



Transitado em julgado em 15/05/2017

ACÓRDÃO Nº 15/2017 – 26 de Abril – 1ª SECÇÃO/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 17/2016

PROCESSO Nº 74/2016 - SRATC

RELATOR: JUIZ CONSELHEIRO ALBERTO BRÁS.

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

I. RELATÓRIO.

1.

A **Região Autónoma dos Açores**, através da Secretaria Regional da Agricultura e Ambiente, não se conformando com a Decisão da SRATC [n.º 12/2016], de 26.10, que recusou o visto ao contrato de empreitada para ação de conservação ex-situ-empreitada de modelação de terreno, sinalética, remodelação de edifício e exposição interpretativa, na ilha do Faial, celebrado entre aquela primeira entidade (mas mediante a SRA Ambiente) e a empresa Afavias – Engenharia e Construções, Açores, S.A., no valor de € 462.425,00, acrescido de IVA, veio da mesma interpor recurso.

2.

A recorrente, nas suas alegações, concluiu como segue:

1. O presente recurso tem por objeto a decisão da Secção Regional do Tribunal de Contas (SRATC) que decidiu recusar o visto ao *contrato de empreitada para ação de conservação ex-situ – Empreitada de modelação de terreno, sinalética, remodelação de edifício e exposição interpretativa*, celebrado com a sociedade “*Afavia – Engenharia e Construções - Açores, S.A.*”, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.



2. A **norma jurídica central** que carece de interpretação, quanto ao seu exato sentido e alcance, será o artigo 465.º do Código dos Contratos Públicos (CCP); verifica-se por um lado, que **por um lado**, que a impossibilidade absoluta de publicação dos elementos referentes à formação e à execução dos contratos no Portal Base, a qual não é imputável à entidade adjudicante regional, nem pode ser, por alguma forma alternativa, suprida por esta entidade; e, por **outro lado**, constata-se que esta impossibilidade será transitória, ou seja, espera-se que a mesma seja ultrapassada *“até final do corrente ano”*, na sequência de desenvolvimentos tecnológicos que serão efetuados naquele portal pela entidade a quem compete a respetiva gestão.
3. Ainda que se entenda, conforme perfilhado pela decisão do SRATC, que com a falta de publicação estamos perante uma situação de violação do *princípio da concorrência*; este importante e basilar princípio de contratação pública não é de tal forma absoluto, que possa justificar a **paralisação da atividade da administração pública regional e das restantes entidades adjudicantes regionais** (e.g. autárquicas locais, totalmente alheias ao processo legislativo).
4. Na ponderação dos interesses protegidos por todos aqueles citados princípios, parecemos claro a primazia dos *princípios da prossecução do interesse público, da proporcionalidade e da razoabilidade*, sobre o *princípio da concorrência e da publicidade*, tendo mais que o *princípio da concorrência* não foi totalmente sacrificados; pelo contrário, foi respeitado e aplicado na forma e locais próprios, nomeadamente com as publicações de anúncios no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*;
5. O próprio legislador nacional não estatuiu qualquer sanção/consequência em caso de omissão da publicação referida no artigo 465.º do CCP
6. **Assumindo a vigência do artigo 465.º do CCP nos procedimentos pré-contratuais na RAA**, resta saber se com a sua **atual regulamentação (da responsabilidade do Governo da República)**, constante da Portaria n.º 701-E/2008, este artigo será sempre aplicável a todo e qualquer procedimento, ou se pelo contrário, em determinadas situações concretas dar-se o caso deste ser inaplicável.
7. Na aplicação da lei há que ter em conta dois aspetos: a **determinação da norma aplicável** e a **fixação da estatuição**.
8. A remissão do artigo 465.º do CCP para uma *“portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e das obras públicas”* implica que não estamos perante uma norma completa, vigente *per si*, uma vez que a sua eficácia depende da portaria que a regulamente. Assim, o artigo 465.º do CCP só será aplicável às situações e nos termos que a Portaria n.º 701-E/2008, que o regulamenta, indicar.



9. Nos termos do artigo 4.º da Portaria n.º 701-E/2008, para que possa ocorrer a “publicitação, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, dos elementos referentes à formação e à execução dos contratos públicos” (artigo 465.º do CCP) terá de se utilizar uma das “fontes imediatas de informação para o Portal dos Contratos Públicos”.
10. Perante esta **previsão/estatuição** da(s) norma(s) (artigo 465.º do CCP e artigo 4.º da Portaria n.º 701-E/2008), **aquela(s) norma(s) não são subsumíveis à base factual do caso concreto para que possam ser aplicáveis**.
11. O facto aqui relevante é que “O concurso público foi publicitado no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, II série, n.º 83, de 29-04-2016” e este **facto não viola qualquer norma jurídica** (seja do RJCPRAA ou do CCP); antes pelo contrário, dá cabal cumprimento ao artigo 27.º do RJCPRAA.
12. Mas esta mesma circunstância factual, nomeadamente não ser o *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores* fonte de informação no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, **impede na tarefa de qualificação tal facto a sua subsunção na estatuição** daquele artigo 4.º da Portaria n.º 701-E/2008.
13. **Não sendo submissível** (por motivo não imputável à entidade adjudicante e independentemente da vontade de qualquer interveniente) **naquela portaria, automaticamente não é também submissível à previsão e estatuição do artigo 465.º, n.º 1, do CCP**, pois este artigo define claramente que a publicação apenas é “obrigatória” nos “nos termos a definir por portaria”.
14. Assim se conclui, tal como defendido, em sede de instrução do processo de visto prévio, o artigo 465.º, n.º 1, do CCP nos termos em que se encontra regulamentado pela Portaria 701-E/2008 (designadamente o seu artigo 4.º), é inaplicável aos procedimentos pré-contratuais cujos anúncios sejam obrigatória e exclusivamente publicados no JORAA, nos termos do artigo 27.º do RJCPRAA.
15. Ora, sendo artigo 465.º do CCP inaplicável ao caso concreto (e enquanto se mantiverem as circunstâncias de facto e de direito que determinam essa inaplicabilidade), **não é possível concluir pela existência de qualquer ilegalidade**.



