

Secção – 1.ªS/PL

Data: 10/07/2018

Recurso Ordinário: 12/2016

Processo SRATC: 51/2016

TRANSITADO EM JULGADO EM 10/09/2018

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

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

I. RELATÓRIO

- 7 A Secretaria Regional de Saúde dos Açores (SRSA) interpôs *recurso ordinário*, para o Plenário da 1.ª Secção do Tribunal de Contas (TdC), da decisão n.º 7/2016, de 26-9-2016, da Secção Regional dos Açores do TdC que *recusou o visto* a contrato de empreitada de reabilitação e beneficiação do edifício do Centro de Saúde de Velas celebrado entre a Região Autónoma (RA) dos Açores, através da SRSA e a Sociedade Afavias – Engenharia e Construções – Açores, S.A., pelo preço de 1 387 000,00 euros (mais IVA), com os seguintes fundamentos nucleares:
 - 7.1 O programa do concurso ao determinar que só poderiam ser adjudicatários «as entidades que demonstrassem, em sede de habilitação, ter realizado três empreitadas na Região Autónoma dos Açores» incorre em violação dos «princípios da concorrência e da igualdade, especialmente aplicáveis à contratação pública, e não respeita o disposto no artigo 40.º, n.ºs 3 e 5, alínea c), do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores: o fator geográfico (local da realização das obras) não constitui critério apto a demonstrar “capacidade técnica e profissional do adjudicatário para executar o contrato”»;
 - 7.2 «Os elementos referentes à formação do contrato não foram publicitados no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, em violação do disposto no artigo 465.º do CCP»;
 - 7.3 «As ilegalidades verificadas são suscetíveis de conduzir a uma alteração do resultado financeiro do contrato, configurando-se a possibilidade de terem afastado do procedimento adjudicatório potenciais interessados em contratar e impedido a entidade adjudicante de receber outras propostas, eventualmente mais vantajosas do que a apresentada pelo adjudicatário», e, conseqüentemente, «constituem fundamento de

recusa do visto, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto».

2 As alegações do recurso culminam nas seguintes conclusões:

«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 de reabilitação e beneficiação do edifício do Centro de Saúde das Velas*, celebrado com a sociedade “*Afávia – Engenharia e Construções - Açores, S.A.*”, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, por entender existir duas ilegalidades, no procedimento concursal, nomeadamente a violação do artigo 40.º, n.ºs 3 e 5, alínea c), do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores e a violação do artigo 465.º do Código dos Contratos Públicos;

«2. O artigo 40.º do RJCPRAA encontra arrimo nos artigos 58.º e seguintes da citada Diretiva Europeia relativos aos contratos públicos, que aquele diploma regional transpor para o ordenamento jurídico nacional.

«3. Ou seja, não só o artigo 40.º do RJCPRAA está de acordo com o artigo 58.º da diretiva, como o próprio ponto 8.3 do programa do procedimento respeita o disposto no Anexo XII da diretiva referente aos “*meios de prova dos critérios de seleção*” dos operadores económicos.

«4. A entidade adjudicante optou por um *critério com base geográfica* (porventura bastante aberto); a SRATC preferia um *critério com base na tipologia da empreitada* (porventura bastante mais restritivo aos operadores económicos).

«5. Até se poderá considerar outro critério teria sido o mais adequado, mas com o devido respeito tal entendimento não terá a virtualidade de classificar o outro critério definido pela entidade adjudicante como ilegítimo e ilegal e, como base nessa alegada ilegalidade por violação “*flagrante*” de um princípio, não visar um contrato de empreitada, nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea c) da LPOTC

«6. A obra em causa é numa área sensível, na medida em que implica com construção e reabilitação de uma unidade de saúde que não pode encerrar, obrigando a manter-se em funcionamento, o que é primordial, designadamente numa ilha sem hospital.

«7. Não é de olvidar que a realização de obras numa realidade geográfica como a da Região possui particularidades específicas, e sobretudo nas ilhas mais pequenas, com particulares desafios em termos de acesso a materiais, aprovisionamentos, subcontratados, recursos humanos, tempos de encomendas e fornecimentos, realidades climáticas, contingências de solos, entre outros.

«8. Assim, o *interesse público concreto da entidade adjudicante* não está tanto na exigência de experiência anterior no tipo de construção, em termos puramente construtivos, mas antes na capacidade técnica do adjudicatário dar respostas a vicissitudes e com isto cumprir plena e garantidamente com os prazos de execuções de obras na RAA, assegurando-se assim que a perturbação no funcionamento do atual centro de saúde seja a menor e mais curta possível.

«9. O tipo de seleção em razão de anteriores execuções de contratos não é uma criação *sui generis* da entidade adjudicante: não só é uma *prática comum* em contratação pública, como está expressamente prevista na legislação de contratação pública, quer nacional, quer europeia – vide artigos 164.º e 165.º do CCP e diretivas europeias sobre contratos públicos.

«10. Em todo o caso, mesmo que se entenda que o critério constante no ponto 8.3 do programa do procedimento não preenche totalmente os requisitos materiais do artigo 40.º do RJCPRAA, ainda assim entende-se que tal não deveria justificar a recusa do visto ao contrato pela SRATC, tendo em conta que se poderia e deveria ter recorrido à possibilidade conferida pelo n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, ou seja, deveria a SRATC ter visado o contrato com eventuais recomendações.

«11. Isto porque, trata-se de uma inovação legislativa recente, ainda sem doutrina e/ou jurisprudência suficiente que permitiam à entidade adjudicante concretizar nos termos que essas fontes de direito melhor definiram o exato sentido e alcance do artigo 40.º do RJCPRAA.

«12. De uma outra perspetiva, não se demonstra que efetivamente o resultado financeiro do contrato tenha sido alterado, se não houvesse tal exigência de habilitação.

«13. A outra 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 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.

«14. O próprio legislador nacional não estatuiu qualquer sanção/consequência em caso de omissão da publicação referida no artigo 465.º do CCP.

«15. 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.

«16. 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 sí*, 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.

«17. 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*”.

«18. 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.

«19. O facto aqui relevante é que “*o concurso público foi publicitado no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores, II série, n.º 50, de 11-03-2016*” e este facto não viola qualquer norma jurídica (seja do RJCPRAA ou do CCP); mas esta mesma circunstância factual, por o *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores* não ser uma fonte de informação no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, impede, na tarefa de qualificação, a subsunção de tal facto na estatuição daquele artigo 4.º da Portaria n.º 701-E/2008.

«20. 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*”.

«21. Assim 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.

«22. 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

«23. Caso se entenda que, ainda assim, estamos perante uma situação de ilegalidade objetiva, sempre seria desproporcionada 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.

«24. 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.

