



ACÓRDÃO N.º 19/2017 –11.JUL-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 08/2017

(Processo de fiscalização prévia n.º 103/2016-SRATC)

Relatora: Helena Abreu Lopes

SUMÁRIO

11. O n.º 8 do artigo 112.º e a alínea x) do n.º 1 do artigo 227.º da Constituição atribuem às Regiões Autónomas o poder de realizarem a transposição de diretivas comunitárias para o ordenamento jurídico regional. No entanto, tal competência para transpor os atos jurídicos da União Europeia para o território da região, é restrita às matérias de competência legislativa própria.
12. O Código dos Contratos Públicos 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.
13. Os artigos 227.º, n.º 1, alínea a), e 112.º, n.º 4, da Constituição reconhecem às Regiões Autónomas o poder de legislar, nos termos definidos nos respetivos estatutos, “*no âmbito regional*”, “*em matérias enunciadas no respetivo estatuto político-administrativo*”, “*e que não estejam reservadas aos órgãos de soberania*”.
14. O regime da contratação pública não consta do elenco de matérias constitucionalmente reservadas, de forma explícita, à Assembleia da República ou ao Governo. No entanto, o Tribunal Constitucional, designadamente nos seus Acórdãos n.ºs 258/2007 e 26/2009, tem entendido que, para além das reservas de competência constitucionalmente definidas, também se devem considerar reservadas à competência própria dos órgãos de soberania todas as matérias que reclamem a intervenção do legislador nacional, por se apresentarem com relevo imediato para a generalidade dos cidadãos ou respeitarem ou se repercutirem nas diferentes parcelas do território nacional. O regime da contratação pública contém



Tribunal de Contas

vários aspetos que se podem considerar repercutir-se nas diferentes parcelas do território nacional. Poderão, assim, haver alguns fundamentos que reclamem uma intervenção do legislador nacional nesta matéria.

- 15.** Os efeitos do diploma de contratação pública podem projetar-se para além dos limites territoriais da região autónoma, já que há que informar e dar condições de acesso concorrencial e não discriminatório a interessados nos contratos que podem estar noutros territórios do país e até do estrangeiro. Por outro lado, o Tribunal Constitucional tem afirmado que a natureza regional de um diploma legislativo há-de revelar-se por as questões que trata terem um cunho original na região, por serem nela exclusivas ou nela terem uma especial configuração. Considerando que as vinculações resultantes de direito europeu e de princípios constitucionais não consentem que os procedimentos de contratação pública sejam restringidos a agentes económicos de uma dada região ou de alguma forma os favoreçam, não se vislumbram quaisquer especificidades regionais legítimas que justifiquem um regime de contratação pública de âmbito regional.
- 16.** O estabelecido no n.º 1 do artigo 37.º e do artigo 40.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores não confere, por si só, competência à Assembleia Legislativa para legislar sobre o regime jurídico da contratação pública. Do elenco das matérias enunciadas nos artigos 49.º e seguintes do referido estatuto não consta a competência para legislar sobre o regime jurídico da contratação pública relativa à aquisição de serviços.
- 17.** O método utilizado pelo estatuto para enunciar as matérias em que a região pode legislar é o da *tipificação*. O Tribunal Constitucional tem também entendido que a lista constante dos estatutos político-administrativos deve ser suficientemente densificada para que possa operar como norma paramétrica de controlo da atividade legislativa regional. Não pode, assim, considerar-se que o regime da contratação pública se deva assimilar ao regime das empreitadas. Não pode também considerar-se abrangido nos poderes legislativos conferidos à Região Autónoma para regular o “*funcionamento dos mercados regionais e da atividade económica*” e a “*promoção da concorrência*”, porquanto o mercado e a concorrência a estimular não são de âmbito regional, mas sim global, e porquanto a contratação pública visa promover um conjunto mais alargado de finalidades.



Tribunal de Contas

- 18.** Não havendo uma referência expressa ao regime de contratação pública, designadamente no âmbito das aquisições de bens e serviços, no elenco das matérias da competência legislativa própria da região constantes do estatuto político-administrativo, e não podendo considerar-se que a matéria esteja abrangida nesse elenco de forma implícita, não se verifica este requisito previsto na Constituição para reconhecimento de competência legislativa regional.
- 19.** Estando fora da competência legislativa própria da Assembleia Legislativa Regional legislar sobre o regime jurídico da contratação pública de fornecimento de serviços, o diploma legislativo regional sobre contratação pública é, na parte em que o faz, organicamente inconstitucional, devendo este Tribunal recusar a sua aplicação, nos termos dos artigos 3.º, n.º 3, 277.º, n.º 1, e 204.º da Constituição.
- 20.** Ao recusar a aplicação das normas inconstitucionais, deve o Tribunal de Contas analisar a legalidade do concurso público de aquisição de serviços em apreço à luz da legislação anteriormente aplicável. Isso significa a obrigatoriedade de os anúncios de abertura dos concursos públicos serem publicados no *Diário da República*, o que não sucedeu no caso. Não se mostrou também observado o estabelecido no artigo 465.º do CCP, aplicável pelas mesmas vias.
- 21.** A omissão de publicação do anúncio do concurso em *Diário da República* configura uma ilegalidade suscetível de alterar o resultado financeiro da adjudicação e do contrato, constituindo fundamento de recusa do visto, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

Lisboa, 11 de Julho de 2017



ACÓRDÃO N.º 19/2017 –11.JUL-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 08/2017

(Processo de fiscalização prévia n.º 103/2016-SRATC)

Relatora: Helena Abreu Lopes

I. RELATÓRIO

1. Pela Decisão n.º 1/2017-SRATC, a Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas recusou o visto ao contrato de “*Aquisição de serviços médicos para a Unidade de Saúde da Ilha de São Miguel-Quarto Trimestre de 2016*”, celebrado, em 3 de Outubro de 2016, entre a **Unidade de Saúde da Ilha de São Miguel** e a empresa **MoreCare-Serviços de Saúde, Lda.**, com o valor de 172 020,00 euros.
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)¹, tendo por fundamento a violação do disposto nos artigos 157.º, n.º 1², e 465.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)³, em virtude de o anúncio do concurso não ter sido publicitado no *Diário da República* e de os elementos referentes à formação do

¹Lei 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.

