



Transitado em julgado em 04/05/2017

## ACÓRDÃO Nº 14/2017 – 19.ABR-1ªS/PL

### RECURSO ORDINÁRIO Nº 03/2017

(Processo de fiscalização prévia nº 097/2016-SRATC)

**Relatora: Helena Abreu Lopes**

### SUMÁRIO

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



# Tribunal de Contas

---

promovido por uma entidade adjudicante regional tenham acesso à informação relevante, pelo que deve concluir-se que não viola, em termos efetivos, princípios constitucionais.

- 14.** O artigo 465.º do Código dos Contratos Públicos, inserido na parte das *Disposições Finais*, e sob a epígrafe «*Obrigação de comunica o*», manda publicitar no portal dos contratos públicos «*elementos referentes   forma o e   execu o dos contratos públicos*», «*desde o início do procedimento até ao termo da sua execu o*». Esta publicidade está sobretudo associada ao princípio da transparência da atividade administrativa e não impõe nem se limita aos anúncios de abertura dos procedimentos. Este preceito legal   plenamente aplicável na região autónoma, porque não foi afastado pelo artigo 27.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de âmbito limitado aos anúncios para forma o dos contratos, e porque a isso conduz o disposto nos artigos 1.º, n.º 3, e 4.º, n.º 1, do referido diploma legislativo regional.
- 15.** Ao determinar a publica o exclusiva em jornal oficial regional, o artigo 27.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A não originou uma incompatibilidade da soluço consagrada na Portaria n.º 701-E/2008 com a legisla o regional mas, antes, uma lacuna a preencher nos termos gerais. A forma mais expedita e adequada de preencher essa lacuna e compatibilizar o cumprimento dos artigos 27.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A e 465.º do CCP teria sido a publica o simultânea do aviso no Diário da República, nos termos do n.º 2 daquele artigo 27.º, o que originaria tecnicamente a publica o no portal dos contratos públicos.
- 16.** O incumprimento do regime estabelecido no artigo 465.º do CCP constitui uma ilegalidade. Podendo configurar-se em abstrato que essa ilegalidade acarretasse a possibilidade de um risco de altera o do resultado financeiro, tal risco afigura-se baixo. Por outro lado, está demonstrado no processo que, mesmo que a publica o tivesse sido atempadamente promovida, a mesma não teria sido bem sucedida por impossibilidade técnica do *portal Base*. Essa impossibilidade técnica foi entretanto resolvida e as entidades da Região Autónoma podem, doravante, dar integral cumprimento   disciplina legal.



# Tribunal de Contas

---

**17.** Deste modo, considera-se ajustada ao caso a substituição da recusa do visto pela concessão de visto com recomendações, nos termos do artigo 44.º, n.º 4, da LOPTC.

Lisboa, 19 de Abril de 2017



## ACÓRDÃO N.º 14/2017 – 19.ABR-1ªS/PL

### RECURSO ORDINÁRIO N.º 03/2017

(Processo de fiscalização prévia n.º 097/2016-SRATC)

**Relatora: Helena Abreu Lopes**

### I. RELATÓRIO

1. Pela Decisão n.º 20/2016-SRATC, a Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas recusou o visto ao contrato de empreitada de “*Infraestruturas de Saneamento Básico na Canada de Pilatos, no Caminho Velho, na Travessa do Caminho do concelho e no Ramal dos Mosteiros, nos Mosteiros*”, celebrado, em 30 de Setembro de 2016, entre os **Serviços Municipalizados de Água e Saneamento (SMAS) do Município de Ponta Delgada**, e a empresa **A.R. Casanova-Construção Civil, Lda.**, com o valor de 562 988,18 euros, acrescido de IVA.
2. A recusa do visto foi proferida ao abrigo do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)<sup>1</sup>, tendo por fundamento a violação do disposto no artigo 465.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)<sup>2</sup> em virtude de os elementos referentes à formação do contrato não terem sido publicitados no portal da Internet dedicado aos contratos públicos.

---

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

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



## Tribunal de Contas

---

3. Inconformada com a decisão, a entidade veio dela interpor recurso, requerendo a revogação da decisão e a sua substituição por outra que conceda o visto.
4. Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 1 a 23 dos autos, invocando, no essencial, o seguinte:
  - A existência de um regime jurídico de contratação pública específico para a Região Autónoma dos Açores corresponde ao exercício de uma competência constitucionalmente reconhecida (artigo 227.º, n.º 1, alínea a), da Constituição da República Portuguesa);
  - O artigo 27.º, n.º 1, do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de Dezembro, que aprovou o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores (RJCPRAA), sobre o qual considera não existem dúvidas de constitucionalidade, legalidade ou regularidade, determina que o anúncio do procedimento seja exclusivamente publicado no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores (JORAA)* e não em qualquer outro jornal ou portal de internet;
  - O artigo 465.º do CCP depende, para a sua aplicabilidade, de uma Portaria. A Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de Julho, regula toda a matéria relativa à publicitação exigida pelo artigo 465.º do CCP. No seu artigo 4.º são explicitadas as fontes de informação do portal dos contratos públicos, onde se inclui o sistema de informação da *Imprensa Nacional-Casa da Moeda*, usado pelas entidades adjudicantes para introdução de dados para efeitos de publicação no *Diário da República* e no *Jornal Oficial da União Europeia*. A referida norma não prevê a publicitação no portal de anúncios que tenham sido publicados apenas no *JORAA*;
  - Uma Portaria não pode, quer pela hierarquia de normas, quer pelo primado do direito regional, alterar o regime previsto no artigo 27.º 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 *JORAA*;
  - Assim, o artigo 465.º do CCP não é aplicável aos procedimentos de contratação pública objeto do artigo 27.º do RJCPRAA, como é o caso;



