



Transitado em julgado em 04/05/2017

ACÓRDÃO Nº 13/2017 – 19 de Abril – 1ª SECÇÃO/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 14/2016

PROCESSO Nº 56/2016 - SRATC

RELATOR: JUIZ CONSELHEIRO ALBERTO BRÁS.

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

I. RELATÓRIO.

1.

A Região Autónoma dos Açores, mediante a Secretaria Regional da Agricultura e Ambiente e Direção Regional do Ambiente, inconformada com a Decisão da SRATC [n.º 5/2016 de 09.09.2016], que recusou o visto ao contrato de empreitada para selagem e requalificação de duas lixeiras na Ilha de São Jorge, celebrado entre aquela primeira entidade e a empresa Afavias – Engenharia e Construções – Açores, S.A., no valor de € 1.105.000,01, acrescido de IVA, veio da mesma interpor recurso.

2.

A recorrente, nas suas alegações, concluiu como segue:



1. O presente recurso tem por objeto a decisão da Secção Regional do Tribunal de Contas (SRATC) que decidiu recusar o visto ao contrato de empreitada de “selagem e requalificação de duas lixeiras na ilha de São Jorge”, celebrado com a sociedade “Afavia – Engenharia e Construções - Açores, S.A.”, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, considerando, em síntese, que:

“1. A exigência, formulada no programa do concurso, de habilitação para a realização de trabalhos que, afinal, não seriam levados a cabo no âmbito da empreitada, contraria o disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho.

2. A não publicitação no portal da Internet dedicado aos contratos públicos dos elementos referentes à formação do contrato viola o disposto no artigo 465.º do CCP.

3. As ilegalidades verificadas são suscetíveis de restringir a concorrência e, em consequência, de alterar o resultado financeiro do contrato.

4. A desconformidade dos atos e contratos com as leis em vigor que implique ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro constitui fundamento de recusa do visto, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.”

2. A decisão recorrida detetou, em seu entender, duas ilegalidades, no procedimento concursal, nomeadamente a violação do artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho e o artigo 465.º do CCP;



3. A *primeira ilegalidade*, salvo melhor opinião, parece-nos que a própria decisão recorrida *subalterniza* à ilegalidade do artigo 465.º do CCP, pois é a própria decisão que quanto à *“exigência excessiva de habilitações, mostra-se prejudicado indagar se, em face das circunstâncias concretas, se verificariam os pressupostos para conceder o visto e fazer recomendações”*.
4. A **norma jurídica central** que carece que interpretação, quanto ao seu exato sentido e alcance, será o artigo 465.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), numa aplicação ao caso concreto, ou seja, a sua aplicabilidade (ou não) a um contrato de empreitada de obra pública, celebrado por uma entidade adjudicante regional, cujo procedimento pré-contratual de concurso público não tenha sido objeto de publicidade internacional, por se situar abaixo dos limiares comunitários, que impõe aquela publicitação internacional, mas exclusivamente no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores (JORAA), por imposição do artigo 27.º, n.º 1, do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores (RJCPRAA), aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro;
5. Impõe-se, assim, analisar se aquela norma é aplicável ao caso concreto e, na eventualidade teórica de o ser, quais as consequências decorrentes, quer ao nível das regras da contratação pública, quer como eventual fundamento para a recusa de visto ao contrato, em processo de fiscalização prévia, termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.
6. É certo que o artigo 38.º do programa do concurso ao exigir habilitações para a 1.ª subcategoria (*Estrutura e elementos de betão*) da 1.ª categoria (*Edifícios e património construído*) e para a 1.ª subcategoria (*Instalações elétricas de utilização de baixa tensão*) da 5.ª categoria (*Outros trabalhos*) poderá ter violado **formalmente** o disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, na medida em aquele normativo legal apenas permite, para além da exigência de habilitação subcategoria em classe que cubra o valor global da empreitada, a *“exigência de habilitação noutras classes e subcategorias relativas às restantes obras e trabalhos a executar”*.
7. Mas a **aplicação prática** daquele artigo 38.º acaba por não exigir de facto a habilitação para as subcategorias de trabalhos que não serão realizáveis na



execução da empreitada, pelo que sempre se poderá dizer que, *materialmente*, o artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho não foi violado;

8. A *primeira razão* resulta da *própria redação* do artigo 38.º do programa do concurso, pois **não exige habilitação** numa *subcategoria/classe concreta*, fazendo depender essa habilitação para o conteúdo da própria proposta que o concorrente apresentar; como os concorrentes **apenas vão apresentar valores (parciais e totais) para trabalhos que efetivamente fazem parte do objeto da empreitada e da sua proposta**, então terão apenas de apresentar habilitações para as subcategorias/classes dos trabalhos que efetivamente se comprometem a efetuar.
9. No caso concreto só se exige de uma forma direta e expressa a 11.ª Subcategoria (*Impermeabilizações e isolamentos*) da 5.ª Categoria (*Outros Trabalhos*), em classe que cubra o valor global da proposta, ou seja, independentemente dos valores concretos destes trabalhos específicos na proposta do concorrente.
10. Assim, em termos práticos, não se verificou uma violação do artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, **uma vez que nenhum concorrente apresentaria preço para trabalhos inexistentes na sua proposta e, conseqüentemente, nenhuma das subcategorias/classes destes trabalhos inexistentes seriam exigíveis como habilitação do mesmo**.
11. A *segunda razão* é uma evidência lógico-factual; atribuição dos alvarás de construção civil, a habilitação para a realização dos trabalhos por empreiteiro, em *categorias/subcategorias/classes* obedece a uma lógica de *especialização*.
12. O leque das categorias inicia-se com a 1.ª categoria de *edifícios e património construído*, sendo a sua 1.ª subcategoria exatamente de "*estruturas e elementos de betão*", considerados os trabalhos mais *genéricos e comuns* em construção civil.
13. Nem mesmo em termos absolutamente *teórico-abstratos* a exigência da 1.ª subcategoria, da 1.ª categoria, na classe mais baixa poderia excluir algum empreiteiro interessado no procedimento, pois tal habilitação é atribuída, *ab initio*, a todos com o respetivo alvará de empreiteiro de obras públicas;
14. A exigência da 1.ª categoria, 1.ª subcategoria, nomeadamente na classe 1, **não é passível**, mesmo em termos teóricos, de **afastar qualquer empreiteiro**



interessado no procedimento e que, por via desse afastamento, fosse plausível (ou sequer possível) a **alteração do resultado financeiro do contrato**.

15. O mesmo se poderá assegurar, em termos *práticos*, quanto à exigência da 1.^a subcategoria (instalações elétricas de utilização de baixa tensão) da 5.^o categoria (outros trabalhos): trata-se também da *“especialização”* mais comum e geral (a 1.^a subcategoria dos *outros trabalhos*) dos trabalhos de construção de construção civil: *instalações elétricas de utilização de baixa tensão*. Tais trabalhos são quase sempre incontornáveis em qualquer obra de construção civil (eletricidade no seu nível mais básico), pelo que dificilmente se aceita que algum empreiteiro de construção civil de obras públicas (por mais pequeno ou generalista que seja) não tenha esta habilitação (pelo menos na 1.^a classe: mais baixa), por *definição*.
16. Em especial, quando estamos a falar de uma empreitada **superior a 1.000.000,00€**; onde nenhum empreiteiro de obra pública terá habilitação na subcategoria *“impermeabilizações e isolamentos”* de classe 4 (obras até 1 328 000,00€), necessária para assegurar a habilitação geral do objeto do contrato, **sem ter, pelo menos, a classe 1 da subcategoria “instalações elétricas de utilização de baixa tensão”**.
17. É totalmente inverosímil, em termos práticos e lógico-factuais, que algum empreiteiro, habilitado para uma empreitada de valor superior a um milhão de euros, possa ter deixado de apresentar proposta ao concurso em causa, por eventualmente se ter exigido duas das subcategorias mais genéricas e comuns (em que apenas exige *um pedreiro* e *um electricista particular*).
18. Ainda que haja uma ilegalidade formal por violação do disposto no artigo 8.^o da Lei n.^o 41/2015, inequivocamente se demonstra que essa ilegalidade não era sequer passível de qualquer alteração do resultado financeiro do contrato, nos termos previstos na alínea c) do n.^o 3 do artigo 44.^o da LOPTC, que justificasse, *per si*, a recusa de visto ao contrato.

Sem prescindir,

19. Ainda que, por hipótese meramente teórica, se admita que poderá (por absurdo) haver um empreiteiro de obras públicas **possuidor de um alvará para empreitadas superiores a 1.000.000,00€**, nas subcategorias de *impermeabilizações e isolamentos; saneamento básico; movimentação de terras; drenagens e tratamento de*



taludes; armaduras para betão armado e cofragens; mas não tenha a subcategoria instalações elétricas de utilização de baixa tensão, que o terá levado a não apresentar proposta ao procedimento (!) e que, por via disso, o resultado financeiro do contrato possa ter alterado (!!), tal cenário será tão remoto e improvável, que justificaria plenamente o recurso à possibilidade conferido pelo n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, ou seja, o deveria a SRATC ter, ainda assim, visado o contrato com eventuais recomendações.