²Aplicável *ex vi* o artigo 6.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de Julho.

³Anexo 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

contrato não terem sido publicitados no portal da Internet dedicado aos contratos públicos.

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. 2 a 25 dos autos, invocando, no essencial, o seguinte:
 - Ao aprovar 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), a Assembleia Legislativa Regional criou um regime jurídico dos contratos públicos que transpõe (parcialmente) para o ordenamento jurídico regional a Diretiva 2014/24/EU e, nesse âmbito, respeitou todos os limites do exercício do poder legislativo próprio regional;
 - A matéria em causa está enunciada no estatuto político-administrativo da região, que, no seu artigo 54.º, n.º 2, alíneas a) e c), prevê a competência da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores para emanar legislação sobre o funcionamento dos mercados regionais e da atividade económica e sobre a promoção da concorrência, sendo estas as finalidades que estão na génese do regime jurídico de contratação pública, tal como ele foi concebido no Direito Europeu e consta das diretivas europeias sobre a formação dos contratos públicos;
 - A legislação emanada circunscreve-se ao âmbito regional, por ter a sua eficácia limitada ao território geográfico da região autónoma;
 - A aprovação de um regime jurídico da contratação pública não se integra entre as matérias sujeitas à reserva absoluta ou relativa de competência da Assembleia da República ou do Governo, estando-se perante um espaço legiferante em que a Região Autónoma dos Açores pode intervir sem pôr em causa a esfera de competência de outros órgãos de soberania;
 - Nessa medida, respeitados todos os limites do exercício do poder legislativo próprio regional, nada há a apontar à conformidade de tal diploma legislativo com a Constituição da República Portuguesa (CRP) e, por



Tribunal de Contas

consequente, à validade do procedimento de formação do contrato lançado ao seu abrigo;

- A publicação prevista no artigo 465.º do CCP apenas é obrigatória nos termos a definir por portaria, da responsabilidade do Governo da República;
- A atual regulamentação desse preceito legal consta da Portaria n.º 701-E/2008, designadamente do seu artigo 4.º;
- Este artigo 4.º prevê que a publicitação no portal dos contratos públicos dos elementos referentes à formação dos contratos se faça utilizando uma das fontes imediatas de informação nele identificadas, não se incluindo nessas fontes o *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores (JORAA)*;
- A publicitação do anúncio do concurso em apreciação foi feita nesse jornal oficial, o que não viola qualquer norma jurídica, antes dá cabal cumprimento ao estabelecido no artigo 27.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A;
- Essa circunstância factual impede a subsunção da mesma ao disposto naquela portaria e, conseqüentemente, ao disposto no artigo 465.º, n.º 1, do CCP;
- Em resultado, o artigo 465.º, n.º 1, do CCP, nos termos em que se encontra regulamentado pela Portaria n.º 701-E/2008, é *inaplicável* aos procedimentos pré-contratuais cujos anúncios sejam obrigatória e exclusivamente publicados no JORAA, nos termos do artigo 27.º do RJCPRAA;
- Enquanto se mantiverem as circunstâncias de facto e de direito que determinam essa inaplicabilidade não é possível concluir pela existência de qualquer ilegalidade;
- Mesmo que existisse ilegalidade, a recusa do visto seria desproporcionada, porque:
 - i. A impossibilidade de publicitação no portal não é imputável à entidade adjudicante;



- ii. Uma correta ponderação de interesses e princípios aplicáveis e o efeito sistemático de total paralisação da atividade administrativa de contratação pública na região autónoma permite uma compressão mitigada do princípio da concorrência;
 - iii. Estamos perante uma situação de transitoriedade da limitação técnica que impede aquela publicação;
- Assim, a 1.^a instância deveria ter-se recorrido da faculdade conferida pelo n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, visando o contrato e, se o considerasse conveniente, recomendando às entidades competentes a adoção de medidas tecnológicas e normativas que, com a maior brevidade, permitam a *“publicitação, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, dos elementos referentes à formação e à execução dos contratos públicos, desde o início do procedimento até ao termo da execução”*, dando cumprimento à estatuição do artigo 465.º do CCP;
 - O escopo do artigo 465.º do CCP é essencialmente de transparência, eficiência e centralização de informação complementar e estatística da despesa pública, mas já não de tutela dos princípios da publicidade e da concorrência procedimental, que está *ex lege* reservada aos jornais oficiais;
 - A proteção do princípio da concorrência também não está estabelecida como objetivo a atingir em nenhum passo da Portaria n.º 701-E/2008;
 - Os princípios da publicidade e da concorrência foram cumpridos com a publicação efetuada nos termos do artigo 27.º, n.º 1, do RJCPRAA;
 - A preterição do estabelecido no artigo 465.º do CCP não é sancionada pelo CCP (vide artigo 127.º do CCP, *a contrario*) e jamais poderia produzir um efeito anulatório, por força do artigo 163.º do Código do Procedimento Administrativo;
 - Mesmo que em abstrato se entendesse que poderia haver uma alteração do resultado financeiro, impunha-se o uso do dispositivo previsto no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, também em virtude de o anúncio do concurso ter sido publicado no JORAA e do mercado ter respondido como habitualmente;