## Tribunal de Contas

---

- O anúncio do procedimento não poderia ter sido publicado no *Diário da República* porque isso violaria uma norma imperativa do RJCPRAA (artigo 27.º). Também não poderia ter sido publicitado no portal dos contratos públicos sem ter sido publicado no *Diário da República* porque isso violaria o estatuído no artigo 4.º da Portaria n.º 701-E/2008. Para além de ilegal, esta solução também não era possível em termos práticos;
- A não publicitação do anúncio no portal da internet não afastou ou impediu que eventuais interessados tivessem apresentado proposta. Ao presente procedimento concorreram quatro empresas, número que corresponde à média de concorrentes que se têm apresentado a procedimentos de obras semelhantes, conforme quadro anexo à petição de recurso. Para além disso, a proposta adjudicada apresentou um preço € 143.822,85 inferior ao preço base. Não houve, pois, restrição da concorrência;
- Para defender a livre concorrência, a igualdade de oportunidades, o erário e o interesse público, a publicidade e a transparência da atuação da administração pública, quer o CCP quer o RJCPRAA impõem a publicação do anúncio dos procedimentos no *Diário da República*, no *Jornal Oficial da União Europeia* ou no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*. Os artigos 130.º, 131.º, 157.º, 167.º, 197.º e 208.º do CCP e os artigos 27.º, 28.º e 52.º do RJCPRAA evidenciam que a forma de publicitação escolhida pelas leis é a publicação nos jornais oficiais e não em quaisquer portais ou plataformas digitais;
- O artigo 127.º do CCP apenas estabelece a publicitação no portal como condição de validade e eficácia dos contratos relativamente a situações de ajuste direto. *A contrario*, noutros procedimentos essa publicitação não é condição de validade e eficácia dos contratos. Isso demonstra que a lei não atribui grande relevância à referida publicitação como meio de assegurar a publicidade do procedimento, reservando essa função para a publicação nos jornais oficiais;
- Se a publicação nos jornais oficiais é bastante para dar a conhecer matérias tão importantes como a legislação, impondo o seu acatamento, não se entende que não seja suficiente para a publicação de anúncios de procedimentos;



# Tribunal de Contas

---

- Do teor da Portaria n.º 701-E/2008 e do artigo 466.º do CCP resulta que a publicação no portal dos contratos públicos dos elementos referentes à formação e execução dos contratos não visa publicitar os procedimentos mas antes condensar toda a informação sobre a abertura e execução de toda a contratação pública, para efeitos de cumprir com o desiderato de transparência nesta matéria;
  - Se a obrigação de publicitação no portal dos contratos públicos fosse relevante para efeitos de publicidade, então ela deveria constar, sistematicamente, nos capítulos referentes à formação dos contratos, onde se trata da publicação dos anúncios, e nunca das disposições finais do CCP, onde apenas se trata de questões estatísticas e de formas de comunicação entre os intervenientes;
  - Mesmo que existisse, a anulabilidade resultante da alegada violação do artigo 465.º do CCP não produziria o efeito anulatório, por se verificar a situação prevista no n.º 5 do artigo 163.º do Código do Procedimento Administrativo: a publicação no *JORAA* era a única legalmente possível, uma vez que permitiu respeitar o estabelecido no Decreto Legislativo Regional, norma hierarquicamente superior e que ordena a publicação exclusiva naquele Jornal, tendo essa publicação permitido atingir o desiderato de publicitar a abertura do procedimento concursal junto de eventuais interessados;
  - Não existe nenhuma boa razão para que não seja utilizada a faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, concedendo-se o visto ao contrato com recomendações, tanto mais que a alegada ilegalidade ocorre não por opção ou inércia da entidade adjudicante mas tão só por uma errada intersecção de regimes jurídicos que impede, em termos práticos, a publicitação do anúncio no portal dos contratos públicos.
- 5. O Procurador-Geral Adjunto junto do Tribunal de Contas pronunciou-se no sentido de que:**
- Deveria equacionar-se a suspensão da instância até à decisão do incidente de reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE),



# Tribunal de Contas

---

acionado no Acórdão n.º 1/2017, de 17 de Janeiro de 2017, do Plenário da 1.ª Secção deste Tribunal;

- É indubitável que a Portaria n.º 701-E/2008 se encontra desatualizada no plano do ordenamento jurídico regional. No entanto, no seu entender, a recorrente hiperboliza uma ilegalidade superveniente da referida portaria em detrimento de um esforço interpretativo que, privilegiando o elemento teleológico da norma constante do artigo 465.º do CCP (garantir, através da publicitação, o exercício normal da concorrência no mercado único de obras públicas), conclua pela existência de uma lacuna superveniente, a carecer do devido preenchimento. Na sua opinião, se o fim inscrito na norma é a publicidade do anúncio, então, perante o processo de revisão do Código dos Contratos Públicos e da incompletude do novo regime da contratação pública na RAA, a ultrapassagem do obstáculo tecnológico temporário deveria passar pela continuação da publicitação, através da funcionalidade do *Diário da República*, no Portal dos Contratos Públicos, de âmbito territorial nacional.
- O recurso não merece provimento, devendo confirmar-se a decisão recorrida.

**6.** Corridos os demais vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

**7.** As questões a decidir prendem-se com:

- A relevância do incidente de reenvio prejudicial acionado pelo Acórdão n.º 1/2017 para o caso em apreço;
- A amplitude e os limites da autonomia legislativa regional no âmbito do regime de contratação pública;
- A compatibilidade do estabelecido no artigo 27.º do RJCPRAA com os princípios de contratação pública e da atividade administrativa aplicáveis;
- A aplicabilidade ao caso do disposto no artigo 465.º do CCP;
- A (in)compatibilidade do disposto na Portaria n.º 701-E/2008 com o estabelecido no artigo 27.º do RJCPRAA;
- A admissibilidade de proferir no caso uma decisão de visto com recomendações.



## II. FUNDAMENTAÇÃO

### FACTOS

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

- Em 12 de Maio de 2016, o Conselho de Administração dos Serviços Municipalizados de Água e Saneamento do Município de Ponta Delgada deliberou abrir um *concurso público* para a empreitada em causa;
- O anúncio do concurso foi publicitado no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, II série, n.º 97, de 20 de Maio de 2016;
- Apresentaram-se a concurso quatro propostas;
- A empreitada foi adjudicada em 4 de Agosto de 2016 à empresa A.R. Casanova-Construção Civil, Lda., que apresentou a proposta de mais baixo preço;
- Confrontada com o incumprimento do estabelecido no artigo 465.º, n.º 1, do CCP, o município produziu argumentos quanto à validade do procedimento, no essencial semelhantes aos constantes das alegações do presente recurso, invocando ainda a impossibilidade prática da publicitação do anúncio no portal, tal como reconhecido pela Circular n.º 1/2016 do Gabinete da Secretária Regional Adjunta da Presidência para os Assuntos Parlamentares - *Interligação e Interoperacionalidade entre o JORAA e o Portal dos Contratos Públicos*, de 28 de julho de 2016.

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

- Em 15 de Novembro de 2016, o Gabinete do Secretário Regional Adjunto da Presidência do Governo da Região Autónoma dos Açores para os Assuntos



Parlamentares enviou, por ofício, ao Presidente da Associação de Municípios da Região Autónoma dos Açores a seguinte informação:

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

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

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

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

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

- 19.** Notificada para se pronunciar, querendo, sobre o aditamento referido no número anterior, a recorrente veio invocar que a informação prestada em 15 de Novembro de 2016 (data muito posterior à da abertura do concurso em apreciação), demonstra que, à data da abertura do concurso não era possível efetuar a publicitação no portal, assim reafirmando o entendimento de que a recusa de visto foi ilegal.



