado qualquer acto nulo no âmbito daquele procedimento pois, neste caso, teria de ser invocada a alínea a) daquele preceito;

47. Por isto, nos termos do Código de Procedimento Administrativo (CPA), não se tratando de nulidade, resta-nos a anulabilidade;
48. Sobre a matéria da anulabilidade, rege o art.º163º do CPA. Resulta desta norma que são anuláveis os atos administrativos praticados com ofensa dos princípios ou outras normas jurídicas aplicáveis, para cuja violação se não preveja outra sanção. É o que acontece com a alegada violação do art.º 465.º do CCP, pois não existe naquele código, ou em qualquer outra legislação, uma previsão de sanção para o incumprimento da obrigação nele contido;
49. Por sua vez, o ato anulável produz os seus efeitos, até ser anulado, quer pelos Tribunais, quer pela própria administração;
50. Contudo, o efeito anulatório não sucede, continuando aquele acto a produzir os seus efeitos, nas situações previstas nas alíneas do n.º5 daquele preceito, nomeadamente quando: a) o conteúdo do ato anulável não possa ser outro, por o ato ser de conteúdo vinculado ou a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma solução como legalmente possível; b) O fim visado pela exigência procedimental ou formal preterida tenha sido alcançado por outra via; c) Se comprove, sem margem para dúvidas, que, mesmo sem o vício, o ato teria sido praticado com o mesmo conteúdo;
51. Voltando ao caso que aqui nos ocupa, constata-se que, analisando-o, a única solução legalmente possível, por força da inexistência, como fonte de informação, do Jornal Oficial da RAA do portal da internet destinado aos contratos públicos, era a solução adotada pela aqui recorrente, de apenas publicar no Jornal Oficial, solução esta que permitiu, seguindo a teoria da Decisão recorrida, o que não se concede, apenas violar a Portaria e não o Decreto Legislativo Regional, norma hierarquicamente superior, e que ordena a publicação exclusiva naquele Jornal;
52. De igual modo, e continuando a seguir a teoria da Decisão aqui recorrida e admitindo que o fim visado pelo art.465.º do CCP é o da publicitar junto de eventuais interessados a abertura do procedimento concursal, então este desiderato foi atingido com a publicação efetuada do anúncio junto do Jornal Oficial da RAA;
53. Assim, encontram-se reunidos os requisitos que obstam a que o efeito anulatório daquele acto que a Decisão recorrida considera ilegal se concretize, antes consolidando-se aquele ato no ordenamento jurídico, inexistindo assim qualquer ilegalidade que possa fundamentar a recusa de visto ao contrato objeto da Decisão que aqui se recorre, razão pela qual deverá a mesma ser revogada;
54. Por fim e sem prescindir, diz-nos o art.º 44º n.º1 da Lei 98/97, de 26 de Agosto que “A fiscalização prévia tem por fim verificar se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou



Tribunal de Contas

representativos de responsabilidades financeiras diretas ou indiretas estão conformes às leis em vigor ...”;

55. Trata-se de uma fiscalização da legalidade e não o exercício de um qualquer direito potestativo ou de uma manifestação de vontade ou discordância com um determinado regime jurídico, função esta desde há muito reservada ao poder legislativo...
56. Assim, apenas incumbe ao Tribunal de Contas, no caso em concreto à SRATC, aferir se o contrato que lhe foi submetido a visto no âmbito da fiscalização prévia, resultou de um procedimento que foi conforme às leis em vigor;
57. Feita esta apreciação, poderá o Tribunal de Contas recusar o visto apenas nas três situações previstas no nº3 daquele preceito;
58. No caso em concreto, a SRATC entendeu que a falta de publicitação no portal da internet do anúncio do procedimento que antecedeu aquele contrato enquadra-se na situação prevista na alínea c) do nº3 do art. 44º da Lei 98/97, de 26 de Agosto;
59. Resulta assim claro que a SRATC entende que a falta daquela publicitação não é geradora de qualquer nulidade, mas apenas de ilegalidade que alterou ou possa ter alterado o resultado financeiro obtido;
60. Ora, dispõe o nº4 do preceito que temos vindo a tratar que “4 - Nos casos previstos na alínea c) do número anterior, o Tribunal, em decisão fundamentada, pode conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades.”;
61. Ou seja, nas situações da alínea c), isto é, quando o Tribunal entenda que se trate de uma situação de ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro, poderá aquele conceder à mesma o visto ao contrato, emitindo recomendações sobre o modo como deverá a entidade actuar em futuros procedimentos de modo a suprir aquela ilegalidade;
62. Assim, trata-se de uma faculdade que o Tribunal pode, ou não, utilizar face às circunstâncias concretas de cada caso. Contudo, impõe-se que o Tribunal fundamente as suas decisões e dê a conhecer aos seus destinatários a razão pela qual decide num sentido ou noutro;
63. Voltando à Decisão aqui recorrida, entendeu a SRATC, no seu ponto 6 que “A relevância que esta ilegalidade assume no contexto do procedimento de contratação levado a cabo não consente que se faça uso da faculdade prevista no n.º4 do artigo 44.º da Lei n.º98/97.”;
64. Acontece que, considerando que estamos a tratar de uma faculdade concedida ao Tribunal, que lhe permite conceder visto em casos de ilegalidade que altere ou possa alterar o resultado financeiro obtido, não se percebe qual a “...relevância que esta ilegalidade assume...” para que, no presente caso, não seja possível conceder o visto ao contrato com uma recomendação que o Tribunal entenda por conveniente;



