



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2017 – SRATC

Processo n.º 112/2016

Sessão ordinária – 13/01/2017

1. A não publicitação no portal da Internet dedicado aos contratos públicos dos elementos referentes à formação do contrato viola o disposto no artigo 465.º do Código dos Contratos Públicos.
2. Esta ilegalidade é suscetível de conduzir a uma alteração do resultado financeiro do contrato, configurando-se a possibilidade de ter afastado do procedimento adjudicatório potenciais interessados em contratar e impedido a entidade adjudicante de receber outras propostas, eventualmente mais vantajosas do que a apresentada pelo adjudicatário.
3. A desconformidade dos atos e contratos com as leis em vigor que implique ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro constitui fundamento de recusa do visto, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

ALTERAÇÃO DE RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE – CONCURSO PÚBLICO – EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS – FISCALIZAÇÃO PRÉVIA – PUBLICAÇÃO OBRIGATÓRIA – RECUSA DE VISTO – RESTRIÇÃO DE CONCORRÊNCIA

Conselheiro Relator: António Francisco Martins



DECISÃO N.º 5/2017 – SRATC

Processo n.º 112/2016

I – Relatório

1. Foi presente, para fiscalização prévia da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, o contrato de empreitada de construção de passagem hidráulica sob a Rua do Meio e retenção de fluxos detríticos na Ribeira do Dilúvio, São Caetano - Madalena do Pico, celebrado em 10-10-2016, entre a Região Autónoma dos Açores, através da então Secretaria Regional da Agricultura e Ambiente, e a Nascimento Neves & Filhos, L.^{da}, pelo preço de 578 000,01 euros, acrescido do IVA, e com o prazo de execução de 210 dias.
2. Suscitaram-se, porém, dúvidas quanto ao modo como foi divulgada a intenção de contratar.

II – Fundamentação fáctica

3. Para além dos factos referidos no ponto 1., relevam, ainda, os seguintes:
 - 3.1. Por despacho do Secretário Regional da Agricultura e Ambiente, de 02-06-2016, foi autorizada a abertura de concurso público «para a celebração de contrato de empreitada de obras públicas para a "*empreitada de construção de passagem hidráulica sob a rua do Meio e retenção de fluxos detríticos na ribeira do Dilúvio, São Caetano - Madalena do Pico*»»;
 - 3.2. De acordo com o n.º 1 da cláusula 3.^a do programa do concurso, «o preço base do (...) procedimento é de € 680 000,00 (seiscentos e oitenta mil euros), não incluindo o Imposto sobre o Valor Acrescentado».



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2017 – SRATC (Processo n.º 112/2016)

3.3. O concurso público foi publicitado no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, II série, n.º 107, de 06-06-2016.

3.4. Apresentaram-se a concurso dois concorrentes.

Concorrente	Preço (€)
1. Tecnovia Açores – Sociedade de Empreitadas, S.A.	578.000,01
2. Nascimento Neves & Filho, L. ^{da}	578.000,01

3.5. Por despacho do Secretário Regional da Agricultura e Ambiente, de 08-09-2016, foi adjudicada a empreitada.

3.6. De acordo com a *cláusula décima terceira* do contrato, este só «produz efeitos a partir da atribuição do visto pela Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas».

3.7. A entidade pública contratante efetuou a publicitação do relatório de formação do contrato, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, em 11-11-2016.

3.8. Em sede de devolução do processo para diligências complementares, foram, entre outros aspetos, solicitados esclarecimentos sobre «[a]validade do procedimento, considerando que o anúncio do concurso não foi publicitado no portal da Internet dedicado aos contratos, conforme previsto no n.º 1 do artigo 465.º do CCP»¹.

3.9. Em resposta, foi referido o seguinte²:

Os contratos cujo anúncio é publicado no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, dando cumprimento ao disposto no n.º 1 do artigo 27.º do Regime Jurídico da Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/DRA/2016, de 29 de dezembro (RJCPRAA), e em face da ausência de conexão automática entre o JORAA e o Portal dos Contratos Públicos, não foi possível fazer a introdução manual do anúncio no referido Portal, no momento exigido. Contudo, logo que foi possível essa introdução de dados, esta Direção Regional procedeu de imediato, à sua regularização.

