



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 8/2017 – SRATC

Processo n.º 2/2017

Sessão ordinária – 17/02/2017

1. O procedimento de formação do contrato de aquisição de bens – concurso público com publicidade internacional – decorreu ao abrigo 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).
2. Está fora da competência legislativa própria da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores legislar sobre o regime de aquisição de bens e, assim, o artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA, ao estatuir amplamente sobre a contratação pública, na parte em que abrange os contratos de aquisição de bens, enferma de inconstitucionalidade orgânica, por violação das disposições conjugadas dos artigos 112.º, n.ºs 4 e 8, e 227.º, n.º 1, alíneas *a)* e *x)*, ambos da Constituição da República Portuguesa.
3. Por conseguinte, decide-se recusar a aplicação do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA, quando invocado em concurso público de aquisição de bens, por enfermar de inconstitucionalidade orgânica.
4. Procedendo à aplicação do Código dos Contratos Públicos e do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho, na redação dada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 15/2009/A, de 6 de agosto, reprimado por força do artigo 282.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, nada obsta, porém, a que se conceda o visto.

AQUISIÇÃO DE BENS – INCONSTITUCIONALIDADE – ESTATUTO-POLITICO ADMINISTRATIVO – FISCALIZAÇÃO PRÉVIA – PUBLICAÇÃO DE CONCURSO

Conselheiro Relator: António Francisco Martins



DECISÃO N.º 8/2017 – SRATC

Processo n.º 2/2017

I – Relatório

1. Foi presente, para fiscalização prévia da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, o contrato de aquisição de combustíveis rodoviários, celebrado em 15-12-2016, entre os Serviços Municipalizados do Município de Angra do Heroísmo¹, e a Galp Açores - Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, S.A., pelo preço de 493 800,00 euros e prazo de três anos.
2. Suscitaram-se, porém, dúvidas quanto ao regime aplicável ao procedimento de formação do contrato.

II – Fundamentação fáctica

3. Para além dos factos referidos no ponto 1., relevam, ainda, os seguintes:
 - 3.1. Por deliberação do Conselho de Administração dos Serviços Municipalizados do Município de Angra do Heroísmo, de 29-08-2016, foi autorizada a abertura de «concurso público (internacional), para o fornecimento de combustíveis rodoviários, em postos de abastecimento públicos na Ilha Terceira, ao longo dos anos de 2017, 2018 e 2019, nos termos conjugados da alínea b) do artigo 20.º do Regime Jurídico dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A de 29 de dezembro e dos artigos 36.º e 38.º do Código dos Contratos Públicos».
 - 3.2. O anúncio do concurso foi publicado no *Diário da República*, II série, n.º 167, de 31-08-2016, no *Jornal Oficial da União Europeia* (2016/S 168-302596), de 01-09-2016, e no *Jornal Oficial*, II série, n.º 168, de 01-09-2016.

¹ Identificados, no contrato, como Serviços Municipalizados da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 8/2017 – SRATC (Processo n.º 2/2017)

3.3. No artigo 43.º do programa do concurso estabeleceu-se que, «em tudo o omissso no (...) Programa, observar-se-á o disposto no Caderno de Encargos, no CCP e no RJCPRAA e na restante legislação especialmente aplicável».

3.4. No contrato, prevê-se:

Cláusula 9.ª **Normas aplicáveis**

Em tudo o omissso no presente Contrato, observar-se-á o disposto no RJCPRAA, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro e no Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

3.5. Em sede de devolução do processo para diligências complementares, foram, entre outros aspetos, solicitados esclarecimentos sobre a validade do procedimento de formação do contrato, ao abrigo do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, considerando que²:

- O contrato tem por objeto a aquisição de bens;
- O diploma transpõe, 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;
- Em conformidade com o artigo 40.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores (EPARAA) e artigos 112.º, n.ºs 4 e 8, e 227.º, n.º 1, alíneas a) e x), parte final, ambos da Constituição da República Portuguesa, a competência legislativa da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores para transpor os atos jurídicos da União Europeia para o território da Região é restrita às «matérias de competência legislativa própria»;
- As matérias de competência legislativa própria estão elencadas, taxativamente, *ex vi* artigo 37.º, n.º 2, do EPARAA, na subsecção II deste diploma, e delas não consta, como resulta do confronto com o estatuído nos artigos 49.º a 67.º do EPARAA, competência para legislar sobre a aquisição de bens.