Tribunal de Contas

65. É que a Decisão aqui recorrida padece de absoluta falta de fundamentação que nos permita perceber por que razão esta ilegalidade assume tanta relevância que impede que se faça uso da faculdade daquele n.º4, quando comparada, por exemplo, com tantas outras vezes em que este Tribunal usou daquela faculdade, como as constantes do próprio site do Tribunal, in <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/sintese1s/sintese-cap2.shtm>;
66. Ora, não existe nenhuma boa razão para que, entendendo como entendeu a SRATC que existiu no procedimento sub júdice uma ilegalidade, o que não se concede, não seja utilizada a faculdade prevista no n.º4 daquele preceito, nomeadamente concedendo o visto e emitindo uma recomendação sobre o procedimento a adotar no futuro;
67. É que, como atrás se viu, trata-se de um procedimento onde foi devidamente cumprido o dever de publicidade com a publicação do respetivo anúncio no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores, onde cinco concorrentes apresentaram propostas, em consonância com o número de concorrentes que surgiram em outros procedimentos, e foi adjudicada uma proposta substancialmente mais baixa ao preço base;
68. Por isto, a ser entendido que existiu no presente procedimento uma ilegalidade, o que apenas aqui se admite por mera hipótese, não existe nenhuma razão para a qual não seja utilizada pela SRATC a faculdade prevista no n.º4 do Art.º44.º da Lei 98/97, concedendo o visto ao contrato aqui em causa;
69. É que, importa não esquecer e conforme é admitido na Decisão recorrida, a alegada ilegalidade apontada por esta ocorre não por opção ou inércia da entidade adjudicante, aqui recorrente, mas apenas e tão só, no entender da SRATC, de uma alegada errada intersecção de regimes jurídicos, que impede, em termos práticos, a publicação do anúncio no referido portal, situação que a própria circular junta com a Decisão aqui recorrida reconhece ser transitória e que deverá ficar resolvida até ao final do ano;
70. Por tudo isto, deverá também aqui ser revogada a Decisão recorrida e substituída por outra que conceda o visto ao contrato objeto do presente processo de fiscalização prévia.
3. O Ministério Público emitiu parecer onde conclui pela improcedência do recurso, invocando, em síntese, que «a ultrapassagem do obstáculo temporário», invocado pelo recorrente, passa «pela continuação da publicitação através da funcionalidade do Diário da República no Portal dos Contratos Públicos, também designado de Portal Base, de âmbito territorial nacional».



II – FUNDAMENTAÇÃO

4. A matéria de facto em causa dada como assente e que consta da decisão recorrida é a seguinte:

1.1. Foi presente, para fiscalização prévia da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, o *contrato de empreitada de infraestruturas de saneamento básico na Rua Padre Aníbal Rego Duarte, em parte da Avenida 5 de agosto e na Rua da Guiné na Relva*, celebrado em 30-09-2016, entre os Serviços Municipalizados de Água e Saneamento do Município de Ponta Delgada¹ e a A. R. Casanova – Construção Civil, L.^{da}, pelo preço de 456 120,51 euros, acrescido do IVA, e com o prazo de execução de 180 dias

1.2. Em reunião de 12-05-2016, o Conselho de Administração dos Serviços Municipalizados de Água e Saneamento do Município de Ponta Delgada deliberou abrir um concurso público, tendo em vista a execução da empreitada de «infraestruturas de saneamento básico na Rua Padre Aníbal Rego Duarte, em parte da Avenida 5 de agosto e na Rua da Guiné na Relva», ao abrigo da «alínea b) do art.º 19.º do CCP, conjugado com a alínea b) do art.º 19.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de Dezembro».

1.3. De acordo com a cláusula 27.^a do caderno de encargos, o «preço máximo a pagar é de 532.406,68€ (quinhentos e trinta e dois mil quatrocentos e seis euros e sessenta e oito cêntimos) + IVA».

1.4. O concurso público foi publicitado no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, II série, n.º 97, de 20-05-2016.

1.5. Apresentaram-se a concurso cinco concorrentes.

Concorrente	Preço (€)
1. Tecnovia Açores, S.A.	485.500,00
2. Fameg, S.A.	475.039,18

¹ Identificados, no contrato, como Serviços Municipalizados da Câmara Municipal de Ponta Delgada.



Tribunal de Contas

3. Albano Vieira, S.A.	506.155,30
4. A. R. Casanova, L. ^{da}	456.120,51
5. Marques, S.A.	480.000,00

- 1.6.** Os concorrentes Fameg, S.A. e Marques, S.A., foram excluídos, com fundamento na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 57.º, e alínea *c*) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.
- 1.7.** Em reunião de 04-08-2016, o Conselho de Administração dos Serviços Municipalizados de Água e Saneamento do Município de Ponta Delgada deliberou adjudicar a empreitada.
- 1.8.** A empreitada foi consignada em 03-10-2016.
- 1.9.** Em sede de devolução do processo para diligências complementares, foram, entre outros aspetos, solicitados esclarecimentos sobre «[a]validade do procedimento, tendo em atenção que não foi cumprido o previsto no n.º 1 do artigo 465.º do Código dos Contratos Públicos»².
- 1.10.** Em resposta, foi referido o seguinte³:

Nos termos do art.º 27.º n.º 1 do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de Dezembro, 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. É o caso do presente procedimento.