Sem prescindir, por dever de patrocínio

16. Caso se entenda que, ainda assim, estamos perante uma situação de ilegalidade objetiva, sempre seria **desproporcionada** (não só para o caso concreto, mas também os outros procedimentos da recorrente e de todas as outras entidades adjudicantes regionais) a **recusa de visto de conformidade do contrato**, com base na falta da publicação prevista no artigo 465.º do CCP (de impossível sanção de facto), nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC.
17. **Desproporcionada**, porque em primeiro lugar a **impossibilidade** da efetiva publicação dos elementos do formação e execução do contrato, prevista no artigo 465.º do CCP **não é imputável à entidade adjudicante**; em segundo lugar uma correta **ponderação de interesses e princípios** em causa e ao **efeito sistemático de total paralisação da atividade administrativa** de contratação pública da recorrente (e também demais entidades adjudicantes regionais, colocadas na mesma situação), permite uma compressão mitigada do princípio da concorrência; e em último lugar, porque estamos meramente perante uma situação de transitoriedade da limitação técnica que impede aquela publicação.
18. Assim, salvo melhor opinião, deveria a SRATC ter-se recorrido da faculdade conferida pelo n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, visando o contrato e, se o considerasse conveniente, recomendar às entidades competentes a adoção de



Tribunal de Contas

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.

Sempre sem prescindir,

19. Na *hermenêutica* do artigo 465.º do CCP teremos, entre outros, de atender aos diversos elementos da interpretação, nomeadamente aos seus elementos literal, lógico, sistemático, histórico e elementos complementares.
20. Verificando-se que a norma em causa – artigo 465.º - se insere nas *disposições finais da Parte V*, ou seja, sistematicamente relegada para as normas soltas e residuais.
21. Por outro lado, encontramos na *Parte II Contratação Pública – Título II Fase de formação do contrato*, um capítulo próprio dedicado aos anúncios de pré-informação (artigos 34.º e 35.º) e no *Título III Tramitação procedimental*, dentro de cada capítulo de cada procedimento concreto, as **normas próprias e específicas para a publicação e aviso aos interessados da decisão de contratar** – vide, artigos 130.º e 131.º; 157.º; 167.º; 197.º; 208.º; 225.º; 242.º.
22. 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.
23. Por outro lado, a norma em causa – artigo 465.º do CCP - não vigora por si só, fazendo depender a sua execução por “*termos a definir por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e das obras públicas*”, designadamente a Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de julho;
24. Em local algum desta portaria, incluindo o seu preâmbulo, é estabelecido como **objetivo da publicitação** dos elementos referentes à formação e execução dos contratos públicos a **proteção do princípio da concorrência**, no sentido desta publicidade constituir a forma correta e/ou adequada para avisar o mercado das intenções de contratar das entidades adjudicante.



25. Recorrendo outra vez ao elemento *lógico-sistemático*, verifica-se que no CCP apenas quanto ao *ajuste direto*, nos termos do artigo 127.º, a publicação no portal da Internet dedicado aos contratos públicos “*é condição [de eficácia] do respetivo contrato, independentemente da sua redução ou não a escrito, nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos.*”
26. O artigo 127.º do CCP permite-nos ainda realizar uma interpretação a contrário. Ou seja, salvo os contratos celebrados na sequência de ajuste direto, a publicação no portal da Internet dedicado aos contratos públicos de contratos celebrados na sequência de outros procedimentos pré-contratuais, *maxime* o concurso público, não é condição da sua eficácia.
27. Na situação *sub judice* o procedimento pré-contratual foi devidamente **publicitado** no JORAA, em estrito cumprimento do artigo 27.º, n.º 1, do RJCPRAA, concluindo então que os princípios invocados na decisão recorrida, da **publicidade** e **concorrência**, foram afinal cumpridos com aquela publicação, e assim sendo a preterição do disposto artigo 465.º do CCP jamais poderia produzir um efeito anulatório (cfr., alínea b) do n.º 3 do artigo 163.º do CPA).
28. E se, por mera hipótese teórica, se entendesse que em abstrato poderia haver uma alteração do resultado financeiro, imponha-se mais uma vez o uso do dispositivo previsto no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC – visando o contrato –, em virtude de o anúncio do concurso público ter sido publicado no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores e do mercado ter respondido como habitualmente, para além do supra alegado quanto à impossibilidade, não imputável à entidade adjudicante, da efetiva publicação dos elementos do formação e execução do contrato no Portal Base; à ponderação dos interesses e princípios em presença e ao efeito sistemático da paralisação da atividade administrativa de contratação pública na Região, e à transitoriedade da limitação técnica que impede esta publicidade.

Na falência dos supra,

29. As regiões autónomas têm, entre outros, poderes para “*legislar no âmbito regional em matérias enunciadas no respetivo estatuto político-administrativo e que não estejam reservadas aos órgãos de soberania*”, de acordo com o artigo 227.º, n.º 1, alínea a) da CRP, que consagrou o chamado **primado do direito regional sobre a legislação**



Tribunal de Contas

- nacional, com a 6.^a revisão constitucional, dada pela Lei Constitucional 1/2004, de 24 de julho;
30. O RJCPRAA, no seu artigo 25.º, quanto ao regime jurídico aplicável à *fase de formação dos contratos* admitiu expressamente a vigência das “*regras estatuídas pelo Código dos Contratos Públicos, considerando as especificidades constantes das secções seguintes*” do próprio decreto legislativo regional;
 31. O fundamento da vigência do CPP na RAA é o próprio RJCPRAA, sendo certo que esta vigência do código não é total e plena; nem todas as normas do CCP vigoram na RAA e ainda, dentro dos normativos vigentes, os mesmos terão de ser adaptados e interpretados com respeito das especificidades definidas RJCPRAA.
 32. O cumprimento daquela norma específica regional – artigo 27.º, n.º 1 –, impede a aplicação prática do estatuído no artigo 465.º do CCP, **não porque haja uma contradição legal direta e imediata entre as redações daqueles normativos** (que a existir seria sempre resolvido a favor da norma regional, em respeito pelo primado do direito regional), **mas porque o artigo 465.º do CCP faz depender a sua execução de um ato regulamentar**, designadamente uma portaria conjunta dos membros do governo responsáveis pelas finanças e obras públicas (no caso concreto, a Portaria n.º 701-E/2008, já com oito anos de vigência), que não considera como “*fontes imediatas de informação*” o *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, mas tão só o *Diário da República*.
 33. A entrada em vigor de um ato normativo, ainda que sob a forma de decreto legislativo regional, **implica que o restante ordenamento jurídico o acomode sistematicamente.**
 34. Em concreto a Portaria n.º 701-E/2008, terá de ser enquadrada sistematicamente não só com as *leis e decretos-leis*, emanados pela Assembleia da República e pelo Governo, como também pelos *decretos legislativos regionais*, emanados pelas assembleias legislativas regionais, pois são os três tipos de atos legislativos constitucionalmente consagrados.
 35. Defender a prevalência de uma disposição de uma portaria, ainda que emanada pelo Governo da República, seria colocar em causa toda a unidade e hierarquia do ordenamento jurídico e uma violação do disposto do artigo 112.º da CRP e



Tribunal de Contas

da autonomia político-administrativa das regiões autónomas dos Açores e da Madeira, constitucionalmente consagrada, na CRP, e da organização política do país, enquanto **Estado Unitário Regional**.