*

¹ Ofício n.º 585-UAT I/FP, de 02-12-2016.

² Ofício n.º SAI-DRA/2016/4176, de 20-12-2016.



III – Fundamentação jurídica

4. Nos termos do n.º 1 do artigo 36.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)³, «o procedimento de formação de qualquer contrato inicia-se com a decisão de contratar, a qual cabe ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar (...)».

Em 01-01-2016, entrou em vigor o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, que aprovou o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores (RJCPRAA).

Conforme decorre do n.º 3 do artigo 1.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, o «diploma não prejudica a aplicação das normas que integram o regime jurídico da contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos constante do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua atual versão em vigor».

De acordo com o RJCPRAA, na formação dos contratos «são expressamente aplicáveis as regras estatuídas pelo Código dos Contratos Públicos, considerando as especificidades constantes das secções seguintes» (artigo 25.º).

No CCP determina-se que a «escolha do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação permite a celebração de contratos de qualquer valor, excepto quando os respectivos anúncios não sejam publicados no *Jornal Oficial da União Europeia*, caso em que só permite a celebração de contratos de valor inferior ao referido na alínea c) do artigo 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março» (alínea b) do artigo 19.º)⁴.

O RJCPRAA estipula que, sempre «que (...) não seja exigível a publicação de anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia*, os anúncios dos contratos a adjudicar por entidades adjudicantes regionais são apenas publicitados no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, conforme modelo aprovado por portaria conjunta dos membros do Governo

³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

⁴ O valor referido na alínea c) do artigo 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE fixava-se, em 2016, em 5 225 000,00 euros (Regulamento (UE) n.º 2015/2342, da Comissão, de 15 de dezembro).



Regional responsáveis pela edição do Jornal Oficial e pelas áreas das finanças e das obras públicas» (artigo 27.º)⁵.

O artigo 465.º do CCP impõe o seguinte:

Artigo 465.º

Obrigação de comunicação

1 - É obrigatória a publicitação, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, dos elementos referentes à formação e à execução dos contratos públicos, desde o início do procedimento até ao termo da execução, nos termos a definir por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e das obras públicas.

2 - Para cumprimento do dever referido no número anterior, devem utilizar-se meios eletrónicos, nomeadamente a plataforma de interoperabilidade da Administração Pública.

A Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de julho, aprovou os modelos do bloco técnico de dados, do relatório de formação do contrato, do relatório sumário anual e do relatório de execução do contrato, ao abrigo da obrigação de comunicação a que se refere o referido artigo 465.º.

Em conformidade com o artigo 2.º, n.ºs 1, alíneas *a)* e *b)*, e 3, alínea *a)*, da Portaria n.º 701-E/2008, o anúncio «de abertura do procedimento e eventuais anúncios subsequentes, publicado no *Diário da República*» e o bloco técnico de dados (constante do anexo I da portaria), integram o bloco de dados que alimenta o Portal dos Contratos Públicos.

Conforme decorre da alínea *a)* do artigo 3.º da Portaria n.º 701-E/2008, o anúncio do procedimento dá entrada nos sistemas de informação sediados no Portal dos Contratos Públicos, «após a respectiva validação pela *Imprensa Nacional-Casa da Moeda, S.A. (INCM)*, e envio para publicação no *Diário da República*» e o bloco técnico de dados, na sequência do preenchimento do anúncio para publicação.

As fontes imediatas de informação para o Portal dos Contratos Públicos são, no caso do anúncio, «o sistema de informação da *Imprensa Nacional-Casa da Moeda, S.A.* usado pelas entidades adjudicantes na introdução de dados para efeitos de publicação no *Diário da República* e no *Jornal Oficial da União Europeia*», e, no caso do bloco técnico de dados,

⁵ Os modelos de anúncio dos procedimentos pré-contratuais a publicar no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, pelas entidades adjudicantes regionais (com exceção do modelo de anúncio de parceria para a inovação), foram aprovados pela Portaria n.º 23/2016, publicada no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, I série, n.º 31, de 04-03-2016.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2017 – SRATC (Processo n.º 112/2016)

as entidades adjudicantes, «como segunda fase do processo de introdução de dados para o anúncio» (artigo 4.º, alíneas *a*) e *b*), da Portaria n.º 701-E/2008).