## ENQUADRAMENTO JURÍDICO

### Da suspensão da instância

20. O Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de Dezembro, aprovou o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores (RJCPRAA). No artigo 1.º n.º 1, do referido diploma refere-se, expressamente, que o mesmo *«aprova o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, transpondo, parcialmente, e para o ordenamento jurídico regional, a Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos e define a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo»*.
21. No Acórdão n.º 1/2017-17.JAN-1.ªS/PL, proferido no Recurso Ordinário n.º 12/2016, o Plenário da 1.ª Secção do Tribunal de Contas decidiu suscitar uma questão prejudicial perante o TJUE relativa àquele Decreto Legislativo Regional. Esta questão refere-se à compatibilidade dos elementos de habilitação fixados no concurso público em apreciação no respetivo processo com o estabelecido nos artigos 40.º, n.ºs 3 e 5, do referido diploma e no artigo 58.º n.º 4, da Diretiva n.º 2014/24/EU.
22. Embora esteja em causa o mesmo diploma legislativo regional, nos presentes autos discute-se a observância do regime constante dos artigos 27.º do RJCPRAA e do artigo 465.º do CCP. Trata-se de matéria completamente diversa, relativamente à qual a eventual decisão do TJUE não trará qualquer contributo.
23. Não se vê, pois, qualquer razão para a suspensão da instância até à decisão do referido reenvio.

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

24. A Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores aprovou o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A (RJCPRAA) ao abrigo do disposto na alínea a)



## Tribunal de Contas

---

do n.º 1 do artigo 227.º da Constituição da República Portuguesa e do n.º 1 do artigo 37.º e do artigo 40.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores (EPARAA), alterado e republicado pela Lei n.º 2/2009, de 12 de Janeiro.

- 25.** No n.º 1 do artigo 3º do RJCPRAA, refere-se que «*o presente diploma não prejudica a aplicação das normas que integram o regime jurídico da contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos constantes do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua atual versão em vigor*»».
- 26.** Até à sua entrada em vigor, e no domínio da contratação pública, vigorava na Região Autónoma dos Açores, o Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de Julho, alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 15/2009/A, de 6 de 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*».
- 27.** Observa-se que, enquanto no regime anterior apenas estavam em causa *regras especiais a observar na contratação pública* definida no CCP, pretende-se agora, com o RJCPRAA, estabelecer *um regime jurídico próprio* para os contratos públicos celebrados no âmbito da Região e *a definição da disciplina aplicável à contratação pública e ao regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo*.
- 28.** A primeira questão que se coloca é a de saber em que medida permite a ordem jurídica portuguesa que uma região autónoma aprove um regime eventualmente derogatório de um código de âmbito nacional, como é o caso do CCP.
- 29.** De acordo com o artigo 112.º da Constituição da República Portuguesa, os decretos legislativos regionais são atos legislativos. Consequentemente, têm valor idêntico aos restantes atos legislativos: as leis e os decretos-leis. Na hierarquia normativa, a validade dos atos legislativos está apenas condicionada pela sua conformidade com os atos normativos de valor superior. Para além da Constituição e de outras normas que a ela própria se sobrepõem, os atos legislativos têm de respeitar as leis de valor reforçado: leis orgânicas, leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, leis que sejam definidas constitucionalmente como pressuposto normativo



# Tribunal de Contas

---

necessário de outras leis e leis que devam constitucionalmente ser respeitadas por outras. Os atos legislativos devem ainda respeitar as leis de bases que devam desenvolver e as leis de autorização legislativa ao abrigo das quais sejam proferidos.

- 30.** Deve reconhecer-se que o CCP não é uma lei de valor reforçado nem uma lei de bases, pelo que não é um ato legislativo que, por si, parametrize a autonomia legislativa regional.
- 31.** Os decretos legislativos regionais têm ainda uma outra limitação. Só podem versar sobre matérias enunciadas no estatuto político-administrativo da respetiva região autónoma que não estejam reservadas aos órgãos de soberania. É também claro que o regime de contratação pública não está reservado aos órgãos de soberania.
- 32.** Resta a questão de saber se o regime da contratação pública se enquadra em matéria enunciada no estatuto político-administrativo da região autónoma. Nesta matéria, foi recentemente proferida a Decisão n.º 2/2017, de 13 de Janeiro de 2017. Nela, a Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas analisou a competência da Assembleia Legislativa Regional dos Açores para aprovar o Decreto Legislativo Regional 27/2015/A. A decisão concluiu que essa competência não existia, pelo menos no que se refere ao regime da contratação pública em matéria da aquisição de serviços, considerando que o diploma é, nessa parte, organicamente inconstitucional.
- 33.** Foi aí considerado que a Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores tem competência para «*legislar no âmbito regional em matérias enunciadas no respetivo estatuto político-administrativo e que não estejam reservadas aos órgãos de soberania*»<sup>3</sup> e, nessa medida, «*transpor os atos jurídicos da União Europeia para o território da Região*»<sup>4</sup>, na forma de «*decreto legislativo regional*»<sup>5</sup>, sublinhando-se, no entanto, que tal competência para transpor os atos jurídicos da União Europeia para o território da região, é restrita às «*matérias de competência legislativa própria*»<sup>6</sup>.

---

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

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

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

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



- 34.** Citando Carlos Blanco de Moraes<sup>7</sup>, referiu-se: «*Estamos perante uma competência legislativa regional de recorte puramente habilitante que permite às regiões transpor diretivas, mas não garante a transposição regional de todas as diretivas sujeitas a transposição na ordem jurídica portuguesa. Trata-se, assim, de um poder que necessariamente se articula e depende da morfologia das restantes competências legislativas regionais*».
- 35.** Desde logo, as normas habilitantes do «*n.º 1 do artigo 37.º e do artigo 40.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores*», invocadas no preâmbulo do RJCPRAA, não conferem, por si só, competência à Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores para legislar sobre o regime jurídico da contratação pública. É necessário que a matéria se enquadre no elenco constante dos artigos 49.º e seguintes do diploma, que enumeram taxativamente as matérias de competência legislativa própria.
- 36.** A Decisão n.º 2/2017-SRATC afirma que do referido elenco não consta, como resulta do confronto com o estatuído nos artigos 49.º a 67.º do EPARAA, a competência para legislar sobre o regime jurídico da contratação pública relativa à aquisição de serviços. E a verdade é que do referido elenco não consta que a Região possa legislar sobre «*a disciplina aplicável à contratação pública e ao regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo*», âmbito do RJCPRAA tal como enunciado no n.º 1 do seu artigo 1.º.
- 37.** Na mesma decisão, a SRATC invoca que considerou o estabelecido no artigo 56.º do EPARAA, conferindo competência à Assembleia Legislativa Regional para legislar em «*matérias de infra-estruturas, transportes e comunicações*» (n.º 1), abrangendo nomeadamente «*o regime de empreitadas de obras públicas*» (alínea *b*) do n.º 2), como norma habilitante suficiente para o diploma legislativo regional em causa, no que às empreitadas respeita. Por essa razão, não foi invocada a inconstitucionalidade orgânica deste diploma na decisão ora em recurso.
- 38.** Tal entendimento não é inteiramente líquido. A lei distingue hoje claramente entre a disciplina da contratação pública (procedimentos de escolha do co-contratante da administração) e a disciplina substantiva dos contratos administrativos, de que a empreitada de obra pública é um exemplo. Poderão, assim, subsistir dúvidas sobre a

---

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



constitucionalidade orgânica do RJCPRAA, em toda a matéria que se refere ao regime de contratação pública.