3.6. Em resposta, foi referido o seguinte³:

O procedimento de formação do contrato em análise seguiu a legislação vigente, nomeadamente, o estatuído no n.º 2 do artigo 1.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, onde é determinado que o regime de contratação definido por este diploma é aplicável à formação dos contratos públicos na Região

² Ofício n.º 27-UAT I/FP, de 18-01-2017.

³ Ofício n.º SAI-SMAH/2017/127, de 26-01-2017.



Autónoma dos Açores, entendendo-se por tal todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes regionais referidas no seu artigo 2.º, das quais os SMAH se enquadram na definição apresentada na alínea c) desse artigo.

Da análise do artigo 5.º e seguintes do diploma em causa não se vislumbra que a presente contratação se encontre excluída da aplicação das regras decretadas.

Não obstante e tal como indicado no n.º 3 do artigo 1.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, e ao exarado na cláusula 9.ª do Contrato, a aplicação daquele 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 atual versão em vigor.

*

III – Fundamentação jurídica

4. Como emerge da matéria de facto dada por assente:
 - Está em causa a aquisição de bens;
 - Foi escolhido o concurso público, com publicidade internacional;
 - O procedimento decorreu ao abrigo do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro.
5. 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 (doravante, RJCPRAA), transpõe parcialmente a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro.
6. Tratando-se de uma aquisição de bens, coloca-se a questão da conformidade constitucional do RJCPRAA.

Não que esteja em causa a competência legislativa da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores para «Legislar no âmbito regional em matérias enunciadas no respectivo estatuto político-administrativo e que não estejam reservadas



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 8/2017 – SRATC (Processo n.º 2/2017)

aos órgãos de soberania»⁴ e, nessa medida, «transpor os actos jurídicos da União Europeia para o território da Região»⁵, na forma de «decreto legislativo regional»⁶.

Mas deve sublinhar-se que tal competência para transpor os atos jurídicos da União Europeia para o território da Região, é restrita às «matérias de competência legislativa própria»⁷.

Como assertivamente sublinha Carlos Blanco de Morais «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»⁸.

Nesta medida, ao estabelecer-se que no RJCPRAA se «define a disciplina aplicável à contratação pública»⁹, abrangendo toda a contratação pública, e ao prever-se a aplicabilidade do RJCPRAA «à formação dos contratos públicos na Região Autónoma dos Açores, entendendo-se por tal todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes regionais referidas no artigo seguinte»¹⁰, abrangendo, assim, a aquisição de bens, cremos que se extravasou tal competência.

As «matérias de competência legislativa própria» estão elencadas, taxativamente, *ex vi* artigo 37.º, n.º 2, do EPARAA, na subsecção II deste diploma: «Organização política e administrativa da Região» (artigo 49.º), «Poder tributário próprio e adaptação do sistema fiscal» (artigo 50.º), «Autonomia patrimonial» (artigo 51.º), «Política agrícola» (artigo 52.º), «Pescas, mar e recursos marinhos» (artigo 53.º), «Comércio, indústria e energia» (artigo 54.º), «Turismo» (artigo 55.º), «Infra-estruturas,

⁴ Cfr. artigo 227.º, n.º 1, alínea *a*), da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP).

⁵ Cfr. artigo 40.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores (doravante, EPARAA), aprovado pela Lei n.º 39/80 de 5 de agosto, na redação atualmente vigente, na sequência da última alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 2/2009, de 12 de janeiro, e artigo 227.º, n.º 1, alínea *x*), da CRP.

⁶ Cfr. artigo 112.º, n.º 8, da CRP.

⁷ Cfr. artigo 40.º do EPARAA

⁸ *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª edição, págs. 561 e 562.