20. Na instrução do processo de fiscalização prévia foi remetida pela entidade adjudicante regional, a SRTT, a Circular n.º 1/2016, do Gabinete do membro do Governo Regional responsável pelo JORAA, que descreve, enquadra e explica, de forma, em nosso entender, clara e inequívoca, os condicionalismos de natureza legal e tecnológica que impossibilitam a publicação, no Portal da Internet dedicado aos contratos públicos (com o endereço www.base.gov.pt), dos elementos referente à formação e execução dos contratos públicos, quando, nos termos do artigo 27.º, n.º 1, do RJCPRAA, as entidades regionais estão obrigadas a publicar os anúncios dos procedimentos apenas (ou seja, em exclusivo), no JORAA.
21. Após a aprovação do RJCPRAA, pela Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores “*foram feitas diligências pelo Gabinete da Secretária Regional da Presidência para os Assuntos Parlamentos junto do Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., entidade a quem compete a gestão do Portal Base, no sentido de permitir que as entidades adjudicantes regionais enviem diretamente para aquele Portal o bloco inicial de dados respeitantes aos procedimentos de formação dos contratos públicos cujos anúncios sejam apenas publicados no JORAA. Porém, para que tal aconteça, será necessário efetuar desenvolvimento tecnológicos no Portal BASE, prevendo-se que estes venham ocorrer até ao final do corrente ano.*”
22. Assim, verifica-se por um lado, que por um lado, que a impossibilidade absoluta de publicação dos elementos referentes à formação e à execução dos contratos no Portal Base, a qual não é imputável à entidade adjudicante regional, nem pode ser, por alguma forma alternativa, suprida por esta entidade; e, por outro lado,



constata-se que esta impossibilidade será transitória, ou seja, espera-se que a mesma seja ultrapassada “até final do corrente ano”, na sequência de desenvolvimentos tecnológicos que serão efetuados naquele portal pela entidade a quem compete a respetiva gestão.

23. Perante esta incontornável realidade fáctica, às entidades públicas regionais restam duas alternativas:
- a. **Suspender toda a sua atividade administrativa de contratação pública**, sempre que os valores dos procedimentos pré-contratuais ultrapassem os limites do ajuste direto e fiquem aquém os limiares comunitários (tendo em conta que o artigo 28.º do RJCPRAA impõe a publicação no *Jornal Oficial da União Europeia* e em *Diário da República*); ou,
 - b. **Não suspender a sua atividade administrativa de contratação pública**, procedendo à publicação dos elementos referentes à formação e à execução dos contratos naquele portal, logo que seja tecnicamente possível.
24. Entre os princípios de atuação da administração pública, o *princípio da legalidade* (expressamente consagrado no artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo - CPA) assume relevância primordial; mas mesmo esse princípio não é absoluto, pois logo dispõe o artigo 3.º, n.º 2 do CPA que os “atos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas no presente Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo”.
25. Não são despidiendos, antes pelo contrário, os *princípios da prossecução do interesse público, da boa administração, da proporcionalidade, da justiça e da razoabilidade*; todos eles consagrados na *Constituição da República Portuguesa* (CRP) e no CPA.
26. Ainda que se entenda, conforme perfilhado pela decisão do SRATC, que com a falta da publicação, referida no artigo 465.º do CCP, prejudicou-se “a realização da concorrência, o que poderá ter impedido a entidade adjudicante de receber outras propostas, eventualmente mais vantajosas do que a apresentada pelo adjudicatário” estamos perante uma situação de violação do *princípio da concorrência* na contratação pública; este importante e basilar princípio de contratação pública não é de tal forma absoluto, que possa justificar a paralisação da atividade da administração pública regional e das restantes entidades adjudicantes regionais (e.g. autárquicas locais, totalmente alheias ao processo legislativo).
27. Na ponderação dos interesses protegidos por todos aqueles citados princípios, parecemos claro a primazia dos *princípios da prossecução do interesse público, da proporcionalidade e da razoabilidade*, sobre o *princípio da concorrência e da publicidade*, tando mais que o *princípio da concorrência* não foi totalmente sacrificados; pelo contrário, foi respeitado e aplicado na forma e locais próprios, nomeadamente com as publicações de anúncios no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*;



28. Esta solução não só é **correta, justa e equilibrada**, satisfazendo plenamente a **prossecação do interesse público**, como encontra arrimo seguro e legal no artigo 27.º do RJCPRAA; preceito que ao abrigo do **primado do direito regional** sempre prevalecerá sobre o artigo 465.º do CCP.
29. O próprio legislador nacional não estatuiu qualquer sanção/consequência em caso de omissão da publicação referida no artigo 465.º do CCP
30. Assumindo a vigência do artigo 465.º do CCP nos procedimentos pré-contratuais na RAA, resta saber se com a sua atual regulamentação, constante da Portaria n.º 701-E/2008, este artigo será sempre aplicável a todo e qualquer procedimento, ou se pelo contrário, em determinadas situações concretas dar-se o caso deste ser inaplicável.
31. Na aplicação da lei há que ter em conta dois aspetos: a **determinação da norma aplicável** e a **fixação da estatuição**.
32. Para a determinação da norma *“há dois factores a ter em conta: a norma e o facto. É preciso encontrar-se a norma que se ajuste ao facto. (...) A análise dos factos para serem juridicamente regulados, diz-se subsunção; nela avulta a qualificação como tarefa fundamental. Subsumem-se os factos à norma; aplica-se a norma aos factos. Mais: a aplicação da lei resulta de duas tarefas que, partindo de polos opostos (factos, norma), se vão sucessivamente aproximando: a subsunção dos factos à norma, a determinação da norma aplicável e a fixação da sua estatuição”*.
33. A remissão do artigo 465.º do CCP para uma *“portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e das obras públicas”* implica que não estamos perante uma norma completa, vigente *per si*, uma vez que a sua eficácia depende da portaria que a regulamente. Assim, o artigo 465.º do CCP só será aplicável às situações e nos termos que a Portaria n.º 701-E/2008, que o regulamenta, indicar.
34. Nos termos do artigo 4.º da Portaria n.º 701-E/2008, para que possa ocorrer a *“publicitação, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, dos elementos referentes à formação e à execução dos contratos públicos”* (artigo 465.º do CCP) terá de se utilizar uma das *“fontes imediatas de informação para o Portal dos Contratos Públicos”*.
35. Perante esta **previsão/estatuição** da(s) norma(s) (artigo 465.º do CCP e artigo 4.º da Portaria n.º 701-E/2008), **aquela(s) norma(s) não são subsumíveis à base factual do caso concreto para que possam ser aplicáveis**.
36. O facto aqui relevante é que *“o concurso público foi publicitado no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores, II série, n.º 50, de 11-03-2016”* e este **facto não viola qualquer norma jurídica** (seja do RJCPRAA ou do CCP); antes pelo contrário, dá cabal cumprimento ao artigo 27.º do RJCPRAA.



37. Mas esta mesma circunstância factual, nomeadamente não ser o Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores fonte de informação no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, **impede na tarefa de qualificação tal facto a sua subsunção na estatuição daquele artigo 4.º da Portaria n.º 701-E/2008.**
38. **Não sendo submissível** (por motivo não imputável à entidade adjudicante e independentemente da vontade de qualquer interveniente) **naquela portaria, automaticamente não é também submissível à previsão e estatuição do artigo 465.º, n.º 1, do CCP, pois este artigo define claramente que a publicação apenas é "obrigatória" nos "nos termos a definir por portaria".**
39. **Assim se conclui, tal como defendido, em sede de instrução do processo de visto prévio, o artigo 465.º, n.º 1, do CCP nos termos em que se encontra regulamentado pela Portaria 701-E/2008 (designadamente o seu artigo 4.º), é inaplicável aos procedimentos pré-contratuais cujos anúncios sejam obrigatória e exclusivamente publicados no JORAA, nos termos do artigo 27.º do RJCPRAA.**
40. Ora, sendo artigo 465.º do CCP inaplicável ao caso concreto (e enquanto se mantiverem as circunstâncias de facto e de direito que determinam essa inaplicabilidade), **não é possível concluir pela existência de qualquer ilegalidade.**
41. Pelo que não se vislumbra que possam estar reunidos, com a não publicação a que se refere o artigo 465.º do CCP, os requisitos materiais e formais da invocada alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, que justificou a recusa do visto ao contrato, desde logo, por não estarmos perante nenhuma ilegalidade.

Sem prescindir, por dever de patrocínio

42. Caso se entenda que, ainda assim, estamos perante uma situação de ilegalidade objetiva, sempre seria **desproporcionada** (não só para o caso concreto, mas também os outros procedimentos da recorrente e de todas as outras entidades adjudicantes regionais) a **recusa de visto de conformidade do contrato**, com base na falta da publicação prevista no artigo 465.º do CCP (de impossível sanção de facto), nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC.



43. **Desproporcionada**, porque em primeiro lugar a **impossibilidade** da efetiva publicação dos elementos do formação e execução do contrato, prevista no artigo 465.º do CCP **não é imputável à entidade adjudicante**; em segundo lugar uma correta **ponderação de interesses e princípios** em causa e ao **efeito sistemático de total paralisação da atividade administrativa** de contratação pública da recorrente (e também demais entidades adjudicantes regionais, colocadas na mesma situação), permite uma compressão mitigada do princípio da concorrência; e em último lugar, porque estamos meramente perante uma situação de transitoriedade da limitação técnica que impede aquela publicação.
44. Assim, salvo melhor opinião, deveria a SRATC ter-se recorrido da 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.