39. No entanto, e apesar de todas as inconveniências daí resultantes, optamos por aceitar, como em 1.<sup>a</sup> instância, que o regime de empreitadas de obras públicas integra ou pretendeu integrar o regime da contratação pública destinada à sua contratação, sendo, portanto, legítimo que a região autónoma legisle sobre a matéria.
40. A Região não é, no entanto, inteiramente livre na disciplina da matéria. Há que ter presente que, em grande parte, o CCP e o RJCPRAA concretizam princípios estruturantes e normas europeias e constitucionais que se lhes impõem e que devem ser integralmente observados.

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

41. Como bem refere Maria João Estorninho<sup>8</sup>, e inúmera doutrina e jurisprudência, *«nos contratos públicos, estando em causa a prossecução do interesse público e tratando-se de assuntos e decisões que a todos interessam e não apenas às partes, entrecruzam-se numa ligação interessante os princípios constitucionais da atividade administrativa e os princípios gerais do Direito Europeu dos contratos públicos»*. Estes princípios encontram-se elencados no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), nas diretivas europeias de contratação pública, na Constituição da República Portuguesa e no Código do Procedimento Administrativo. Todos eles se impõem ao legislador nacional e regional.
42. Tal como consta do primeiro considerando da Diretiva n.º 2014/24/EU, que o RJCPRAA pretendeu transpor, a adjudicação de contratos públicos pelas administrações dos Estados-Membros da União Europeia ou por conta destas deve respeitar os princípios do TFUE, designadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como os princípios deles decorrentes, como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade

---

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



## Tribunal de Contas

---

e da transparência. Estes princípios impõem-se às administrações mesmo que os contratos públicos não ultrapassem o valor acima do qual deverão ser estabelecidas disposições que coordenem os procedimentos nacionais de contratação pública. A garantia daquelas liberdades passa pela promoção da concorrência e pela realização de procedimentos adjudicatórios tendencialmente abertos, para o que é indispensável assegurar a publicidade e transparência desses procedimentos.

43. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) vai nesse sentido - vide processos C-324/98 (*Telaustria*) e C-231/03 (*Coname*)-, ainda que com flexibilidade em função do interesse transfronteiriço dos contratos em concreto – vide processos C-507/03 (*Comissão vs. Irlanda*), C-147/06 (*SECAP*), C-148/06 (*Santorso*) e C-376/08 (*Serrantoni*).
44. Os princípios gerais da atividade administrativa, como sejam os mencionados no artigo 266.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição são diretamente aplicáveis às relações jurídicas pré-contratuais no âmbito da contratação pública.
45. O concurso público tem sido sempre reconhecido pelo legislador nacional como o procedimento mais eficaz de prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses particulares. É, pois, um meio de garantia da observância de princípios constitucionais da atividade administrativa, tais como os princípios da prossecução do interesse público, da legalidade, da igualdade e da imparcialidade, que implicam a transparência e a publicidade.
46. O princípio da concorrência tem assumido um papel fundamental, permitindo garantir o acesso de todos os operadores aos mercados públicos em condições de igualdade e encontrar a melhor solução para o interesse público, uma vez que quantos mais interessados se apresentarem a querer negociar maior possibilidade de escolha a entidade adjudicante terá e mais os concorrentes procurarão otimizar as suas propostas.
47. Quer a lei nacional quer a europeia admitem modalidades e graus diferentes de concretização do princípio da concorrência. Como referem Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, as entidades adjudicantes não estão sempre obrigadas a adotar um procedimento aberto ou o procedimento mais aberto de entre os que convenham ou se apliquem à situação em causa. O que comanda a sua escolha nesse aspeto são, em grande parte, as disposições da lei. Como dizem os referidos autores, «quanto à



# Tribunal de Contas

---

*extensão das publicações exigidas, naturalmente que a mesma é determinada pela dimensão do mercado a que se dirigem».*

**48.** O artigo 1.º, n.º 3, do RJCPRAA afirma que as suas normas não prejudicam a aplicação das que integram o regime jurídico da contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos constantes do CCP.

**49.** Por outro lado, o artigo 4.º, n.º 1, afirma que se aplicam no âmbito da contratação pública levada a cabo pelas entidades adjudicantes regionais os princípios gerais de garantia da legalidade administrativa e os princípios fundamentais de contratação pública, nomeadamente os decorrentes do Código do Procedimento Administrativo e dos Tratados da União Europeia, em especial os princípios da transparência, da igualdade de tratamento, da proporcionalidade e da concorrência, da não discriminação, da imparcialidade, da boa fé e da tutela da confiança.

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

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

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

- Estabelecer as finalidades a prosseguir;
- Guiar, parametrizar e legitimar a elaboração das regras;
- Marcar o contexto teleológico e sistemático para a interpretação das normas;

---

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



- Na falta de uma regra que possa aplicar-se a uma hipótese, fornecer a regulação ou ordenação concreta para a resolução do caso; e
- Afastar a aplicação de uma determinada regra ou norma escrita que lhe esteja infra-ordenada e que com ele seja desconforme ou incompatível.

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

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

**54.** O RJCPRAA invoca, nas suas disposições preambulares, particularidades e especificidades regionais. Aí se refere que as regras especiais de contratação pública na Região Autónoma dos Açores devem considerar as particularidades de um mercado onde a concorrência está muito condicionada a questões de escala e de organização empresarial de média ou reduzida dimensão, onde o mercado da contratação pública tem uma relação profunda com o estado e a dinâmica da empregabilidade regional e onde as assimetrias determinam a existência de vários pequenos mercados onde as regras da concorrência assumem um funcionamento distinto daquele que é lógico e frequente no espaço da União Europeia ou mesmo de Portugal Continental. Por isso, o diploma terá pretendido criar regras que vão ao encontro das necessidades regionais, que se adequem à realidade da Região e que deem impulso económico às pequenas e médias empresas que compõem maioritariamente o universo do mercado regional.