Ora, é isto que resulta da letra daquele preceito, o qual indica, de forma clara, que a única publicação exigível é no Jornal Oficial e não em qualquer portal da internet, o qual é destinado, essencialmente, para fins estatísticos. E é este também o único entendimento possível, considerando o primado do Direito regional, de onde resulta que a legislação regional, específica, deverá prevalecer sobre a legislação nacional em tudo quanto não esteja excluída da competência das Regiões Autónomas. Acresce ainda que, da leitura conjugada do art. 465.º do CCP e do art.º 4 da Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de Julho, de onde constam, com caráter de exclusividade, as fontes de informação daquele portal, outra conclusão não será possível que não seja a que aquelas normas não preveem a publicitação, naquele portal, de anúncios que tenham sido apenas publicados no Jornal Oficial da RAA, porquanto apenas permitem a publicação de anúncios vindos dos serviços da Imprensa Nacional – Casa da Moeda S.A. o que não acontece com os que apenas são publicados no Jornal Oficial da RAA. Do mesmo modo, é ainda assente que uma Portaria não pode, quer pela hierarquia das normas, quer pelo primado do Direito Regional, alterar o regime previsto no art.º 27.º do RJCPRAA, constante de um Decreto Legislativo Regional, e impor a publicação de um anúncio objeto daquela norma no Diário da República, para efeitos da sua publicitação no referido Portal, quando o

² Ofício n.º 496-UAT I/FP, de 21-10-2016.

³ Ofício n.º 3510, de 21-11-2016.



mesmo impõe que aquele anúncio seja, em exclusivo, publicado no Jornal Oficial. Ou seja: Como seria possível fazer publicar aquele anúncio no portal, quando o Jornal Oficial não é, legalmente, fonte de informação do mesmo, o que consubstanciaria uma violação do art.º 4.º daquela Portaria? Apenas seria possível fazendo publicar aquele anúncio do Diário da República, mas tal significaria outra ilegalidade, nomeadamente violação do art.º 27.º do RJCPRAA.

Por outro lado, a verdade é que o princípio da livre concorrência não foi minimamente beliscado com a não publicitação daquele anúncio no portal. Isto porque, conforme resulta da documentação já enviada, apresentaram-se a concurso cinco concorrentes, número este em consonância com o número de concorrentes que se têm apresentado nos restantes procedimentos concursais de trabalhos semelhantes (...). De igual modo, importa reter que a proposta adjudicada é substancialmente mais baixa relativamente ao preço base fixado no anúncio. Ora, de tudo isto resulta claro que, como já se disse, nem o princípio da publicidade e da livre concorrência foi beliscado, como também aquele portal não tem como fim ou utilidade publicitar a existência de procedimentos concursais, servindo apenas para efeitos estatísticos e de transparência da administração, podendo através do mesmo qualquer cidadão ter acesso à informação e acompanhar as adjudicações efetuadas pelas entidades públicas. E tanto assim é que, sistematicamente, aquele preceito encontra-se inserido nas disposições finais do CCP, antecedendo a instituição de um Observatório das obras públicas, o que por si só é demonstrativo da importância residual que lhe é dada por aquele CCP.

Por fim e sem prejuízo de tudo quanto se disse, constata-se ainda a impossibilidade prática da publicação daquele anúncio, reconhecida pela Circular n.º 1/2016 do Gabinete da Secretária Regional Adjunta da Presidência para os Assuntos Parlamentares (...). Ora, perante a impossibilidade legal e prática, resulta claro, nos termos do art.º 163.º n.º 5 do CPA, que mesmo que se considerasse ilegal aquele procedimento por falta de publicitação do anúncio no referido portal, a verdade é que este efeito anulatório não se produz. Na verdade, constata-se que a única solução legalmente possível, por força da inexistência do Jornal Oficial da RAA como fonte de informação daquele, era a solução adotada no presente procedimento de apenas o publicar no Jornal Oficial. De igual modo, e mesmo admitindo que o fim visado pelo art.465.º do CCP é o de publicitar junto de eventuais interessados a abertura do procedimento concursal, então este desiderato foi atingido com a publicação efetuada do anúncio junto do Jornal Oficial da RAA, que permitiu que diversos concorrentes tivessem apresentado as suas propostas. Por isto, encontram-se reunidos os requisitos que obstam a que se produza o eventual efeito anulatório da ausência daquela publicitação no portal, antes consolidando-se aquele ato no ordenamento jurídico, inexistindo assim qualquer ilegalidade.

Por tudo isto, conclui-se que o presente procedimento é válido.

Enquadramento jurídico

4. Face às conclusões apresentadas pelo recorrente, que delimitam o conhecimento do recurso, são três as questões que devem ser apreciadas: (i) não cumprimento



do artigo 465º do CCP e suas consequências; (ii) eventual decisão de visto com recomendação.

