



Transitado em julgado em 15/05/2017

ACÓRDÃO Nº 16/2017 – 26 de Abril – 1ª SECÇÃO/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 20/2016

PROCESSO Nº 90/2016 - SRATC

RELATOR: JUIZ CONSELHEIRO ALBERTO BRÁS.

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

I. RELATÓRIO.

1.

O **Município da Ribeira Grande**, inconformado com o teor da Decisão [n.º 15/2016, de 03.11] da SRATC que recusou o visto ao contrato de empreitada de construção do saneamento básico da frente mar na cidade da Ribeira Grande, celebrado entre aquela entidade pública e o consórcio constituído pelas empresas Marques, S.A., e a Tecnovia-Açores, Sociedade de Empreitadas, S.A., no valor de € 1.549.846,78, acrescido de IVA, e com o prazo de execução de 360 dias, interpôs recurso da mesma.

2.

O recorrente, nas suas alegações, concluiu como segue:

1. O Tribunal recusou o visto ao contrato de empreitada de construção do saneamento básico da frente mar na cidade da Ribeira Grande por considerar



ilegal o modo como foi divulgada a intenção de contratar, concretamente por não terem sido publicitados os elementos referentes à formação do contrato no portal da Internet dedicado aos contratos públicos (artigo 465.º do CCP), omissão suscetível de conduzir a uma alteração do resultado financeiro, dada a *«possibilidade de ter afastado do procedimento adjudicatório potenciais interessados em contratar e impedindo a entidade adjudicante de receber outras propostas, eventualmente mais vantajosas do que a apresentada pelo adjudicatário»*;

2. Contudo, a norma que estatui as regras da publicação do anúncio – onde é dado a conhecer aos eventuais interessados os elementos essenciais da intenção de contratar da entidade adjudicante – não consta do artigo 465.º do CCP: para as entidades adjudicantes regionais encontra-se previsto do artigo 27.º, n.º 1, do RJCPRAA *«os anúncios dos contratos a adjudicar por entidades adjudicantes regionais são apenas publicitados no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores»*;
3. De forma equivalente, as normas que estatuem as regras da publicação do anúncio para as demais entidades adjudicantes nacionais constam da Parte II do CPP *Contratação Pública*, nomeadamente dos seus artigos 130.º, 131.º, 157.º, 167.º, 197.º, 208.º, 225.º e 242.º, com publicação obrigatória dos anúncios no *«Diário da República»* (sem prejuízo, em ambos os casos, da publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*, quando os valores da contratação assim o exija);
4. A concretização dos princípios gerais da atividade administrativa – concretamente, dos princípios da *publicidade e concorrência* – consta desses preceitos legais, nos quais o legislador, com clareza, identifica a forma como deve ser levado ao conhecimento dos interessados a intenção de contratar, sendo certo que a vontade dos interessados em participarem forma-se com o conhecimento do anúncio;
5. Salvo o devido respeito, não existe justificação legal para sustentar uma recusa de visto, por se entender que um eventual operador económico interessado tem



legitimidade para poder contar tão-só no portal Base da Internet «*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 fls. 6 da Decisão);