36. Assim, está em manifesta contradição disposto no artigo 4.º, alínea a), da Portaria n.º 701-E/2008, com o disposto nos artigos 27.º do RJCPRAA e artigo 465.º do CCP, uma vez que não prevê, nem admite, como *fonte imediata de informação* os anúncios publicados no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*.
37. O legislador regional não deve obediência a portarias e como tal não tem, nem deve, de adaptar as suas opções legislativas a disposições constantes em portarias, sob pena de menosprezo institucional grave da sua atividade legislativa primária.
38. As consequências da presente situação fáctica não podem, nem devem recair sobre o legislador regional (aqui chamado por sugestão da SRATC), 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 da Governo Regional dos Açores, que a recorrente integra.

Por eventual inconstitucionalidade interpretativa,

39. As regiões autónomas têm, entre outros, poderes para “*legislar no âmbito regional em matérias enunciadas no respetivo estatuto político-administrativo e que não estejam reservadas aos órgãos de soberania*”, de acordo com o artigo 227.º, n.º 1, alínea a), da CRP, que consagrou o chamado primado do direito regional sobre a legislação nacional, com a 6.ª revisão constitucional, dada pela Lei Constitucional 1/2004, de 24 de julho.
40. 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.
41. Perante este conflito de normas: de um lado o artigo 27.º do RJCPRAA e do outro o artigo 465.º do CPP, com a regulamentação da Portaria n.º 701-E/2008, a



Tribunal de Contas

única resolução deste conflito, de acordo com o *Direito* e com a *Constituição*, será **uma interpretação jurídica que dê prevalência ao normativo regional.**

42. A interpretação da decisão recorrida de que um procedimento, cumpridor do estatuído no diploma regional, nomeadamente no artigo 27.º do RJCPRAA, viola necessariamente o artigo 465.º do CPP e sua regulamentação e, como tal, está ferido de ilegalidade é **uma interpretação desconforme o disposto no artigo 112.º da Constituição da República Portuguesa, que consagrou o primado do direito regional sobre o direito nacional.**
43. Qualquer interpretação de uma norma de âmbito nacional que afaste ou derogue uma norma regional, fazendo aquela prevalecer sobre esta, é inconstitucional, por violação do artigo 112.º da CRP, como no caso dos presentes autos e que aqui se invoca para todos os devidos efeito

(...)

Termina, peticionando a procedência do recurso, a revogação da decisão recorrida e a sua substituição por uma outra que conceda o visto ao contrato em apreço.

3.

O Ministério Público emitiu parecer, considerando, aí, que, sendo o fim inscrito na norma (o art.º 465.º, do CCP) a publicidade do anúncio, então, face ao processo de revisão do CCP e à incompletude do novo regime de contratação pública na RAA, a ultrapassagem do obstáculo tecnológico temporário passará pela continuação da publicitação, através da funcionalidade do Diário da República, no Portal dos Contratos Públicos, também designado “*Portal base*”, de âmbito territorial nacional.

4.

Foram colhidos os vistos legais.



II. FUNDAMENTAÇÃO: FACTOS E ENQUADRAMENTO JURÍDICO.

5.

Para além da materialidade inscrita em 1., deste acórdão, considera-se assente, por não impugnada [vd. art.º 663.º, n.º 6, do CP Civil], toda a factualidade tida por fixada na Decisão recorrida, destacando-se, pela sua relevância, a seguinte:

a.

Por despacho do Secretário Regional da Agricultura e Ambiente, de 20.04.2016, foi autorizada a abertura de concurso público para a celebração de contrato de empreitada de obras públicas, com o objeto e âmbito referidos em 1., deste acórdão;

De acordo com a cláusula 38.^a, do caderno de encargos, a quantia a pagar ao empreiteiro não pode exceder o montante de € 475.000,00, acrescido de IVA à taxa legal em vigor.

b.

O concurso público foi publicitado no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores, II Série, n.º 83, de 29.04.2016.

c.

Apresentaram-se a concurso três concorrentes – Tecnovia Açores, Afavias – Açores, S.A., e Nascimento Neves e Filho, L.^{da} –, apresentando propostas nos valores de € 474.950,00, € 462.425,00 e € 464.798,26, respetivamente.

d.

Em 13.07.2016, e ainda por despacho do Secretário Regional da Agricultura e Ambiente, foi adjudicada a empreitada;

e.

Em fase administrativa do processo, foram solicitados esclarecimentos sobre a [in]validade do procedimento, atento o suposto incumprimento do disposto no



Tribunal de Contas

art.º 465-º, n.º 1, do CCP, tendo, em resposta, a entidade adjudicante advogado que o incumprimento daquela norma se deveu a impossibilidade técnica e tecnológica.

6.

Na observância dos art.ºs 662.º, n.º 2, do CP Civil, e 80.º, da LOPTC, e atenta a sua relevância para a decisão, adita-se à matéria de facto tida como assente em ponto que antecede [n.º 5] outra factualidade vertida nos autos de recurso n.º 2/2017, a correr termos neste Tribunal e Secção, a saber:

- Em 15.11.2016, o Gabinete do Secretário Regional Adjunto da Presidência do Governo da RAA para os Assuntos Parlamentares remeteu ofício ao Presidente da Associação de Municípios da RAA, informando, relevantemente, já estarem disponíveis no Portal Base, para as entidades adjudicantes da RAA, os formulários para preenchimento da informação relativa aos procedimentos de formação dos contratos públicos, cujo anúncio seja apenas publicitado no JORAA [Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores], bem como os relativos ao bloco técnico de dados;

E, prosseguindo, informa, ainda, que, após a submissão do formulário é criado o procedimento no Portal Base ficando, também, disponíveis as restantes funcionalidades de comunicação do relatório de formação do contrato ou relatório de contratação;

Por último, e relativamente aos procedimentos não publicitados no portal Base por impossibilidade tecnológica de interligação e interoperabilidade entre o JORAA e o Portal dos contratos públicos, as entidades adjudicantes da RAA são esclarecidas da possibilidade de procederem imediatamente à sua publicitação em tal Portal, preenchendo os formulários, relatório de formação do contrato, relatório da contratação e restantes elementos do bloco de dados, quando aplicáveis.



DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO.

7.

Percorridas as alegações e conclusões deduzidas pela recorrente, estas últimas delimitadoras do objeto do recurso, erguem-se questões que exigem apreciação, a saber:

- Da [in]aplicabilidade do art.º465.º, do CCP, na Região Autónoma dos Açores [abreviadamente, RAA], atento o disposto no art.º 27.º, do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015-A, de 29.12, que aprovou o Regime Jurídico dos Contratos Públicos [doravante, RJCPRAA];
- Da invocada violação da Constituição da República Portuguesa, e, mais concretamente, o seu art.º 112.º, por eventual preterição da unidade e hierarquia normativa ali estabelecida e, também, vertida na Lei n.º2/2009, de 12.01 [aprova a terceira revisão do Estatuto Político-Administrativo da RAA].

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

8. Da [in]aplicabilidade do art.º 465.º, do CCP, na RAA, considerando o disposto no art.º 27.º, do DLR n.º 27/2015-A, de 29.12, que aprovou o RJCPRAA.

a.

Do Regime legal aplicável à contratação pública de empreitadas na RAA.

Como é sabido, o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29.12, aprovou o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores [RJCPRAA], vigorando desde 01.01.2016, aprovação essa levada a efeito pela Assembleia Legislativa da RAA e ao abrigo dos art.ºs 227.º, da CRP, e 37.º e 40.º,



Tribunal de Contas

do Estatuto Político-Administrativo daquela Região Autónoma [abreviadamente, EPARAA].

Conforme decorre da respetiva exposição de motivos, este diploma legal transpôs para a Região Autónoma dos Açores a Diretiva n.º 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26.02.2014, relativa aos contratos públicos.

E, na melhor concretização do aí afirmado, o art.º 1.º, n.º 1, do diploma legal em apreço, refere, expressamente, que este aprova o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na RAA, transpondo, parcialmente, e para o ordenamento jurídico Regional, a Diretiva n.º 2014/24/EU relativa aos contratos públicos, definindo, ainda e agora, a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.

a.1.

Até à sua entrada em vigor vigorava na RAA, e no domínio da contratação pública, o Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28.07, alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 15/2009/A, de 06.08, que, nos termos do art.º 1.º, estabelecia regras especiais a observar na contratação pública definida no Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29.01, doravante designado Código dos Contratos Públicos [e, abreviadamente, CCP].

Desde já, se anota que no anterior regime estavam em causa *“regras especiais a observar na contratação pública”*, melhor definida na CCP, ao passo que, no domínio do recente RJCPRAA, se fixa um *“regime jurídico próprio”* para os contratos públicos a celebrar na RAA, a *“definição de disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo”*.

Por último, e sublinhando, importará referir que, não obstante se ter estabelecido no RJCPRAA [vd. n.º 3.º, n.º 1], que este diploma legal não prejudica as normas que compõem o regime jurídico da contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos constantes do CCP, sempre se dirá que o âmbito daquele diploma legal surge, agora, bem diverso e com acrescida abrangência.



Tribunal de Contas

Na ilustração do afirmado, e ainda na melhor apreensão do propósito do legislador da RAA, importará atentar na relevância concedida aos denominados “*pequenos mercados*” regionais e, por fim, ao imperioso impulso económico que pode e deve ser transmitido às pequenas e médias empresas locais [vd. o teor da exposição de motivos que precede o RJCPRAA].

a.2.

Enfatizamos, também, que a transposição da Diretiva 2014/24/EU, concretizada com a aprovação do RJCPRAA, antecipa-se ao ocorrido no âmbito da ordem jurídica nacional, espaço em que tal integração ainda não ocorreu.

Circunstância que, só por si, confere complexidade ao quadro normativo aplicável, certamente assente na difícil compatibilização de normas europeias, nacionais e regionais em presença e que concorrem na disciplina da contratação pública.

a.3.

Ainda imbrincada com a particularidade enunciada em alínea que antecede [a.2.] surge, inevitavelmente, a questão reportada à possibilidade de uma Região Autónoma aprovar um regime, porventura derogatório de um código vigente no espaço nacional, e em que medida.

A propósito, e na busca de esclarecimento, ainda que periférico, de tal matéria, realça-se que os decretos legislativos regionais, enquanto atos legislativos, têm a mesma dignidade constitucional que as leis e decretos-leis [vd. art.º 112.º, da CRP], estando, no entanto, obrigados a observar a Constituição, outras normas que aos mesmos se superiorizam e, também, as leis de valor reforçado [leis orgânicas, leis que requerem aprovação por maioria de dois terços e outras definidas, constitucionalmente, como pressuposto normativo necessário de outras leis], as leis de bases e, mui naturalmente, as leis de autorização legislativa.



Tribunal de Contas

O CCP, reconheça-se, não é uma lei de valor reforçado ou uma lei de bases, motivo porque *“não é um ato legislativo que, por si, parametrize a autonomia legislativa regional”*¹.

a.4.

No prosseguimento da abordagem da questão acima suscitada, reportada à delimitação do domínio material da competência legislativa da RAA, adianta-se que os decretos legislativos regionais se subordinam às matérias identificadas no correspondente estatuto político-administrativo e não reservadas aos órgãos de soberania [o regime de contrato pública não se mostra reservado aos órgãos de soberania].

Sob este enquadramento, cumpre pois, saber se a contratação pública se inclui no elenco das matérias previstas no estatuto político-administrativo da RAA [vd. art.º 41.º e segs.] e, nessa medida, se é passível de normatização via decretos legislativos regionais.

a.5.

De acordo com os art.ºs 37.º e 40.º, do EPARAA, e 227.º, n.º 1, alínea x, da CRP, a Assembleia Legislativa da RAA tem competência para *“legislar no âmbito regional em matérias enunciadas no respetivo estatuto político-administrativo e que não estejam reservadas aos órgãos de soberania”* e, nessa medida, *“transpor os atos jurídicos da União Europeia para o território da Região”* [na forma de decreto legislativo regional], particularizando, contudo, que esta última atribuição se restringe a *“matérias de competência legislativa própria”*.

Trata-se, segundo Carlos Blanco de Moraes², de uma competência legislativa regional *“de recorte puramente habilitante que permite às regiões transpor diretivas, mas não garante a transposição regional de todas as diretivas sujeitas a transposição na ordem jurídica portuguesa”*.

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

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



Tribunal de Contas

Como bem decorre dos art.ºs 49.º a 67.º, do EPARAA, as matérias aqui elencadas e integradas na competência legislativa própria da Assembleia Legislativa da RAA não incluem as reportadas, de modo expresso e direto, à contratação pública e ao regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo [vd. art.º 1.º, n.º 1, do RJCPRAA].