**55.** Será que a opção do RJCPRAA de publicar os anúncios dos concursos no jornal oficial da Região e de não os publicitar no *Diário da República* e no *Portal Base* deve ser contextualizada nestes contornos e especificidades?



## Tribunal de Contas

---

- 56.** Ainda que, como já reconhecemos, a lei admita graus diferentes de concretização do princípio da concorrência, essa gradação manifesta-se principalmente na delimitação legal dos procedimentos admissíveis e na possibilidade conferida à entidade adjudicante de justificadamente escolher aquele que melhor satisfaz o concreto interesse público em causa.
- 42.** O artigo 19.º do RJCPRAA, determina, tal como o artigo 19.º do CCP, que, quando o contrato público de empreitada a celebrar tenha um valor superior a € 150 000,00, a entidade adjudicante só possa escolher como procedimento para a sua formação um concurso público ou um concurso limitado por prévia qualificação. Como vemos, a lei (tanto a nacional como a regional) apenas admite, para o valor contratual em causa, dois procedimentos possíveis. De entre eles, a entidade adjudicante optou pela realização de um concurso público.
- 57.** Ora, o concurso público é o mais concorrencial de todos os procedimentos: é aquele que se realiza publica e abertamente no mercado e ao qual qualquer operador económico que preencha os requisitos legitimamente exigidos pode aceder. É o procedimento que proporciona maior *concorrência* e *igualdade*. A aplicação destes dois princípios no âmbito do concurso público proíbe, designadamente, quaisquer medidas no sentido de favorecer injustificadamente empresas com sede ou presença local.
- 58.** A publicidade é um instrumento imprescindível dos princípios da concorrência, da igualdade e da imparcialidade. O mercado da contratação pública não pode funcionar de maneira concorrencial e aberta se as entidades adjudicantes não derem adequada publicidade à sua vontade de contratar, obstando a que a generalidade dos agentes económicos potencialmente interessados no contrato conheçam a existência do procedimento e as condições da sua concretização.
- 59.** Como dizem Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira na obra citada, a extensão das publicações exigidas em relação à existência de um procedimento de contratação aberto à concorrência não se determina em função do âmbito de jurisdição da entidade adjudicante nem se dirige às pessoas abrangidas pela área territorial ou institucional da sua atuação. A extensão das publicações exigidas é determinada pelo tipo de procedimento e pela dimensão do mercado a que o mesmo se dirige.



## Tribunal de Contas

---

- 60.** Estando em causa um concurso público aberto à generalidade dos agentes económicos, a publicitação da sua abertura não pode ser feita regional ou localmente. Tem de ser uma publicitação que permita que a generalidade desses agentes económicos tenha conhecimento atempado do procedimento.
- 61.** Nenhuma norma do CCP ou do RJCPRAA permitem que um concurso público promovido por uma entidade adjudicante regional seja de acesso restrito aos agentes económicos da Região Autónoma. Não faz, pois, qualquer sentido nem é conforme com os princípios aplicáveis que a forma de publicitação da abertura desse concurso seja de âmbito regional e não de âmbito nacional. Não há qualquer especificidade regional ou intenção de favorecimento dos mercados regionais que o possa legitimar ou consentir. Se o concurso em causa é um concurso aberto, a publicitação do mesmo tem de permitir o conhecimento por parte de todos os potenciais agentes económicos interessados. De outro modo, violar-se-ia um princípio de dignidade constitucional, por não se assegurarem a esses potenciais interessados condições de igualdade.
- 62.** Não ocorrem, pois, quaisquer especificidades regionais legítimas que justifiquem um diferente ou mais limitado âmbito na publicitação dos concursos públicos lançados pelas entidades adjudicantes regionais.
- 63.** Diz o n.º 1 do artigo 27.º do RJCPRAA: *«sempre que nos termos do presente diploma não seja exigível a publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia, os anúncios dos contratos a adjudicar por entidades adjudicantes regionais são apenas publicitados no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores, conforme modelo aprovado por portaria conjunta dos membros do Governo Regional responsáveis pela edição do Jornal Oficial e pelas áreas das finanças e das obras públicas».*
- 64.** Até à entrada em vigor do RJCPRAA, o Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A (e respetivas alterações), determinava, no seu artigo 6.º, que *«sem prejuízo das publicitações exigidas no Código dos Contratos Públicos, os anúncios dos procedimentos para a formação de contratos podem ser publicados no Jornal Oficial da Região».* Por seu lado, o CCP estabelecia (e estabelece), nos termos do seu artigo 130.º, que um concurso público deve ser publicitado no *Diário da República*. Ou seja, até 31 de Dezembro de 2015, a publicitação dos concursos públicos realizados no âmbito regional assegurava a divulgação junto de todos os



## Tribunal de Contas

---

potenciais interessados de modo adequado, inequívoco e em condições de igualdade: através de *Diário da República* e, adicionalmente, através do diário oficial regional.

- 65.** A partir de 1 de Janeiro de 2016, a publicitação desses concursos passou a ser feita unicamente no jornal oficial regional. Se a intenção da norma fosse a de favorecer as pequenas e médias empresas regionais restringindo o âmbito da publicidade do concurso, tal desiderato e a sua consequência não poderiam senão ser considerados inconstitucionais, por violação do princípio da igualdade.
- 66.** Mas vejamos em concreto. De acordo com o artigo 16.º do Decreto Legislativo Regional n.º 25/2003/A, alterado e republicado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 14/2007/A, de 25 de Junho, o *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores* é editado em suporte eletrónico em sítio adequado, de acesso livre e gratuito. É uma publicação disponibilizada *on line* na internet em <http://www.azores.gov.pt/JO>, gratuitamente e de forma universal. Contém um separador de acesso livre relativo aos anúncios de procedimentos de contratação pública: <http://www.azores.gov.pt/JO/Menu/Anuncios/>. Ora, deste modo, afigura-se que, não obstante a publicação ser feita por um órgão regional, qualquer potencial interessado pode aceder-lhe com facilidade.
- 67.** A não publicação dos anúncios dos concursos públicos no *Diário da República* pode parecer uma restrição à sua divulgação e, conseqüentemente, uma limitação ao âmbito da concorrência inerente a este tipo procedimental. No entanto, o que objetivamente se passa é tão só que os potenciais interessados em candidatar-se a concursos públicos promovidos por entidades adjudicantes regionais terão agora de procurar a informação num sítio diferente. Mas continuam a ter acesso livre, direto e completo a essa informação. Assim, não parece que as suas possibilidades de participação nesses concursos tenham sido significativamente obstaculizadas. Não pode sequer dizer-se que não o sabem, uma vez que o RJCPRAA foi publicado no *Diário da República* sob forma legislativa e ninguém pode invocar a ignorância da lei.
- 68.** É certo que, antes, os interessados apenas precisavam de consultar uma publicação, que centralizava todos os anúncios de contratação pública a nível de todo o país, enquanto que agora têm de consultar pelo menos dois sítios. Esta circunstância é um revés de todo indesejável. Os meios eletrónicos de informação simplificam



## Tribunal de Contas

---

grandemente a publicação dos contratos, o acesso aos mercados e a transparência dos procedimentos de contratação. A centralização da informação num único ponto de acesso facilita a pesquisa e favorece esse acesso e transparência. Uma ampla publicitação através do meio que mais favorece a disseminação da informação e o respetivo acesso é a que melhor assegura a máxima concorrência. Neste sentido, abdicar de um melhor instrumento comunicacional que favorece a transparência é uma atitude desrazoável e retrógrada.