Tribunal de Contas

- A entrada em vigor do RJCPRAA implica que o restante ordenamento jurídico o acomode sistematicamente como ato legislativo regional, que, nessa qualidade, beneficia do princípio do primado do direito regional sobre a legislação nacional, introduzido no artigo 227.º, n.º 1, alínea a), da Constituição da República Portuguesa pela 6.ª revisão constitucional;
- Nessa linha, as leis da República, havendo legislação regional, só têm aplicação supletiva ou subsidiária nas regiões autónomas na medida em que o legislador regional expressamente o preveja ou permita, sobrepondo-se sempre a legislação regional sobre a nacional;
- Assim, a Portaria n.º 701-E/2008, deve considerar-se em contradição com o disposto no artigo 27.º do RJCPRAA, uma vez que não prevê, nem admite, os anúncios publicados no JORAA como fonte imediata de informação para o portal dos contratos públicos.
- Não pode defender-se a prevalência de uma disposição de uma portaria, ainda que emanada do Governo da República, sob pena de colocar em causa toda a unidade e hierarquia do ordenamento jurídico e de violar o disposto no artigo 112.º da CRP, a autonomia político-administrativa das regiões autónomas e a organização política do país, enquanto Estado Unitário Regional;
- As consequências da presente situação fáctica não podem nem devem recair sobre o legislador regional, muito menos sobre as entidades adjudicantes regionais, pois a alegada violação do artigo 465.º do CCP não decorre de um seu ato, nem depende da sua vontade, mas sim de uma portaria, atualmente ilegal, da autoria do Governo da República e não do Governo Regional dos Açores;
- Perante o conflito normativo entre o artigo 27.º do RJCPRAA, de um lado, e o artigo 465.º do CCP, tal como regulamentado pela Portaria n.º 701-E/2008, do outro, a única resolução deste conflito, de acordo com o *Direito* e a *Constituição*, será uma interpretação jurídica que dê prevalência ao normativo regional;
- A interpretação da decisão recorrida de que um procedimento, cumpridor do estatuído no diploma regional, nomeadamente no artigo 27.º do RJCPRAA,



Tribunal de Contas

viola necessariamente o artigo 465.º do CCP e sua regulamentação, e, como tal, está ferido de ilegalidade é uma interpretação desconforme com o disposto no artigo 112.º da Constituição da República Portuguesa, que consagrou o primado do direito regional sobre o direito nacional;

- Qualquer interpretação de uma norma de âmbito nacional que afaste ou derroque uma norma regional, fazendo aquela prevalecer sobre esta, é inconstitucional, por violação do artigo 112.º da CRP, o que se invoca.

5. O Procurador-Geral Adjunto junto do Tribunal de Contas pronunciou-se no sentido de que:

- Por razões de uniformidade na aplicação do direito a casos idênticos na ordem jurídica nacional, e nos termos do artigo 269.º, n.º 1, alínea d), do Código de Processo Civil, *ex vi* artigo 80.º da LOPTC, deveria equacionar-se a suspensão da instância até à decisão do incidente de reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), 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 invoca erradamente a existência de um primado do direito regional sobre o direito nacional, que o Ministério Público considera não se mostrar consagrado na Constituição. Por outro lado, o Procurador-Geral Adjunto entende que 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.



Tribunal de Contas

- A Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores tem competência para legislar sobre o regime da contratação pública com incidência nas áreas de atividade elencadas no Estatuto Político-Legislativo da Região, defendendo-se, em consequência, a constitucionalidade do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA. Este entendimento fundamenta-se na consideração de que o regime da contratação pública tem uma vocação horizontal/transversal a todo o tecido económico e está sistematicamente abrangido nas diversas normas dos artigos 52.º e seguintes do Estatuto Político-Legislativo da Região Autónoma dos Açores e de que o princípio da autonomia regional postula que, em caso de dúvida, prevaleça a atribuição de competência legislativa.
- A decisão recorrida deve ser revogada na parte em que recusou a aplicação do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA, devendo ser concedido o visto com recomendações, ao abrigo do disposto no artigo 44.º, n.º 4, da LOPTC.

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 e a (in)constitucionalidade do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, por referência a esses limites;
- A (in)aplicabilidade ao caso dos artigos 157.º, n.º 1, e 465.º do CCP;
- 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



Tribunal de Contas

previstos no artigo 663.º, n.º 6, do Código de Processo Civil. Os aspectos mais relevantes para a decisão são os seguintes:

- Em 27 de Setembro de 2016, e na sequência de autorização do membro do Governo Regional, o Conselho de Administração da Unidade de Saúde da Ilha de São Miguel autorizou a abertura de concurso público urgente para a aquisição dos serviços em causa, com fundamento no artigo 155.º do CCP, *ex vi* artigo 15.º do RJCPRAA;
- O anúncio do concurso foi publicitado no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, II série, n.º 187, de 28 de Setembro de 2016;
- O anúncio não foi publicitado no portal da Internet dedicado aos contratos públicos;
- A entidade gestora do portal dos contratos públicos remeteu um esclarecimento sobre a matéria à Unidade de Saúde em apreço. Este esclarecimento informa que a publicitação no referido portal dos anúncios dos procedimentos publicitados no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores* não era tecnicamente possível. Na altura, essa publicitação só poderia ocorrer para informação com origem na *Imprensa Nacional-Casa da Moeda*, que publica o *Diário da República*. Mais se esclarece que estavam em curso adaptações ao portal para o tornar possível no futuro;
- Foi apresentada a concurso uma única proposta.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO

Da suspensão da instância

22. De acordo com o disposto no artigo 269.º, n.º 1, alínea d), do Código do Processo Civil, a instância suspende-se nos casos em que a lei o determinar e, nos termos da alínea c) do mesmo número, quando o tribunal ordenar essa suspensão.