Porém, o art.º 56.º, n.º 2, al. b), ainda do citado EPARAA, atribui à Assembleia Legislativa da RAA competência para legislar em matéria de infraestruturas, transporte e comunicações, e, em particular, sobre o regime de empreitadas e obras públicas. O que, e saliente-se, determinou a SRATC, em decisão [n.º 2/2017] aí proferida, a considerar que tal norma habilitava a Assembleia Legislativa da RAA a legislar em matéria de empreitadas.

Embora respeitável, tal orientação decisória não terá relevado, na melhor dimensão, a distinção, operada por lei, entre regime disciplinador da contratação pública, de um lado, e o regime atinente à disciplina substantiva dos contratos administrativos, do outro, incluindo-se nestes últimos as empreitadas. Distinção que bem poderá legitimar fundadas dúvidas sobre a [in]constitucionalidade orgânica do RJCPRAA relativamente à normação disciplinadora da contratação pública.

E embora admitamos [mas com alguma reserva] que as empreitadas de obras públicas se acolhem ao conceito vasto de “*regime da contratação pública*” e, assim, se legitime a Assembleia Legislativa a legislar em tal domínio, não deixaremos de acentuar que a atividade legislativa por esta implementada se subordina, imperativamente, a princípios e normas de proveniência europeia e de natureza constitucional, que também se erguem como seu firme limite.

b.

Empreitadas de obras públicas

E

Limites à autonomia legislativa regional.

É sabido que a concorrência constitui um dos princípios estruturantes do regime da contratação pública.



Tribunal de Contas

De resto, e na boa apreensão de tal princípio, constitui jurisprudência firme e reiterada deste Tribunal o entendimento de que só um procedimento de formação de contrato público vinculado, **em todas as suas fases**, a uma efetiva dimensão concorrencial, salvaguardará, ainda, os princípios da igualdade e da transparência e, a final, acautelará o interesse público³.

O tratado sobre o funcionamento da União Europeia [TFUE], as diretivas europeias reportadas à contratação pública, a CRP e o Código de Procedimento Administrativo, balizadores da atividade legislativa, a desenvolver nos espaços nacional e regional, não só acolhem, vastamente, tal dimensão principialista, como procedem à respetiva explicitação.

Na ilustração do afirmado, destacamos o art.º 266.º, n.ºs 1 e 2, da CRP, diretamente aplicável às relações jurídicas pré-contratuais no domínio da contratação pública, e a novel Diretiva n.º 2014/24/EU, que, nos seus termos, prescreve, ainda em tal matéria, o respeito pelos princípios firmados no TJUE, com destaque para os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços, acrescentando a estes os princípios da transparência, da igualdade, da não discriminação e da proporcionalidade.

E estes princípios, sublinhe-se, mostram-se operantes, ainda que os contratos em causa se situem fora do âmbito de aplicação das referidas diretivas [vd. interpretação seguida pelo TJUE e concretizada nos Processos C-324/98 (Telaustria) e C-231/03 (Coname)], embora se admita alguma flexibilidade em casos de “*interesses transfronteiriços*” certos [vd. processo n.º C-507/03 (Comissão Us. Irlanda)].

b.1.

Mas, e prosseguindo na abordagem dos princípios ora invocados e naquelas estruturas a contratação pública, é oportuno lembrar que assegurar a concorrência efetiva no domínio da contratação pública corresponde o garantir o acesso de todos

³ Vd. entre outros, o Ac. n.º 15/2014, 1.ª S/SS e o Ac. n.º11/2017-1.ª S/PL.



Tribunal de Contas

os operadores aos mercados públicos em condições de igualdade e a salvaguardar o interesse financeiro público.

Por outro lado, e a propósito da admissibilidade legal da gradação na concretização do princípio da concorrência, sempre se dirá que as entidades adjudicantes adotarão o procedimento mais adequado à situação em causa. Donde, e como corolário, se deva concluir **que a extensão das publicações exigidas** é determinada pela dimensão do mercado a que se dirige a contratação e não pela jurisdição da entidade adjudicante [neste sentido, e expressamente, Mário E. Oliveira/Rodrigo E. de Oliveira, in Concursos e outros procedimentos de contratação pública, Almedina 2011].

b.2.

Ainda na senda da legislação com relevo para a análise em curso e alusiva aos princípios invocados, **lembramos o disposto no art.º 1.º, n.º 3, do RJCPRAA**, onde se afirma que as normas deste diploma legal não prejudicam a aplicação daquelas integradoras do regime jurídico da contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos constantes do CCP, **e o preceituado no art.º 4.º, n.º 1, também daquele diploma legal**, norma que obriga à aplicação, no âmbito da contratação pública, e pelas entidades adjudicantes regionais, dos princípios gerais de garantia da legalidade administrativa e dos princípios fundamentais de contratação pública, nomeadamente, os decorrentes do CPA e dos Tratados da União Europeia, com especial destaque para os princípios da concorrência, transparência, boa-fé e da imparcialidade.

O princípio da publicidade, atinente a matéria que, centralmente, desenvolveremos em fase ulterior, englobar-se-á no princípio da transparência.

b.3.

Conforme observam Mário e Rodrigo Esteves Oliveira⁴, *“o bom nome do mercado da contratação pública assenta em tais princípios”* [os citados em alínea que

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



Tribunal de Contas

antecede] e, em termos tais, que a sua violação coloca em crise a função projetada para tal mercado e o crédito público em que se apoia o seu funcionamento.

Enfim, sob acréscimo, tais princípios para além de conduzirem e parametrizarem a elaboração das regras atinentes à contratação pública, constituem, ainda, elemento seguro no âmbito da interpretação das normas, assumem função reguladora e decisória na ausência de norma expressa e afastam a convocação de regras que, a si subordinadas, se revelem incompatíveis com o seu teor.

Eis, pois, os princípios aplicáveis à contratação pública, verdadeiras fontes de direito, presentes em diplomas legais fundamentais, de raiz europeia e nacional, e que, inequivocamente, devem balizar a atividade legislativa regional e traçar os limites à autonomia em tal âmbito.

c.

Da publicitação no domínio da contratação pública de empreitadas

E

Respetiva tramitação na Região Autónoma dos Açores.

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

A publicação dos anúncios dos concursos no Jornal da Região [aliás, ditada pelo RJCPRAA] e não também no Diário da República e no Portal Base, deveria, afinal, ser compreendida sob tal contextualização.