Sempre sem prescindir,

45. Na *hermenêutica* do artigo 465.º do CCP teremos, entre outros, de atender aos diversos elementos da interpretação, nomeadamente aos seus elementos literal, lógico, sistemático, histórico e elementos complementares.
46. Assume particular relevo, o elemento **lógico e sistemático**, até porque o CCP, enquanto Código é uma *“lei que reúne, de modo sistemático e tanto quanto possível completo, toda a regulamentação de um certo ramo do direito, ou parte importante”*¹¹ caracterizando-se como um diploma *“sintético, sistemático e científico”*. O *“elemento sistemático é, antes de mais, a colocação no sistema. Da circunstância de pertencer a certo capítulo ou certa lei deduzem-se muitas vezes conclusões sobre o sentido da lei (por exemplo, que só se ocupa de certa matéria e não de outra).*



48. Por outro lado, encontramos na *Parte II Contratação Pública - Título II Fase de formação do contrato*, um capítulo próprio dedicado aos anúncios de pré-informação (artigos 34.º e 35.º) e no *Título III Tramitação procedimental*, dentro de cada capítulo de cada procedimento concreto, as **normas próprias e específicas para a publicação e aviso aos interessados da decisão de contratar** - vide, artigos 130.º e 131.º; 157.º; 167.º; 197.º; 208.º; 225.º; 242.º.
49. Será por via do cumprimento do disposto nestas normas, nomeadamente, a publicação de anúncios, quer em Diário da República, quer no Jornal Oficial da União Europeia, que, nos termos do CCP, se cumpre com os princípios da publicidade e concorrência na realização da despesa pública.
50. O escopo do artigo 465.º do CCP é essencialmente de transparência, eficiência e centralização de informação complementar e estatística da despesa pública, mas já não de tutela dos princípios da publicidade e da concorrência procedimental, que está *ex lege* reservada aos jornais oficiais.
51. Com o devido respeito pela SRATC, que é muito, afiançar que ao “*omitir a publicidade no portal (...), prejudicou-se a realização da concorrência, o que poderá ter impedido a entidade adjudicante de receber outras propostas (...)*” é, no mínimo, uma conclusão inverosímil, pois não encontra arrimo na realidade.
52. Na verdade, o universo potencial de interessados na execução de obras do mesmo tipo, de valor próximo e até superior, na ilha de São Jorge, não conheceu alteração pelo facto de ter havido alteração no regime da publicidade procedimental, nem pela circunstância dos elementos referentes à formação do contrato não terem sido publicitados no dito portal dos contratos públicos.
53. Por outro lado, a norma em causa - artigo 465.º do CCP - não vigora por si só, fazendo depender a sua execução por “*termos a definir por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e das obras públicas*”, designadamente a Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de julho;
54. Em local algum desta portaria, incluindo o seu preâmbulo, é estabelecido como **objetivo da publicitação** dos elementos referentes à formação e execução dos contratos públicos a **proteção do princípio da concorrência**, no sentido desta publicidade constituir a forma correta e/ou adequada para avisar o mercado das intenções de contratar das entidades adjudicante.
55. Pelo carácter vasto e díspar das informações recolhidas, entende-se naturalmente que tal publicidade, com níveis diferenciados de pormenorização, visa acima de tudo o **reporte da atividade contratual da administração pública e fins de carácter estatístico** (cfr., p.e., n.º 2 do artigo 6.º da citada portaria) em tributo sim do **princípio da transparência da atividade administrativa**, em nada se confundindo, portanto, com as *virtualidades económico-publicitárias* que a decisão recorrida atribui.



56. Recorrendo outra vez ao elemento *lógico-sistemático*, verifica-se que no CCP apenas quanto ao *ajuste direto*, nos termos do artigo 127.º, a publicação no portal da Internet dedicado aos contratos públicos “*é condição [de eficácia] do respetivo contrato, independentemente da sua redução ou não a escrito, nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos.*”
57. E só se pode compreender que o legislador tenha conferido este tratamento diferenciado e exclusivo ao ajuste direto, por se tratar dum procedimento pré-contratual que não envolve a publicação prévia de anúncio, em que a entidade adjudicante convida diretamente uma ou várias entidades à sua escolha a apresentar proposta. Portanto, no ajuste direto, a publicidade no portal vem permitir o conhecimento público do procedimento de formação do contrato, ainda que numa fase em que este já terminou, ou seja, após a adjudicação (cfr., alíneas h) e i) do n.º 1 do artigo 2.º e alínea b) do artigo 4.º ambos da Portaria n.º 701-E/2008).
58. O artigo 127.º do CCP permite-nos ainda realizar uma interpretação a contrário. Ou seja, salvo os contratos celebrados na sequência de ajuste direto, a publicação no portal da Internet dedicado aos contratos públicos de contratos celebrados na sequência de outros procedimentos pré-contratuais, *maxime* o concurso público, não é condição da sua eficácia.
59. Na situação *sub judice* o procedimento pré-contratual foi devidamente **publicitado** no JORAA, em estrito cumprimento do artigo 27.º, n.º 1, do RJCPRAA, concluindo então que os princípios invocados na decisão recorrida, da **publicidade** e **concorrência**, foram afinal cumpridos com aquela publicação, e assim sendo a preterição do disposto artigo 465.º do CCP jamais poderia produzir um efeito anulatório (cfr., alínea b) do n.º 3 do artigo 163.º do CPA).
60. Como também se demonstra (exatamente ao contrário da ilação inverosímil da decisão recorrida) que ainda que tal publicitação tivesse ocorrido, não haveria qualquer tipo de alteração do conteúdo do contrato celebrado, nomeadamente quanto à escolha do adjudicatário e valor do contrato, pois a participação ou a concorrência verificadas no procedimento corresponderam e até foi superior àquelas que se verificaram em anteriores e semelhantes concursos públicos de empreitadas na ilha de São Jorge, sendo, portanto, no limite, reconduzível à situação prevista na alínea c) do n.º 3 do artigo 163.º do CPA.
61. Na verdade, não podemos subscrever que a falta de publicidade no Portal Base não tenha permitido que o concurso fosse levado ao conhecimento de “*todos os operadores económicos que pudessem ter a intenção de contratar*”, uma vez que qualquer pessoa singular ou coletiva tem acesso livre e ilimitado às publicações dos anúncios do *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, que estão sempre disponíveis no site oficial da página: <http://www.azores.gov.pt/JO>, e respetivas



publicações diárias, como aquele organismo criou também uma página própria para consulta de todos os anúncios de contratação pública, disponível em <http://www.azores.gov.pt/JO/Menu/Anuncios/>.

62. Certo é que, ainda que se possam discutir as consequências jurídicas da violação do disposto no artigo 465.º do CCP, dúvidas não podem restar, que daquela omissão de publicação, jamais se possa concluir que o resultado financeiro do contrato tenha sido alterado ou fosse suscetível de ser alterado, para fundamentar a recusa do visto ao contrato nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LPOTC.
63. E se, por mera hipótese teórica, se entendesse que em abstrato poderia haver uma alteração do resultado financeiro, imponha-se mais uma vez o uso do dispositivo previsto no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC – visando o contrato –, em virtude de o anúncio do concurso público ter sido publicado no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores e do mercado ter respondido como habitualmente, para além do supra alegado quanto à impossibilidade, não imputável à entidade adjudicante, da efetiva publicação dos elementos de formação e execução do contrato no Portal Base; à ponderação dos interesses e princípios em presença e ao efeito sistemático da paralisação da atividade administrativa de contratação pública na Região, e à transitoriedade da limitação técnica que impede esta publicidade.

Na falência dos supra,

64. Nos termos do artigo 112.º, n.º 1 da CRP são *“atos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais”*, esclarecendo no n.º 4 do mesmo preceito constitucional que *“os decretos legislativos têm âmbito regional e versam sobre matérias enunciadas no estatuto político-administrativo da respetiva região autónoma que não estejam reservadas aos órgãos de soberania, sem prejuízo do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 227.º”*.
65. As regiões autónomas têm, entre outros, poderes para *“legislar no âmbito regional em matérias enunciadas no respetivo estatuto político-administrativo e que não estejam reservadas aos órgãos de soberania”*, de acordo com o artigo 227.º, n.º 1, alínea a) da CRP, que consagrou o chamado **primado do direito regional sobre a legislação nacional**, com a 6.ª revisão constitucional, dada pela Lei Constitucional 1/2004, de 24 de julho;
66. Em matéria de contratos públicos vigora na RAA aquele decreto legislativo regional e não a legislação nacional, designadamente o CCP, salvo na estrita medida que aquele diploma expressamente admite e, ainda assim, caso os preceitos da legislação nacional não contradizerem a legislação regional ou serem incompatíveis com esta, por uma questão de coerência e segurança jurídica do todo o ordenamento e direito aplicável.



67. O RJCPRAA, no seu artigo 25.º, quanto ao regime jurídico aplicável à *fase de formação dos contratos* admitiu expressamente a vigência das “*regras estatuídas pelo Código dos Contratos Públicos, considerando as especificidades constantes das secções seguintes*” do próprio decreto legislativo regional;
68. Na verdade, ao invés de uma interpretação *lógico-sistemática*, em respeito os *princípios de ordenação e hierarquização de normas jurídicas*, nomeadamente o *primado do direito regional*, coerente quer com a *letra*, mas também com o *espírito das normas*, a decisão recorrida optou por uma interpretação do tipo *subjetivista e histórica* das normas;
69. O fundamento da vigência do CCP na RAA é o próprio RJCPRAA, sendo certo que esta vigência do código não é total e plena; nem todas as normas do CCP vigoram na RAA e ainda, dentro dos normativos vigentes, os mesmos terão de ser adaptados e interpretados com respeito das especificidades definidas RJCPRAA.
70. No caso concreto, tal como já aludimos anteriormente, o artigo 465.º do CCP passou a ter uma vigência e aplicabilidade limitada na Região Autónoma dos Açores, a partir de 1 de janeiro de 2016, sendo que essa vigência e aplicabilidade não advêm do artigo 25.º do RJCPRAA, como se infere da decisão recorrida, mas antes do artigo 1.º, n.º 3, do RJCPRAA.
71. A decisão recorrida pode criticar essa opção – ou o resultado dessa opção – política-legislativa do Parlamento Açoriano, o que já não nos parece correto é a transformação dessa crítica numa *represtinação jurisprudencial absoluta* do artigo 465.º do CCP na RAA e com base na sua alegada violação fundamental a recusa do visto ao contrato, nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea c) da LOPTC.
72. A entidade adjudicante e recorrente nos autos cumpriu com todos os normativos do RJCPRAA, nomeadamente publicando o anúncio no JORAA e só naquele jornal, por imposição inequívoca do artigo 27.º, n.º 1, daquele mesmo regime.
73. O cumprimento daquela norma específica regional – artigo 27.º, n.º 1 –, impede a aplicação prática do estatuído no artigo 465.º do CCP, **não porque haja uma contradição legal direta e imediata entre as redações daqueles normativos** (que a existir seria sempre resolvido a favor da norma regional, em respeito pelo primado do direito regional), **mas porque o artigo 465.º do CCP faz depender a sua execução de um ato regulamentar**, designadamente uma portaria conjunta dos membros do governo responsáveis pelas finanças e obras públicas (no caso concreto, a Portaria n.º 701-E/2008, já com oito anos de vigência), que não considera como “*fontes imediatas de informação*” o *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, mas tão só o *Diário da República*.