Tribunal de Contas

- 23.** Quando um tribunal nacional suscita uma questão prejudicial junto do TJUE sobre a interpretação do direito da União Europeia, essa questão visa a aplicação uniforme desse direito e condiciona a solução do litígio concreto em julgamento. Por isso, a suspensão dessa instância é essencial para permitir que a resposta do TJUE venha a ser considerada pelo juiz nacional, a quem sempre caberá resolver o caso concreto em apreciação.
- 24.** A suspensão de outras instâncias, em que não tenham sido formuladas questões de reenvio prejudicial ao TJUE, não resulta de qualquer norma aplicável, devendo, quando muito, ser ponderada pelo julgador em função do modo como a resposta às questões formuladas noutra processo possam ser pertinentes para a solução dessas causas.
- 25.** 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»*.
- 26.** 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 ao referido 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.
- 27.** Embora esteja em causa o mesmo diploma legislativo regional, nos presentes autos discute-se a constitucionalidade deste diploma face aos limites da autonomia legislativa regional, tal como fixados na Constituição da República Portuguesa, a exigência de publicação do anúncio de concurso no *Diário da República*, por eventual aplicação do artigo 157.º do CCP, e a observância do regime constante dos artigos 27.º do RJCPRAA e do artigo 465.º do CCP. Trata-se de matérias



completamente diversas, relativamente às quais a eventual decisão do TJUE sobre as perguntas formuladas no Acórdão n.º 1/2017-17.JAN-1.ªS/PL não trará qualquer contributo.

28. Não se vê, pois, qualquer razão para a suspensão da instância até à decisão do referido reenvio.

Do regime aplicável à contratação pública de serviços na Região Autónoma dos Açores: âmbito e limites da autonomia legislativa regional e (in)constitucionalidade do RJCPRAA

29. A Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores aprovou o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 227.º da CRP 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.

30. No n.º 1 do artigo 3.º 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*».

31. 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 1.º, «*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*».

32. 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*.



- 33.** A questão que se coloca é, então, a de saber em que medida permite a ordem jurídica portuguesa que uma região autónoma aprove um regime próprio de contratação pública, com um conteúdo que, em vários passos, se afasta do código de âmbito nacional (o CCP), designadamente quanto à questão em discussão no recurso: o CCP exige que os concursos públicos sejam publicitados no *Diário da República*, enquanto o Decreto Legislativo Regional em apreço prevê que eles sejam anunciados no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*.
- 34.** Tal como foi já apontado, tanto o CCP como o RJCPRAA pretendem transpor diretivas europeias. No caso do RJCPRAA, transpõe-se para o ordenamento jurídico regional a Diretiva 2014/24/EU.
- 35.** O n.º 8 do artigo 112.º e a alínea x) do n.º 1 do artigo 227.º da CRP atribuem às Regiões Autónomas o poder de realizarem a transposição de diretivas comunitárias para o ordenamento jurídico regional.
- 36.** No entanto, tal competência para transpor os atos jurídicos da União Europeia para o território da região, é restrita às «*matérias de competência legislativa própria*»⁴. Como se referiu na decisão recorrida, citando Carlos Blanco de Moraes⁵, «*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*».
- 37.** O poder regional de transposição das diretivas está limitado ao espaço geográfico regional e à configuração de cada uma das competências legislativas regionais em função das matérias vertidas em cada diretiva que se pretenda transpor. Assim, se a Região Autónoma tiver poderes próprios para legislar na matéria, igualmente poderá efetuar a transposição da diretiva europeia que incida nessa matéria⁶.
- 38.** Importa, então, apurar da competência legislativa própria das Regiões Autónomas e dos respetivos limites.

⁴ Cfr. a remissão para o n.º 4 do artigo 112.º da CRP e o artigo 40.º do EPARAA.

⁵ In *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª edição, págs. 561 e 562.

⁶ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *A Autonomia Legislativa das Regiões Autónomas Portuguesas*, Universidade Autónoma de Lisboa, 2012.



Tribunal de Contas

- 39.** De acordo com o artigo 112.º da CRP, os decretos legislativos regionais são atos legislativos, tal como 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 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.
- 40.** 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.
- 41.** Mas os decretos legislativos regionais têm ainda outras limitações.
- 42.** O artigo 227.º, n.º 1, alínea a), da CRP atribui às Regiões Autónomas o poder de legislar, nos termos definidos nos respetivos estatutos, “*no âmbito regional*”, “*em matérias enunciadas no respetivo estatuto político-administrativo*”, “*e que não estejam reservadas aos órgãos de soberania*”. O mesmo se refere no artigo 112.º, n.º 4, da mesma Constituição, quanto ao conteúdo dos decretos legislativos regionais.
- 43.** A recorrente invoca que o regime da contratação pública não está reservado aos órgãos de soberania.
- 44.** É verdade que o regime da contratação pública não consta do elenco de matérias constitucionalmente reservadas, de forma explícita, à Assembleia da República ou ao Governo. Sendo uma área de competência legislativa concorrencial, seria legítimo à Região Autónoma produzir legislação neste domínio. No entanto, o Tribunal Constitucional, designadamente nos seus Acórdãos n.ºs 258/2007 e 26/2009, tem entendido que, para além das reservas de competência constitucionalmente definidas, também se devem considerar reservadas à competência própria dos órgãos de soberania todas as matérias que «reclamem» a intervenção do legislador nacional, por se apresentarem com relevo imediato para a



Tribunal de Contas

generalidade dos cidadãos ou respeitarem ou se repercutirem nas diferentes parcelas do território nacional.