«25. 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 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,

«26. Na *hermenêutica* do artigo 465.º do CCP teremos, entre outros, de atender aos diversos elementos da interpretação.

«27. 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.

«28. 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.

«29. 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.

«30. 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 aéreas das finanças e das obras públicas*”, designadamente a Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de julho;

«31. 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.

«32. Recorrendo-se 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.*”

«33. 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).

«34. 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 de 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,

«35. 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;

«36. 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.

«37. 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*.

«38. 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.

«39. 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.

«40. 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*.

«41. 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.

«42. As consequências da presente situação fáctica não podem, nem devem recair 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, que a recorrente integra.

«Por eventual inconstitucionalidade interpretativa,

«43. 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.

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

«45. 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.

«46. 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 efeitos».

3 Na fase processual de recurso as principais incidências foram as seguintes:

- 3.1 Foi aberta vista ao Ministério Público (MP), nos termos do n.º 1 do artigo 99.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) aprovada pela Lei 98/97, de 26-8¹, tendo sido emitido parecer no sentido da improcedência do recurso, sem que tenham sido suscitadas novas questões ao abrigo do artigo 99.º, n.º 3, da LOPTC.
- 3.2 Pela primeira formação do tribunal de recurso foi proferido o acórdão n.º 1/2017-17.JAN-1.S/PL² em que se determinou o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia decidindo-se, ainda, suspender a instância.

¹ Revista pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31-12; 1/2001, de 4-1; 55-B/2004, de 30-12; 48/2006, de 29-8; 35/2007, de 13-8; 3-B/2010, de 28-4; 61/2011, de 7-12; 2/2012, de 6-1; 20/2015, de 9-3, e 42/2016, de 28-12.

² O qual pode ser consultado em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2017/ac-2017.shtm>, tal como os outros acórdãos do TdC citados no texto.

3.3 Por força de recomposição do tribunal de recurso, o processo foi redistribuído a um novo coletivo enquanto subsistia a suspensão de instância.

3.4 Por despacho de 25-4-2017, proferido no processo C-102/17, a oitava secção do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) considerou manifestamente inadmissível o pedido de decisão prejudicial, o que veio, posteriormente, a determinar o fim da suspensão de instância.

4 Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1 Objeto do recurso

5 As conclusões das alegações de recurso (cf. *supra* § 2) delimitam o respetivo objeto, atento o disposto nos artigos 635.º, n.º 4, e 639.º, n.º 1, do Código de Processo Civil (CPC), supletivamente aplicável nos termos do artigo 80.º da LOPTC. No caso concreto, o poder de cognição do tribunal *ad quem* reporta-se exclusivamente a matéria de direito relativa à decisão de recusa do visto, sem prejuízo das questões cujo conhecimento oficioso se imponha (artigo 608.º, n.º 2, *ex vi* do artigo 663.º, n.º 2, do CPC), não havendo lugar à apreciação de questões cuja análise se torne irrelevante por força do tratamento jurídico empreendido no aresto (cf. artigos 608.º, n.º 2, e 663.º, n.º 2, do CPC).

6 Metodologicamente, deve-se enunciar a factualidade julgada provada pela decisão recorrida com relevo para a apreciação do recurso e depois intentar a apreciação jurídica das questões suscitadas pela recorrente.

II.2 Factos provados

7 Em face do objeto do recurso, destacam-se os seguintes factos considerados provados pela decisão recorrida:

7.1 Por despacho do Secretário Regional da Saúde, de 08-02-2016, foi autorizada «a contratação, mediante a abertura de um concurso público, para adjudicação da empreitada de reabilitação e beneficiação do edifício do Centro de Saúde das Velas, com preço base de € 1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos mil euros), ao qual acrescerá IVA, à taxa legal, e prazo máximo de execução, de 18 (dezoito) meses», bem como aprovadas as peças do procedimento (programa do concurso e caderno de encargos).

7.2 No programa do concurso prevê-se:

«8. Admissão de Concorrentes [...]

«8.3. Só podem ser adjudicatários, nos termos do n.º 3 do artigo 40.º do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na RA dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, entidades que demonstrem em sede de habilitação que:

a) Tenham realizado três (3) empreitadas na RA dos Açores de valor unitário superior a € 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil de euros).

[...]

«25. Documentos de Habilitação

«25.1 O Adjudicatário deve apresentar os seguintes documentos de habilitação [...]:

[...]

«e. Referências comprovadas de contratos executados pelo adjudicatário para preenchimento dos requisitos constantes do ponto 8.3 emitidas pelos respetivos Donos de Obra no(s) procedimento(s) respetivo(s).»

- 7.3 O concurso público foi apenas publicitado no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores (JORAA)*, II série, n.º 50, de 11-03-2016.
- 7.4 Por Resolução do Conselho do Governo n.º 44/2016, de 30-03-2016, foi ratificado o despacho do Secretário Regional da Saúde, de 08-03-2016, que autorizou a abertura do concurso e aprovou as peças do procedimento.
- 7.5 Apresentaram-se a concurso dois concorrentes, graduados na seguinte ordem: 1.º Afavias, S.A. (1.387.000,00); 2.º Somague Ediçor, S.A. (1.398.000,00).
- 7.6 Por Resolução do Conselho do Governo n.º 116/2016, de 07-06-2016, foi adjudicada a empreitada ao concorrente Afavias.

II.3 Apreciação das questões jurídicas suscitadas no recurso

II.3.1 Questões jurídicas essenciais suscitadas no recurso

- 8 Tendo presente a fundamentação e sentido da decisão recorrida, as conclusões das alegações da recorrente (cf. *supra* §§ 1, 2 e 5) e a análise empreendida pelo tribunal *ad quem*, as questões essenciais objeto do recurso em matéria de direito devem ser decompostas em cinco partes:
- 8.1 Legalidade da restrição para admissão de concorrentes relativa à realização de empreitadas anteriores na Região Autónoma dos Açores;
- 8.2 Legalidade da não divulgação do concurso no portal da rede eletrónica sobre contratos públicos;

- 8.3 Constitucionalidade das normas legais aplicadas em face do estatuto das regiões autónomas;
- 8.4 Ilegalidades verificadas e potencial impacto no resultado financeiro do procedimento;
- 8.5 Ponderação axiológica sobre a recusa de visto.

