



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 2/2017 – SRATC

Processo n.º 81/2016

Sessão ordinária – 13/01/2017

1. O procedimento de formação do contrato de aquisição de serviços – 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 serviços 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 serviços, 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 serviços, 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, repristinado 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 SERVIÇOS – INCONSTITUCIONALIDADE – ESTATUTO-POLITICO ADMINISTRATIVO – FISCALIZAÇÃO PRÉVIA – PUBLICAÇÃO DE CONCURSO

Conselheiro Relator: António Francisco Martins



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 2/2017 – SRATC

Processo n.º 81/2016

I – Relatório

1. Foi presente, para fiscalização prévia da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, o contrato de aquisição de serviços de triagem, enfardamento e contentorização de resíduos de embalagem, celebrado em 26-08-2016, entre a MUSAMI - Operações Municipais do Ambiente, EIM, S.A., e o agrupamento de empresas Tecnovia Ambiente, S.A./Varela & C.^a, L.^{da}, pelo preço de 453 750,00 euros e prazo máximo de 12 meses.
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 da MUSAMI - Operações Municipais do Ambiente, EIM, S.A., de 24-03-2016, foi autorizada a abertura de concurso público internacional, para a aquisição de serviços de triagem, enfardamento e contentorização de resíduos de embalagem.
 - 3.2. Por deliberação do Conselho de Administração da MUSAMI - EIM, S.A., de 27-04-2016, foi declarada a «nulidade do procedimento concursal», por se ter verificado que, «por lapso, o anúncio do procedimento, apesar de publicado no Diário da República e no Jornal Oficial da União Europeia, não foi publicado no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores, conforme determina o artigo 28.º, n.º 5 do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de Dezembro».



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO n.º 2/2017 – SRATC (Processo n.º 81/2016)

- 3.3. Na mesma data, o Conselho de Administração da MUSAMI - EIM, S.A., deliberou abrir novo procedimento concursal, «cumprindo-se os formalismos legais».
- 3.4. O anúncio do concurso foi publicado no *Diário da República*, II série, n.º 93, de 13-05-2016, no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, II série, n.º 94, de 17-05-2016, e no *Jornal Oficial da União Europeia* (2016/S 095-171066), de 19-05-2016.
- 3.5. No artigo 35.º do programa do concurso estabeleceu-se que, em «tudo o que não estiver especialmente previsto no presente Programa, aplica-se o regime previsto no Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, adaptado à Região Autónoma dos Açores pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro de 2015».
- 3.6. 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 que¹:
- O contrato tem por objeto a aquisição de serviços;
 - 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 serviços.
- 3.7. Em resposta, foi referido o seguinte²:

¹ Ofício n.º 621-UAT I/FP, de 22-12-2016.

² Ofício n.º 28/2017 P.26/2017 EXT, de 10-01-2017.



1. 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), aplica-se à formação de todos os contratos públicos na Região Autónoma dos Açores, independentemente da sua designação e natureza (cf. artigo 1.º, n.º 2).
2. A MUSAMI é, inequivocamente, uma entidade adjudicante, para efeitos de aplicação tanto do CCP como do RJCPRAA.
3. Assim, a MUSAMI está abrangida pelo âmbito de aplicação do diploma.
4. Neste sentido, a MUSAMI decidiu lançar o procedimento ao abrigo daquele regime, conforme consta da respetiva deliberação de abertura enviada anteriormente.
5. E todo o concurso decorreu nos termos do CCP com as especificidades resultantes do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de Dezembro.
6. Mais se diga, no entanto, que não cabe à MUSAMI avaliar a competência da Assembleia Legislativa Regional para a aprovação do RJCPRAA, beneficiando os actos normativos por aquele órgão aprovados de presunção de conformidade com a Constituição da República Portuguesa e com o EPARAA.
7. Neste sentido, a MUSAMI está obrigada a aplicar aquele Regime.
8. Assim, entendemos que o procedimento é válido.
9. Não obstante, sempre se dirá que, nos termos do artigo 54.º, n.º 2 alínea c) do EPARAA, a Assembleia legislativa pode legislar em matérias que promovam a concorrência, onde entendemos que se inclui a contratação pública, nomeadamente a aquisição de serviços.

*

III – Fundamentação jurídica

4. Como emerge da matéria de facto dada por assente:
 - Está em causa a aquisição de serviços;
 - 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.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 2/2017 – SRATC (Processo n.º 81/2016)

6. Tratando-se de uma aquisição de serviços, 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 aos órgãos de soberania»³ e, nessa medida, «transpor os actos jurídicos da União Europeia para o território da Região»⁴, na forma de «decreto legislativo regional»⁵.

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»⁶.

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»⁷.

Nesta medida, ao estabelecer-se que no RJCPRAA se «define a disciplina aplicável à contratação pública»⁸, 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»⁹, abrangendo, assim, a aquisição de serviços, cremos que se extravasou tal competência.

³ Cfr. artigo 227.º, n.º 1, alínea a), da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP).