6. No cumprimento mínimo dos deveres de segurança e certeza do direito, se a publicação dos anúncios no portal a que se refere o artigo 465.º tivesse igual dignidade à publicação nos jornais oficiais, esta obrigação estaria contemplada nos artigos relativos às respetivas publicações;
7. Os anúncios publicados no *Jornal Oficial da RAA* – e note-se que o legislador no artigo 27.º do RJCPRAA determinou a publicação *apenas* aí – não constituem *origem imediata* da informação para o Portal dos Contratos Público, por não utilizarem o sistema de informação da Imprensa Nacional-Casa da Moeda, S.A.;
8. Por faltar esta primeira fase – e dado o princípio da recuperação dos dados já existentes no sistema – também não era possível, na fase seguinte, a entidade adjudicante regional utilizar a prerrogativa constante do artigo 5.º, n.º 3 da Portaria n.º 701-E/2008, e introduzir diretamente os dados no *interface* disponibilizado pelo Portal ao utilizador, preenchendo os mapas de informação;
9. Importa também referir que a entidade adjudicante não tinha a possibilidade de ultrapassar o constrangimento técnico mediante o envio do anúncio para o *Diário da República*, fosse tal envio exclusivo ou em paralelo com o envio do anúncio para o JORAA: por um lado, por este comportamento constituir uma violação direta de lei; mas também por que, se mandasse o anúncio para ambos, muito provavelmente, iria ter duas datas para entrega das propostas;
10. A lei apenas prevê uma sanção para o incumprimento do artigo 465.º do CCP: ineficácia do contrato celebrado na sequência de um ajuste direto (127.º do CCP), precisamente por se tratar de um procedimento pré-contratual que não envolve a publicação de anúncio e em que a entidade adjudicante escolhe o cocontrante, convidando-o a apresentar proposta, o legislador demonstra uma maior



preocupação em zelar pela *transparência*, não em fazer cumprir um princípio de *concorrência*;

11. Desde meados do presente mês de novembro, os serviços competentes das administrações regionais e nacionais ultrapassaram este constrangimento, permitindo agora às entidades adjudicantes regionais aceder ao Portal na qualidade de utilizador e preencher todos os elementos, uma vez que, contrariamente aos anúncios publicados no *Diário da República*, continua a não existir um reporte automático do anúncio.
12. O RJCPRAA constitui um diploma sistemático, que não se limitou – como fez no passado o legislador regional – a adaptar anterior legislação nacional, antes aprova o regime jurídico dos contratos públicos na RAA, transpondo, parcialmente, e para o ordenamento jurídico regional, a Diretiva 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, pelo que a sua disciplina não pode ser denegada com base num ato regulamentar de pessoa coletiva pública distinta, anterior, pois tal situação equivaleria a uma violação do primado do direito regional;
13. O legislador regional – no exercício do poder legislativo – não fez uma aplicação supletiva em bloco do CCP, mas concretiza os termos desta mesma aplicação, limitando-a às normas que integram o *regime jurídico da contratação pública* e ao *regime substantivo dos contratos públicos*, concretamente as Partes II e III do CCP (artigos 16.º a 277.º e 278.º a 454.º), inserindo-se o artigo 465.º do CCP na Parte V do CCP, relativo às *Disposições Finais* (artigos 465.º a 473.º), por a sua aplicação só ser exequível com regulamentação própria e se dirigir ao conjunto de entidades com competências de reporte, tratamento e arquivo da informação relativa à contratação pública;
14. A Decisão defende que as entidades adjudicantes regionais, inclusivamente as autarquias locais que não têm qualquer possibilidade de interferir com o exercício da função legislativa regional, deveriam se ter absterido de promover novas contratações, mesmo que tal facto fosse equivalente à denegação do serviço público devido à população, enquanto durasse este problema de conexão informático,
15. Sendo que tal grave entrave à prossecução das atribuições municipais se baseava, repete-se, na impossibilidade técnica de dar cumprimento a um ato regulamentar, não consentâneo com legislação regional, de carácter sistemático, posterior, em desrespeito pelo princípio da hierarquia das fontes;
16. Por último e por mero dever de patrocínio, sempre se dirá que mesmo que o Tribunal considere que, ainda assim, existiu uma ilegalidade pela falta de informação no Portal Base, passível de alterar o resultado financeiro do contrato, deve ser utilizada a prerrogativa constante do artigo 44.º, n.º 4 da LOPTC, na medida em que se verificou a regular publicação do anúncio, nos termos do artigo 27.º do RJCPRAA, tendo a não publicitação dos elementos de formação do contrato no Portal ocorrido pelo *modus operandi* do sistema, não tendo impedido a participação de número normal de concorrentes a este tipo de obra no concelho da Ribeira Grande.



(...)

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

3.