II.3.2 Legalidade da restrição para admissão de concorrentes relativa à realização de empreitadas anteriores na Região Autónoma dos Açores

- 9 A primeira questão objeto de análise reporta-se a saber se a restrição estabelecida no caderno de encargos para admissão ao concurso da prova, em sede de habilitação, proibindo concorrentes que não tenham realizado, pelo menos, «três (3) empreitadas na RA dos Açores de valor unitário superior a € 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil de euros)» constitui uma limitação ilegal da concorrência suscetível de alterar o resultado financeiro do procedimento.
- 10 A interpretação adotada na decisão recorrida pode ser objeto de uma síntese tripartida:
 - 10.1 O concurso era regulado pelo Regime Jurídico dos Contratos Públicos na RA dos Açores (R)CPRAA) aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, o qual determina no artigo 40.º, n.º 5, alínea c), que «para efeitos da aferição da capacidade técnica e profissional as entidades adjudicantes regionais podem exigir: [...] c) Referências comprovadas, relativas a contratos executados pelo adjudicatário no passado, que demonstrem um nível suficiente de experiência adequada à boa execução do contrato»;
 - 10.2 O referido preceito «introduziu um aspeto inovador relativamente ao regime anterior, ao permitir a fixação de requisitos ligados à capacidade económica e financeira e técnica e profissional dos adjudicatários, em sede de habilitação», «na fixação destes requisitos a entidade adjudicante goza [...] de uma margem de discricionariedade», «porém, esta margem de discricionariedade está balizada, desde logo pelos fins que se pretendem com a exigência de demonstração da “capacidade técnica e profissional” (*in casu*) mas, também, pelos princípios gerais da atividade administrativa e, em particular, pelos princípios da igualdade e da concorrência», acrescentando sobre requisitos suscetíveis de determinar exclusão de concorrentes «quanto àqueles fins são apenas os relevantes à “boa execução do contrato”, como decorre do estatuído na parte final do n.º 3 do artigo 40.º do R)CPRAA e nas diversas alíneas do n.º 5 do mesmo preceito»;
 - 10.3 Culminando na seguinte valoração:

«Ora, considerando os factos e as considerações jurídicas antecedentes, temos como certo que a exigência formulada no programa do concurso não respeita, desde logo, o disposto no artigo 40.º, n.ºs 3 e 5, alínea *a*), do RJCPRAA, mas também viola, de forma flagrante, os princípios da igualdade e da concorrência.

«Com efeito, a entidade adjudicante, ao exigir como habilitação a realização de três empreitadas (qualquer tipo de empreitada), alheou-se totalmente da tipologia da obra posta a concurso (reabilitação e beneficiação de um edifício a funcionar como centro de saúde) e isso é relevante quando estamos a falar de “experiência adequada à boa execução do contrato”. A restrição imposta no programa de concurso não se mostra, pois, apta a demonstrar que “os contratos executados pelo adjudicatário no passado” demonstram um “nível suficiente de experiência adequada à boa execução do contrato”.

«Por outro lado, a referida exigência, na medida em que impõe que as três empreitadas realizadas pelo adjudicatário o tenham sido na RA dos Açores viola, de forma flagrante, os princípios da igualdade e da concorrência, consagrados no n.º 4 do artigo 1.º do CCP.

«Na verdade, em resultado da exigência em causa, os operadores económicos que não tivessem realizado três empreitadas na RA dos Açores, ainda que tivessem realizado várias em qualquer outro lugar e, inclusive, do mesmo tipo de obra em causa (reabilitação e beneficiação de um edifício a funcionar como centro de saúde), perante tal exigência, não tinham habilitações para poderem ser adjudicatários e, conseqüentemente, ficaram impedidos de se apresentar a concurso.

«Assim, tal exigência constitui uma discriminação negativa, sem fundamento, para os operadores económicos que não tenham realizado três empreitadas na RA dos Açores e constitui, também, uma limitação ao princípio da concorrência.

«Nem se diga, como advoga a entidade, que “a experiência relevante para o caso concreto é sobretudo relacionada com as especificidades geográficas da empreitada”.

«Não se descortinam, *in casu*, quaisquer especificidades geográficas da empreitada ou “particularidades técnicas”, como também vem invocado em contraditório, que justifiquem aquela exigência. Nem se vislumbra em que medida os concorrentes que tivessem já realizado, por exemplo, três empreitadas de construção de estradas, na RA dos Açores, demonstravam, só por isso, uma “experiência adequada à boa execução do contrato” em causa. Obra que, como se diz em contraditório, “tem

diversas particularidades técnicas pois implica o reforço estrutural de todo o Centro de Saúde” e “implica com construção e reabilitação de uma unidade de saúde que não pode encerrar”.

«Como última nota, neste ponto, não pode deixar de se fazer notar que este enfoque na “questão geográfica, tendo subjacente uma ideia de empresas da Região, como ressalta do contraditório, afigura-se-nos mal equacionado.

«Na verdade, a exigência de habilitação em causa, limitará também os possíveis concorrentes originários (já existentes ou que se constituíssem) da própria RA dos Açores, que ainda não tivessem realizado três empreitadas na RA dos Açores. Assim como a repetição de exigência similar em futuros concursos gerará um “afunilamento” de concorrentes, pois o universo dos concorrentes ficaria limitado aos atualmente “capacitados”, já que mais ninguém (da região ou não) conseguiria entrar nesse universo. Com as repercussões conhecidas, menores condições de concorrência efetiva e de ser escolhida uma proposta economicamente mais vantajosa para o contraente público.

«Assim, é de concluir que as ilegalidades verificadas mostram-se também suscetíveis de alterar o resultado do concurso, por via da violação dos princípios da igualdade e da concorrência.»

77 A interpretação da recorrente sobre este segmento termina nas conclusões 2 a 9 da motivação de recurso (transcritas *supra* no § 2), afigurando-se conformada pelas seguintes ideias:

77.1 O artigo 40.º do RJCPRAA está de acordo com o artigo 58.º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, de 2014 e o ponto 8.3 do programa do procedimento respeita o disposto no Anexo XII da diretiva referente aos «meios de prova dos critérios de seleção» dos operadores económicos;

77.2 O critério da entidade adjudicante tem «base geográfica (porventura bastante aberto)» e «a obra em causa é numa área sensível, na medida em que implica com construção e reabilitação de uma unidade de saúde que não pode encerrar, obrigando a manter-se em funcionamento, o que é primordial, designadamente numa ilha sem hospital», «a realização de obras numa realidade geográfica como a da Região possui particularidades específicas, e sobretudo nas ilhas mais pequenas, com particulares desafios em termos de acesso a materiais, aprovisionamentos, subcontratados, recursos humanos, tempos de encomendas e fornecimentos, realidades climáticas, contingências de solos, entre outros».

11.3 «O interesse público concreto da entidade adjudicante não está tanto na exigência de experiência anterior no tipo de construção, em termos puramente construtivos, mas antes na capacidade técnica do adjudicatário dar respostas a vicissitudes e como isto cumprir plena e garantidamente com os prazos de execuções de obras na RAA, assegurando-se assim que a perturbação no funcionamento do atual centro de saúde seja a menor e mais curta possível» e «o “tipo de seleção” em razão de anteriores execuções de contratos [...] é uma prática comum em contratação pública, como está expressamente prevista na legislação de contratação pública, quer nacional, quer europeia – vide artigos 164.º e 165.º do CCP e diretivas europeias sobre contratos públicos».