5. Como emerge da matéria de facto dada por assente, a decisão de contratar foi tomada em 02-06-2016 e o concurso público foi publicitado no *Jornal oficial da Região Autónoma dos Açores*, em 06-06-2016. No entanto, os elementos referentes à formação do contrato não foram publicitados no portal da Internet dedicado aos contratos.

A não publicitação no portal da Internet dedicado aos contratos públicos dos elementos referentes à formação do contrato viola o disposto no artigo 465.º do CCP, não permitindo que o concurso fosse levado ao conhecimento de todos os operadores económicos que pudessem ter a intenção de contratar. Os quais, na medida em que tal publicitação é aí obrigatória, 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.

Em contraditório, a entidade adjudicante alegou que, «em face da ausência de conexão automática entre o JORAA e o Portal dos Contratos Públicos» não lhe foi possível proceder à referida publicitação, tendo, posteriormente, procedido «à sua regularização», mediante publicitação do relatório de formação do contrato no portal da Internet dedicado aos contratos públicos.

Considerando esta factualidade e a alegação do contraditório, suscitam-se algumas reflexões e dúvidas, mas também, pelo menos, uma certeza.

Começamos pela reflexão suscitada pela opção do legislador regional e pelo propósito que lhe estará subjacente. Reflexão que não é qualquer «tentativa de “psicanálise” do legislador» ou de «investigação de paternidade», como depreciativamente já se procurou qualificar em alegações de recurso de anteriores decisões similares mas, apenas e tão só, em obediência às regras de interpretação da lei, consagradas no artigo 9.º do Código Civil, não nos cingirmos à letra da lei, procurando «...reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada (...)».



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2017 – SRATC (Processo n.º 112/2016)

No regime anterior ao atual RJCPRAA, constante do 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, e republicado em anexo a este último diploma legal, previa-se⁶:

Sem prejuízo das publicações exigidas no Código dos Contratos Públicos, os anúncios dos procedimentos para a formação de contratos podem ser publicados no *Jornal Oficial* da Região.

No atual RJCPRAA, pelo contrário, prevê-se⁷:

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* (...).

Esta evolução legislativa torna claro que a opção do legislador regional foi a de manter as exigências de publicação do anúncio no *Diário da República* quando for também obrigatória a publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*, mas, quando esta não for exigível, substituir a publicação no *Diário da República*, prevista no Código dos Contratos Públicos, pela publicação no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, que, neste caso, passa de facultativa para obrigatória e, mais do que isso, exclusiva.

Mas qual foi o propósito do legislador regional com tal opção?

Sinceramente, os elementos interpretativos de que dispomos não permitem, com um mínimo de segurança, afirmar qual tenha sido esse propósito e, aqui, começam as dúvidas. Mas permitem, a nosso ver, concluir que não terá sido propósito do legislador restringir a concorrência, evitando a publicação do anúncio no Portal Base.

Na verdade, analisado o processo legislativo⁸ que conduziu à aprovação pela Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores do atual RJCPRAA, nada permite descortinar qual foi o propósito da mencionada alteração legislativa de publicação do anúncio do concurso. Com efeito, o texto atual é o mesmo que constava da proposta de iniciativa legislativa, da responsabilidade do Governo Regional, e tal normativo, em concreto, não foi objeto de qualquer proposta de alteração por parte de qualquer grupo parlamentar,

⁶ Cfr. artigo 6.º, n.º 1, sendo os sublinhados da nossa autoria.

⁷ Cfr. artigo 27.º, n.º 1, sendo o sublinhado da nossa autoria.