Vejamos, desenvolvendo, se assiste razão à recorrente.

c.1.

Mostra-se claro que, com a entrada em vigor do RJCPRAA, a publicação obrigatória dos anúncios dos contratos públicos [excluem-se os casos em que é



Tribunal de Contas

obrigatória a publicitação no JOUE] foi limitada ao Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores [JORAA].

À parte a sua disponibilização “*on line*”, gratuita e universal, o certo é que, a partir de 01.01.2016, data do início da vigência do DLR n.º 27/2015-A que aprova o RJCPRAA, ocorre uma evidente restrição na publicitação dos concursos públicos a tramitar na RAA, atenta a não obrigação de divulgação no Diário da República, mas apenas no JORAA, o que, e anotamos, passou a contrariar a prática seguida até 31.12.2015, data em que cessou a vigência do DLR n.º 34/2008-A, de 28.07, e que exigia, também, a divulgação dos procedimentos em sede imposta pelo Código dos Contratos Públicos, ou seja, no Diário da República e no JOUE, ainda que em função dos valores e tipos contratuais em causa [vd. art.º 130.º e 131.º, do CCP].

c.2.

A publicitação do procedimento tendente à formação do contrato público, e nomeadamente, no âmbito do concurso público, constitui, sem qualquer dúvida, uma via indispensável à observância e concretização dos princípios da concorrência, da igualdade, da transparência e da imparcialidade. De resto, é inequívoco que o bom funcionamento do mercado da contratação pública depende, em larga medida, da boa e adequada publicidade da vontade de contratar.

A observância dos princípios da concorrência, da transparência e da imparcialidade [entre outros...], exigida pelo CCP, por tratados e normas regionais, e a ter lugar, até, nas situações em que o valor dos contratos não atinge o limiar da aplicação das disposições comunitárias, deverá, pois, subordinar-se à máxima publicidade, ainda que esta se circunscreva ao território nacional.

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



Tribunal de Contas

Na verdade, e explicitando, nenhuma norma do CCP ou do RJCPRAA impõe que o acesso a algum procedimento [nomeadamente, o concurso público] promovido por entidades adjudicantes regionais seja reservado a agentes económicos da Região Autónoma. E, deste modo, nenhuma especificidade regional constituirá razão para encurtar o âmbito da divulgação/publicitação de procedimento. De contrário, afrontar-se-ia, até, a Constituição, por evidente violação do princípio da igualdade.

c.3.

Conforme já escrevemos, segundo o RJCPRAA, na formação dos contratos são aplicáveis as regras estatuídas pelo CCP, embora considerando as especificidades constantes das secções seguintes [vd. art.º 25.º].

E, ainda nesta secção, o art.º 27.º, n.º 1, dispõe, agora, que, *“nos termos do presente diploma, a não ser exigível a publicação de anúncio no JOUE, os anúncios dos contratos a adjudicar por entidades públicas regionais são apenas publicitados no Jornal Oficial da RAA”*, conforme modelo aprovado por portaria competente.

O RJCPRAA estipula, pois, uma prática de publicitação procedimental que contraria a constante do DLR n.º 34/2008-A, o qual previa a divulgação não apenas no JORAA, mas também no Diário da República [vd. art.º 6.º].

Tendo presente as considerações efetuadas em trono dos princípios estruturantes da contratação pública e considerada a publicitação da vontade de contratar como um instrumento da sua observância e concretização, importará indagar se a aparente redução operada pelo RJCPRAA [vd. art.º 27.º] e acima transcrita ofende e afeta tal dimensão principialista [em especial, o princípio da concorrência] estabelecida nos art.º 4.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA, e 1.º, n.º 4, do CCP.

Então, vejamos.



c.4.

Segundo o art.º 16.º, do DLR n.º 25/2003/A, alterado pelo DLR n.º 14/2007/A, de 25.06, o Jornal Oficial da RAA é editado em suporte eletrónico em sítio adequado, de acesso livre e gratuito. Para além disso, trata-se de uma publicação disponibilizada “*on line*” na internet.

É, pois, de concluir, e desde já, que, apesar da publicitação ocorrer em órgão regional, um potencial interessado aceder-lhe-á sem dificuldade. Daí que a não publicação dos anúncios no Diário da República não condicione, de forma determinante, o acesso à informação procedimental, impedindo o seu conhecimento.

Reconhecemos, no entanto, que a centralização da informação em único acesso facilita a pesquisa e também não se olvida que a ampla publicitação favorece o alargamento da concorrência, mostrando-se, até, incompreensível o seu encurtamento.

E não deixaremos de sublinhar que, mesmo ao nível do mercado único europeu de contratação pública, o legislador comunitário considera que, atingido o valor em que os contratos passam a revestir-se de interesse transfronteiriço certo, a correspondente publicidade é, obrigatoriamente, centralizada no JOUE e a publicidade nacional assume carácter facultativo. Admite-se, pois, a preferência por uma publicitação ampla e centralizada, sendo facultativa a publicitação com âmbito menos alargado.

c.5.

Aqui chegados, e tendo em conta que o legislador regional detém competência para consagrar a solução prevista no art.º 27.º, n.º 1, do RJCPRAA [publicitação apenas no JORAA], acompanhamos o entendimento expresso em acórdão n.º 6/2017/1.ªS/PL, e, onde, ainda na esteira de Mário a e Rodrigo Esteves de Oliveira, se afirma estarmos perante uma situação de mera perturbação de um princípio, que não perante a violação do mesmo e de alguma ilegalidade passível de gerar efeitos invalidantes.



Tribunal de Contas

A solução legal encontrada, embora não seja a desejável, não compromete o acesso dos interessados à informação tida por relevante.

Deste modo, a publicitação dos concursos públicos apenas no JORAA não infringe algum princípio constitucional, embora, como já referimos, constitua uma solução marcada pela irrazoabilidade e inequivocamente perturbadora do princípio da ampla publicitação da vontade de contratar.

d.

Da contratação pública na Região Autónoma dos Açores.

Publicitação dos anúncios no Portal Base.

Como é sabido, o n.º 1, do art.º 465.º, do CCP, estabelece, como obrigatória, “a publicação no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, dos elementos referentes à formação e execução dos contratos públicos, desde o início do procedimento até ao termo da execução, em termos a definir por portaria conjunta dos ministros responsáveis pelas áreas das finanças e das obras públicas”, devendo, para cumprimento do dever referido nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, “utilizar-se os meios eletrónicos, nomeadamente, a plataforma de interoperabilidade da administração pública”, sendo esta última imposição introduzida apenas em 2012 e mediante o Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12.07.