12 Por seu turno, o Ministério Público defendeu no respetivo parecer o sentido da decisão recorrida:

«A exigência de um requisito quantitativo (número de obras já realizadas) redundava na adoção de um critério de exclusão que pouco tem a ver com os atributos das propostas dos concorrentes, em si mesmos, não é determinante para avaliar, com justiça e rigor, a idoneidade técnica dos concorrentes. A capacidade técnica dos concorrentes está para além do conhecimento das condições geográficas do local onde vai ser realizada a empreitada. Acresce que os fatores naturais (condições climatéricas adversas) são, regra geral, incontornáveis pela ação humana, enquanto que os fatores operacionais e logísticos são controláveis por qualquer entidade adjudicatária legalmente habilitada para o efeito. O nível suficiente de experiência deve ser comprovado por referências adequadas de contratos executados no passado (vide artigo 58.º da Diretiva Comunitária e 40.º do RJCPRAA), independentemente do local e do número de tais contratos. Os contratos do passado podem ter sido executados em Portugal ou em país estrangeiro, pois o que se pretende é aferir a capacidade técnica e profissional das entidades adjudicatárias.

Ora tal aferição não pode ser efetuada em função da geografia.

De outro modo estar-se-á a criar, mesmo que involuntariamente, situações de monopólio ou de posições dominantes no mercado de obras públicas, que o próprio direito comunitário configura como um mercado único.

Obviamente que são legítimas as preocupações da recorrente com as vicissitudes de realização das empreitadas, mas elas não podem servir de justificação para desrespeitar os princípios da concorrência e igualdade.

Uma coisa é a análise dos meios de prova (lista das obras executadas nos últimos cinco anos) e outra, bem diferente, é o estabelecimento de requisitos que garantam a capacidade técnica e profissional da entidade adjudicatária. Como se diz no artigo 58º nº 4, da Diretiva Comunitária, objeto de transposição para o ordenamento regional, as

autoridades adjudicantes podem impor requisitos de molde a assegurar que os operadores económicos disponham de recursos humanos e técnicos e da experiência necessários para assegurar um nível de qualidade adequado na execução do contrato”. A determinação dos requisitos é feita sempre a partir do tipo e características da obra.

A “qualidade adequada na execução” reporta-se à obra em si, e não às condições logísticas decorrentes da localização da obra. O que implica que na avaliação da capacidade técnica e profissional se privilegie, obviamente, o tipo e características das obras executadas anteriormente. Daí que não seja o número de obras executadas, mas sim as obras cuja execução tenha uma relação de identidade nos planos da capacidade técnica, qualidade de recursos humanos e da experiência necessária.»

- 13 Com a aprovação do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores (RJCPRAA) aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro (o qual entrou em vigor em 01-01-2016 aplicando-se aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após essa data, cf. n.º 1 do artigo 100.º) foi revogado o Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho³, que estabelecia, nos termos do respetivo 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».
- 14 O RJCPRAA tem um escopo mais abrangente do que o seu antecessor regional, contudo, não revoga de forma expressa na RA dos Açores o CCP de âmbito nacional, existindo várias menções e remissões do diploma regional para o nacional, prescrevendo-se, nomeadamente, no artigo 3.º, n.º 1, do RJCPRAA 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 CCP, na sua atual versão em vigor».
- 15 O RJCPRAA, segundo o respetivo preâmbulo, pretendeu transpor a Diretiva n.º 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, cujos «princípios e opções» procurou «verter no ordenamento jurídico regional».
- 16 O enquadramento jurídico-constitucional da regulação normativa das empreitadas de obras públicas na RA dos Açores pelo RJCPRAA, atendendo a uma metódica teleologicamente conformada pelo caso concreto, será analisado à frente ao abordar a questão de inconstitucionalidade suscitada pela recorrente (*infra* parte II.3.4).
- 17 As normas fundamentais para a primeira questão *sub judice* são as seguintes:

³ Alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 15/2009/A, de 6 de agosto.

17.1 O artigo 40.º do RJCPRRA, com a epígrafe *Documentos de habilitação*, estabelece:

«1 — Nos procedimentos de formação de contratos públicos são expressamente aplicáveis os artigos 81.º a 87.º do Código dos Contratos Públicos, considerando as especificidades dos números seguintes.

2 — Para efeitos do disposto no artigo 33.º do presente diploma o adjudicatário deve apresentar declaração emitida conforme modelo constante do Anexo III ao presente diploma, do qual é parte integrante, que substitui o Anexo II a que se refere a alínea a) do n.º 1 do artigo 81.º do Código do Contratos Públicos.

3 — Para além do referido no número anterior, o convite ou o programa de procedimento podem, ainda, exigir a demonstração de outros elementos de habilitação relativos à capacidade económica e financeira e à capacidade técnica e profissional do adjudicatário para executar o contrato, nos termos do definido nos números seguintes.

4 — Para efeitos de aferição da capacidade económica e financeira as entidades adjudicantes regionais podem exigir:

a) Documentos comprovativos de que o adjudicatário possui um volume de negócios anual mínimo que garanta a execução do contrato, designadamente contas anuais demonstrativas do rácio entre ativos e passivos;

b) Documentos comprovativos de que o adjudicatário possui um volume de negócios anual mínimo nas atividades abrangidas pelo objeto do contrato que garanta a respetiva execução;

c) Documentos comprovativos de possuírem um nível adequado de seguros contra riscos profissionais.

5 — Para efeitos da aferição da capacidade técnica e profissional as entidades adjudicantes regionais podem exigir:

a) Documento comprovativo de que o adjudicatário dispõe de recursos humanos e técnicos para assegurar a boa execução do contrato;

b) Documento comprovativo de que os recursos humanos e técnicos de que o adjudicatário dispõe, detêm experiência profissional adequada à boa execução do contrato;

c) Referências comprovadas, relativas a contratos executados pelo adjudicatário no passado, que demonstrem um nível suficiente de experiência adequada à boa execução do contrato.

6 — Sempre que haja lugar à aplicação do previsto nos n.ºs 3 a 5, as entidades adjudicantes regionais estão obrigadas a indicar no anúncio de procedimento os níveis

mínimos de capacidade económica e financeira e de capacidade técnica e profissional, exigidos, bem como os documentos que as comprovem.»