45. Embora a 1.^a instância não tenha questionado este aspeto, admitimos que, face à jurisprudência do Tribunal Constitucional, o mesmo seja discutível. Efetivamente, o regime da contratação pública contém vários aspetos que se repercutem nas diferentes parcelas do território nacional. Se é certo que os contratos públicos a contratar pelas entidades adjudicantes regionais satisfazem necessidades regionais e se preparam e executam no território da Região, não é despiciendo considerar que os princípios europeus e constitucionais vinculantes da transparência, da igualdade e da concorrência impõem que concorrentes de um espaço nacional e internacional muito mais vasto tenham acesso a esses contratos. Uma parcela significativa das normas de contratação pública, nomeadamente as que se referem à publicidade, às habilitações, às especificações técnicas e aos parâmetros de avaliação a aplicar nos procedimentos, visa garantir esse acesso universal em condições transparentes, concorrenciais e não discriminatórias. Poderão, pois, haver alguns fundamentos que «reclamem» uma intervenção do legislador nacional nesta matéria.
46. A recorrente invoca, por outro lado, que a legislação em causa pretende ser de “*âmbito regional*”, por projetar os seus efeitos apenas nos “*confins físico-territoriais*” da região autónoma.
47. A decisão recorrida também não se pronunciou relativamente a este limite. Mas também relativamente a ele se podem suscitar dúvidas.
48. Em primeiro lugar, como acabámos de referir, os efeitos do diploma podem projetar-se para além dos limites territoriais da região autónoma, já que há que informar e dar condições de acesso concorrencial e não discriminatório a interessados nos contratos que podem estar noutros territórios do país e até do estrangeiro.
49. Por outro lado, o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 258/2007, referiu que na determinação do “*âmbito regional*”, não basta a circunstância de a legislação regional se destinar a ser aplicada no território da Região, devendo também ser tidas em conta considerações sobre a matéria sobre que versa a norma, atenta a justificação material do regime autonómico constante do artigo 225.º da CRP. Nesta linha, a natureza regional do diploma legislativo há-de revelar-se por as



questões que trata terem um cunho original na região, por serem nela exclusivas ou nela terem uma especial configuração.

- 50.** 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.
- 51.** Sucede que o regime da contratação pública está hoje sujeito a fortes vinculações resultantes de direito europeu e de princípios constitucionais. O regime jurídico regional a estabelecer tem de ser conforme com os parâmetros definidos na diretiva europeia a transpor e com os princípios constitucionais aplicáveis. Ora, esses parâmetros não consentem que os procedimentos de contratação pública sejam restringidos a agentes económicos de uma dada região ou de alguma forma os favoreçam. A diretiva europeia em causa admite o interesse de favorecer a economia e o acesso de pequenas e médias empresas aos mercados públicos, mas tal é concretizado pela divisão do objeto contratual em lotes mais pequenos e nunca pelo favorecimento de mercados regionais ou locais.
- 52.** Neste âmbito, não se vislumbram, pois, quaisquer especificidades regionais legítimas que justifiquem um regime de contratação pública de âmbito regional.
- 53.** Um outro limite importante da autonomia legislativa regional é a exigência de que a matéria esteja enunciada no estatuto político-administrativo da região autónoma. Foi relativamente a este requisito que se pronunciou a decisão recorrida, tendo concluído que ele não se mostra verificado. Vejamos.



Tribunal de Contas

- 54.** A 1.^a instância referiu, desde logo, que 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. O n.º 1 do artigo 37.º e o artigo 40.º do EPARAA referem que a Assembleia Legislativa pode legislar e transpor atos jurídicos da União Europeia em matérias da sua competência legislativa própria. A decisão recorrida considerou, e bem, ser 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. Concordamos inteiramente.
- 55.** Ora, o próprio RJCPRAA não indica em que matéria enunciada no EPARAA se enquadra o regime que institui.
- 56.** A Decisão n.º 1/2017-SRATC afirma ainda que do elenco das matérias enunciadas nos artigos 49.º e seguintes do EPARAA não consta 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.
- 57.** A recorrente vem invocar que o EPARAA prevê, entre as matérias que integram o âmbito dos poderes legislativos regionais, a competência para a Assembleia Legislativa da RAA legislar sobre o “*funcionamento dos mercados regionais e da atividade económica*” e a “*promoção da concorrência*”, o que consta do respetivo artigo 54.º, n.º 2, alíneas a) e c).
- 58.** Mais invoca que essas finalidades são precisamente as que estão na génese do regime jurídico da contratação pública, tal como ele foi concebido no Direito Europeu e tal como consta das diretivas europeias sobre a formação de contratos públicos, entre as quais a Diretiva 2014/24/EU, que o decreto legislativo em causa pretende transpor. Nesse sentido, a recorrente argumenta que o projeto europeu assenta numa ideia de progresso económico e social, a realizar designadamente através da racionalização económica assente num mercado em que as diferentes e autónomas iniciativas privadas atuam num clima de concorrência.