Ao longo das alegações, e lembrando, a recorrente afasta a obrigatoriedade de tal publicitação, estribando-se no já citado e transcrito art.º 27.º, do RJCPRAA, rejeição que abrangerá a publicação do anúncio e a respetiva divulgação. Posição que, por imposição legal, urge enfrentar.

d.1.

Presentemente, e por força da Portaria n.º 701-E/2008, de 29.07, que assegurou a regulamentação do art.º 465.º, do CCP, os anúncios de procedimentos de contratação pública deverão ser publicados integralmente no portal dos contratos públicos, apelidado de “portal base”, e com base em informação transmitida a partir do Diário da República eletrónico.



Tribunal de Contas

A inclusão do anúncio de abertura do procedimento no “*portal base*” assume, assim, uma forma adicional de divulgação do mesmo. E com vantagem para os operadores económicos, atenta a concentração num único sítio de todos os anúncios relativos à abertura de procedimentos e contratação públicos.

Tal forma de publicitação, apesar de reforçadora e acrescida, nem sequer é facultativa, mas obrigatória. E, adiante-se, deverá ser exercitada em tempo que permita aos potenciais concorrentes o “*aproveitamento útil*” do procedimento [entre o mais, concorrer, apresentando propostas...]. De contrário, incorrer-se-ia em limitação, sempre grave, dos princípios estruturantes da contratação pública, e, em especial, o da transparência.

d.2.

Repetindo-nos, o art.º 465.º, do CCP, sob a epígrafe “*Obrigação de Comunicação*”, e já sob a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, manda publicitar no denominado “*portal base*” os elementos referentes à formação e à execução dos contratos públicos. Ou seja, pela sua vastidão e abrangência, tal imposição não se circunscreve à mera divulgação do anúncio de abertura do procedimento. Ajusta-se, de resto, ao preceituado nos art.ºs 466.º e 472.º, ainda do CCP, que, na sua letra, consideram o referido “*portal base*” um verdadeiro instrumento de congregação de informação sobre contratação pública e que, entre o mais, propiciará o adequado tratamento estatístico, monitorização e, até, o seu reporte aos órgãos competentes da União Europeia.

Conforme jurisprudência⁵ recente desta Secção (1.ª), é, pois, inegável a propensão publicística do portal dos contratos públicos. Afigura-se-nos, porém, que a mesma se reconduz ao princípio da transparência que, imperativamente, informa a atividade administrativa e, não tanto, à salvaguarda do princípio da concorrência.

Esta asserção encontra, de resto, algum respaldo em doutrina autorizada⁶.

⁵ Vd. Ac.7/2017, in Recurso n.º2/2017.

⁶ Mário e Rodrigo E. Oliveira, em obra já referenciada, limitam-se a adiantar que o portal da Internet permite a eventuais interessados obter informação que a lei manda disponibilizar, ainda que não tenham participado no procedimento.



Tribunal de Contas

Não se vislumbra, pois, alguma razão que sustente ou avalize o afastamento e/ou inaplicação do referido art.º 465.º, do CCP, pelo art.º 27.º, do RJCPRAA.

Esta norma, e sublinhe-se, dirige-se, tão-só, a “*anúncio procedimental*”, não abarcando a vasta informação e os atos divulgados no “*portal base*”.

d.3.

Aqui chegados, é seguro afirmar que o art.º 465.º, do CCP, é plenamente aplicável na Região Autónoma dos Açores.

Desde logo, e sintetizando, **porque tal norma** encerra um desígnio de transparência, assente na Constituição, no direito europeu e no CP Administrativo, que, claramente, se impõe ao legislador regional [vd., ainda, o art.º 4.º, n.º 1, do RJCPRAA], **porque tal princípio** não é, assim, afastável [e afastado!] pelo art.º 27.º, do referido RJCPRAA, e, finalmente, porque inexistindo especificidades relevantes [como no caso em apreço], os próprios art.ºs 1.º, 15.º e 25.º, do RJCPRAA, obrigam à aplicação do mencionado art.º 465.º, do CCP.

d.4.

Pelo exposto, e nesta parte, o argumentado e peticionado pela recorrente não procedem.

9.

Da eventual violação da CRP, e, em especial, do seu art.º 112.º.

a.

Nas suas alegações, **o recorrente afirma que a decisão recorrida**, perante o conflito normativo existente entre as regras constantes do art.º 27.º, do RJCPRAA, por um lado, e o art.º 465.º, do CCP [com a regulamentação decorrente da Portaria n.º 701-E/2008], por outro, fez prevalecer a disciplina contida no art.º 465.º, do CCP, sobre o art.º 27.º, do RJCPRAA.



Tribunal de Contas

E, prossegue o recorrente, tal entendimento ou interpretação secundariza o direito regional face ao direito nacional, assim violando o art.º 112.º, da CRP, que consagra o primado do direito regional.

b.

Preliminarmente, e agora na contenção de alguma “*exaltação*” a propósito da existência do primado do direito regional, sempre diremos, contrariando o recorrente, que o mesmo não tem qualquer consagração constitucional.

Com efeito, e na invocação de Gomes Canotilho e Vital Moreira⁷, importará precisar que “*a competência legislativa das regiões autónomas em matérias não reservadas aos órgãos de soberania e de âmbito especificamente regional não resulta de competência legislativa exclusiva ou de algum critério de prevalência do direito regional sobre as normas estaduais*”, pois, como bem se compreenderá, num estado unitário, tal critério de prevalência apenas lograria consagração constitucional para manter a unidade do sistema jurídico com prevalência do ordenamento suprarregional, não para sustentar a convicção do recorrente, que, claramente, a afronta.

Ademais, face ao disposto no art.º 112.º, da Constituição, embora os decretos legislativos regionais tenham a mesma dignidade constitucional que as leis e Decretos-Leis, convirá lembrar, e para reflexão, que o n.º 2, daquela norma, apenas equipara, em valor, estes dois últimos atos legislativos.

c.

Reconduzindo-nos à alegada inconstitucionalidade, entendemos não se verificar qualquer conflito entre as normas constantes dos art.ºs 465.º, do CCP, e 27.º, do RJCPRAA, e respetiva regulamentação.

Tão-pouco, admitimos que tal inconstitucionalidade decorra de interpretação de tais normas e vertida na decisão recorrida.

⁷ Vd. CRP, Anotada, Vol. II, art.º 228.º.



Tribunal de Contas

Precisando, depara-se-nos apenas um conjunto de normas, de natureza europeia, nacional e regional, que, na aplicação [e são todas aplicáveis] ao caso em apreço, sugerem um adequado exercício de harmonização.