74. A entrada em vigor de um ato normativo, ainda que sob a forma de decreto legislativo regional, implica que o restante ordenamento jurídico o acomode sistematicamente.
75. Em concreto a Portaria n.º 701-E/2008, terá de ser enquadrada sistematicamente não só com as *leis e decretos-leis*, emanados pela Assembleia da República e pelo Governo, como também pelos *decretos legislativos regionais*, emanados pelas assembleias legislativas regionais, pois são os três tipos de atos legislativos constitucionalmente consagrados.
76. Sempre que uma norma de uma portaria, com aplicação a uma região autónoma, violar alguma disposição de um decreto legislativo regional desta região autónoma, então também esta norma **padece de ilegalidade**, deixando de vigorar no ordenamento jurídico.
77. Defender a prevalência de uma disposição de uma portaria, ainda que emanada pelo Governo da República, seria colocar em causa toda a unidade e hierarquia do ordenamento jurídico e uma violação do disposto do artigo 112.º da CRP e da autonomia político-administrativa das regiões autónomas dos Açores e da Madeira, constitucionalmente consagrada, na CRP, e da organização política do país, enquanto **Estado Unitário Regional**.
78. Assim, está em manifesta contradição disposto no artigo 4.º, alínea a), da Portaria n.º 701-E/2008, com o disposto nos artigos 27.º do RJCPRAA e artigo 465.º do CCP, uma vez que não prevê, nem admite, como *fonte imediata de informação* os anúncios publicados no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*.
79. Neste confronto e contradição entre a norma da portaria e as normas legais constantes do RJCPRAA e do CCP dúvidas não podem restar que é a portaria que tem de mudar, por aquele seu artigo padecer de *ilegalidade* desde de 1 de janeiro de 2016.
80. O legislador regional não deve obediência a portarias e como tal não tem, nem deve, de adaptar as suas opções legislativas a disposições constantes em portarias, sob pena de menosprezo institucional grave da sua atividade legislativa primária.



81. Se críticas na produção normativa existem, as mesmas devem ser dirigidas será as entidades que, desde 1 de janeiro de 2016, permitem que vigore uma portaria ilegal, por violação da conjunção do disposto no artigo 27.º do RJCPRAA e artigo 465.º do CCP, impedindo tecnicamente a publicação dos anúncios de procedimentos de concursos públicos, sem publicidade internacional, promovidos por entidades adjudicantes regionais, nos termos do artigo 465.º do CCP.
82. **As consequências da presente situação fáctica não podem, nem devem recair sobre o legislador regional (aqui chamado por sugestão da SRATC), muito menos sobre as entidades adjudicantes regionais, pois a alegada violação do artigo 465.º do CCP não decorre de um seu ato, nem depende da sua vontade, mas sim de uma portaria, atualmente ilegal, da autoria do Governo da República e não da Governo Regional dos Açores, que a recorrente integra.**

Por eventual inconstitucionalidade interpretativa,

83. As regiões autónomas têm, entre outros, poderes para *“legislar no âmbito regional em matérias enunciadas no respetivo estatuto político-administrativo e que não estejam reservadas aos órgãos de soberania”*, de acordo com o artigo 227.º, n.º 1, alínea a), da CRP, que consagrou o chamado primado do direito regional sobre a legislação nacional, com a 6.ª revisão constitucional, dada pela Lei Constitucional 1/2004, de 24 de julho.
84. Afastou-se assim, ao nível constitucional, o princípio de primazia do direito nacional, das *“leis gerais da República”*, bem como da necessidade de invocação do *“interesse específico”*, que fazia depender a produção legislativa regional, na anterior redação do artigo 227.º, n.º 1, da CRP.
85. As leis da República, havendo legislação regional, só têm aplicação supletiva ou subsidiária nas regiões autónomas, na medida em que o legislador regional expressamente o preveja ou permita, sobrepondo-se sempre a legislação regional sobre a nacional.
86. O cumprimento daquela norma específica regional – artigo 27.º, n.º 1, do RJCPRAA (que ordena a publicação dos anúncios do concursos públicos, abaixo dos limiares comunitários, no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores e só nesse jornal oficial) impede a aplicação do estatuído no artigo 465.º do CCP,



Tribunal de Contas

no presente caso, não porque haja uma contradição direta e imediata entre as redações daqueles dois normativos (que a existir seria sempre resolvido a favor da norma regional, em respeito pelo primado do direito regional), mas porque o artigo 465.º do CCP faz depender a sua execução de um ato regulamentar, designadamente a citada Portaria n.º 701-E/2008, que não considera como “fontes imediatas de informação” o Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores, mas tão só o Diário da República, e como tal não permite a publicitação do anúncio no portal da Internet dedicado aos contratos públicos.

87. Perante este conflito de normas: de um lado o artigo 27.º do RJCPRAA e do outro o artigo 465.º do CPP, com a regulamentação da Portaria n.º 701-E/2008, a única resolução deste conflito, de acordo com o *Direito* e com a *Constituição*, será **uma interpretação jurídica que dê prevalência ao normativo regional**.

88. A interpretação da decisão recorrida de que um procedimento, cumpridor do estatuído no diploma regional, nomeadamente no artigo 27.º do RJCPRAA, viola necessariamente o artigo 465.º do CPP e sua regulamentação e, como tal, está ferido de ilegalidade é **uma interpretação desconforme o disposto no artigo 112.º da Constituição da República Portuguesa, que consagrou o primado do direito regional sobre o direito nacional**.

89. Qualquer interpretação de uma norma de âmbito nacional que afaste ou derogue uma norma regional, fazendo aquela prevalecer sobre esta, é inconstitucional, por violação do artigo 112.º da CRP, como no caso dos presentes autos e que aqui se invoca para todos os devidos efeitos.

(...)

Termina, peticionando a procedência do recurso, a revogação da decisão recorrida e a sua substituição por uma outra que conceda o visto ao contrato de empreitada em apreço.

3.

O Ministério Público emitiu parecer, aí concluindo pela improcedência do recurso e conseqüente confirmação da decisão recorrida, sustentando, em resumo, que “a *ultrapassagem do obstáculo tecnológico temporário passará pela continuação da publicitação através da funcionalidade do Diário da República, no Portal dos*



Tribunal de Contas

Contratos Públicos, também designado de Portal Base, de âmbito territorial nacional”.

4.

Foram colhidos os vistos legais.

II. FUNDAMENTAÇÃO.

FACTOS.

5.

Para além da materialidade inscrita em 1., deste acórdão, considera-se assente, por não impugnada [vd. art.º 663.º, n.º 6, do CP Civil, toda a factualidade tida por fixada na Decisão recorrida, destacando, pela sua relevância, a seguinte:

a.

Mediante Resolução do Conselho do Governo n.º 73/2015, de 04.05, foi autorizada a abertura do procedimento de formação do contrato de empreitada de obras públicas para execução da empreitada de selagem e requalificação de dois aterros de resíduos na Ilha de São Jorge, com o preço-base estimado de € 1.300.000,00 e prazo de execução de 210 dias.

b.

O concurso público tendente à formação do contrato foi publicitado no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores, II Série, n.º 58, de 23.03.2016.

c.

Apresentaram-se a concurso quatro concorrentes [Domusplanet, agrupamento formado por Tecnovia – Açores, Somague, S.A. e Marques, S.A., para além, ainda, das empresas Afavias – Açores, S.A. e Inves Tri Unipessoal, L.^{da}].

d.

Segundo a memória descritiva do projeto, as ações a integrar nos trabalhos previstos incidem sobre a limpeza das lixeiras, drenagem de biogás, modelação do



Tribunal de Contas

terreno, cobertura final impermeabilizante das lixeiras, drenagem de águas pluviais, recobrimento vegetal e implementação de apoio à monitorização [triezómetros].

e.

Em sede de devolução do processo para diligências complementares, foram solicitados esclarecimentos sobre a exigência contida na alínea d), do n.º 1, da cláusula 38.ª, do programa do concurso, no confronto com o disposto no art.º 8.º, da Lei n.º 41/2015, de 03.06 [é de salientar, no domínio das habilitações, que não existem trabalhos enquadráveis na 1.ª subcategoria (Estrutura e elementos de betão) da 1.ª categoria (edifícios e património construído) e na 1.ª subcategoria (instalações elétricas de utilização de baixa tensão) da 5.ª categoria (outros trabalhos)], e solicitado o envio de comprovativo da publicitação do anúncio no portal da Internet dedicado aos contratos públicos.

Respondendo ao solicitado, e mediante o Diretor Regional Ambiente, adiantou-se o seguinte:

A. Esclarecimentos:

- 4) O teor da alínea d) do n.º 1 da cláusula 38.ª do programa de concurso, face ao disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, tendo em atenção que, em matéria de habilitações não existem trabalhos enquadráveis na 1.ª Subcategoria (Estrutura e elementos de betão) da 1.ª Categoria (Edifícios e património construído), e na 1.ª Subcategoria (Instalações elétricas de utilização de baixa tensão) da 5.ª Categoria (Outros Trabalhos).

Na alínea d) do n.º 1 da Cláusula 38.ª do Programa do Concurso, é exigido um vasto universo de habilitações a serem tituladas pelo adjudicatário, no seu alvará de empreiteiro de obras públicas.

Todavia, de entre as habilitações exigidas, verifica-se a ocorrência de um lapso na exigibilidade da detenção da 1.ª Subcategoria (Estruturas e elementos de betão) da 1.ª Categoria (Edifícios e património construído) e da 1.ª Subcategoria (Instalações elétricas de utilização de baixa tensão com potência até 50 kVA) da 4.ª Categoria (Instalações elétricas e mecânicas), dada a inexistência de trabalhos dessa natureza.