⁸ Cfr. o processo legislativo em http://base.alra.pt:82/4DACTION/w_pesquisa_registro/3/2644.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2017 – SRATC (Processo n.º 112/2016)

nem objeto de análise no parecer da Comissão de Política Geral daquela Assembleia ou de pareceres de entidades externas, nem, ainda, objeto de observação quando da sua discussão e votação no Plenário de 29-10-2015, em que foi aprovado. Assim, sem estes elementos interpretativos e não constando da exposição de motivos da iniciativa legislativa nenhuma linha explicativa desse propósito não é possível afirmar, com segurança, qual tenha sido.

Mas, como dissemos, não cremos que tenha sido propósito do legislador evitar a publicação do anúncio no Portal Base.

Com efeito, tal propósito colocaria em causa os princípios da publicidade, transparência e concorrência, que são nucleares e básicos da contratação pública, consagrados quer no CCP, quer na Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, cujos «princípios e opções» o RJCPRAA procurou «verter no ordenamento jurídico regional», como expressamente se afirma na exposição de motivos deste diploma legal. Aí se afirmando, ainda, que «com o presente diploma não se pretende assumir uma posição de rutura com o ordenamento jurídico nacional».

Os verdadeiros propósitos do legislador regional não ficaram apenas na exposição de motivos.

Foram vertidos em letra de lei, ao consagrar-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»⁹, que «as entidades adjudicantes regionais garantem (...) o respeito (...) pelos princípios fundamentais da contratação pública (...), em especial pelos 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»¹⁰ e que «na formação dos contratos são expressamente aplicáveis as regras estatuídas pelo Código dos Contratos Públicos,

⁹ Cfr. artigo 3.º, n.º 1, do RJCPRAA.

¹⁰ Cfr. artigo 4.º, n.º 1, do RJCPRAA.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2017 – SRATC (Processo n.º 112/2016)

considerando as especificidades constantes das secções seguintes»¹¹, sendo certo que nenhuma especificidade consta das secções seguintes quanto à publicitação no Portal Base previsto no artigo 465.º do CCP.

Compreende-se por isso mal a perspetiva que tem sido desenvolvida em alegações de recurso, de anteriores decisões similares, no sentido de que o citado artigo 465.º «é inaplicável aos procedimentos pré-contratuais cujos anúncios sejam obrigatória e exclusivamente publicados no JORAA, nos termos do artigo 27.º do RJCPRAA». Menos compreensível é ainda tal perspetiva, pois, nesses casos, como no presente, a posição da entidade adjudicante, em contraditório, não foi nesse sentido, invocando antes e apenas uma impossibilidade prática e temporária, por razões informáticas

Nestes termos, temos por certo concluir que a opção do legislador regional, com a redação dada ao artigo 27.º, n.º 1, do RJCPRAA, não foi a de afastar a aplicação do artigo 465.º do CCP, mesmo que apenas enquanto não for solucionado o problema da ausência de conexão automática entre a publicação no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores* e o Portal dos Contratos Públicos ou Portal Base e da não possibilidade de introdução manual do anúncio no referido Portal.

Aliás, tais condicionalismos eram previsíveis ao tempo da elaboração do RJCPRAA, em face da forma como a Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de julho, definiu os termos da comunicação prevista no artigo 465.º do CCP.

Se os mesmos não foram atempadamente previstos e resolvidos é questão diversa.

Porém, as alegadas limitações informáticas, ou de outra natureza, não justificam a não observância de normas legais imperativas, como o citado artigo 465.º do CCP.

Por conseguinte, num contexto como o presente, em que, por força do artigo 27.º do RJCPRAA, o anúncio do concurso público não se encontra sujeito a publicação no *Diário da República*, a não observância do artigo 465.º do CCP assume particular relevo, na medida em que constitui o veículo privilegiado para dar cumprimento à observância do princípio da concorrência, consagrado no n.º 4 do artigo 1.º do CCP, ao possibilitar que, por

¹¹ Cfr. artigo 25.º do RJCPRAA.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2017 – SRATC (Processo n.º 112/2016)

esta via, seja levado ao conhecimento de todos os operadores económicos a intenção de contratar.