Entendimento sustentado no art.º 1.º, n.º 3, do RJCPRAA, que, como é sabido, não inclui a aplicação, na RAA, das normas atinentes á contratação pública e ao regime substantivo dos contratos públicos contidas no Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29.01 (CCP).

Na ausência de qualquer conflito de normas, soçobra a invocada desconformidade do art.º 465.º, do CCP, com a CRP, nomeadamente, quanto ao **pretense** *"primado do direito regional sobre o direito nacional"*, inconstitucionalidade que o recorrente também vislumbra na interpretação normativa seguida, em tal matéria, pela Decisão recorrida.

d.

Improcede, assim, a inconstitucionalidade invocada pela recorrente.

10.

E, sumariando, conclui-se como segue:

a.

A atividade legisferante a implementar pela Assembleia Legislativa da RAA em matéria de contratação pública subordina-se, obrigatoriamente, a princípios e normas de proveniência europeia e de natureza constitucional.

b.

A publicitação do procedimento tendente à formação dos contratos públicos assume-se como instrumento privilegiado de concretização dos princípios da concorrência, da igualdade e da transparência, que são estruturantes da contratação pública.



Tribunal de Contas

E, daí, a obrigatória erradicação de condutas que, injustificadamente, mingam o seu âmbito e medida, cerceando-lhe os normais e pretendidos efeitos legalmente suportados.

c.

A norma constante do art.º 27.º, n.º 1, do RJCPRAA [prevê publicitação apenas no JORAA] perturba, claramente, a aplicação do princípio da ampla e máxima publicitação do procedimento, não encerrando, contudo, a sua frontal violação.

d.

o art.º 465.º, do CCP, que manda publicitar no “*portal base*” os elementos referentes à formação e execução dos contratos públicos, é plenamente aplicável na Região Autónoma dos Açores.

Desde logo, porque tal norma encerra um desígnio de transparência, [e não tanto a promoção da concorrência], que, como é sabido, é imposto pela Constituição, direito europeu e CPA, fontes de direito a que o legislador e a Administração Regional se subordinam.

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

e.

«*In casu*», não ocorre qualquer conflito de normas [art.ºs 465.º, do CCP, e 27.º, do RJCPRAA], mas, tão-só, normação de natureza e âmbito diversos, que, em sede de aplicação, reclama adequado exercício de harmonização.

Donde, a não violação de alguma norma da Constituição, e, designadamente, o art.º 112.º, desta Lei Fundamental.



f.

O incumprimento do disposto no art.º 465.º, do CCP, com a conseqüente redução do âmbito de publicitação do procedimento em causa [que, por sua vez, induz a violação do princípio da concorrência consagrado nos art.ºs 1.º, n.º 4, do CCP e 4.º, n.ºs 1 e 2 do RJCPRAA], consubstancia, ainda, o vício da anulabilidade, nos termos dos art.ºs 284.º, n.º 1, do CCP e 163.º, n.º 1, do CPA.

Tal ilegalidade é, por sua vez, suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato.

g.

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

III. DA EVENTUAL CONCESSÃO DO VISTO COM RECOMENDAÇÕES.

11.

O recorrente peticiona o possível apelo ao uso da faculdade conferida pelo n.º 4, do art.º 44.º, da LOPTC, visando-se o contrato de empreitada em apreço, embora com recomendação.

a.

Estabelece o art.º 44.º, n.º 3, da LOPTC, que *“constitui fundamento da recusa de visto a desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor que implique nulidade, encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras e, ainda, ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro”*.

Por outro lado, o n.º 4, daquela mesma norma, prevê que *“nos casos previstos na alínea c), do número anterior, o Tribunal, em decisão fundamentada, pode conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar tais ilegalidades, no futuro”*.



Tribunal de Contas

No caso em apreço, e inequívocamente, não se perfila o cometimento de ato gerador de nulidade e também não se nos depara a assunção de encargos sem cabimento orçamental ou a violação direta de norma financeira.

Por outro lado, não é seguro que, a ter sido publicado o anúncio no portal dos contratos públicos, se verificasse o alargamento do universo concorrencial. Logo, e em conformidade, a violação da norma constante do art.º 465.º, do CCP, é apenas suscetível [sem certeza!] de alterar o resultado financeiro do contrato.

Resta, ainda, provado que a impossibilidade técnica do Portal Base já se mostra suprida, nada obstando, agora, ao cumprimento da disciplina contida no art.º 465.º, do CCP.

b.

Consabidamente, a faculdade de formular recomendações não constitui um ato arbitrário, antes se vincula, e nos termos da Lei [vd. art.º 44.º, n.º 4, da LOPTC], às situações em que a ilegalidade praticada no procedimento altere ou possa alterar o resultado financeiro do contrato.

c.

Pelo exposto, e inverificados os pressupostos constantes das alíneas a) e b), do n.º 3, do art.º 44.º, da LOPTC, afigura-se-nos adequada a concessão do visto ao presente contrato, **mas recomendando**, que, em futuros procedimentos, se proceda à publicitação dos elementos referentes à formação e execução dos contratos públicos no Portal da Internet que aos mesmos concerne, cumprindo-se, assim, o disposto no art.º 465.º, do CCPúblicos.

IV. DECISÃO.

Com os fundamentos expostos, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 1.ª Secção, em decidir o seguinte:



Tribunal de Contas

- **Conceder provimento parcial ao recurso interposto, revogando, em consequência, a Decisão recorrida que recusou o visto ao contrato de empreitada identificado em 1., deste acórdão;**
- **Conceder o visto ao contrato em apreço, melhor identificado em 1., deste acórdão;**
- **Recomendar à Secretaria Regional da Agricultura e Ambiente, que, em futuros procedimentos, dê integral e rigoroso cumprimento ao disposto no art.º 465.º, do Código dos Contratos Públicos, e em tempo que permita aos potenciais concorrentes o “*aproveitamento útil*” do procedimento [vd. 10.d., deste acórdão].**

São devidos emolumentos legais, a calcular nos termos das disposições combinadas dos art.ºs 17.º, n.º 2 e 3, e 5.º, n.º 1, alínea b), do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31.05, e atenta a concessão do visto.

Registe e notifique.

Lisboa, 26 de Abril de 2017.

Os Juízes Conselheiros,

Alberto Fernandes Brás – Relator

“Voto a decisão, com a reserva já proferida na declaração efetuada no Acórdão nº 12/2017 de 19/4.”

José António Mouraz Lopes

Helena Maria M. V. Abreu Lopes

Fui presente,

(Procurador-Geral Adjunto)