⁴ 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.

⁵ Cfr. artigo 112.º, n.º 8, da CRP.

⁶ Cfr. artigo 40.º do EPARAA

⁷ *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª edição, págs. 561 e 562.

⁸ Cfr. artigo 1.º, n.º 1, do RJCPRAA

⁹ Cfr. artigo 1.º, n.º 2, do RJCPRAA.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 2/2017 – SRATC (Processo n.º 81/2016)

Questionada sobre a validade do procedimento de formação do contrato, ao abrigo do RJCPRAA, a entidade contratante alegou que não lhe cabe «avaliar a competência da Assembleia Legislativa Regional para a aprovação do RJCPRAA, beneficiando os actos normativos por aquele órgão aprovados de presunção de conformidade com a Constituição da República Portuguesa e com o EPARAA». Sem embargo, manifestou o entendimento de que «nos termos do artigo 54.º, n.º 2 alínea c) do EPARAA, a Assembleia legislativa pode legislar em matérias que promovam a concorrência, onde (...) se inclui a contratação pública, nomeadamente a aquisição de serviços».

Afigura-se-nos que não assiste razão à entidade contratante, no que tange ao entendimento manifestado sobre a competência da Assembleia Legislativa para legislar sobre a contratação pública, quanto à aquisição de serviços, como a seguir se procurará evidenciar.

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, a competência para legislar sobre o regime jurídico da contratação pública relativo à aquisição de serviços.

A entidade adjudicante veio estribar a competência legislativa em causa, como acima se deixou dito, no artigo 54.º, n.º 2, alínea c) do EPARAA. Não pode pois deixar de se assinalar que, curiosamente, o legislador não invocou tal preceito como norma habilitante, mas apenas e tão só, genericamente, os artigos 37.º e 40.º do EPARAA.

Convém rever o elenco de matérias – taxativas como se disse – previstas na subsecção II do EPARAA em que a Assembleia Legislativa tem «competência legislativa própria», que passam por: «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, transportes e comunicações» (artigo 56.º), «Ambiente e ordenamento do território» (artigo 57.º), «Solidariedade e Segurança



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 2/2017 – SRATC (Processo n.º 81/2016)

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.

Pretender ver no invocado artigo 54.º do EPARAA e na referência que aí é feita à «promoção da concorrência» [n.º 2, alínea *c*)], a norma habilitante, como a entidade contratante fez na resposta é, a nosso ver, ir longe demais na interpretação do preceito, como norma habilitante.

Com efeito, 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).

A «promoção da concorrência», prevista na alínea *c*) do n.º 2 do artigo 54.º, citado, não é amparo suficiente para nela estribar a competência legislativa de definição e estabelecimento de todo um regime jurídico aplicável à contratação pública. 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, pelo que não pode reduzir-se àquela alínea a norma habilitante do RJCPRAA.

Aliás, afigura-se-nos antes que, pelas boas regras de interpretação, *máxime* a interpretação teleológica, a competência legislativa prevista no artigo 54.º, n.ºs 1 e 2, alínea *c*), 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 jurídico da contratação pública.

Nesta medida, não temos dúvidas em concluir que o invocado artigo 54.º, n.º 2, alínea *c*), do EPARAA, não é norma habilitante adequada que permita à Assembleia Legislativa legislar sobre o regime ou a regulação normativa da contratação pública de



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 2/2017 – SRATC (Processo n.º 81/2016)

fornecimento/aquisição de serviços, que é a contratação pública que está em causa no presente procedimento.

Por outro lado, 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», também não conferem, por si só, efetivamente, competência à Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores para legislar sobre todo o regime jurídico da contratação pública¹⁰, nomeadamente, no que ao caso interessa, sobre a aquisição de serviços.

7. 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 fornecimento/aquisição de serviços 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 serviços, 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 Moreira¹¹.

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 Morais¹² 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».

¹⁰ 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.

¹¹ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, Coimbra Editora, 4.ª edição revista, pág. 910.

¹² Obra citada, pág. 530.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 2/2017 – SRATC (Processo n.º 81/2016)

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 serviços, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 3.º, n.º 3, 277.º, n.º 1, e 204.º, todos da CRP.
9. Em consequência, deve o presente concurso público de aquisição de serviços 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 julho¹³, 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 reprimado, quando estejam em causa contratos públicos que tenham por objeto a aquisição de serviços, 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 reprimatória (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 Moreira¹⁴.

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

¹³ Diploma que foi revogado pelo artigo 103.º, alínea *d*), do RJCPRAA.

¹⁴ Obra citada, págs. 915 a 917.



Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho¹⁵. 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*, no *Diário da República*, no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores* e o procedimento respeitou os demais formalismos legais (*cf.*, entre outros, artigos 20.º, n.º 1, alínea *b*), 36.º, 130.º, 131.º e 465.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 serviços, 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 serviços 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:

¹⁵ 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 2/2017 – SRATC (Processo n.º 81/2016)

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

Emolumentos: 453,75 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)