5. As questões identificadas em apreciação no presente processo foram objeto de decisão por este mesmo coletivo no Acórdão nº 05/2017 PL, RO 19/2016.
6. Há uma total sobreposição de razões e argumentos entre o que ali foi decidido e as questões agora suscitadas neste processo, não obstante a diferença das entidades contratuais envolvidas e o objeto contratual.
7. **A fundamentação que se segue é, por isso, idêntica à fundamentação estabelecida naquele Acórdão sobre as mesmas questões.**

(i) Não cumprimento do artigo 465º do CCP e suas consequências.

8. A primeira e essencial questão em apreciação – razões que justificam o não cumprimento do artigo 465º do CC - consubstancia a apreciação do quadro jurídico referente à publicitação do concurso público seguido pelo recorrente.
9. Importa começar por referir que a decisão *sub judice*, sustenta-se, juridicamente, na factualidade dada como provada e não questionada referida supra em 1.2, 1.4 e 1.8, da qual decorre que «foi autorizada a abertura de concurso público «para a celebração do contrato de “Empreitada de execução do projeto de retenção norte da proteção costeira do troço a norte do porto de pesca da Maia, na ilha de Santa Maria”», «concurso público que foi publicitado no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, II série, n.º 60, de 28-03-2016», sendo que, os anúncios publicados no JORAA não são exportáveis automaticamente para o Portal Base, pois não existe [à data] interligação e interoperabilidade entre ambos». Tal factualidade, segundo a decisão, tem como consequência a omissão «da publicitação dos elementos referentes à formação do contrato no portal da Internet dedicado aos contratos públicos», configurando uma ilegalidade, por violação do artigo 465.º do CCP, que



Tribunal de Contas

prejudicou «a realização da mais ampla concorrência e da igualdade de oportunidades entre os agentes económicos». Por isso a recusa de visto.

10. A apreciação da questão essencial suscitada no recurso exige que se analise, de modo mais aprofundado, o regime jurídico da contratação pública na Região Autónoma dos Açores, as suas conexões/imbricações com o Código de Contratos Públicos e com as normas Europeias que os suportam.
11. 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) e entrou em vigor em 1.01.2016.
12. Este diploma veio, conforme se refere na exposição de motivos, transpor para a Região Autónoma dos Açores a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, cujos «princípios e opções» o RJCPRAA procurou «verter no ordenamento jurídico regional».
13. No artigo 1º n.º 1 do diploma refere-se, expressamente, que «o presente diploma 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 [Diretiva 2014], 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. O RJCPRAA estabelece no seu artigo 3º n.º 1 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».



15. Até à sua entrada em vigor, era vigente no domínio da contratação pública, na RAA, 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 agosto que estabelecia, nos termos do artigo 1º, «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».
16. Uma primeira nota, não sem alguma relevância, que deve ser salientada em relação aos dois diplomas. Enquanto no anterior regime apenas estavam em causa, para a RAA, *regras especiais a observar na contratação pública* definidas no CCP, agora, com o RJCPRAA, está em causa *um regime jurídico próprio* para os contratos públicos e *a definição da disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo*, para a RAA.
17. No entanto, da análise do normativo, dever sublinhar-se que não se trata, no RCCPRAA, de um «Código de Contratos Públicos» de âmbito regional, mas apenas de um regime que se estabelece um conjunto normativo especial no domínio da contratação pública e do regime substantivo dos contratos públicos para a RAA, mantendo-se o Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, como diploma estrutural vigente em todo o território nacional.
18. Deve referir-se, também, que, não obstante o legislador ter estabelecido no artigo 3º n.º 1 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 CCP, na sua atual versão em vigor», o âmbito do diploma agora aprovado é substancialmente diverso e mais amplo do que era o regime anterior.



19. O legislador, atendendo ao que considera «uma visão regional que não pode deixar de ser ponderada quer na criação quer na aplicabilidade das normas jurídicas no setor da contratação pública», e ainda «à dispersão geográfica das ilhas do arquipélago dos Açores e às assimetrias na distribuição populacional, 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» estabeleceu assim um regime jurídico próprio para a contratação pública, sustentado nos princípios da transparência e da celeridade processual; o da adequabilidade à realidade da Região Autónoma dos Açores; e, finalmente, o do impulso económico que pode ser transmitido às pequenas e médias empresas que compõem maioritariamente o universo do mercado regional», conforme se pode ver no preâmbulo.
20. Importa sublinhar, igualmente, um facto que, na interpretação do conjunto normativo em causa, não pode deixar de ser relevante e que decorre da circunstância do legislador regional, com a aprovação do RJCPRAA, para além de transpor a Diretiva da UE já citada, efetuou tal transposição antes de a mesma ter sido transposta para a ordem jurídica nacional, onde o CCP vigente não foi ainda objeto de adaptação/alteração em função do que a referida Diretiva (e as restantes) impõem.
21. O resultado prático da situação criada, por via da compatibilização de normas europeias, nacionais e regionais em vigor comporta algum grau de complexidade, de incerteza e, naturalmente, de menor segurança jurídica.
22. Por isso é exigido, na interpretação do referido quadro normativo, um cuidado especial de modo a compatibilizar todo o quadro jurídico relativo à contratação pública que, ainda que sustentado em princípios gerais que não podem ser



postergados, pode comportar soluções desconformes ao funcionamento da economia onde pretende intervir.