⁹ Cfr. artigo 1.º, n.º 1, do RJCPRAA

¹⁰ Cfr. artigo 1.º, n.º 2, do RJCPRAA.



transportes e comunicações» (artigo 56.º), «Ambiente e ordenamento do território» (artigo 57.º), «Solidariedade e Segurança Social» (artigo 58.º), «Saúde» (artigo 59.º), «Família e migrações» (artigo 60.º), «Trabalho e formação profissional» (artigo 61.º), «Educação e juventude» (artigo 62.º), «Cultura e comunicação social» (artigo 63.º), «Investigação e inovação tecnológica» (artigo 64.º), «Desporto» (artigo 65.º), «Segurança pública e protecção civil» (artigo 66.º), englobando-se no artigo 67.º um leque de «outras matérias», também taxativamente previstas nas diversas alíneas deste preceito.

Do elenco de matérias – taxativas como se disse – em que a Assembleia Legislativa tem «competência legislativa própria», 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 relativo à aquisição de bens.

Como resulta da definição do seu objeto e âmbito, com o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, pretendeu-se, além do mais, a transposição parcial da Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro e a definição ou o estabelecimento do regime jurídico aplicável à contratação pública (*cf.* n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º do RJCPRAA).

Ao contrário do invocado no preâmbulo do RJCPRAA, 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», não conferem, por si só, efetivamente, competência à Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores para legislar sobre todo o regime jurídico da contratação pública¹¹, nomeadamente, no que ao caso interessa, sobre a aquisição de bens.

Nesta medida, não pode deixar de se concluir que está fora da competência legislativa própria da ALRAA legislar sobre o regime jurídico da contratação pública de

¹¹ Convém deixar claro que, em anteriores decisões desta SRATC, não tem sido suscitada a questão de inconstitucionalidade orgânica do RJCPRAA, por terem estado em causa procedimentos de contratação pública de adjudicação de empreitadas de obras públicas.

Tal atitude teve por fundamento a interpretação de que o artigo 56.º do EPARAA, conferindo competência à Assembleia Legislativa para legislar em «matérias de infra-estruturas, transportes e comunicações» (n.º 1), abrangendo nomeadamente «o regime de empreitadas e obras públicas» (alínea *b*) do n.º 2), era norma habilitante suficiente.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 8/2017 – SRATC (Processo n.º 2/2017)

fornecimento/aquisição de bens e, assim, o artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA, ao estatuir amplamente sobre a contratação pública, na parte em que abrange os contratos de aquisição de bens, enferma de inconstitucionalidade orgânica, por violação das disposições conjugadas dos artigos 112.º, n.ºs 4 e 8, e 227.º, n.º 1, alíneas a) e x), ambos da Constituição da República Portuguesa.

No sentido de que a inconstitucionalidade orgânica consiste na «infracção das normas de competência» se pronunciam Gomes Canotilho e Vital Moreira¹².

Por sua vez, analisando a «taxatividade da enumeração constitucional e estatutária dos poderes legislativos das regiões», na sequência da revisão constitucional de 2004, Carlos Blanco de Moraes¹³ tende a concluir que «será organicamente inconstitucional um ato legislativo das regiões que incida sobre uma matéria que, fora dos domínios respeitantes às alíneas b) e c) do n.º 1 do art.º 227.º da CRP, não seja previamente definida como de âmbito regional no estatuto».

7. Em contraditório, quando questionada sobre a validade do procedimento de formação do contrato, ao abrigo do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, a entidade adjudicante manifestou apenas a convicção de que o referido diploma lhe era plenamente aplicável, sem prejuízo da «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 atual versão em vigor».
8. Perante esta realidade, ou seja, a ALRAA extravasou a sua competência legislativa própria, impõe-se a este Tribunal recusar a aplicação do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, quando invocado e aplicado em concurso público de aquisição de bens, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 3.º, n.º 3, 277.º, n.º 1, e 204.º, todos da CRP.

¹² *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, Coimbra Editora, 4.ª edição revista, pág. 910.