Como salienta a doutrina, a observância deste princípio tem particular relevância no contexto da contratação pública¹²:

É de facto no *respeito pela concorrência e simultaneamente na sua promoção* que assenta hoje o valor nuclear dos procedimentos adjudicatórios: é a ela (concorrência) que estes se dirigem e é no aproveitamento das respectivas potencialidades que se baseia o seu lançamento. E se é na concorrência que se funda o mercado da contratação pública, isso há-de significar que a tutela de uma concorrência sã entre os competidores interessados deve estar na primeira linha das preocupações do sistema jurídico.

Com a existência de um procedimento dirigido à concorrência assegura-se, na medida do possível, que, na satisfação de interesses que lhe estão cometidos, os entes públicos o façam de forma publicamente mais vantajosa possível. E, quanto mais pessoas quiserem negociar com ela, no *mercado administrativo*, melhor: maior será o leque de ofertas contratuais – e o leque de escolha da entidade adjudicante – e mais procurarão os concorrentes otimizar as suas propostas.

Para que se obtenha a participação do maior número possível de concorrentes nos procedimentos pré-contratuais, torna-se necessário que o mercado da contratação pública seja o mais aberto possível, o que pressupõe que as entidades adjudicantes publicitem, de modo adequado, a sua vontade de contratar.

Ao omitir-se a publicitação dos elementos referentes à formação do contrato no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, prejudicou-se a realização da mais ampla concorrência e da igualdade de oportunidades entre os agentes económicos, com eventual prejuízo do interesse público.

A publicação do relatório referido em 3.7 da fundamentação de facto não supre a circunstância de o anúncio do concurso público não ter sido atempadamente publicado no referido portal da internet dedicado aos contratos públicos, para tal elemento poder ser levado ao conhecimento de todos os interessados em contratar, assegurando o princípio da concorrência.

A ilegalidade verificada mostra-se suscetível de alterar o resultado do concurso, por via da restrição do universo concorrencial.

¹² Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Os princípios gerais da contratação pública», in *Estudos da Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 67.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2017 – SRATC (Processo n.º 112/2016)

6. Em conformidade com o disposto na alínea *c)* do n.º 3 do referido artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, constitui fundamento da recusa do visto a desconformidade dos atos e contratos com as leis em vigor que implique ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro.

Para a verificação do fundamento de recusa de visto mencionado na alínea *c)* do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, basta o simples perigo ou risco de que a ilegalidade constatada possa determinar a alteração do resultado financeiro do contrato. É o que resulta da letra da referida alínea *c)*, quando aí se alude a «Ilegalidade que ... possa alterar o respetivo resultado financeiro».

A relevância que esta ilegalidade assume no contexto do procedimento de contratação levado a cabo, não consente que se faça uso da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97.

7. Em conclusão:

- a)* A abertura do concurso público foi autorizada em 02-06-2016;
- b)* O anúncio do concurso foi divulgado no *Jornal oficial da Região Autónoma dos Açores*, nos termos previstos no 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, no entanto, os elementos referentes à formação do contrato não foram publicitados no portal da Internet dedicado aos contratos, contrariando o disposto no artigo 465.º do CCP;
- c)* Esta ilegalidade é suscetível de conduzir a uma alteração do resultado financeiro do contrato, configurando-se a possibilidade de ter afastado do procedimento adjudicatório potenciais interessados em contratar e impedido a entidade adjudicante de receber outras propostas, eventualmente mais vantajosas do que a apresentada pelo adjudicatário;
- d)* As ilegalidades que alterem ou possam alterar o resultado financeiro constituem fundamento de recusa do visto, nos termos do disposto na alínea *c)* do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2017 – SRATC (Processo n.º 112/2016)

IV – Decisão

Assim, o Juiz da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em sessão ordinária, ouvidos o Ministério Público e os Assessores, decide, com os fundamentos expostos, recusar o visto ao contrato em referência, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

Emolumentos: 20,60 euros.

Após as notificações, divulgue-se na Internet.

Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em 13 de janeiro de 2017.

O JUIZ CONSELHEIRO

(António Francisco Martins)

O ASSESSOR

(João José Cordeiro de Medeiros)

O ASSESSOR, em suplência

(António Afonso Arruda)

Fui presente
O REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

(João Paulo Ferraz-Carreira)