69. Se estabelecermos um paralelo com o que se passa ao nível do mercado único europeu de contratação pública, verificamos que, não obstante os jornais oficiais nacionais, e mesmo os *media*, serem hoje frequentemente de acesso eletrónico e livre, mesmo assim o legislador comunitário considera que, a partir do valor em que os contratos passam a ser de interesse transfronteiriço certo, a sua publicidade deve ser obrigatoriamente centralizada no JOUE e a publicidade nacional passa a ser facultativa. Tudo aponta para que a solução a adotar quando os contratos não atingem o limiar para publicitação dos anúncios no JOUE devesse ser semelhante. Deveria preferir-se uma publicitação centralizada e o mais ampla possível, sendo facultativa a publicitação de âmbito tendencialmente mais limitado.
70. Só que deve ter-se em conta que a solução foi fixada pelo legislador regional em regra legal para a qual lhe reconhecemos competência. E que, ainda na esteira de Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, e do que expressam na obra já citada, uma situação de *perturbação* de um princípio não significa necessariamente uma *violação* desse mesmo princípio e uma ilegalidade invalidante. Dizem estes autores que, para que se possa afirmar a violação de um princípio jurídico, e a invalidade do ato que o infringe ou perturba, é necessário que a hipótese concreta em causa, por uma perspetiva relevante do ponto de vista da função e teleologia da contratação pública, implique ou constitua uma lesão efetiva e “impermeável” dos interesses e valores que esse princípio visa tutelar.
71. O que nos parece não se verificar no caso. A solução legal não é a ideal mas não impede que todos os potenciais interessados tenham acesso à informação relevante.
72. Termos em que se considera que a publicitação dos concursos públicos no jornal oficial da Região Autónoma dos Açores não *viola*, em termos efetivos, princípios constitucionais, embora seguramente, e sem razão atendível, os perturbe.



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

- 73.** O n.º 1 do artigo 465.º do CCP dispõe que é «obrigatória a publicitação, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, dos elementos referentes à formação e execução dos contratos públicos, desde o início do procedimento até ao termo da execução, nos termos a definir por portaria conjunta dos ministros responsáveis pelas áreas das finanças e das obras públicas», devendo para cumprimento do dever referido, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, «utilizar-se meios eletrónicos, nomeadamente a plataforma de interoperabilidade da administração pública», tendo esta última imposição sido introduzida apenas em 2012, pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho.
- 74.** A regulamentação do artigo 465.º do CCP foi assegurada pela Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de Julho, em termos tais que os anúncios de procedimentos de contratação pública são atualmente publicados integralmente no portal dos contratos públicos, designado como *portal Base*, com base na informação transmitida a partir do *Diário da República* eletrónico. Uma consulta deste portal <http://www.base.gov.pt> permite constatar (embora de forma pouco amigável para o utilizador) que esses anúncios são listados e publicitados no próprio dia em que são publicados no jornal oficial, com ligação para o seu texto integral.
- 75.** Deste modo, pela via da obrigatoriedade constante do n.º 1 do artigo 465.º do CCP e da solução técnica adotada, a publicitação do anúncio de abertura do procedimento no *portal Base* transformou-se numa forma de publicação adicional obrigatória desse anúncio, não obstante essa solução não decorrer do disposto no artigo 130.º do CCP.
- 76.** Concentrando num mesmo sítio todos os anúncios de abertura de procedimentos de contratação pública, não é despendendo considerar que possa ser olhado pelos operadores económicos como o meio preferido para conhecer esses procedimentos e ter acesso aos seus elementos fundamentais. Como se refere na decisão recorrida, uma vez que a publicitação do anúncio no portal é obrigatória, os operadores económicos “*estão natural e legitimamente a contar ter acesso, naquele portal da Internet, à publicitação de todos os concursos públicos, sem necessidade de pesquisa em todas as plataformas de contratação pública e em todos os jornais oficiais de publicação de legislação e procedimentos administrativos*”. A



publicação dos anúncios de abertura dos concursos no portal dos contratos públicos pode, por isso, ter-se transformado num meio prático muito importante para garantir a publicidade dos procedimentos, designadamente dos concursos públicos, porventura mais importante até que o próprio *Diário da República* isoladamente considerado.

77. Como é que este regime se compatibiliza com o constante do artigo 27.º do RJCPRAA? Relembre-se que este artigo estatui, no seu n.º 1, que *«sempre que nos termos do presente diploma não seja exigível a publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia, os anúncios dos contratos a adjudicar por entidades adjudicantes regionais são **apenas**<sup>10</sup> publicitados no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores, conforme modelo aprovado por portaria conjunta dos membros do Governo Regional responsáveis pela edição do Jornal Oficial e pelas áreas das finanças e das obras públicas»*. E que refere no n.º 2 que *«o anúncio referido no número anterior ou um resumo dos seus elementos mais importantes pode ser posteriormente divulgado por qualquer outro meio considerado conveniente, nomeadamente através da sua publicação em plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante regional»*.
78. Atente-se à semelhança entre a redação deste artigo e, designadamente, do seu n.º 2, com o texto do artigo 130.º do CCP.
79. Defender que a publicitação dos anúncios de concurso no portal dos contratos públicos não deve ser feita, senão a título facultativo nos termos do n.º 2 do referido preceito legislativo regional, e eventualmente até só numa fase posterior, quando os interessados já não possam apresentar proposta em tempo útil, só poderia ser razoavelmente interpretado como uma iniciativa de limitação da publicidade e transparência, que não se compatibilizaria com os princípios e os objetivos dos processos de contratação pública e poderia ter como resultado a redução do universo dos potenciais concorrentes.
80. Tal como defendemos já, nomeadamente, nos recursos n.ºs 6 e 7/2017-21.MAR-1.ªS/PL, não há dúvida de que existe um forte elemento de publicidade associado ao portal dos contratos públicos, mas entendemos, como aliás vem também alegado no recurso, que esse elemento está *legalmente* mais associado ao princípio da

---

<sup>10</sup> Negrito nosso.