¹³ Obra citada, pág. 530.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 8/2017 – SRATC (Processo n.º 2/2017)

9. Em consequência, deve o presente concurso público de aquisição de bens reger-se pela legislação anterior, nomeadamente o Código dos Contratos Públicos (doravante, CCP) e o Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho¹⁴, alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 15/2009/A, de 6 de agosto, que aprovou regras especiais de contratação pública na Região Autónoma dos Açores, uma vez que este se deve considerar repristinado, quando estejam em causa contratos públicos que tenham por objeto a aquisição de bens, como é o caso, por força do artigo 282.º, n.º 1, da CRP.

No sentido de que «a inconstitucionalidade provoca a invalidade da norma em causa» e que «a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc* (a norma não produz efeitos desde a origem) e eficácia repristinatória (repondo em vigor as normas que tenham sido revogadas pela norma declarada inconstitucional)», não só para o caso «de declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral (art.º 282.º, n.º 1, *in fine*)» mas também «para o juízo concreto de inconstitucionalidade, facultando ao tribunal a aplicação da eventual norma anterior, em vez da norma julgada inconstitucional» se pronunciam Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁵.

10. Assim, analisando os procedimentos levados a cabo, *in casu*, ao abrigo do RJCPRAA, em relação ao qual é de recusar a aplicabilidade do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, por inconstitucionalidade, constata-se que todos eles são iguais aos previstos no CCP e Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho¹⁶.

Nesta medida, deve concluir-se que o concurso foi decidido por quem tinha competência para tal, o anúncio foi publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* e

¹⁴ Diploma que foi revogado pelo artigo 103.º, alínea *d*), do RJCPRAA.

¹⁵ Obra citada, págs. 915 a 917.

¹⁶ Não se procure vislumbrar qualquer contradição entre a recusa de aplicação do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA, ora justificada e a validade e aplicabilidade deste Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, a que ora se faz apelo.

Com efeito, quanto a este último diploma legal, é de salientar que foi emitido invocando-se como norma habilitante a alínea *c*) do n.º 1 do artigo 31.º do EPARAA, na versão resultante da segunda alteração ao EPARAA, introduzida pela Lei n.º 61/98, de 27 de agosto, nos termos da qual era competência legislativa da Assembleia Legislativa Regional dos Açores, «Legislar, com respeito pelos princípios fundamentais das leis gerais da República, em matérias de interesse específico para a Região que não estejam reservadas à competência própria dos órgãos de soberania».

Assim, à luz de tal norma habilitante nenhuma questão de inconstitucionalidade é de equacionar, como nunca foi, nos diversos procedimentos de contratação em que foi invocado o Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 8/2017 – SRATC (Processo n.º 2/2017)

no *Diário da República*, e o procedimento respeitou os demais formalismos legais (*cf.*, entre outros, artigos 20.º, n.º 1, alínea *b*), 36.º, 130.º e 131.º, todos do CCP, e artigo 6.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho).

Nestes termos, não se vislumbra qualquer fundamento para recusar o visto, em face do estatuído no artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

11. Em resumo, conclui-se que é de recusar a aplicabilidade do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA, quando invocado e aplicado em concurso público de aquisição de bens, por o mesmo enfermar de inconstitucionalidade – inconstitucionalidade orgânica.
12. Outrossim, procedendo à aplicação do CCP e do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho, na redação dada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 15/2009/A, de 6 de agosto, ao contrato público de aquisição de bens em causa nos autos, conclui-se que nada obsta a que se conceda o visto.

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 a aplicação do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA, quando invocado em concurso público de aquisição de bens, por enfermar de vício de inconstitucionalidade orgânica.
- Conceder o visto ao contrato em referência.

Emolumentos: 493,80 euros.

Após as notificações, divulgue-se na Internet.




Tribunal de Contas
Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 8/2017 – SRATC (Processo n.º 2/2017)

Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em 17 de fevereiro de 2017.

O JUIZ CONSELHEIRO


(António Francisco Martins)

O ASSESSOR



(João José Cordeiro de Medeiros)

O ASSESSOR, em suplência



(Rui Nóbriga Santos)

Fui presente

O REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO



(José da Silva Ponte)