23.]No que respeita à questão em causa, a publicitação dos anúncios referentes a um concurso referente a uma empreitada de obra pública na RAA, estabelecia a anterior legislação, vigente até 31.12.2015, na RAA [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 agosto, já citado, no seu artigo 6º], 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*».
24. Por seu lado, o CCP estabelecia (e estabelece) nos termos dos artigos 130º e 131º do CCP a publicitação no Diário da República e no Jornal Oficial da União Europeia como veículos normativamente fixados para anúncio e publicitação dos concursos, em função dos valores e tipos contratuais em causa. Recorde-se também o artigo 3º do Decreto-lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, que desenvolve, aliás o *modus operandi* de tal processamento de publicitação, com referência expressa e única ao Diário da República.
25. Sobre a publicitação, deve referir-se, ainda o disposto no artigo 465º n.º 1 do CCP que estabelece ser «obrigatória a publicação, 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, nomeadamente a plataforma de interoperabilidade da administração pública», sendo esta última imposição introduzida apenas em 2012, com o Decreto-lei n.º 149/2012, de 12 de julho.



26. Recorde-se apenas que a obrigatoriedade de publicitação, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, dos elementos referentes à formação dos contratos, **desde o início do procedimento**, (sublinhado nosso) referida no ponto anterior, decorre da imposição legislativa de 2012 que expressamente teve por objetivo reforçar a publicidade dos atos praticados no âmbito dos procedimentos, reforçando, por via disso a concorrência exigida no domínio da contratação pública, como via de concretização do melhor interesse público.
27. Ou seja, até 31.12.2015, toda a tramitação e publicitação decorria de acordo com o normativo estabelecido no CCP, podendo, no caso dos concursos processados na RAA ser publicitado também no JORAA. Parece claro que, com o regime vigente até 31.12.2015, o âmbito dos possíveis destinatários dos concursos era assegurado de uma forma absolutamente inequívoca (publicação no DR e facultativamente no Jornal Oficial da Região), com publicitação obrigatória no Portal da Internet, de modo a garantir uma ampla divulgação de forma a permitir a máxima concorrência, nomeadamente com abrangência nacional.
28. 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).
29. E nesta seção, nomeadamente no artigo 27º n.º 1, estalui-se agora 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». Mais se diz, no número 2 do mesmo artigo que «o anúncio referido no número anterior ou um resumo dos seus



Tribunal de Contas

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».

30. Ou seja é absolutamente claro que após a entrada em vigor do RJCPRAA, foi limitada a publicação obrigatória dos anúncios dos contratos públicos (fora dos casos em que é obrigatória a publicitação do JOUE) ao Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores (JORAA).
31. Independentemente de estarmos em presença de uma publicação que é disponibilizada *on line*, gratuitamente e de forma universal (via internet) o certo é que há, a partir de 1.1.2016, uma restrição na divulgação e publicitação obrigatória dos concursos públicos a ocorrer na RAA, na medida em que já não têm que ser publicitados no Diário da República, mas apenas no JORAA.
32. Essa limitação da publicitação é um dado objetivo. Questão está em saber se tal limitação não colide com as normas vigentes que conformam exigência dos princípios subjacentes à contratação pública, máxime o princípio da concorrência e se, por via disso, se está perante uma restrição da concorrência de forma a prejudicar o interesse público que lhe está subjacente. É isso que passa a fazer-se.
33. Um dos princípios estruturais que subjazem ao regime da contratação pública é o princípio da concorrência.
34. A dimensão “principlista” que subjaz a todo o regime normativo da contratação pública, que vem sendo desenvolvida e exigida em várias jurisprudências deste tribunal, (entre vários, cf. o Ac. de 15/2013, de 15 maio, 1ªS/SS e o Ac. 23/2013, de 30 set., 1ª S/SS) e onde se explicita que está tipificada, no que respeita ao CCP, em variadíssimas normas, das quais se salientam o artigo 1º n.º 4 que refere, expressamente, que «à contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da



concorrência». O que se sublinha naquela jurisprudência é, apenas, que «só um processo contratual vinculado a uma dimensão concorrencial efetiva, em todas as suas etapas, de modo a salvaguardar o princípio da igualdade e também da transparência pode concretizar o interesse público subjacente à contratação pública. Porque é este interesse público, nas suas várias dimensões, que consubstancia a finalidade de um procedimento concursal». Esta dimensão principialista está estabelecida, igualmente, no novo RJCCRAA, no seu artigo 4º.

35. Deve salientar-se, no que respeita à RAA, a cominação de invalidade que o nº 2 do referido artigo 4º comporta para toda a atividade levada a termo no âmbito da aplicação do referido regime (e no âmbito do CCP) que colida com os princípios referidos, máxime da concorrência. Veja-se o referido artigo: «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 de Contratos Públicos, sob pena de invalidade dos respetivos atos».
36. A dimensão normativa que conforma a garantia da concorrência deve referir-se sempre à concorrência **efetiva** e, por isso, a aplicação do princípio, no âmbito da contratação pública, tem uma dimensão ampla que vai desde a dimensão da publicidade dos atos praticados no âmbito dos procedimentos de contratação pública, às relações entre o concorrente e o adjudicante e às relações entre os próprios concorrentes.
37. O quadro normativo da contratação pública estabelece a garantia normativa de que a publicidade é instrumento fundamental da concorrência, que deve ter a maior efetividade possível. Para isso, «a publicidade será adequada se, além de ampla, for o mais precisa e completa possível» (neste sentido, cf. Jorge Andrade da Silva, *Código dos Contratos Públicos*, Almedina, 2013, p. 367). Veja-se também o reforço expresso da publicidade que decorreu da alteração do artigo



Tribunal de Contas

465º, n.º 1 e 2 do CCP, pelo Decreto-Lei 149/2012, já citado, referente à publicitação no portal da internet de todos os atos praticados, nomeadamente os elementos referentes à formação e execução dos contratos.