# Tribunal de Contas

---

*transparência* da atividade administrativa do que à relação de concorrência e igualdade entre entidades adjudicantes e potenciais concorrentes.

- 81.** Isso é indiciado pelo facto de o artigo 465.º do CCP, inserido na parte das *Disposições Finais* do CCP, e sob a epígrafe «*Obrigaçãõ de comunicação*», mandar publicitar no portal «*elementos referentes à formação e à execução dos contratos públicos*», não determinando expressamente a publicitação no portal dos concretos anúncios de abertura dos procedimentos nem reduzindo os elementos a publicar a esses anúncios. Respeita, na realidade, a um conjunto de informação bastante mais vasto.
- 82.** É também confirmado pela circunstância de os artigos 465.º, 466.º e 472.º do CCP referirem o portal dos contratos públicos como um instrumento de congregação de informação sobre contratação pública, com vista ao seu tratamento, análise estatística, divulgação, monitorização e reporte à União Europeia. E de, nos termos do Decreto-Lei n.º 232/2015, de 13 de Outubro, o IMPIC (Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção) ter a atribuição de gerir o portal dos contratos públicos, com objetivos de recolha, análise e reporte de informação (vide artigo 3.º, n.º 3).
- 83.** Mesmo o Decreto-Lei n.º 149/2012, que alterou o artigo 465.º do CCP, com o propósito expresso no seu preâmbulo de reforçar a «*publicidade dos atos praticados no âmbito dos procedimentos de contratação pública*», limitou-se a afirmar que os elementos a publicitar são os que se verificam «*desde o início do procedimento até ao termo da sua execução*», sem impor a publicação de um concreto anúncio ou o momento dessa publicação.
- 84.** Ora, num contexto de ausência da Portaria n.º 701-E/2008, pareceria viável que o diploma regulamentar pudesse escolher outras formas de concretizar o comando legislativo do artigo 465.º que não incluíssem a publicitação imediata e integral do anúncio de abertura dos procedimentos. Se porventura o fizesse, não parece que o preceito legal fosse ofendido.
- 85.** Refira-se, aliás, que Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira referem laconicamente na obra acima referenciada que «*o portal da internet dedicado aos contratos públicos destina-se a permitir a quem quer que nisso esteja interessado (mesmo não tendo participado num procedimento) obter a informação que a lei e os regulamentos*



*aplicáveis aí mandam disponibilizar». Nada mais referem de relevante a este respeito.*

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

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

- Porque foi estabelecido com um objetivo vasto de transparência, concretizando este princípio europeu, constitucional e administrativo, que se impõe ao legislador regional em termos gerais e por força do próprio artigo 4.º, n.º 1, do RJCPRAA;
- Porque, por essa razão, não é afastado pelo estabelecido no artigo 27.º do mesmo diploma, que tem um âmbito de aplicação muito mais limitado;
- Porque não há nem poderiam haver razões que legitimamente justificassem o seu afastamento. De facto, que motivos poderiam justificar que a atividade de contratação pública regional não fosse levada, como a dos restantes órgãos públicos, ao conhecimento de todos? Só uma intenção de opacidade, que não é de todo compatível com o superior princípio da transparência;
- Porque a plena aplicação do artigo 465.º do CCP resulta, designadamente, do disposto no artigo 1.º, n.º 3, do RJCPRAA, que determina, na ausência de especificidades, a aplicação do regime constante daquele código.

**88.** Sal guarde-se que isto não significa que a relação de concorrência e igualdade entre entidades adjudicantes e potenciais concorrentes não seja positivamente influenciada por aquela transparência e que, como vimos, a prática não possa

---

<sup>11</sup> Negrito nosso.



apontar para uma significativa relevância da publicidade dada ao anúncio pelo portal *Base* na divulgação do concurso junto desses potenciais concorrentes.

## **Da (in)aplicabilidade do artigo 465.º do CCP na Região Autónoma dos Açores pela alegada incompatibilidade da Portaria n.º 701-E/2008 com o RJCPRAA**

- 89.** A recorrente alega que não lhe era possível dar cumprimento ao estabelecido no artigo 465.º do CCP. Isto porque, tal como resulta do texto desse artigo, a publicitação a efetuar deve ser feita nos termos definidos por portaria dos membros do Governo da República, sendo que a portaria existente (Portaria n.º 701-E/2008) é incompatível com o teor do artigo 27.º do RJCPRAA, diploma legislativo de força hierárquica superior e beneficiando do primado do direito regional.
- 90.** Como já vimos, os artigos 27.º do RJCPRAA e o artigo 465.º do CCP têm âmbitos diferentes e são ambos aplicáveis.
- 91.** A Portaria n.º 701-E/2008 foi emitida e subsistiu num contexto em que todos os avisos de abertura de concursos públicos eram publicitados no *Diário da República*. Compreende-se, pois, que tenha definido uma solução técnica baseada na comunicação automática entre o *Diário da República* e o portal *Base*. Ao alterar-se o regime de publicitação dos concursos no âmbito regional deveria, de facto, ter-se cuidado de resolver as consequências em termos de cumprimento do estabelecido no artigo 465.º do CCP, sem perder de vista que se impõe também o que se estipula no seu n.º 2: “*Para cumprimento do dever referido no número anterior, devem utilizar-se meios eletrónicos, nomeadamente a plataforma de interoperabilidade da Administração Pública*”.
- 92.** Invoca a recorrente que não poderia cumprir o estabelecido na Portaria, publicando o anúncio no *Diário da República*, porque isso violaria o disposto no artigo 27.º do RJCPRAA, nem poderia acionar a publicação no portal dos contratos públicos, porque isso violaria a Portaria. Sucede que o que está em causa não é dar a supremacia e rigidez a uma solução técnica constante de uma portaria, de grau normativo inferior, mas sim a necessidade de operacionalizar um comando *legal* que já estabelecemos como aplicável, de uma forma que seja compatível com a ordem jurídica vigente e que realize os fins legais.