Assim sendo, dever-se-á ter por não escrita a menção feita à 1.ª Subcategoria (Estruturas e elementos de betão) da 1.ª Categoria (Edifícios e património construído) e da 1.ª Subcategoria (Instalações elétricas de utilização de baixa tensão com potência até



50 kVA) da 4.^a Categoria (Instalações elétricas e mecânicas), uma vez que as restantes subcategorias de alvará exigidas cobrem todos os trabalhos colocados a concurso. De todo o modo, a exigibilidade acrescida de habilitações não contribuiu para uma restrição do universo concorrencial e, conseqüentemente, não é suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato.

B. Elementos complementares:

5) Publicitação no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, do anúncio e relatório de formação do contrato (cfr. n.º 1 do artigo 465.º do CCP).

Uma vez que o anúncio do procedimento foi apenas publicado no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores (JORAA), nos termos do artigo 27.º do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, e em face da ausência de conexão automática entre a publicação no JORAA e o Portal dos Contratos Públicos ou Portal Base, não é possível fazer a introdução manual do anúncio no referido Portal, pelo que a informação referente ao anúncio do concurso, bem como o relatório de contratação não constam do Portal Base.

Todavia, a esta data, o Gabinete da Secretária Regional Adjunta da Presidência para os Assuntos Parlamentares está diligenciando pela solução do problema, conforme consta da circular n.º 1/2016, que se anexa.

6.

Na observância dos art.ºs 662.º, n.º 2, do CP Civil, e 80.º, da LOPTC, e atenta a sua relevância para a decisão, adita-se à matéria de facto tida como assente em ponto que antecede [n.º 5] outra factualidade vertida nos autos de recurso n.º 2/2017, a correr termos neste Tribunal e Secção, a saber:

- Em 15.11.2016, o Gabinete do Secretário Regional Adjunto da Presidência do Governo da RAA para os Assuntos Parlamentares remeteu ofício ao Presidente da Associação de Municípios da RAA, informando, relevantemente, já estarem disponíveis no Portal Base, para as entidades adjudicantes da RAA, os formulários para preenchimento da informação relativa aos procedimentos de formação dos contratos públicos, cujo anúncio seja apenas publicitado no JORAA [Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores], bem como os relativos ao bloco técnico de dados;



E, prosseguindo, informa, ainda, que, após a submissão do formulário é criado o procedimento no Portal Base ficando, também, disponíveis as restantes funcionalidades de comunicação do relatório de formação do contrato ou relatório de contratação;

Por último, e relativamente aos procedimentos não publicitados no portal Base por impossibilidade tecnológica de interligação e interoperabilidade entre o JORAA e o Portal dos contratos públicos, as entidades adjudicantes da RAA são esclarecidas da possibilidade de procederem imediatamente à sua publicitação em tal Portal, preenchendo os formulários, relatório de formação do contrato, relatório da contratação e restantes elementos do bloco de dados, quando aplicáveis.

III. DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO.

7.

Perante as alegações e conclusões deduzidas pela recorrente, estas últimas delimitadoras do objeto do recurso, erguem-se questões que exigem apreciação, a saber:

- Da [i]legalidade das habilitações exigidas aos concorrentes, no âmbito do programa do concurso para a execução dos trabalhos incluídos na empreitada, por eventual violação do disposto no art.º 8.º, da Lei .º 41/2015, de 03.06;
- Da [in]aplicabilidade do art.º 465, do CCP, na Região Autónoma dos Açores [doravante, RAA], atento o disposto no art.º 27.º, do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29.12, que aprovou o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na RAA [doravante, RJCPRAA];



- Da violação da Constituição da República Portuguesa, e mais concretamente, do seu art.º 112.º, por eventual preterição da unidade e hierarquia normativa ali estabelecida e, também, vertida na Lei n.º 2/2009, de 12.01 [aprova a terceira revisão do Estatuto Político-Administrativo da RAA].

Cumpre, pois, conhecer. E tal exercício de análise seguirá, de perto [nas vertentes da sistematização, fundamentação e decisão], jurisprudência fixada nesta 1.ª Secção e vertida nos acórdãos n.ºs 4 a 8, do ano 2017.

8. Das habilitações exigidas em Programa do Procedimento e o preceituado no art.º 8.º, da Lei n.º 41/2015, de 03.06.

a.

Conforme decorre da materialidade dada como provada e não impugnada pela entidade recorrente, a entidade adjudicante em causa, no âmbito do programa do procedimento [vd. cláusula 38.ª], exigia habilitações aos concorrentes relativas a trabalhos não previstos para a empreitada colocada a concurso. Mais concretamente, solicitaram-se habilitações relativas à 1.ª subcategoria da 1.ª categoria e à 1.ª subcategoria, da 5.ª categoria, quando, na verdade, não existiam trabalhos aí enquadráveis.

O recorrente reconhece que as habilitações exigidas denotam evidente excessividade, admite, até, **a violação apenas formal, que não material**, do art.º 8.º, da Lei n.º 41/2015, de 03.06, e, por fim, entende que tal ilegalidade não é passível de alterar o resultado financeiro do contrato.

b.

Depara-se-nos, indubitavelmente, a violação do art.º 8.º, da Lei n.º 41/2015, de 03.06, atenta a exigência de habilitações direcionadas a trabalhos não previstos para a empreitada colocada a concurso.



E, **contrariando o recorrente**, reputar de inoperante e indiferente a exigência, por excesso, de habilitações, em razão de os concorrentes apenas apresentarem habilitações para as classes de trabalhos que se propõem realizar e ser de presumir que todo e qualquer empreiteiro concorrente será portador das habilitações ora exigidas [por excesso...], corresponde a um exercício meramente dedutivo [e sem suporte fáctico] e apenas acolhível ao domínio das meras probabilidades.

Objetivamente, e diga-se, tal exigência habilitacional, reconhecidamente excessiva, é adequada a condicionar [impedindo, até...] o enfrentamento do procedimento pelo universo dos potenciais concorrentes, pois não é certo que todos os interessados detenham tal grau habilitacional. Detenção que, e cautelarmente, não se presume, mas, isso sim, documenta-se.

c.

A violação daquela norma, o art.º 8.º, da Lei n.º 41/2015, de 03.06, afeta, pois, a expressão plena da ambiência concorrencial exigida nos procedimentos de formação dos contratos públicos, e traduzível na admissível redução dos potenciais oponentes ao concurso.

E tanto bastará para propiciar a alteração do resultado financeiro do contrato, expressão normativa [vd. al. c), do n.º 3, do art.º 44.º, da LOPTC] que se basta com o simples perigo ou risco de que a ilegalidade evidenciada possa produzir aquela consequência.

Soçobram, assim, e ainda, os fundamentos da invocada violação legal meramente formal e, pretensamente, irrelevante para a sorte do procedimento em apreço, e que, em exercício especioso do recorrente, é contraposta à violação material da norma em causa [o art.º 8.º, da Lei n.º 41/2015].

Consequentemente, o recurso improcede, nesta parte.



9.

Da [in]aplicabilidade do art.º465.º, do CCP, na RAA, no confronto com o disposto no art.º 27.º, do DLR n.º 27/2015-A, de 29.12, que aprovou o RJCPRAA.

a.

Do Regime legal aplicável à contratação pública de empreitadas na RAA.

Como é sabido, o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29.12, aprovou o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores [RJCPRAA], vigorando desde 01.01.2016, aprovação essa levada a efeito pela Assembleia Legislativa da RAA e ao abrigo dos art.ºs 227.º, da CRP, e 37.º e 40.º, do Estatuto Político-Administrativo daquela Região Autónoma [abreviadamente, EPARAA].

Conforme decorre da respetiva exposição de motivos, este diploma legal transpôs para a Região Autónoma dos Açores a Diretiva n.º 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26.02.2014, relativa aos contratos públicos.

E, na melhor concretização do aí afirmado, o art.º 1.º, n.º 1, do diploma legal em apreço, refere, expressamente, que este aprova o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na RAA, transpondo, parcialmente, e para o ordenamento jurídico Regional, a Diretiva n.º 2014/24/EU relativa aos contratos públicos, definindo, ainda e agora, a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.

a.1.

Até à sua entrada em vigor vigorava na RAA, e no domínio da contratação pública, o Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28.07, alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 15/2009/A, de 06.08, que, nos termos do art.º 1.º, estabelecia regras especiais a observar na contratação pública definida no Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29.01, doravante designado Código dos Contratos Públicos [e, abreviadamente, CCP].



Tribunal de Contas

Desde já, se anota que no anterior regime estavam em causa *“regras especiais a observar na contratação pública”*, melhor definida na CCP, ao passo que, no domínio do recente RJCPRAA, se fixa um *“regime jurídico próprio”* para os contratos públicos a celebrar na RAA, a *“definição de disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo”*.

Por último, e sublinhando, importará referir que, não ao obstante se ter estabelecido no RJCPRAA [vd. n.º 3.º, n.º 1], que este diploma legal não prejudica as normas que compõem o regime jurídico da contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos constantes do CCP, sempre se dirá que o âmbito daquele diploma legal surge, agora, bem diverso e com acrescida abrangência.

Na ilustração do afirmado, e ainda na melhor apreensão do propósito do legislador da RAA, importará atentar na relevância concedida aos denominados *“pequenos mercados”* regionais e, por fim, ao imperioso impulso económico que pode e deve ser transmitido às pequenas e médias empresas locais [vd. o teor da exposição de motivos que precede o RJCPRAA].

a.2.

Enfatizamos, também, que a transposição da Diretiva 2014/24/EU, concretizada com a aprovação do RJCPRAA, antecipa-se ao ocorrido no âmbito da ordem jurídica nacional, espaço em que tal integração ainda não ocorreu.

Circunstância que, só por si, confere complexidade ao quadro normativo aplicável, certamente assente na difícil compatibilização de normas europeias, nacionais e regionais em presença e que concorrem na disciplina da contratação pública.

a.3.