- 38.** A relevância da amplitude da publicidade, como instrumento de garantia de uma concorrência efetiva e o mais ampla possível, está estabelecida no domínio europeu, na exigência que é estabelecida com a publicitação dos anúncios no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), quando à contratação pública se aplica diretamente as normas decorrentes das próprias diretivas. Ou seja, no domínio comunitário, a publicidade da contratação pública, deve, para isso, «ultrapassar não apenas os limites territoriais da localidade onde as prestações contratuais vão ser cumpridas, mas mesmo do próprio Estado a que pertence» (cf. Jorge Andrade da Silva, cit.).
- 39.** Recorde-se que a extensão das publicações exigidas é determinada pela dimensão do mercado a que se dirige a contratação e, ao contrário, «não se determina em função do âmbito da jurisdição da entidade adjudicante» (expressamente neste sentido, Mário Esteves de Oliveira/Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, p. 231). Sublinhe-se, para o caso, a relevância desta asserção: está em causa, na publicidade, a dimensão do mercado a que se dirige a contratação e não o âmbito da jurisdição da entidade adjudicante.
- 40.** Ainda que a exigência de publicitação dos concursos no JOUE só seja obrigatória para determinados contratos, tendo em conta o seu valor, o princípio da máxima publicidade [e as suas razões], com um âmbito mais largado possível, não pode deixar de ser interpretado na mesma perspetiva, ainda que reduzida à dimensão nacional, quando estão em causa contratos que não atingem aqueles valores. É esta interpretação que está subjacente ao quadro normativo do CCP, aplicável a



Tribunal de Contas

todo o território nacional e estava também assegurada no regime jurídico vigente da RAA [supra referido] até 31.12.2015

41. É essa também a interpretação que deve decorrer da Diretiva 2014, quando a propósito da publicidade e transparência na contratação expressamente fala nos casos de publicação obrigatória do JOUE e na publicação facultativa, a nível nacional (veja-se o artigo 52º da referida Diretiva).
42. Trata-se, aliás, de matéria cuja interpretação tem sido seguida pelo TJUE, ainda que incidindo sobre outras Diretivas, nomeadamente a afirmação de que independentemente de alguns contratos estarem fora do âmbito de aplicação das diretivas, as entidades adjudicantes que os celebram estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado em geral, [cf. Processo C-324/98, (Ac. Telaustria), § 60 e Processo C-231/03 (Coname)]. Nesse sentido a mesma jurisprudência refere, nomeadamente no § 62, expressamente, que «a obrigação de transparência a cargo da entidade adjudicante consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação».
43. Deve sublinhar-se que em jurisprudência mais recente, o TJU especificou, em determinadas circunstâncias, a aplicabilidade daquele princípio, nomeadamente introduzindo alguma flexibilidade por via de se verificarem casos de «interesses fronteiriços certos». Assim nos Acs. C-507/03 (Comissão vs. Irlanda), C-147/06 (SECAP), C-148/06 (Santorso) e C-376/08 (Serrantoni), o Tribunal veio referir que «aplicação das regras fundamentais e dos princípios gerais do Tratado aos procedimentos de adjudicação dos contratos de montante inferior ao limiar de aplicação das disposições comunitárias pressupõe que os contratos em causa tenham um interesse transfronteiriço certo».



44. Assim, não obstante a exigência do cumprimento dos princípios fundamentais constantes dos Tratados aos procedimentos de adjudicação dos contratos de montante inferior ao limiar de aplicação das disposições comunitárias, não pode haver similitude nas exigências entre estes contratos e aqueles que estão sujeitos obrigatoriamente aos princípios e normas vinculadas às Diretivas.
45. A vinculação da garantia do princípio da transparência e concorrência, exigidas quer pelos Tratados, quer pelo CCP, quer pelas normas regionais, quando estão em causa contratos de montante inferior ao limiar de aplicação das disposições comunitárias, só pode, por isso, ter esta interpretação: **o princípio da máxima publicidade com um âmbito mais alargado possível, ainda que reduzida à dimensão nacional.**
46. Com esta conformação da garantia do princípio da concorrência, deve sublinhar-se que uma divulgação mais limitada do que aquela que é exigida com base no quadro referido, pode conduzir à diminuição do universo de potenciais candidatos e, logo, a uma restrição da concorrência. Ou seja a publicitação de anúncios deve ser sempre efetuada no âmbito **nacional** ou comunitário, consoante o valor do contrato em causa.
47. Sublinhe-se, mais uma vez que essa dimensão de ampliação máxima da publicidade, ainda que suportada em novas tecnologias, foi assumida pelo legislador nacional, em 2012, pelo Decreto-lei n.º 149/2012, de 12 de julho, quando alterou o artigo 465º do CCP e impôs a obrigatoriedade de publicitação dos procedimentos de contratação dos elementos referentes à formação e à execução dos contratos no portal da Internet, independentemente da publicação nos jornais oficiais nacionais, comunitários ou regionais, ainda que «nos termos a definir por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e das obras públicas».