- 17.2 O artigo 4.º, n.º 1, alínea *a)*, da Diretiva 2014/24/UE *relativa aos contratos públicos*, na redação revista pelo Regulamento Delegado 2015/2170 da Comissão, prescreve que essa Diretiva se aplica aos contratos de empreitada de obras públicas cujo valor estimado, sem imposto sobre o valor acrescentado (IVA), seja igual ou superior a 5 225 000 EUR.
- 17.3 O artigo 90.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE determina que «os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva até 18 de abril de 2016».
- 17.4 O artigo 58.º da Diretiva 2014/24/UE, com a epígrafe *Critérios de seleção*, estabelece nos n.ºs 1 e 4:

«1. Os critérios de seleção podem estar relacionados com:

- a)* A habilitação para o exercício da atividade profissional;
- b)* A capacidade económica e financeira;
- c)* A capacidade técnica e profissional.

As autoridades adjudicantes só podem impor aos operadores económicos os critérios referidos nos n.ºs 2, 3 e 4 a título de condições de participação. As autoridades adjudicantes limitam as condições às que são adequadas para assegurar que um candidato ou proponente disponha da capacidade legal e financeira e das habilitações técnicas e profissionais necessárias para cumprir o contrato a adjudicar. Todos os requisitos devem estar ligados e ser proporcionais ao objeto do contrato.

[...]

4. No que respeita à capacidade técnica e profissional, as autoridades adjudicantes podem impor requisitos de molde a assegurar que os operadores económicos disponham dos recursos humanos e técnicos e da experiência necessários para assegurar um nível de qualidade adequado na execução do contrato.

As autoridades adjudicantes podem exigir, em especial, que os operadores económicos tenham um nível suficiente de experiência, comprovado por referências adequadas de contratos executados no passado. As autoridades adjudicantes podem partir do princípio de que um operador económico não possui as capacidades profissionais exigidas caso tenha concluído que o operador económico em questão se encontra numa situação de conflito de interesses suscetível de afetar negativamente a execução do contrato.

Nos concursos para a aquisição de fornecimentos que impliquem operações de montagem ou instalação, a prestação de serviços ou a execução de obras, a capacidade profissional do operador económico para prestar o serviço ou executar a instalação ou a obra em causa pode ser apreciada em função das suas capacidades, eficiência, experiência e fiabilidade.»

17.5 O artigo 60.º da Diretiva 2014/24/UE, com a epígrafe *Meios de prova*, estabelece nos n.ºs 1 e 4:

«1. As autoridades adjudicantes podem exigir os certificados, declarações e outros meios de prova referidos nos n.ºs 2, 3 e 4 do presente artigo e no Anexo XII como prova de ausência de motivos de exclusão nos termos do artigo 57.º, e prova de cumprimento dos critérios de seleção em conformidade com o artigo 58.º.

As autoridades adjudicantes não podem exigir meios de prova que não os referidos no presente artigo e no artigo 62.º. [...]

«4. A capacidade técnica dos operadores económicos pode ser comprovada por um ou mais dos meios enunciados no Anexo XII, parte II, de acordo com a natureza, a quantidade ou a importância e a finalidade das obras, fornecimentos ou serviços.»

17.6 O anexo XII da Diretiva 2014/24/UE, com a epígrafe *Meios de prova dos critérios de seleção*, prescreve na respetiva parte II (*Capacidade técnica*):

«1. Meios que comprovam as capacidades técnicas dos operadores económicos, nos termos do artigo 58.º:

a) As seguintes listas:

i) lista das obras executadas, no máximo, nos últimos cinco anos, acompanhada de certificados de boa execução relativos às obras mais importantes e dos seus resultados; quando necessário para assegurar um nível adequado de concorrência, as entidades adjudicantes podem indicar que serão tidos em conta os elementos de prova das obras relevantes realizadas há mais de cinco anos,

ii) lista dos principais fornecimentos ou serviços efetuados durante os três últimos anos, no máximo, com indicação dos montantes, datas e destinatários, públicos ou privados. Quando necessário para assegurar um nível adequado de concorrência, as autoridades adjudicantes podem indicar que serão tidas em conta provas de fornecimentos ou de serviços relevantes entregues ou prestados há mais de três anos;

b) Indicação dos técnicos ou dos serviços técnicos envolvidos, integrados ou não na empresa do operador económico, e especialmente dos responsáveis pelo controlo

- da qualidade e, sempre que se trate de contratos de empreitada de obras públicas, dos técnicos de que o empreiteiro poderá dispor para executar o trabalho;
- c) Descrição do equipamento técnico e das medidas adotadas pelo operador económico para garantir a qualidade e dos meios de estudo e de investigação da sua empresa;
- d) Indicação dos sistemas de gestão da cadeia de abastecimento e de seguimento que o operador económico poderá aplicar aquando da execução do contrato;
- e) Se os produtos a fornecer ou os serviços a prestar forem complexos ou se, a título excecional, se destinarem a um fim específico, um controlo efetuado pela autoridade adjudicante ou, em seu nome, por um organismo oficial competente do país onde o fornecedor ou o prestador de serviços estiver estabelecido, sob reserva do acordo desse organismo; este controlo incidirá sobre a capacidade de produção do fornecedor ou sobre a capacidade técnica do prestador de serviços e, se necessário, sobre os meios de estudo e de investigação de que dispõe, bem como sobre as medidas que adota para controlar a qualidade;
- f) Certificados de habilitações literárias e qualificações profissionais do prestador de serviços ou do empreiteiro ou das do quadro de gestão da empresa, desde que não sejam avaliados como um critério de adjudicação;
- g) Indicação das medidas de gestão ambiental que o operador económico poderá aplicar aquando da execução do contrato;
- h) Declaração em que se indique o efetivo médio anual do prestador de serviços ou do empreiteiro e a parte do efetivo constituída por quadros, nos últimos três anos;
- i) Declaração das ferramentas, material, instalações ou equipamento industrial e técnico de que o prestador de serviços ou o empreiteiro disporá para a execução do contrato;
- j) Indicação da parte do contrato que o operador económico tenciona eventualmente subcontratar;
- k) Relativamente aos produtos a fornecer:
- i) amostras, descrições ou fotografias, cuja autenticidade deve poder ser comprovada a pedido da autoridade adjudicante,
 - ii) certificados emitidos por institutos ou serviços oficiais de controlo da qualidade com competência reconhecida, que atestem a conformidade dos produtos, claramente identificada por referência a especificações ou normas técnicas.»