Tribunal de Contas

- 59.** No seu entender, o mercado dos contratos celebrados por entidades públicas é um dos mercados economicamente mais relevantes e a regulação normativa da contratação pública ao nível europeu visa, em primeira linha, remover os obstáculos que se colocam a que a concorrência nos contratos públicos seja o mais próximo possível da concorrência perfeita. A legislação europeia de contratação pública visa assegurar uma concorrência leal e efetiva no mercado dos contratos públicos e a promoção da concorrência é um objetivo e um valor nuclear das normas e dos procedimentos adjudicatórios. A recorrente invoca que a promoção da concorrência nos mercados públicos realiza o incremento do grau de satisfação do interesse público, garante o mais amplo acesso dos particulares aos procedimentos de contratação pública e assegura o funcionamento eficiente do mercado.
- 60.** Deste modo, considera que o regime de formação dos contratos públicos está ligado à preservação e promoção da concorrência e é um instrumento privilegiado para fomentar o funcionamento adequado do mercado, pelo que o poder de legislar sobre a contratação pública se deve considerar englobado no poder de legislar sobre o “*funcionamento dos mercados regionais e da atividade económica*” e sobre a “*promoção da concorrência*”. Privar a região de legislar sobre a contratação pública seria privá-la de realizar plenamente esses fins.
- 61.** A decisão recorrida aborda esta questão, considerando que esta interpretação é excessiva e que a competência legislativa prevista no artigo 54.º do EPARAA é a que visa, no âmbito da atividade respeitante ao comércio, indústria e energia, a promoção da concorrência no âmbito regional, e não a promoção da concorrência no regime da contratação pública.
- 62.** A 1.ª instância considerou ainda que a “*promoção da concorrência*”, prevista na alínea c) do n.º 2 do artigo 54.º do EPARAA, não é amparo suficiente para nela se estribar a competência legislativa de definição e estabelecimento de todo um regime jurídico aplicável à contratação pública, porque, pese embora a concorrência seja um valor basilar da contratação pública, esta engloba todo um conjunto de outros princípios e regras, que lhe são essenciais e nucleares, não podendo reduzir-se àquela alínea a norma habilitante do RJCPRAA.
- 63.** A Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas invoca ainda o estabelecido no artigo 56.º do EPARAA, conferindo competência à Assembleia Legislativa Regional para legislar em «*matérias de infra-estruturas, transportes e*



Tribunal de Contas

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, frisando que não existe norma paralela para as aquisições de bens e serviços.

- 64.** A recorrente alega que a referência autónoma ao regime de empreitadas e obras públicas, no referido artigo 56.º, n.º 2, alínea *b*), se explica pela relevância histórica, económico-social e jurídica deste tipo contratual, que assume uma função normativamente modelar do regime de outros contratos públicos, daí não se devendo retirar um sentido excludente de uma intervenção legislativa que se prenda com a formação e regime de outros tipos de contratos públicos.
- 65.** O Ministério Público, no parecer emitido no âmbito do presente recurso, considera que o regime da contratação pública, não estando reservado aos órgãos de soberania, tem, por outro lado, uma vocação horizontal/transversal a todo o tecido económico e deve considerar-se incluído na competência legislativa da Assembleia Legislativa da Região Autónoma, por interpretação sistemática. Na sua opinião, as matérias referidas na Subsecção II da Secção II do Capítulo I do Título IV do EPARAA estão classificadas por áreas de atividade e a competência legislativa em matéria de contratação pública em sentido lato deve extrair-se dessas diversas normas conjugadas com as normas de habilitação previstas na Constituição. O Ministério Público defende ainda que, por força do princípio da autonomia regional, em caso de dúvida deve prevalecer a atribuição de competência legislativa.
- 66.** Carlos Blanco de Morais, na obra acima citada, e tal como também referido na decisão recorrida, ensina que a revisão constitucional de 2004 estipula claramente que, fora dos domínios respeitantes às alíneas *b*) e *c*) do artigo 227.º da CRP, um ato legislativo das regiões autónomas só pode incidir sobre uma matéria previamente definida como de âmbito regional no respetivo estatuto político-administrativo. Considera este autor que existe uma “*taxatividade da enumeração constitucional e estatutária dos poderes legislativos das regiões*”.
- 67.** Vários constitucionalistas (como, por exemplo, Jorge Miranda, Jorge Bacelar Gouveia e Rui Medeiros, e mesmo alguns juízes do próprio Tribunal Constitucional que se manifestaram em votos de vencido) consideram que os limites relativos à reserva dos órgãos de soberania e ao âmbito regional não devem ser entendidos



com a amplitude que a jurisprudência lhes tem atribuído e que o mais importante limite a considerar é o que resulta da enunciação feita nos estatutos político-administrativos das matérias em que as regiões podem legislar. Esta enunciação corresponderá à verdadeira delimitação das matérias não reservadas aos órgãos de soberania sobre as quais o legislador expressamente reconheceu que os parlamentos regionais podem legislar. Nesta matéria, Jorge Bacelar Gouveia, na obra já citada, refere que deve considerar-se como adotado um método de *tipificação*, fornecendo ideias concretizadas e um elevado grau de certeza jurídica, que permite uma correspondência clara com a legitimidade legislativa.