O Ministério Público, no seu parecer, adiantou, em resumo, o seguinte:

- Porque no presente recurso está, ainda, em causa matéria relativa à aplicação da Directiva n.º 2014/24/UE, objeto de transposição para o ordenamento jurídico da RAA pelo DLRegional n.º 27/2015/A, de 29.12, entende-se, como ajustado, que o Tribunal sobreste na Decisão até que o TJUE decida o incidente de reenvio prejudicial suscitado no acórdão n.º 1/2017, de 17.01, do Plenário de 1.ª Secção [recurso n.º 12/2016], nos termos dos art.ºs 267.º, do Tratado de Lisboa, de 269.º, n.º 1, al. d), do CPCivil, e 80.º, da LOPTC, e por razões de uniformidade na aplicação do direito a casos idênticos e na ordem jurídica nacional.

Em conformidade, suscita-se a questão prévia da suspensão da instância.

- Sendo a publicidade do anúncio o fim inscrito na norma [art.º 465, do CCP], então, face ao processo de revisão do CCP e da incompletude do novo regime da contratação pública na RAA, a ultrapassagem do obstáculo tecnológico temporário passará pela continuação da publicitação, através da funcionalidade do Diário da República, no Portal dos Contratos Públicos, também designado de “*Portal Base*”, de âmbito territorial nacional.
- A competência legislativa das Regiões Autónomas em matérias não reservadas aos órgãos de soberania e de âmbito especificamente regional, não decorre de alguma competência legislativa exclusiva ou de um critério de prevalência do direito regional sobre as normas estaduais.
O primado do direito regional sobre o direito nacional não tem consagração constitucional.



- Em caso de colisão de normas em vigor no ordenamento jurídico estadual e nos ordenamentos jurídicos regionais, e na ausência de uma norma constitucional de prevalência, o complexo resolver-se-á por apelo a critérios hermenêuticos constantes dos art.os 5.º a 13.º, do Código Civil [vd. hierarquia e cronologia dos atos normativos].

4.

Foram colhidos os vistos legais.

II. FUNDAMENTAÇÃO.

OS 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 fixada na Decisão recorrida, destacando-se, pela sua relevância, a seguinte:

a.

Por deliberação da Câmara Municipal de Ribeira Grande, de 21.04.2016, foi aberto concurso público para adjudicação da empreitada de Construção do Saneamento Básico frente mar da cidade de Ribeira Grande, com fundamento na alínea b), de n.º1, do art.º 14.º, do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29.12.

De acordo com a cláusula 25.ª, do caderno de encargos, a quantia a pagar ao empreiteiro não pode exceder € 1.888.885,98.

b.

O concurso público foi publicitado no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores, II Série, n.º 93, de 13.05.2016.



Tribunal de Contas

c.

Foram apresentadas quatro propostas, mas destas, duas foram excluídas [as apresentadas pelas empresas Afavias – Açores, S.A., e Famega, montagens elétricas, S.A.].

Sob proposta do júri do concurso, a Câmara Municipal de Ribeira Grande, mediante deliberação de 11.08.2016, adjudicou a empreitada ao concorrente que apresentou a proposta de menor preço, ou seja, ao consórcio formado pelas empresas Marques, S.A., e Tecnovia – Açores, Sociedade de Empreitadas, S.A. .

d.

Em fase administrativa do processo foram solicitados esclarecimentos acerca do [in]cumprimento do disposto no n.º 1, do art.º 465.º, do CCP, e, ainda, sobre a [in]validade do procedimento, tendo a entidade adjudicante, em resposta, adiantado que, face à alteração da legislação regional que ditou a obrigatoriedade da publicação do anúncio apenas no JORAA, “*o procedimento não é automaticamente aberto no Portal dos contratos públicos e o Portal também não viabiliza a introdução de um novo concurso público*”. Tal questão, prossegue, foi colocada ao portal, que se comprometeu a suprir tal dificuldade, sendo o contrato comunicado logo que possível.