- 18 Na apreciação das questões jurídicas objeto de recurso o tribunal *ad quem* não está cingido aos trilhos hermenêuticos adotados na decisão recorrida e nas argumentações expendidas em alegações e/ou pareceres (cf. *supra* §§ 1, 2, 3.1 e 5).
- 19 Admitindo a constitucionalidade da norma regional em que se suportou a restrição estabelecida no caderno de encargos (*infra* parte II.3.4), existe um outro parâmetro supralegal que deve conformar a operação hermenêutica nesta sede: o direito da União Europeia.
- 20 Domínio em que ressaltam implicações decorrentes dos princípios europeus sobre processo concorrencial aberto, em particular a diretiva transposta pelo diploma regional, à luz de parâmetros clarificados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) sobre a matéria e respetivos corolários principais derivados do *princípio do primado*: (1) inaplicabilidade de qualquer regra ou ato de direito interno incompatível com regra ou ato de Direito da União Europeia, anterior ou posterior (efeito ab-rogatório do primado); (2) proibição de os Estados-membros aprovarem regras ou atos contrários ao Direito da União Europeia (efeito bloqueador do primado).
- 21 A aplicabilidade da diretiva ao caso concreto carece de ser problematizada, numa primeira linha, pelo limiar do valor estabelecido (artigo 4.º, n.º 1, alínea *a*), da Diretiva 2014/24/UE, cf. § 17.2) em face de um concurso que fica abaixo do mesmo (cf. § 7.1) — a data limite da transposição da Diretiva 2014/24/UE pelos Estados membros (artigo 90.º, n.º 1) constitui apenas o termo final de um prazo perentório para o cumprimento do dever do Estado, pelo que a circunstância de ser posterior à data abertura do concurso (cf. § 7.3) não gera dúvidas sobre a respetiva aplicabilidade reportada a ato legislativo que expressamente transpõe a diretiva para o ordenamento regional.
- 22 A circunstância de o valor do procedimento concursal ficar abaixo do limiar estabelecido no artigo 4.º, n.º 1, alínea *a*), da Diretiva pode obstar à intervenção de um tribunal organicamente europeu, em particular o TJUE, ou, pelo menos, exigir a comprovação casuística do preenchimento de um *interesse transfronteiriço*, de acordo com os cânones desenvolvidos pela jurisprudência do TJUE, o qual também se apresenta relevante para a respetiva intervenção por força da eventual violação de uma norma dos tratados, nomeadamente, dos artigos 34.º, 49.º e 56.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), mas não constitui um limite à ponderação do direito da União Europeia pelos tribunais de Estados-membros, os quais são tribunais funcionalmente europeus no exercício da respetiva função jurisdicional no quadro do designado *princípio da autonomia processual*.

- 23 Como tem sido clarificado na jurisprudência do TJUE, o princípio da lealdade europeia consagrado no artigo 4.º do Tratado da União Europeia (TUE) desdobra-se em imperativos axiológicos que estão para além do *princípio do primado* (com as repercussões assinaladas *supra* no § 20), em particular o *princípio da interpretação conforme* com o direito da União à luz da jurisprudência do TJUE sobre as disposições conjugadas dos artigos 4.º, n.º 3, do TUE e 288.º, n.º 3, do TFUE — dispõe o segundo desses preceitos que «a diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios» (correspondente ao artigo 249.º, n.º 3, do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia).
- 24 A operação hermenêutica de captação do sentido das normas do artigo 40.º do RJCPRAA deve ser, assim, orientada, pelo *princípio da interpretação conforme* especialmente relevante e vinculante na interpretação de regra nacional que transpõe uma diretiva que conforma aquela no plano teleológico, estando o juiz nacional obrigado a dar preferência entre várias alternativas heurísticas admissíveis pela ordem jurídica interna à que permite atribuir à disposição nacional em causa uma interpretação compatível com a diretiva (sem olvidar o respeito pelos princípios gerais da segurança jurídica, nomeadamente de não retroatividade das leis penais). A jurisprudência do TJUE tem sido constante no sentido de que, ao aplicar o direito interno, nomeadamente as disposições de um instrumento legislativo especificamente aprovado para dar cumprimento às exigências de uma diretiva, os órgãos jurisdicionais nacionais são obrigados a interpretar esse direito, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade dessa diretiva, para atingir o resultado por ela prosseguido e conformar-se, assim, com o artigo 288.º, n.º 3, do TFUE — cf. o *leading case* constituído pelo acórdão de 10-4-1984 *Von Colson e Kamann* (proc. 14/83), e a sua vasta *descendência*, designadamente, ilustrada no § 98 do acórdão de 15-4-2008 *Impact*, (proc. C-268/06).
- 25 A previsão da norma do artigo 40.º, n.º 5, alínea *c*), do RJCPRAA compreende contratos de empreitadas de obras públicas que estão acima e abaixo do limiar estabelecido no artigo 4.º, n.º 1, alínea *a*), da Diretiva 2014/24/UE, pelo que a respetiva estatuição tem um sentido normativo unitário para umas e outras, e, conseqüentemente, o *princípio da interpretação conforme* deve operar de forma abrangente, valendo para todos os casos previstos na norma independentemente do limiar de valor 5 225 000 €, em sintonia com o programa expresso do diploma regional (cf. *supra* § 15).
- 26 Sobre a fonte imediata de direito da União Europeia:

- 26.1 A Diretiva 2014/24/UE enquadra-se num sistema axiológico europeu conformado pelos princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como dos princípios deles resultantes, incluindo os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência, prosseguindo a finalidade primordial de garantir a abertura dos contratos públicos à concorrência;
- 26.2 O artigo 58.º, n.º 4, da Diretiva estabelece que a imposição de requisitos sobre capacidade técnica e profissional apenas é legítima na medida em que vise garantir que os operadores «disponham dos recursos humanos e técnicos e da experiência necessários para assegurar um nível de qualidade adequado na execução do contrato», vertente em que se insere a admissibilidade da valoração de «um nível suficiente de experiência, comprovado por referências adequadas de contratos executados no passado», a qual, contudo, não se pode reportar a uma qualquer *preferência regional* relativa à aludida experiência passada.
- 27 A tese da recorrente no sentido de que a norma do artigo 40.º, n.º 5, alínea c), do RJCPRRA deixa espaço para preferências regionais, como a estabelecida no ponto 8.3 do programa do concurso, não tem suporte numa interpretação daquela norma sustentada nos elementos clássicos (gramatical, histórico e sistemático).
- 28 A interpretação defendida pela recorrente apresenta-se, ainda, incompatível com:
- 28.1 O disposto no 58.º da Diretiva 2014/24/UE que o diploma regional transpôs através daquela, pois a restrição da competência por prévia comprovação da capacidade técnica aí prevista encontra-se «sujeita a uma aplicação exigente do critério de proporcionalidade» (ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU competition rules*, Hart, Oxford, 2.º ed., 2015, p. 317) — cânone central no acórdão do TJUE de 14-1-2016 «*Ostas celtnieks*» SIA (proc. C-234/14) no qual, depois de se relembrar a «jurisprudência constante do Tribunal de Justiça» sobre «o direito de qualquer operador económico recorrer, para um contrato determinado, às capacidades de outras entidades, “independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas”, desde que prove à entidade adjudicante que o proponente disporá dos meios necessários para a execução desse contrato», o acórdão concluiu: «o proponente tem a liberdade de escolher, por um lado, a natureza jurídica dos vínculos que pretende estabelecer com outras entidades a cujas capacidades recorre para a execução de um determinado contrato e, por outro, o modo de prova da existência desses vínculos» (§ 28 do acórdão *Ostas*).