48. À luz dos princípios que estatuem todo o regime da contratação pública vigente em Portugal, tanto no continente como nas regiões autónomas, aquele artigo e o que nele está obrigatoriamente imposto é, assim, aplicável aos procedimentos pré-contratuais cujos anúncios sejam obrigatoriamente publicados, quer no DR quer no JORAA, neste caso nos termos do artigo 27.º do RJCPRAA.
49. Efetuado este excurso pelas razões substantivas que sustentam e definem o regime da publicitação dos concursos públicos, **num patamar de ampla publicitação por via de assegurar a máxima concorrência**, ainda que diferenciado em relação a contratos de montante inferior ao limiar de aplicação das disposições comunitárias, vejamos a situação em apreciação.
50. Como se referiu, é absolutamente claro que após a entrada em vigor do RJCPRAA, limitou-se, legalmente, a publicação dos anúncios dos contratos a celebrar na RAA (fora dos casos em que é obrigatória a publicitação do JOUE) ao Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores (JORAA), omitindo-se a imposição exigida no CCP de publicitação dos mesmos anúncios no Diário da República (DR). Nada se disse sobre o artigo 465º do CCP e a imposição que nele consta da obrigatoriedade de publicitação no Portal da Internet.
51. O JOAA tem uma dimensão oficial regional, a jurisdição da RAA, sendo o público-alvo do jornal os cidadãos e as empresas cujos interesses gravitam em torno da RAA. Trata-se de um âmbito regional, completamente diverso (e muitíssimo menos amplo) do âmbito nacional, a jurisdição de Portugal, continental e Regiões Autónomas, que o Diário da República (DR) comporta.
52. A restrição de publicitação, por via do âmbito dos destinatários dos jornais oficiais diferenciados, com todas as suas consequências no conhecimento dos potenciais concorrentes, que decorre do novo regime, é um dado objetivo.



Tribunal de Contas

- 53.** A superação dessa restrição à publicidade dos concursos, a nível nacional, para que possa assegurar-se a mais ampla publicidade exigida à garantia da concorrência, só pode ser sustentada se se cumprir, simultaneamente a publicação obrigatória dos atos praticados no Portal Base, conforme decorre do artigo 465º do CCP.
- 54.** Ora, no caso em apreço cumprindo aquele dispositivo legal do RJCPRAA (o artigo 27º), o concurso foi, apenas publicitado no JORAA.
- 55.** Mas além disso, não foi cumprido o disposto no artigo 465º do CCP, não ocorrendo a publicitação do concurso o concurso no Portal base da Internet.
- 56.** Não tendo sido publicitado no Portal Base, não chegou ao conhecimento de todos os putativos destinatários que o legislador de 2012 quis abranger, com a obrigatoriedade de publicação naquele Portal.
- 57.** Independentemente das circunstâncias concretas alegadas que terão impossibilitado essa publicitação [não ter sido devidamente assegurada, a exigência legal de publicitação no Portal] o que é um facto é que a mesma não ocorreu. Ou seja o resultado concreto de tal impossibilidade concretizou-se num forte restrição da publicidade do concurso em causa, nomeadamente não sendo o concurso levado ao conhecimento de todos os putativos concorrentes que o legislador de 2012 exigiu, ao impor a publicitação no Portal base de atos praticados no âmbito dos procedimentos de contratação pública no portal desde o início do procedimento
- 58.** Não é possível defender que uma tão ampla restrição de publicitação que daí decorreu (por via da publicitação no JOAA, não acompanhada pela publicitação no Portal Base) não se repercute também, numa restrição da concorrência que prejudique o interesse público que lhe está subjacente.



- 59.** Não só se restringe o âmbito do conhecimento de um concurso público ao «público-alvo» do Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores que não é, como se referiu, o mesmo do Diário da República, como também se amputa todo o amplo «auditório» que putativamente está disponível para aceder aos concursos públicos publicitados a nível nacional.
- 60.** Não parece contrariar, sequer, essa situação objetiva [de facto], a constatação de que o Jornal Oficial da RAA está disponível *on line*. Recorde-se que nos contratos públicos levados a termos ao abrigo do CCP, para todo o território nacional, ainda que os mesmos sejam publicitados apenas no DR têm, obrigatoriamente que ser publicitados no portal Base. É isso que dá uma ampla cobertura nacional à publicitação dos mesmos de forma a assegurar a mais ampla concorrência.
- 61.** Não se vê como seja possível dar cobertura a essa exigência nacional de publicidade sem, pelo menos, estar garantida a publicitação no Portal Base em simultâneo com a publicitação no JORAA.
- 62.** Deve aliás sublinhar-se que a não ser assim estar-se-ia a diferenciar, discriminatoriamente, a publicitação dos concursos levados a termo no espaço nacional, nomeadamente aqueles que ocorrerem na RAA, no continente e na Região Autónoma da Madeira com as consequências diferenciadas no domínio da concorrência.
- 63.** Por isso, e em conclusão, a restrição da publicitação dos anúncios, no caso em apreço, ao JORAA, sem a simultânea publicitação no Portal Base, contrariando o disposto no CCP, nomeadamente no artigo 465º, colide com as normas citadas que garantem o cumprimento dos princípios da contratação pública,



nomeadamente na própria RAA, concretamente o princípio da concorrência estabelecido no artigo 4º n.º 1 e 2 do RJCPRAA e no artigo 1º n.º 4 do CCP.