## Tribunal de Contas

---

- 93.** Ora, como bem refere o Ministério Público, ao passarem a existir concursos publicados noutra jornal oficial, o que se gerou foi uma lacuna e não uma incompatibilidade. Uma lacuna a exigir soluções capazes de assegurar a continuação do cumprimento do artigo 465.º do CCP.
- 94.** A questão está, assim, em saber se até se definir a nova solução técnica necessária a dar à publicação em *JORAA* o mesmo efeito que a publicação em *Diário da República* era possível e razoável suprir a referida lacuna, se a entidade adjudicante tinha ao seu dispor meios de a suprir em concreto e se os acionou.
- 95.** É certo que em Julho de 2016 (posteriormente à abertura do concurso em causa) o Governo Regional emitiu uma circular informando que estava em curso um processo de alteração do enquadramento tecnológico do portal *Base* para resolver a situação e que até lá não era possível publicitar nesse portal os elementos dos contratos cujo anúncio apenas fosse publicitado no *JORAA*.
- 96.** Como tem sido comprovado noutros processos, é certo também que algumas entidades adjudicantes regionais pediram a inserção manual dos anúncios no portal e foram informadas que isso não era possível.
- 97.** Mas também é certo que, como refere o Ministério Público, nada impedia que a entidade adjudicante tivesse acionado a possibilidade prevista no n.º 2 do artigo 27.º do RJCPRAA<sup>12</sup>, publicando o anúncio no *Diário da República*, como forma de assegurar a publicitação no portal dos contratos públicos, e, assim, dar também cumprimento ao estabelecido no artigo 465.º do CCP. Desta forma podia cumprir-se o estabelecido em ambos os preceitos, sem qualquer violação da ordem jurídica ou da hierarquia dos atos normativos. Ao contrário do alegado pela recorrente, isso não violaria o estabelecido no artigo 27.º do RJCPRAA. Não só essa publicação podia ser feita ao abrigo do n.º 2 desse artigo, como as exigências de publicitação devem ser sempre consideradas como mínimas. Dar maior publicidade a um anúncio de concurso do que aquela que a lei exige, por absolutamente compatível com os princípios da concorrência, publicidade e transparência, nunca pode ser considerado uma ilegalidade, pelo contrário. E no caso, era, de facto, a forma mais expedita e adequada de compatibilizar as normas em questão e suprir a lacuna.

---

<sup>12</sup> «O anúncio referido no número anterior ou um resumo dos seus elementos mais importantes pode ser posteriormente divulgado por qualquer outro meio considerado conveniente, nomeadamente através da sua publicação em plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante regional».



98. Como se refere no artigo 10.º do Código Civil, os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos ou, na falta de caso análogo, segundo a norma que o próprio intérprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema. Ou seja, se o legislador até prevê que o intérprete possa criar uma norma para resolver uma lacuna, não quer certamente que ele se abstenha de aplicar uma norma existente que lhe permite resolver o problema. O que o sistema não prevê de todo é a inércia perante lacunas.

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

99. Por tudo o que referimos, concluímos que o regime previsto no artigo 465.º do CCP era aplicável ao procedimento em causa e daí resultava uma obrigatoriedade legal. Não tendo essa disciplina sido cumprida, verifica-se uma violação de lei. Nos termos do artigo 4.º, n.º 2, do RJCPRAA, «*a atividade das entidades adjudicantes regionais deve ser desenvolvida de modo a não se subtrair, por qualquer modo, às regras previstas no presente diploma ou no Código dos Contratos Públicos, sob pena de invalidade dos respetivos atos*». Confirma-se, nesta parte, a decisão recorrida.

100. Das alegações da recorrente resulta que a mesma considera que, mesmo que o artigo 465.º do CCP seja entendido como aplicável, deveria ponderar-se:

- Que o incumprimento não é imputável à entidade adjudicante;
- Que, como se confirma pelas circulares do Governo Regional, não teria sido possível, em termos práticos, à data da abertura do concurso, obter a publicitação do anúncio respetivo no portal dos contratos públicos;
- Que o incumprimento não deve produzir efeito anulatório, por estarem reunidos os requisitos previstos para o efeito no artigo 163.º do Código do Procedimento Administrativo;
- Que os operadores económicos tiveram acesso ao anúncio através do JORAA, que lhe deu publicidade suficiente e adequada;
- Que ao concurso foram apresentadas propostas em número habitual para concursos semelhantes;



# Tribunal de Contas

---

- Que a adjudicação foi feita por um valor financeiramente vantajoso, bastante inferior ao preço base.

- 101.** Mais considera que a decisão recorrida não avançou razões suficientes para a não concessão do visto com recomendações, nos termos do artigo 44.º, n.º 4, da LOPTC.
- 102.** Para a verificação do fundamento de recusa de visto mencionado na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, basta que se verifique o simples perigo ou risco de que a ilegalidade constatada possa determinar a alteração do resultado financeiro do contrato. Como se refere claramente nesse preceito, constitui fundamento da recusa do visto qualquer ilegalidade que altere ou *possa alterar* o resultado financeiro. São inúmeras as decisões deste Tribunal que assinalam a suficiência do perigo abstrato para este efeito, sem que seja necessário demonstrar o concreto perigo ou o dano efetivo. Há também inúmeras decisões que deixam claro que a possibilidade de substituir a decisão de recusa do visto por uma decisão de visto com recomendações nos termos do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC é uma mera faculdade, a ajuizar e a aplicar em concreto.
- 103.** No entanto, como acima estabelecemos, os potenciais concorrentes tiveram livre acesso aos elementos do procedimento através do *site* do jornal oficial regional. Não resulta, portanto, seguro que se a entidade também tivesse publicitado o anúncio no *Diário da República* por forma a obter a publicitação no portal dos contratos públicos outro tivesse sido o universo concorrencial. Assim, mesmo podendo configurar-se em abstrato a possibilidade de um risco de alteração do resultado financeiro em resultado da ilegalidade verificada, tal risco afigura-se baixo.
- 104.** Por outro lado, sabemos que, mesmo que tivesse sido atempadamente promovida a publicitação imposta pelo artigo 465.º do CCP junto do portal *Base*, a mesma não teria sido bem sucedida, por impossibilidade técnica desse portal- vide esclarecimentos mencionados no ponto 10 deste acórdão. A informação constante do ponto 11 evidencia que essa impossibilidade técnica foi, entretanto, resolvida e que as entidades da Região Autónoma dos Açores podem, doravante, dar integral cumprimento à disciplina legal.



# Tribunal de Contas

---

**105.** Por estas razões, consideramos ajustada ao caso a substituição da recusa do visto pela concessão de visto com recomendações, nos termos do artigo 44.º, n.º 4, da LOPTC. A ilegalidade verificada foi qualificada como enquadrada na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º, situações em que pode, efetivamente, haver lugar à ponderação prevista e regulada no n.º 4.

## **III. DECISÃO**

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

**Recomenda-se aos Serviços Municipalizados do Município de Ponta Delgada que, em futuros procedimentos, dê integral cumprimento ao estabelecido no artigo 465.º do Código dos Contratos Públicos.**

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

Lisboa, 19 de Abril de 2017

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

“Voto a decisão, de acordo com a fundamentação referida nos acórdãos 8 e 9 de 28 de março.



# Tribunal de Contas

---

(José Mouraz Lopes)

(Alberto Fernandes Brás)

O Procurador-Geral Adjunto