- 28.2 O complexo normativo constituído pelos artigos 34.º, 49.º e 56.º do TFUE , na medida em que constitui uma interpretação que embora aplicável a empresas com sede na RA dos Açores e noutros locais (tanto no Estado português como de outros Estados da UE), determina uma preferência, infundada à luz do referido sistema normativo para empresas já estabelecidas na RA dos Açores em colisão com os princípios da igualdade e da concorrência no mercado único europeu — cf. acórdãos do TJUE de 20-3-1990 *Du Pont de Nemours* (proc. C-21/88), de 11-6-1991 *Laboratori Bruneau* (proc. C-351/88) e de 3-6-1992 *Comissão / Itália* (proc. C-360/89), referira-se que o artigo 56.º do TFUE prescreve que «no âmbito das disposições seguintes, as restrições à livre prestação de serviços na União serão proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado-Membro que não seja o do destinatário da prestação».
- 29 A invocação do anexo XII da Diretiva 2014/24/UE (cf. §§ 2, 11.1 e 17.6) neste contexto não ultrapassa o obstáculo axiológico e normativo acima referido, o ponto 8.3 do programa do concurso ao estabelecer um requisito de admissão nunca poderia ter cobertura naquele anexo, pois não se pode confundir requisitos substantivos relativos à capacidade técnica e profissional para admissão de concorrentes com meios probatórios dos mesmos (artigo 60.º e anexo XII da Diretiva, cf. §§ 17.5 e 17.6), sendo certo que as normas probatórias da Diretiva 2014/24/UE não suportam qualquer *preferência regional*.
- 30 Em conclusão: o procedimento violou a norma consagrada no artigo 40.º, n.º 3 e n.º 5, alínea c), do RJCPRRA, a qual transpôs o artigo 58.º da Diretiva 2014/24/UE, pelo que, a respetiva exegese está sujeita à obrigação de *interpretação conforme*, à luz do texto e, sublinhe-se, da finalidade do direito da UE, para atingir o resultado por ela prosseguido, no caso os princípios da igualdade e concorrência entre operadores económicos, também consagrados no complexo normativo constituído pelos artigos 34.º, 49.º e 56.º do TFUE, parâmetros axiológicos incompatíveis com a *preferência regional* estabelecida no ponto 8.3 do programa do concurso.

II.3.3 Legalidade da não divulgação do concurso no portal da rede eletrónica sobre contratos públicos

- 31 O segundo problema jurídico suscitado reporta-se à publicitação do concurso, relativo a um contrato de empreitada com o preço base de 1.400.000,00 € (um milhão e quatrocentos mil euros), sem divulgação no portal eletrónico da contratação pública sendo controvertido se essa circunstância constituiu uma ilegalidade por violação do artigo 465.º do CCP.
- 32 Sobre este tópico conclui-se na decisão recorrida:

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

[...]

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

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

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

- 33 O problema é perspetivado em sentido antagónico pela recorrente (cf. conclusões 13 a 22, 26 a 33, acima transcritas), defendendo que o artigo 465.º do CCP não é «uma norma completa, vigente *per se*, uma vez que a sua eficácia depende da portaria que a regulamente», e, na medida em que os concursos publicitados no *Jornal Oficial da RA dos Açores* não são subsumíveis ao artigo 4.º da Portaria n.º 701-E/2008, verifica-se «motivo não imputável à entidade adjudicante», pelo que o concurso objeto do presente processo de fiscalização prévia não seria «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 termos a definir por portaria”», de onde extrai que «não é possível concluir pela existência de qualquer ilegalidade».
- 34 O MP, no respetivo parecer, discorda da recorrente, considerando que «hiperboliza uma ilegalidade superveniente da 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», rematando: «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, passará pela continuação da publicitação, através da funcionalidade do Diário da República, no Portal dos Contratos Públicos, também designada de Portal Base, de âmbito territorial nacional».

35 A questão jurídica suscitada impõe, antes do mais, uma síntese sobre o complexo normativo convocado:

35.1 O artigo 131.º do CCP reporta-se à publicitação no *Jornal Oficial da União Europeia*, por imperativo direto do direito da União quando é atingido o limiar de aplicação das disposições comunitárias, sendo precedido pela norma geral do artigo 130.º que, com a epígrafe *Anúncio*, estabelece:

«1 - O concurso público é publicitado no *Diário da República*, através de anúncio conforme modelo aprovado por portaria dos membros do Governo responsáveis pela edição do *Diário da República* e pelas áreas das finanças e das obras públicas.
2 - O anúncio referido no número anterior ou um resumo dos seus elementos mais importantes pode ser posteriormente divulgado por qualquer outro meio considerado conveniente, nomeadamente através da sua publicação em plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante.»

35.2 O CCP compreende várias outras normas sobre anúncios no *Diário da República* destacando-se os artigos 157.º (anúncio de concurso público urgente), 167.º (anúncio de concurso limitado por prévia qualificação), 197.º (anúncio de procedimento de negociação), 208.º (anúncio do procedimento do diálogo concorrencial) e 218.º-A (anúncio para a parceria para a inovação), este último apenas introduzido na revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

35.3 Por seu turno, o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, que aprovou o CCP estipula:

«1 - Os anúncios a publicar no *Diário da República*, nos termos previstos no Código dos Contratos Públicos, são enviados à Imprensa Nacional-Casa da Moeda, S. A., através de meios eletrónicos, conforme o formato e as modalidades de transmissão indicados no portal do *Diário da República Eletrónico*.

2 - A publicação dos anúncios referidos no número anterior deve ser efetuada em tempo real, no caso dos concursos públicos urgentes e, nos demais casos, no prazo máximo de vinte e quatro horas.»