64. Trata-se por isso de uma patologia que consubstancia o vício de anulabilidade, tendo em conta o disposto nos artigos 284º n.º 1 do CCP e 163º n.º 1 do CPA.
65. O vício em causa consubstancia, por isso, uma ilegalidade que conforme foi decidido na decisão *sub judice* «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».
66. Assim e nesta parte a decisão *sub judice* não merece qualquer censura.

Da eventual aplicação do visto com recomendação.

67. O recorrente vem suscitar no seu recurso a questão de se puder recorrer à «faculdade conferida pelo n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, visando o contrato e, se o considerasse conveniente, recomendar às entidades competentes a adoção de medidas tecnológicas e normativas que, com a maior brevidade, permitam a “*publicitação, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, dos elementos referentes à formação e à execução dos contratos públicos, desde o início do procedimento até ao termo da execução*”, dando cumprimento à estatuição do artigo 465.º do CCP.
68. Estabelece o artigo 44º n.º 3 da LOPTC que «*constitui fundamento da recusa de visto a desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor que implique: a) nulidade; b) Encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras; c) ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro*». Por sua vez o número 4



do referido artigo estabelece que «*nos casos previstos na alínea c) no número anterior, o Tribunal em decisão fundamentada, pode conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de supri ou evitar no futuro tais ilegalidade*».

- 69.** O poder de efetuar ou formular recomendações, como instrumento de correção de eventuais deficiências ou irregularidades, não é uma atividade livre ou arbitrária do Tribunal. Está vinculada, legalmente, às situações em que tenha ocorrido no procedimento uma ilegalidade que alterar ou possa alterar o respetivo resultado financeiro. Ou seja, só é possível efetuar ou formular um visto com recomendações quando o vício subjacente ao ato ou contrato em causa não coloque em causa a sua própria validade, não se traduza na assunção de encargos sem cabimento orçamental ou não ocorra violação direta de normas financeiras (assim tem sido a jurisprudência desse Tribunal, nomeadamente no Acórdão n.º 11/2013/1SS/PL de 23.10.2013).
- 70.** No caso dos autos a ilegalidade detetada encontra-se no patamar passível de constituir um vício que não põe em causa nem a validade do contrato nem a assunção de encargos sem cabimento financeiro, sendo que a norma violada em causa (465º do CCP) não é uma norma financeira.
- 71.** Por outro lado a própria entidade adjudicante/recorrente sustenta a admissibilidade de corrigir a patologia em causa, adotando-se medidas tecnológicas e normativas que, com a maior brevidade, permitam a “*publicitação, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, dos elementos referentes à formação e à execução dos contratos públicos, desde o início do procedimento até ao termo da execução*”, cumprindo o artigo 465º do CCP. Com as limitações referidas, no procedimento concursal levado a termo, apresentaram-se dois concorrentes.



72. Assim sendo decide este Tribunal, utilizando a prerrogativa legal citada, visar o presente contrato recomendando que a entidade adjudicante em futuros procedimentos proceda à *publicitação, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, dos elementos referentes à formação e à execução dos contratos públicos, desde o início do procedimento até ao termo da execução*, cumprindo, assim, o artigo 465º do CCP.

III – DECISÃO

Pelo exposto, acordam os Juízes da 1.ª Secção, em Plenário, em:

- a) Dar parcial provimento ao recurso e, em consequência, revogar a decisão proferida nos presentes autos que não concedeu o visto ao “contrato de empreitada de infraestruturas de saneamento básico na rua Padre Aníbal Rego Duarte, em parte da Avenida 5 de Agosto e na rua da Guiné, na Relva”, outorgado pelos Serviços Municipalizados de Água e Saneamento do Município de Ponta Delgada e a Tecnovia Açores SA.**
- b) Conceder o visto prévio ao contrato referido na alínea a).**
- c) Recomendar aos Serviços Municipalizados de Água e Saneamento do Município de Ponta Delgada que em todos os futuros procedimentos proceda à publicitação, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, dos elementos referentes à formação e à execução dos contratos públicos, desde o início do procedimento até ao termo da execução, cumprindo o artigo 465º do CCP.**
- d) Não são devidos emolumentos pelo recurso, nos termos do artigo 17º n.º 1 do Regime Jurídico dos emolumentos do Tribunal de Contas.**
- e) São devidos emolumentos nos termos dos artigos 5º, 6º e 17º n.º 3 do Regime Jurídico dos emolumentos do Tribunal de Contas**



Tribunal de Contas

Lisboa, 28 de março de 2017

Os Juízes Conselheiros,

(José Mouraz Lopes, relator)

“Voto a decisão. Quanto aos fundamentos remeto para o que consta do Acórdão nº 6/2017 - 21 março-1ªS/PL”.

(Helena Abreu Lopes)

“Reproduzo aqui, a declaração produzida no acórdão nº 6/2017”.

(Alberto Fernandes Brás)

Fui presente,

(Procurador-Geral Adjunto)