- 68.** Ora, se assim é, se existe uma taxatividade e uma tipificação neste domínio, parecem não dever fazer-se presunções de natureza sistemática, principialista ou histórica. A competência deve resultar explícita e inequivocamente das normas habilitantes.
- 69.** O Tribunal Constitucional entendeu também, no Acórdão n.º 402/2008, que a lista constante dos estatutos político-administrativos deve ser suficientemente densificada para que possa operar como norma paramétrica de controlo da atividade legislativa regional. Aí se refere que o papel central e decisivo, reservado, no novo regime de repartição de competências, à enunciação de matérias pelo estatuto, torna ilegítima qualquer cláusula que, pelo seu teor irrestrito e indeterminado, com omissão de qualificações materiais delimitadoras, não atinja o grau de densificação constitucionalmente exigível.
- 70.** Ora, deve ter-se em conta que até à entrada em vigor do CCP, em 2008, em transposição das diretivas europeias de contratação pública de 2004, o regime jurídico dos contratos de empreitada, de fornecimento de bens e de fornecimento de serviços era diverso e constava de diplomas autónomos. Havia também diretivas europeias diferentes para obras, fornecimentos de bens e fornecimento de serviços. Em 2008, o CCP definiu um regime completamente novo para os contratos públicos em geral, distinguiu o regime da contratação pública (processo de formação dos contratos) do regime substantivo dos contratos e incluiu uma parte especial para contratos de empreitada de obras públicas.
- 71.** Não faz, pois, sentido dizer que o legislador que, em 2009, reviu o estatuto político-administrativo da Região Autónoma dos Açores, falou em empreitadas de obras públicas, porque era a realidade mais importante, esquecendo-se de mencionar (mas



querendo fazê-lo) os outros tipos contratuais públicos, que apenas mimetizavam o tipo principal. Nem o mercado do fornecimento de bens e serviços era residual nem o regime era idêntico. Na realidade, era mesmo tradicionalmente diferenciado. Por outro lado, a importância, a nomenclatura, a densidade legislativa e o tratamento doutrinal e jurisprudencial do regime da contratação pública haviam crescido de tal forma que não podem considerar-se implícitos numa simples referência a empreitadas. Pode até dizer-se que o legislador foi erróneo ao prever um regime regional para empreitadas de obras públicas e ao não prever o mesmo para outros tipos contratuais, mas não pode considerar-se que ao referir-se a um quis referir-se a todos.

72. Ao invés, poderíamos ou até deveríamos outrossim considerar que a especificidade conceptual era já tão desenvolvida que, quando o legislador se referiu a regime de empreitadas e obras públicas no EPARAA, estava apenas a referir-se ao regime substantivo deste tipo contratual, tal como previsto no CCP (artigos 343.º e seguintes) e não ao regime de formação desse e doutro tipo de contratos, designado no CCP como regime de “*contratação pública*” (artigos 16.º e seguintes).
73. O RJCPRAA estabeleceu 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. Dificilmente se pode entender que este objeto e conteúdo corresponda ao regime jurídico das empreitadas e obras públicas. Vai muitíssimo para além disso.
74. Vejamos agora se o regime de contratação pública se deve considerar abrangido nos poderes legislativos conferidos à Região Autónoma para regular o “*funcionamento dos mercados **regionais**⁷ e da atividade económica*” e a “*promoção da concorrência*”.
75. Em primeiro lugar, reconhece-se que este tipo de contratação é relevante para esses fins. Mas será que legislar sobre uma coisa é legislar sobre a outra?
76. Se a relevância do sector da contratação pública para a atividade económica é absolutamente indiscutível, já não podemos acompanhar a ideia de que os mercados

⁷ Negrito nosso.



Tribunal de Contas

a dinamizar e a concorrência a promover através do funcionamento desse sector sejam de âmbito *regional*.

- 77.** Como se referiu acima, o RJCPRAA pretendeu transpor a Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos. Esta diretiva é a mais recente de um conjunto de várias gerações de diretivas europeias que visaram ao longo do tempo uma realização cada vez mais abrangente do *mercado único europeu*.
- 78.** Como refere, designadamente, Maria João Estorninho⁸, a lógica subjacente ao regime europeu de contratação pública prende-se, em última instância, com o objetivo de realização do mercado único e com a observância dos princípios do Tratado (tais como a liberdade de circulação ou o princípio da concorrência) que implicam a proibição de práticas discriminatórias em matéria de contratos públicos.
- 79.** E, ainda segundo a mesma autora, mais do que assegurar a livre concorrência, o movimento de liberalização da contratação pública procurou tornar efetivas as liberdades de circulação de trabalhadores, de estabelecimento e de livre prestação de serviços.
- 80.** Maria João Estorninho refere o contexto em que nos inserimos neste domínio: o de as relações contratuais públicas estarem cada vez mais internacionalizadas e o de uma crescente globalização jurídica, que, entre outras consequências, aponta para a desnacionalização do regime jurídico aplicável aos contratos públicos e a perda de domínio dos próprios Estados sobre o regime dos seus contratos públicos.
- 81.** A mesma autora aponta ainda três fases na evolução do direito europeu da contratação pública, caracterizadas por níveis crescentes de intensidade de regulamentação: numa primeira fase dominam as preocupações procedimentais, numa segunda fase prevalecem as preocupações garantísticas e, num terceiro momento, surgem influências comunitárias no regime substantivo dos contratos públicos. Tudo na direção de uma progressiva harmonização do direito dos contratos públicos em todos os Estados Membros. Como uma das novidades das novas diretivas, a autora refere a preocupação de que a contratação pública seja um instrumento privilegiado de execução de políticas estruturais e sectoriais da própria União Europeia, nomeadamente políticas sociais e ambientais.

⁸ Cfr. designadamente, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Almedina, 2006



Tribunal de Contas

82. Todas estas considerações apontam para que o regime da contratação pública:

- Não é, nem pode ser nos termos das diretivas a transpor, um instrumento privilegiado para a instituição e funcionamento de mercados *regionais*, visando, antes, a defesa de um mercado único transnacional muito mais vasto;
- Está, por isso, numa trajetória crescente de harmonização internacional, de natureza vinculante para o Estado, que não se afigura ajustada a abordagens de interesse e âmbito infra estadual;
- Não é um mero elemento de promoção da concorrência, já que inclui um conjunto muitíssimo mais alargado de finalidades e conteúdos.