Ainda imbrincada com a particularidade enunciada em alínea que antecede [a.2.] surge, inevitavelmente, a questão reportada à possibilidade de uma Região Autónoma aprovar um regime, porventura derogatório de um código vigente no espaço nacional, e em que medida.



Tribunal de Contas

A propósito, e na busca de esclarecimento, ainda que periférico, de tal matéria, realça-se que os decretos legislativos regionais, enquanto atos legislativos, têm a mesma dignidade constitucional que as leis e decretos-leis [vd. art.º 112.º, da CRP], estando, no entanto, obrigados a observar a Constituição, outras normas que aos mesmos se superiorizam e, também, as leis de valor reforçado [leis orgânicas, leis que requerem aprovação por maioria de dois terços e outras definidas, constitucionalmente, como pressuposto normativo necessário de outras leis], as leis de bases e, mui naturalmente, as leis de autorização legislativa.

O CCP, reconheça-se, não é uma lei de valor reforçado ou uma lei de bases, motivo porque *“não é um ato legislativo que, por si, parametrize a autonomia legislativa regional”*¹.

a.4.

No prosseguimento da abordagem da questão acima suscitada, reportada à delimitação do domínio material da competência legislativa da RAA, adianta-se que os decretos legislativos regionais se subordinam às matérias identificadas no correspondente estatuto político-administrativo e não reservadas aos órgãos de soberania [o regime de contrato pública não se mostra reservado aos órgãos de soberania].

Sob este enquadramento, cumpre pois, saber se a contratação pública se inclui no elenco das matérias previstas no estatuto político-administrativo da RAA [vd. art.º 41.º e segs.] e, nessa medida, se é passível de normatização via decretos legislativos regionais.

a.5.

De acordo com os art.ºs 37.º e 40.º, do EPARAA, e 227.º, n.º 1, alínea x, da CRP, a Assembleia Legislativa da RAA tem competência para *“legislar no âmbito regional em matérias enunciadas no respetivo estatuto político-administrativo e que não estejam reservadas aos órgãos de soberania”* e, nessa medida, *“transpor os atos jurídicos da União Europeia para o território da Região”* [na forma de decreto

¹ Vd., neste sentido, o Ac. n.º6/2017, 1.ª Secção/PL, in Rec. 16/2016.



Tribunal de Contas

legislativo regional], particularizando, contudo, que esta última atribuição se restringe a “*matérias de competência legislativa própria*”.

Trata-se, segundo Carlos Blanco de Moraes², de 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*”.

Como bem decorre dos art.^{os} 49.^o a 67.^o, do EPARAA, as matérias aqui elencadas e integradas na competência legislativa própria da Assembleia Legislativa da RAA não incluem as reportadas, de modo expreso e direto, à contratação pública e ao regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo [vd. art.^o 1.^o, n.^o 1, do RJCPRAA].

Porém, o art.^o 56.^o, n.^o 2, al. b), ainda do citado EPARAA, atribui à Assembleia Legislativa da RAA competência para legislar em matéria de infraestruturas, transporte e comunicações, e, em particular, sobre o regime de empreitadas e obras públicas. O que, e saliente-se, determinou a SRATC, em decisão [n.^o 2/2017] aí proferida, a considerar que tal norma habilitava a Assembleia Legislativa da RAA a legislar em matéria de empreitadas.

Embora respeitável, tal orientação decisória não terá relevado, na melhor dimensão, a distinção, operada por lei, entre regime disciplinador da contratação pública, de um lado, e o regime atinente à disciplina substantiva dos contratos administrativos, do outro, incluindo-se nestes últimos as empreitadas. Distinção que bem poderá legitimar fundadas dúvidas sobre a [in]constitucionalidade orgânica do RJCPRAA relativamente à normação disciplinadora da contratação pública.

E embora admitamos [mas com alguma reserva] que as empreitadas de obras públicas se acolhem ao conceito vasto de “*regime da contratação pública*” e, assim, se legitime a Assembleia Legislativa a legislar em tal domínio, não deixaremos de acentuar que a atividade legislativa por esta implementada se subordina,

² In Curso de Direito Constitucional, Tomo 1, Coimbra Editora, 2.^a Edição.



Tribunal de Contas

imperativamente, a princípios e normas de proveniência europeia e de natureza constitucional, que também se erguem como seu firme limite.

b.

Empreitadas de obras públicas

E

Limites à autonomia legislativa regional.

É sabido que a concorrência constitui um dos princípios estruturantes do regime da contratação pública.

De resto, e na boa apreensão de tal princípio, constitui jurisprudência firme e reiterada deste Tribunal o entendimento de que só um procedimento de formação de contrato público vinculado, **em todas as suas fases**, a uma efetiva dimensão concorrencial, salvaguardará, ainda, os princípios da igualdade e da transparência e, a final, acautelará o interesse público³.

O tratado sobre o funcionamento da União Europeia [TFUE], as diretivas europeias reportadas à contratação pública, a CRP e o Código de Procedimento Administrativo, balizadores da atividade legislativa, a desenvolver nos espaços nacional e regional, não só acolhem, vastamente, tal dimensão principialista, como procedem à respetiva explicitação.

Na ilustração do afirmado, destacamos o art.º 266.º, n.ºs 1 e 2, da CRP, diretamente aplicável às relações jurídicas pré-contratuais no domínio da contratação pública, e a novel Diretiva n.º 2014/24/EU, que, nos seus termos, prescreve, ainda em tal matéria, o respeito pelos princípios firmados no TJUE, com destaque para os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços, acrescentando a estes os princípios da transparência, da igualdade, da não discriminação e da proporcionalidade.

³ Vd. entre outros, o Ac. n.º 15/2014, 1.ª S/SS e o Ac. n.º11/2017-1.ª S/PL.



Tribunal de Contas

E estes princípios, sublinhe-se, mostram-se operantes, ainda que os contratos em causa se situem fora do âmbito de aplicação das referidas diretivas [vd. interpretação seguida pelo TJUE e concretizada nos Processos C-324/98 (Telaustria) e C-231/03 (Coname)], embora se admita alguma flexibilidade em casos de “*interesses transfronteiriços*” certos [vd. processo n.º C-507/03 (Comissão Us. Irlanda)].

b.1.

Mas, e prosseguindo na abordagem dos princípios ora invocados e naquelas estruturas a contratação pública, é oportuno lembrar que assegurar a concorrência efetiva no domínio da contratação pública corresponde o garantir o acesso de todos os operadores aos mercados públicos em condições de igualdade e a salvaguardar o interesse financeiro público.

Por outro lado, e a propósito da admissibilidade legal da gradação na concretização do princípio da concorrência, sempre se dirá que as entidades adjudicantes adotarão o procedimento mais adequado à situação em causa. Donde, e como corolário, se deva concluir **que a extensão das publicações exigidas** é determinada pela dimensão do mercado a que se dirige a contratação e não pela jurisdição da entidade adjudicante [neste sentido, e expressamente, Mário E. Oliveira/Rodrigo E. de Oliveira, in Concursos e outros procedimentos de contratação pública, Almedina 2011].

b.2.

Ainda na senda da legislação com relevo para a análise em curso e alusiva aos princípios invocados, **lembramos o disposto no art.º 1.º, n.º 3, do RJCPRAA**, onde se afirma que as normas deste diploma legal não prejudicam a aplicação daquelas integradoras do regime jurídico da contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos constantes do CCP, **e o preceituado no art.º 4.º, n.º 1, também daquele diploma legal**, norma que obriga à aplicação, no âmbito da contratação pública, e pelas entidades adjudicantes regionais, dos princípios gerais de garantia da legalidade administrativa e dos princípios fundamentais de contratação pública, nomeadamente, os decorrentes do CPA e



Tribunal de Contas

dos Tratados da União Europeia, com especial destaque para os princípios da concorrência, transparência, boa-fé e da imparcialidade.

O princípio da publicidade, atinente a matéria que, centralmente, desenvolveremos em fase ulterior, englobar-se-á no princípio da transparência.

b.3.

Conforme observam Mário e Rodrigo Esteves Oliveira⁴, “*o bom nome do mercado da contratação pública assenta em tais princípios*” [os citados em alínea que antecede] e, em termos tais, que a sua violação coloca em crise a função projetada para tal mercado e o crédito público em que se apoia o seu funcionamento.

Enfim, sob acréscimo, tais princípios para além de conduzirem e parametrizarem a elaboração das regras atinentes à contratação pública, constituem, ainda, elemento seguro no âmbito da interpretação das normas, assumem função reguladora e decisória na ausência de norma expressa e afastam a convocação de regras que, a si subordinadas, se revelem incompatíveis com o seu teor.

Eis, pois, os princípios aplicáveis à contratação pública, verdadeiras fontes de direito, presentes em diplomas legais fundamentais, de raiz europeia e nacional, e que, inequivocamente, devem balizar a atividade legislativa regional e traçar os limites à autonomia em tal âmbito.

c.

Da publicitação no domínio da contratação pública de empreitas

E

Respetiva tramitação na Região Autónoma dos Açores.

Lidas as alegações de recurso, cedo se intui a preocupação do recorrente em sustentar o ajustamento das regras de publicidade ínsitas à contratação pública às particularidades e especificidades regionais.

⁴ Vd. Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública, Almedina 2011.



Tribunal de Contas

Propósito que, em sede de explicitação, é sustentado com a invocação das particularidades de um mercado movido, ainda, na sua ótica, pela dinâmica da empregabilidade regional e onde a concorrência terá de ser ponderada em função de razões reportadas à escala e organização do setor empresarial que, visivelmente, exhibe média e pequena dimensão. E, daí, ainda segundo o recorrente, a ingente necessidade da criação de regras ajustáveis a tais particularidades de índole regional.

A publicação dos anúncios dos concursos no Jornal da Região, aliás, ditada pelo RJCPRAA, e não também no Diário da República e no Portal Base, deverá, afinal, e segundo o recorrente, ser compreendido sob tal contextualização.

Vejamos, desenvolvendo, se assiste razão ao recorrente.

c.1.