6.

Na observância do disposto nos 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.

DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO.

7.

Face às alegações e conclusões deduzidas pelo recorrente, estas últimas delimitadoras do objeto do recurso, e o teor do parecer deduzido pelo Ministério Público, erguem-se questões que exigem apreciação, a saber:

- Da eventual suspensão da instância por pendência, no TJUE, do incidente de reenvio prejudicial, ao abrigo do art.º 269.º, n.º 1, al. d), do Código de Processo Civil, *ex-vi* art.º 80.º, da LOPTC.
- Da [in]aplicabilidade do art.º 465.º, 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



Tribunal de Contas

dos Contratos Públicos [doravante, RJCPRAA] na Região Autónoma dos Açores.

Consequências da inobservância daquela norma, o art.º 465.º, do CCP.

- Da eventual concessão do visto com recomendação – vd. art.º 44.º, n.º 4, da LOPTC.

Cumpre, pois, conhecer. E tal exercício de análise seguirá, de perto [nas vertentes da sistematização, fundamentação e decisão], a jurisprudência fixada pelo Tribunal de Contas e vertida nos acórdãos n.ºs 4 a 8, 1.ªS/PL, ano 2017.

8. Da suspensão da instância, por pendência no TJUE do incidente de reenvio prejudicial deduzido no âmbito do recurso ordinário n.º 12/2016, 1.ª Secção do Tribunal de Contas [vd., a propósito, o acórdão n.º 1/2017, de 17.01].

a.

Conforme escrevemos em 3., deste acórdão, o Ministério Público, no seu Parecer, sugere que o Tribunal sobreste na Decisão até que o TJUE decida o incidente de reenvio prejudicial suscitado no acórdão n.º 1/2017, de 17.01, o qual foi proferido no Plenário da 1.ª Secção deste Tribunal.

O sentido de tal Parecer escora-se, segundo resulta do mesmo, na circunstância de, como no presente recurso, estar em causa a aplicação da Diretiva n.º 2014/24ME.

Afigura-se-nos não assistir razão ao Ministério Público, nesta parte.

Vejamos, abreviadamente, porquê.

b.

É sabido que o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29.12, aprovou o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores [abreviadamente e doravante, RJCPRAA].



Tribunal de Contas

E o art.º 5.º, n.º 1, deste diploma legal, para além de fazer eco de tal aprovação, refere, ainda, que este último transpõe, parcialmente, e para o ordenamento jurídico regional, a Diretiva n.º 2014/24/ME do Parlamento Europeu e do Conselho de 26.02, 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.

É certo que no Acórdão n.º 1/2017, de 17.01, 1.ª Secção/PL, proferido no recurso ordinário n.º 12/2016, o plenário da 1.ª Secção do Tribunal de Contas decidiu suscitar perante o TJUE uma questão prejudicial. E esta, como é sabido, foi desencadeada pela interpretação dirigida ao art.º 40.º [documentos de habilitação], do citado DLR n.º 27/2015/A e implementada pela Administração Pública em sede procedimental, e, ainda, pela dúvida, entretanto, gerada e relativa ao ajustamento de tal interpretação à norma habilitante contida no art.º 58.º, n.º 4, da referida Diretiva.

E, concretizando, tal questão, apelidada de prejudicial, reporta-se, afinal, à compatibilidade dos elementos de habilitação fixados em concurso público com o estabelecido nos mencionados art.os 40.º, n.os 3 e 5, do DLR n.º 27/2015/A, e 58.º, n.º 4, da Diretiva n.º 2014/24/EU.

c.

Ora, embora se nos depare o mesmo diploma legislativo regional [RJCPRAA], importa reconhecer que, nos autos em apreço, se discute a [in]observância do regime constante dos art.os 27.º, do RJCPRAA, e 465.º, do CCP.

Trata-se, pois, de matéria diversa e relativamente à qual a decisão a proferir pelo TJUE nada esclarecerá.

d.