83. Não havendo uma referência expressa ao regime de contratação pública, designadamente no âmbito das aquisições de bens e serviços, no elenco das matérias da competência legislativa própria da região constantes do EPARAA, e não podendo considerar-se, pelas considerações que antecedem, que a matéria esteja abrangida nesse elenco de forma implícita, confirma-se o entendimento da 1.^a instância de que não se verifica este requisito previstos na Constituição para reconhecimento de competência legislativa regional na matéria.

84. Como também afirmado em 1.^a instância, estando fora da competência legislativa própria da Assembleia Legislativa Regional legislar sobre o regime jurídico da contratação pública de fornecimento de serviços, o RJCPRAA é, na parte em que o faz, organicamente inconstitucional, devendo este Tribunal recusar a sua aplicação, nos termos dos artigos 3.º, n.º 3, 277.º, n.º 1, e 204.º da CRP. Subscreve-se, nesta parte, tudo o que a decisão recorrida afirma a este respeito.

Da aplicabilidade ao caso dos artigos 157.º, n.º 1, e 465.º do CCP: publicação do anúncio do concurso em *Diário da República* e no portal dos contratos públicos

85. Ao recusar a aplicação das normas inconstitucionais, deve o Tribunal de Contas analisar a legalidade do concurso público de aquisição de serviços em apreço à luz da legislação anteriormente aplicável. Sobre o efeito repristinatório, subscreve-se



Tribunal de Contas

igualmente o entendimento perfilhado em 1.^a instância, que aqui se reproduz, fundado na doutrina de Gomes Canotilho e Vital Moreira.

- 86.** Tal como se refere na decisão recorrida, 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, revogado pelo diploma ora considerado inconstitucional, e emitido em conformidade com a constituição e o estatuto político-administrativo, impunha, por via do seu artigo 6.º, a aplicação do artigo 157.º, n.º 1, do CCP.
- 87.** Este preceito legal estabelece a obrigatoriedade de os anúncios de abertura dos concursos públicos serem publicados no *Diário da República*, o que não sucedeu no caso.
- 88.** O mesmo resultado se produziria caso se entendesse que o efeito repristinatório estabelecido no artigo 282.º, n.º 1, *in fine*, da CRP não poderia ser aplicado aos juízos concretos de inconstitucionalidade. A situação seria regulada pelo artigo 157.º, n.º 1, do CCP, quer por aplicação direta deste Código, quer por via do estabelecido no artigo 228.º, n.º 2, da CRP.
- 89.** Não se mostrou também observado o estabelecido no artigo 465.º do CCP, aplicável pelas mesmas vias.

Das restantes alegações de recurso

- 90.** Grande parte das alegações do recurso respeitam a matérias não tratadas na decisão recorrida, respeitando, designadamente, ao regime do artigo 27.º do RJCPRAA, à forma como esse regime se relaciona com a publicitação prevista no artigo 465.º do CCP, à conjugação de ambos com a Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de Julho, e às dificuldades técnicas de publicitação do concurso no portal dos contratos públicos, em virtude da não publicação do mesmo em *Diário da República*.
- 91.** Compreendem-se essas alegações no contexto em que se defende a constitucionalidade e aplicabilidade do RJCPRAA.
- 92.** O facto de o presente acórdão concluir pela inconstitucionalidade e desaplicação desse diploma, assim confirmando o entendimento da 1.^a instância, prejudica a



apreciação dessas alegações. Não fora assim e teriam de equacionar-se questões idênticas às abordadas no Acórdão n.º 11/2017-4.ABR-1.ªS/PL.

Da ilegalidade verificada e das suas consequências

- 93.** Tal como se entendeu na Decisão n.º 1/2017-SRATC, a omissão de publicação do anúncio do concurso em *Diário da República* configura uma ilegalidade suscetível de alterar o resultado financeiro da adjudicação e do contrato, uma vez que essa forma de publicidade e divulgação do concurso era obrigatória e que a publicidade é um elemento essencial para levar o procedimento ao conhecimento dos potenciais interessados em contratar. Note-se, aliás, que ao concurso só se apresentou um concorrente.
- 94.** Esta ilegalidade constitui fundamento de recusa do visto, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
- 95.** No que respeita à falta de publicitação do anúncio no portal dos contratos públicos, reconhecendo-se que a mesma era também obrigatória e que poderia, se tivesse sido feita, alargar o leque de candidatos, considera-se, no entanto, que preenche outros fins.
- 96.** 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 que esse elemento está *legalmente* mais associado ao princípio da *transparência* da atividade administrativa do que à relação de concorrência e igualdade entre entidades adjudicantes e potenciais concorrentes.
- 97.** Isso é indiciado pelo facto de o artigo 465.º do CCP, inserido na parte das *Disposições Finais* do CCP, e sob a epígrafe «*Obrigação 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. 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



Tribunal de Contas

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).

98. Nessa parte, poderia, eventualmente, equacionar-se o uso da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, o que, no entanto, não tem utilidade no caso dado verificar-se o vício de falta da publicação obrigatória do anúncio em *Diário da República*.

III. DECISÃO

Assim, pelos fundamentos expostos, acorda-se em Plenário da 1ª Secção em negar provimento ao recurso, mantendo a recusa de visto ao contrato.

São devidos emolumentos nos termos da al. b) do n.º 1 do artigo 16.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio.

Lisboa, 11 de Julho de 2017

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(José Mouraz Lopes)



Tribunal de Contas

(Laura Tavares da Silva)

O Procurador-Geral Adjunto