Mostra-se claro que, com a entrada em vigor do RJCPRAA, a publicação obrigatória dos anúncios dos contratos públicos [excluem-se os casos em que é obrigatória a publicitação no JOUE] foi limitada ao Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores [JORAA].

À parte a sua disponibilização “*on line*”, gratuita e universal, o certo é que, a partir de 01.01.2016, data do início da vigência do DLR n.º 27/2015-A que aprova o RJCPRAA, ocorre uma evidente restrição na publicitação dos concursos públicos a tramitar na RAA, atenta a não obrigação de divulgação no Diário da República, mas apenas no JORAA, o que, e anotamos, passou a contrariar a prática seguida até 31.12.2015, data em que cessou a vigência do DLR n.º 34/2008-A, de 28.07, e que exigia, também, a divulgação dos procedimentos em sede imposta pelo Código dos Contratos Públicos, ou seja, no Diário da República e no JOUE, ainda que em função dos valores e tipos contratuais em causa [vd. art.º 130.º e 131.º, do CCP].

c.2.

A publicitação do procedimento tendente à formação do contrato público, e nomeadamente, no âmbito do concurso público, constitui, sem qualquer dúvida,



Tribunal de Contas

uma via indispensável à observância e concretização dos princípios da concorrência, da igualdade, da transparência e da imparcialidade. De resto, é inequívoco que o bom funcionamento do mercado da contratação pública depende, em larga medida, da boa e adequada publicidade da vontade de contratar.

A observância dos princípios da concorrência, da transparência e da imparcialidade [entre outros...], exigida pelo CCP, por tratados e normas regionais, e a ter lugar, até, nas situações em que o valor dos contratos não atinge o limiar da aplicação das disposições comunitárias, deverá, pois, subordinar-se à máxima publicidade, ainda que esta se circunscreva ao território nacional.

Neste contexto, a eventual sustentação do estímulo dos mercados regionais com respaldo em alguma restrição à publicidade da vontade de contratar revela-se ilegítima e ilegal.

Na verdade, e ilustrando, nenhuma norma do CCP ou do RJCPRAA impõe que o acesso a algum procedimento [nomeadamente, o concurso público] promovido por entidades adjudicantes regionais seja reservado a agentes económicos da Região Autónoma. E, deste modo, nenhuma especificidade regional constituirá razão para encurtar o âmbito da divulgação/publicitação de procedimento. De contrário, afrontar-se-ia, até, a Constituição, por evidente violação do princípio da igualdade.

c.3.

Conforme já escrevemos, segundo o RJCPRAA, na formação dos contratos são aplicáveis as regras estatuídas pelo CCP, embora considerando as especificidades constantes das secções seguintes [vd. art.º 25.º].

E, ainda nesta secção, o art.º 27.º, n.º 1, dispõe, agora, que, “*nos termos do presente diploma, a não ser exigível a publicação de anúncio no JOUE, os anúncios dos contratos a adjudicar por entidades públicas regionais são apenas publicitados no Jornal Oficial da RAA*”, conforme modelo aprovado por portaria competente.



Tribunal de Contas

O RJCPRAA estipula, pois, uma prática de publicitação procedimental que contraria a constante do DLR n.º 34/2008-A, o qual previa a divulgação não apenas no JORAA, mas também no Diário da República [vd. art.º 6.º].

Tendo presente as considerações efetuadas em trono dos princípios estruturantes da contratação pública e considerada a publicitação da vontade de contratar como um instrumento da sua observância e concretização, importará indagar se a aparente redução operada pelo RJCPRAA [vd. art.º 27.º] e acima transcrita ofende e afeta tal dimensão principialista [em especial, o princípio da concorrência] estabelecida nos art.º 4.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA, e 1.º, n.º 4, do CCP.

Então, vejamos.

c.4.

Segundo o art.º 16.º, do DLR n.º 25/2003/A, alterado pelo DLR n.º 14/2007/A, de 25.06, o Jornal Oficial da RAA é editado em suporte eletrónico em sítio adequado, de acesso livre e gratuito. Para além disso, trata-se de uma publicação disponibilizada “*on line*” na internet.

É, pois, de concluir, e desde já, que, apesar da publicitação ocorrer em órgão regional, um potencial interessado aceder-lhe-á sem dificuldade. Daí que a não publicação dos anúncios no Diário da República não condicione, de forma determinante, o acesso à informação procedimental, impedindo o seu conhecimento.

Reconhecemos, no entanto, que a centralização da informação em único acesso facilita a pesquisa e também não se olvida que a ampla publicitação favorece o alargamento da concorrência, mostrando-se, até, incompreensível o seu encurtamento.

E não deixaremos de sublinhar que, mesmo ao nível do mercado único europeu de contratação pública, o legislador comunitário considera que, atingido o valor em que os contratos passam a revestir-se de interesse transfronteiriço certo, a



Tribunal de Contas

correspondente publicidade é, obrigatoriamente, centralizada no JOUE e a publicidade nacional assume carácter facultativo. Admite-se, pois, a preferência por uma publicitação ampla e centralizada, sendo facultativa a publicitação com âmbito menos alargado.

c.5.

Aqui chegados, e tendo em conta que o legislador regional detém competência para consagrar a solução prevista no art.º 27.º, n.º 1, do RJCPRAA [publicitação apenas no JORAA], acompanhamos o entendimento expresso em acórdão n.º 6/2017/1.ªS/PL, e, onde, ainda na esteira de Mário a e Rodrigo Esteves de Oliveira, se afirma estarmos perante uma situação de mera perturbação de um princípio, que não perante a violação do mesmo e de alguma ilegalidade passível de gerar efeitos invalidantes.

A solução legal encontrada, embora não seja a desejável, não compromete o acesso dos interessados à informação tida por relevante.

Deste modo, a publicitação dos concursos públicos apenas no JORAA não infringe algum princípio constitucional, embora, como já referimos, constitua uma solução marcada pela irrazoabilidade e inequivocamente perturbadora do princípio da ampla publicitação da vontade de contratar.

d.

Da contratação pública na Região Autónoma dos Açores.

Publicitação dos anúncios no Portal Base.

Como é sabido, o n.º 1, do art.º 465.º, do CCP, estabelece, como 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, em 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 os meios eletrónicos, nomeadamente, a plataforma de interoperabilidade



Tribunal de Contas

da administração pública”, sendo esta última imposição introduzida apenas em 2012 e mediante o Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12.07.

Ao longo das alegações, e lembrando, a recorrente afasta a obrigatoriedade de tal publicitação, estribando-se no já citado e transcrito art.º 27.º, do RJCPRAA, rejeição que abrangerá a publicação do anúncio e a respetiva divulgação. Posição que, por imposição legal, urge enfrentar.

d.1.

Presentemente, e por força da Portaria n.º 701-E/2008, de 29.07, que assegurou a regulamentação do art.º 465.º, do CCP, os anúncios de procedimentos de contratação pública deverão ser publicados integralmente no portal dos contratos públicos, apelidado de “portal base”, e com base em informação transmitida a partir do Diário da República eletrónico.

A inclusão do anúncio de abertura do procedimento no “portal base” assume, assim, uma forma adicional de divulgação do mesmo. E com vantagem para os operadores económicos, atenta a concentração num único sítio de todos os anúncios relativos à abertura de procedimentos e contratação públicos.

Tal forma de publicitação, apesar de reforçadora e acrescida, nem sequer é facultativa, mas obrigatória. E, adiante-se, deverá ser exercitada em tempo que permita aos potenciais concorrentes o “aproveitamento útil” do procedimento [entre o mais, concorrer, apresentando propostas...]. De contrário, incorrer-se-ia em limitação, sempre grave, dos princípios estruturantes da contratação pública, e, em especial, o da transparência.

d.2.

Repetindo-nos, o art.º 465.º, do CCP, sob a epígrafe “Obrigação de Comunicação”, e já sob a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, manda publicitar no denominado “portal base” os elementos referentes à formação e à execução dos contratos públicos. Ou seja, pela sua vastidão e abrangência, tal imposição não se circunscreve à mera divulgação do anúncio de abertura do procedimento. Ajusta-



-se, de resto, ao preceituado nos art.ºs 466.º e 472.º, ainda do CCP, que, na sua letra, consideram o referido “*portal base*” um verdadeiro instrumento de congregação de informação sobre contratação pública e que, entre o mais, propiciará o adequado tratamento estatístico, monitorização e, até, o seu reporte aos órgãos competentes da União Europeia.

Conforme jurisprudência⁵ recente desta Secção (1.ª), é, pois, inegável a propensão publicística do portal dos contratos públicos. Afigura-se-nos, porém, que a mesma se reconduz ao princípio da transparência que, imperativamente, informa a atividade administrativa e, não tanto, à salvaguarda do princípio da concorrência.

Esta asserção encontra, de resto, algum respaldo em doutrina autorizada⁶.

Não se vislumbra, pois, alguma razão que sustente ou avalize o afastamento e/ou inaplicação do referido art.º 465.º, do CCP, pelo art.º 27.º, do RJCPRAA.

Esta norma, e sublinhe-se, dirige-se, tão-só, a “*anúncio procedimental*”, não abarcando a vasta informação e os atos divulgados no “*portal base*”.

d.3.

Aqui chegados, é seguro afirmar que o art.º 465.º, do CCP, é plenamente aplicável na Região Autónoma dos Açores.

Desde logo, e sintetizando, **porque tal norma** encerra um desígnio de transparência, assente na Constituição, no direito europeu e no CP Administrativo, que, claramente, se impõe ao legislador regional [vd., ainda, o art.º 4.º, n.º 1, do RJCPRAA], **porque tal princípio** não é, assim, afastável [e afastado!] pelo art.º 27.º, do referido RJCPRAA, e, finalmente, porque inexistindo especificidades relevantes [como no caso em apreço], os próprios art.ºs 1.º, 15.º e 25.º, do RJCPRAA, obrigam à aplicação do mencionado art.º 465.º, do CCP.

d.4.

⁵ Vd. Ac.7/2017, in Recurso n.º2/2017.