Inexiste, assim, razão legal ou outra para determinar a suspensão da instância até à decisão do referido reenvio.

Motivo porque não se acolhe o Parecer do M.^o P.^o, nesta parte.

9.

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-



Tribunal de Contas

-Lei n.º 18/2008, de 29.01, doravante designado Código dos Contratos Públicos [e, abreviadamente, CCP].

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



Tribunal de Contas

Autónoma aprovar um regime, porventura derogatório de um código vigente no espaço nacional, e em que medida.

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*

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



Tribunal de Contas

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

Trata-se, segundo Carlos Blanco de Morais², 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,

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



Tribunal de Contas

se legitime a Assembleia Legislativa a legislar em tal domínio, não deixaremos de acentuar que a atividade legislativa por esta implementada se subordina, 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, acrescendo 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 empreitadas e respetiva tramitação na Região Autónoma dos Açores.

Ao menos implicitamente, as alegações de recurso revelam, ainda, a vindicação de um ajustamento das regras de publicidade do procedimento aplicáveis no domínio da contratação pública às especificidades regionais definidas no RJCPRAA.

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



Tribunal de Contas

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 deveria, afinal, ser compreendida 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, 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



Tribunal de Contas

das disposições comunitárias, deverá, pois, subordinar-se à máxima publicidade, ainda que esta se circunscreva ao território nacional.

Assim, e prevenindo, diremos que o estímulo dos mercados regionais também não poderá justificar alguma restrição à publicidade da vontade de contratar, pois, a verificar-se, incorrer-se-ia em prática manifestamente ilegal e, até, ilegítima.

Na verdade, e explicitando, 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 estabelecidas 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.

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



Tribunal de Contas

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 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 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.



Tribunal de Contas

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.

Donde, a improcedência da argumentação deduzida pelo recorrente e que, pelo seu conteúdo, se manifeste contrária ao que vimos expondo [matéria vertida no n.º 8, deste acórdão].

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.



Tribunal de Contas

10.

E, sumariando, conclui-se como segue:

a.

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.

b.

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.

c.

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 e máxima publicidade do procedimento, não encerrando, contudo, a sua frontal violação.

d.

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.



A exercitação daquela norma, o art.º 465.º, do CCP, deverá ocorrer em tempo que permita aos potenciais concorrentes o “*aproveitamento útil*” do procedimento [entre o mais, concorrer, apresentando propostas...].

e.

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.

f.

A violação do art.º 465.º, do CCP, acima evidenciada, é suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato.

III. DA EVENTUAL CONCESSÃO DO VISTO COM RECOMENDAÇÕES.

11.

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*



Tribunal de Contas

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 inequívocamente, 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, a ter sido publicado o anúncio no portal dos contratos públicos, se verificasse o alargamento do universo concorrencial. Logo, e em conformidade, a violação da norma constante do art.º 465.º, do CCP, 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**, que, em futuros procedimentos, se proceda à publicitação dos elementos referentes à formação e execução dos contratos públicos no Portal da Internet que aos mesmos concerne, cumprindo-se, assim, o disposto no art.º 465.º, do CCPúblicos.

IV. DECISÃO.



Tribunal de Contas

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;
- Conceder o visto ao contrato em apreço, melhor identificado em 1., deste acórdão;
- Recomendar ao Município da Ribeira Grande, que, em futuros procedimentos, dê integral e rigoroso cumprimento ao disposto no art.º 465.º, do Código dos Contratos Públicos, e em tempo que permita aos potenciais concorrentes o “*aproveitamento útil*” do procedimento [vd. 10.d., deste acórdão].

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, 26 de Abril de 2017.

Os Juízes Conselheiros,

Alberto Fernandes Brás – Relator

“Voto a decisão, com as reservas já proferidas na declaração emitida no Acórdão n.º 12/2017 de 19/4.”

José António Mouraz Lopes



Tribunal de Contas

Helena Maria M. V. Abreu Lopes

Fui presente,

(Procurador-Geral Adjunto)