⁶ Mário e Rodrigo E. Oliveira, em obra já referenciada, limitam-se a adiantar que o portal da Internet permite a eventuais interessados obter informação que a lei manda disponibilizar, ainda que não tenham participado no procedimento.



Pelo exposto, e nesta parte, o argumentado e peticionado pelo recorrente não procedem.

10.

Da eventual violação da CRP, e, em especial, do seu art.º 112.º.

a.

Nas suas alegações, **o recorrente afirma que a decisão recorrida**, perante o conflito normativo existente entre as regras constantes do art.º 27.º, do RJCPRAA, por um lado, e o art.º 465.º, do CCP [com a regulamentação decorrente da Portaria n.º 701-E/2008], por outro, fez prevalecer a disciplina contida no art.º 465.º, do CCP, sobre o art.º 27.º, do RJCPRAA.

E, prossegue o recorrente, tal entendimento ou interpretação secundariza o direito regional face ao direito nacional, assim violando o art.º 112.º, da CRP, que consagra o primado do direito regional.

b.

Preliminarmente, e agora na contenção de alguma “*exaltação*” a propósito da existência do primado do direito regional, sempre diremos, contrariando o recorrente, que o mesmo não tem qualquer consagração constitucional.

Com efeito, e na invocação de Gomes Canotilho e Vital Moreira⁷, importará precisar que “*a competência legislativa das regiões autónomas em matérias não reservadas aos órgãos de soberania e de âmbito especificamente regional não resulta de competência legislativa exclusiva ou de algum critério de prevalência do direito regional sobre as normas estaduais*”, pois, como bem se compreenderá, num estado unitário, tal critério de prevalência apenas lograria consagração constitucional para manter a unidade do sistema jurídico com prevalência do ordenamento suprarregional, não para sustentar a convicção do recorrente, que, claramente, a afronta.

⁷ Vd. CRP, Anotada, Vol. II, art.º 228.º.



Tribunal de Contas

Ademais, face ao disposto no art.º 112.º, da Constituição, embora os decretos legislativos regionais tenham a mesma dignidade constitucional que as leis e Decretos-Leis, convirá lembrar, e para reflexão, que o n.º 2, daquela norma, apenas equipara, em valor, estes dois últimos atos legislativos.

c.

Reconduzindo-nos à alegada inconstitucionalidade, entendemos não se verificar qualquer conflito entre as normas constantes dos art.ºs 465.º, do CCP, e 27.º, do RJCPRAA, e respetiva regulamentação.

Tão-pouco, admitimos que tal inconstitucionalidade decorra de interpretação de tais normas e vertida na decisão recorrida.

Precisando, depara-se-nos apenas um conjunto de normas, de natureza europeia, nacional e regional, que, na aplicação [e são todas aplicáveis] ao caso em apreço, sugerem um adequado exercício de harmonização.

Entendimento sustentado no art.º 1.º, n.º 3, do RJCPRAA, que, como é sabido, não inclui a aplicação, na RAA, das normas atinentes á contratação pública e ao regime substantivo dos contratos públicos contidas no Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29.01 (CCP).

Na ausência de qualquer conflito de normas, soçobra a invocada desconformidade do art.º 465.º, do CCP, com a CRP, nomeadamente, quanto ao **pretense** *”primado do direito regional sobre o direito nacional”*, inconstitucionalidade que o recorrente também vislumbra na interpretação normativa seguida, em tal matéria, pela Decisão recorrida.

d.

Improcede, assim, a inconstitucionalidade invocada pelo recorrente.



11.

E, sumariando, conclui-se como segue:

a.

A existência de subcategorias relativas a trabalhos não enquadráveis na empreitada colocada a concurso viola o disposto no art.º 8.º, da Lei n.º 41/2015, de 03.06.

E tal violação, porque afeta, negativamente, a ambiência concorrencial legalmente exigida no domínio da contratação pública, é, também, passível de alterar o resultado financeiro do contrato.

O incumprimento da referida norma é sancionado com a anulabilidade do ato transgressor, atento o disposto nos art.ºs 284.º, do CCP e 163.º, do CPA.

b.

A atividade legisferante a implementar pela Assembleia Legislativa da RAA em matéria de contratação pública subordina-se, obrigatoriamente, a princípios e normas de proveniência europeia e de natureza constitucional.

c.

A publicitação do procedimento tendente à formação dos contratos públicos assume-se como instrumento privilegiado de concretização dos princípios da concorrência, da igualdade e da transparência, que são estruturantes da contratação pública.

E, daí, a obrigatória erradicação de condutas que, injustificadamente, minguem o seu âmbito e medida, cerceando-lhe os normais e pretendidos efeitos legalmente suportados.



Tribunal de Contas

d.

A norma constante do art.º 27.º, n.º 1, do RJCPRAA [prevê publicitação apenas no JORAA] perturba, claramente, a aplicação do princípio da ampla publicitação do procedimento, não encerrando, causa a sua frontal violação.

e.

o art.º 465.º, do CCP, que manda publicitar no “*portal base*” os elementos referentes à formação e execução dos contratos públicos, é plenamente aplicável na Região Autónoma dos Açores.

Desde logo, porque tal norma encerra um desígnio de transparência, [e não tanto a promoção da concorrência], que, como é sabido, é imposto pela Constituição, direito europeu e CPA, fontes de direito a que o legislador e a Administração Regional se subordinam.

f.

«*In casu*», não ocorre qualquer conflito de normas [art.ºs 465.º, do CCP, e 27.º, do RJCPRAA], mas, tão-só, normação de natureza e âmbito diversos, que, em sede de aplicação, reclama adequado exercício de harmonização.

Donde, a não violação de alguma norma da Constituição, e, designadamente, o art.º 112.º, desta Lei Fundamental.

g.

O incumprimento do disposto no art.º 465.º, do CCP, com a conseqüente redução do âmbito de publicitação do procedimento em causa [que, por sua vez, induz a violação do princípio da concorrência consagrado nos art.ºs 1.º, n.º 4, do CCP e 4.º, n.ºs 1 e 2 do RJCPRAA], consubstancia, ainda, o vício da anulabilidade, nos termos dos art.ºs 284.º, n.º 1, do CCP e 163.º, n.º 1, do CPA.

Tal ilegalidade é, por sua vez, suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato.



h.

As violações da lei [art.º 8.º, da Lei n.º 41/2015 e 465.º, do CCP] acima evidenciadas são suscetíveis de alterar o resultado financeiro do contrato.

IV. DA EVENTUAL CONCESSÃO DO VISTO COM RECOMENDAÇÕES.

12.

O recorrente peticiona o possível apelo ao uso da faculdade conferida pelo n.º 4, do art.º 44.º, da LOPTC, visando-se o contrato de empreitada em apreço, embora com recomendação.

a.

Estabelece o art.º 44.º, 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 nulidade, encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras e, ainda, ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro”*.

Por outro lado, o n.º 4, daquela mesma norma, prevê que *“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 tais ilegalidades, no futuro”*.

No caso em apreço, e inequivocamente, não se perfila o cometimento de ato gerador de nulidade e também não se nos depara a assunção de encargos sem cabimento orçamental ou a violação direta de norma financeira.

Por outro lado, não é seguro que, tendo sido solicitadas as habilitações de acordo com a lei aplicável e publicado o anúncio no portal dos contratos públicos, se verificasse o alargamento do universo concorrencial. Logo, e em conformidade, a violação das normas constantes dos art.ºs 465.º, do CCP, e 8.º, da Lei n.º 41/2015,



Tribunal de Contas

de 03.06, é apenas suscetível [sem certeza!] de alterar o resultado financeiro do contrato.

Resta, ainda, provado que a impossibilidade técnica do Portal Base já se mostra suprida, nada obstando, agora, ao cumprimento da disciplina contida no art.º 465.º, do CCP.

b.

Consabidamente, a faculdade de formular recomendações não constitui um ato arbitrário, antes se vincula, e nos termos da Lei [vd. art.º 44.º, n.º 4, da LOPTC], às situações em que a ilegalidade praticada no procedimento altere ou possa alterar o resultado financeiro do contrato.

c.

Pelo exposto, e inverificados os pressupostos constantes das alíneas a) e b), do n.º 3, do art.º 44.º, da LOPTC, afigura-se-nos adequada a concessão do visto ao presente contrato, **mas recomendando**, por um lado, a futura publicitação, no portal da Internet relativo aos contratos públicos, dos elementos referentes à sua formação e execução [observando-se, assim, o disposto no art.º 465.º, do CCP], e, por outro, o escrupuloso cumprimento do disposto no art.º 8.º, da Lei n.º 41/2015, de 03.06, em futuros procedimentos.

V. DECISÃO.

Com os fundamentos expostos, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 1.ª Secção, em decidir o seguinte:

- **Conceder provimento parcial ao recurso interposto, revogando, em consequência, a Decisão recorrida que recusou o visto ao contrato de empreitada identificado em 1., deste acórdão;**



Tribunal de Contas

- **Conceder o visto ao contrato em apreço, melhor identificado em 1., deste acórdão;**
- **Recomendar à Secretaria Regional da Agricultura e Ambiente, que, em futuros procedimentos, dê integral e rigoroso cumprimento ao disposto nos art.ºs 465.º, do CCP, e 8.º da Lei n.º 41/2015, de 03.06.**

São devidos emolumentos legais, a calcular nos termos das disposições combinadas dos art.ºs 17.º, n.º 2 e 3, e 5.º, n.º 1, alínea b), do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31.05, e atenta a concessão do visto.

Registe e notifique.

Lisboa, 19 de Abril de 2017.

Os Juízes Conselheiros,

Alberto Fernandes Brás – Relator

“Voto a decisão, não acompanhando a problemática no que respeita ao ponto d) da fundamentação, remetendo para os acórdãos 8 e 9/2017, de 28/3 em que fui relator.”

José António Mouraz Lopes

Helena Maria M. V. Abreu Lopes

**Fui presente,
(Procurador-Geral Adjunto)**