35.4 O artigo 465.º do CCP, com a epígrafe *Obrigações de comunicação*, na redação vigente à data do procedimento que culminou no contrato fiscalizado (na redação aprovada pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12-7), prescrevia:

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

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

35.5 No artigo 6.º, n.º 1, do regime anterior ao atual RJCPRAA, constante do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho, alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 15/2009/A, de 6 de agosto, prescrevia-se:

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

35.6 A aprovação dos modelos do bloco técnico de dados, do relatório de formação do contrato, do relatório sumário anual e do relatório de execução do contrato, ao abrigo da obrigação de comunicação a que se refere o artigo 465.º do CCP foi operada pela Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de julho, cujo artigo 4.º, com a epígrafe *Origem imediata da informação*, estabelece:

«As fontes imediatas de informação para o Portal dos Contratos Públicos são:

a) No caso do anúncio, o sistema de informação da Imprensa Nacional - Casa da Moeda, S. A., usado pelas entidades adjudicantes na introdução de dados para efeitos de publicação no Diário da República e no Jornal Oficial da União Europeia;

b) No caso do bloco técnico de dados, as entidades adjudicantes, como segunda fase do processo de introdução de dados para o anúncio, ou, no caso dos ajustes diretos não suportados em plataformas, em sede de relatório de formação do contrato ou de relatório de contratação;

c) No caso dos blocos de dados previstos nas alíneas c) a g) do n.º 1 do artigo 2.º, as plataformas eletrónicas, no âmbito da sua intervenção como suporte de procedimentos de formação de contratos;

d) As entidades adjudicantes, por acesso direto ao portal dos contratos públicos, no caso dos blocos de dados contidos nas alíneas h) a m) do n.º 1 do artigo 2.º.»

35.7 O atual RJCPRAA, no respetivo artigo 27.º, n.º 1, estabelece:

«Sempre que nos termos do presente diploma não seja exigível a publicação de anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia*, os anúncios dos contratos a adjudicar por entidades adjudicantes regionais são apenas publicitados no *Jornal Oficial da RA dos Açores* [...]»

36 A interpretação defendida pela recorrente é conformada pela seguinte lógica: O artigo 27.º, n.º 1, do atual RJCPRAA passou a impedir a publicação de anúncios dos contratos a adjudicar por entidades adjudicantes regionais no *Diário da República (DR)*, essa circunstância obsta à publicação no portal dos contratos públicos que, por força do artigo 4.º da Portaria n.º 701-E/2008, depende da publicação nesse jornal oficial, daí que defenda a existência de uma impossibilidade de divulgação no portal eletrónico que não é imputável à entidade adjudicante.

37 A recorrente tem subjacente à sua argumentação um pressuposto fáctico não provado: a entidade gestora do portal da rede eletrónica obstará à publicitação nessa plataforma caso fosse solicitada pela entidade adjudicante.

38 A impossibilidade factual de inserção do procedimento no portal invocada pela recorrente é matéria que integrava o respetivo ónus de alegação e prova em primeira instância:

38.1 A entidade requerente tem o ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, atento o disposto no artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC e as instruções constantes da Resolução n.º 14/2011 do Tribunal de Contas, aprovada ao abrigo do artigo 77.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC e os respetivos encargos instrutórios decorrentes do conteúdo das devoluções determinadas pelo DECOP e pelo TdC, com suporte no disposto no artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC.

38.2 Os deveres da requerente, poderes de cognição e deveres de gestão processual do tribunal, princípios da cooperação, boa-fé processual e critérios que se devem observar em casos de dúvida são, ainda, conformados pelo disposto nas normas dos artigos 5.º a 8.º, 414.º e 417.º, n.º 2, do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC — complexo normativo interpretado à luz da natureza desse processo jurisdicional, que não prevê produção oficiosa de meios de prova, não compreende qualquer auditoria ou investigação direta do

tribunal sobre ficheiros e arquivos (em suporte digital e papel) existentes nos serviços daquela entidade, sendo as inferências judiciais confinadas teleologicamente pela arquitetura procedimental e substantiva da fiscalização prévia (atento, nomeadamente, o prazo perentório estabelecido no artigo 85.º, n.ºs 1 e 3, da LOPTC).

- 39 Além do referido ónus da prova em primeira instância (do facto relativo à inviabilidade da publicitação do procedimento no portal eletrónico), em fase de recurso a recorrente, caso pretendesse a alteração da matéria de facto teria de a impugnar e no presente caso não interpôs recurso em matéria de facto (*supra* §§ 5 e 6), pelo que a alegada impossibilidade factual nunca poderia ser julgada provada em segunda instância introduzindo um novo facto que não integrou a decisão recorrida — constitui condição da *impugnação da matéria de facto*, ainda, um pleno cumprimento dos ónus impostos ao recorrente pelo artigo 640.º do CPC (*ex vi* artigo 80.º da LOPTC).
- 40 A tese da recorrente compreende um outro eixo: inadmissibilidade jurídico-normativa de publicitação dos procedimentos lançados por entidades adjudicantes da RA no portal eletrónico pela circunstância de os respetivos anúncios serem apenas publicados, em termos de jornal oficial, no *JORAA*.
- 41 Em jurisprudência constante e pacífica, ainda que adotando algumas variantes no trilho compreensivo e argumentativo, o TdC enfatizou em sucessivos acórdãos que, à luz dos princípios que estatuem o regime da contratação pública vigente à data do procedimento objeto dos presentes autos, o artigo 465.º do CCP é aplicável aos procedimentos pré-contratuais cujos anúncios sejam obrigatoriamente publicados, em termos de jornal oficial, apenas no *JORAA* — cf. acórdãos n.ºs 4/2017-21.MAR-1.S/PL, 5/2017-21.MAR-1.S/PL, 6/2017-21.MAR-1.S/PL, 7/2017-21.MAR-1.S/PL, 8/2017-28.MAR-1.S/PL, 9/2017-28.MAR-1.S/PL, 10/2017-4.ABR-1.S/PL, 11/2017-4.ABR-1.S/PL, 12/2017-19.ABR-1.S/PL, 13/2017-19.ABR-1.S/PL, 14/2017-19.ABR-1.S/PL, 15/2017-26.ABR-1.S/PL, 16/2017-26.ABR-1.S/PL e 17/2017-26.ABR-1.S/PL⁴.
- 42 Não existe motivo para nos afastarmos da conclusão daquela jurisprudência no sentido de que o incumprimento dessa obrigação por entidades adjudicantes da RA dos Açores é uma ilegalidade procedimental que afeta o contrato.
- 43 A alegada, pela recorrente, insusceptibilidade jurídica de publicitação no portal da rede eletrónica dedicado aos contratos públicos constitui uma inferência heurística infundada em face dos elementos sistemático-teleológico e histórico-teleológico da interpretação do complexo

⁴ Os quais podem ser consultados em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2017/ac-2017.shtm>.

normativo em causa, já que a interpretação atualista da norma do artigo 4.º da Portaria n.º 701-E/2008, atento o respetivo elemento histórico-teleológico e sistemático-teleológico, não suporta o afastamento da publicitação naquele portal de concursos pela mera circunstância de serem lançados por entidades adjudicantes regionais e serem publicados no respetivo *jornal oficial*, antes supondo um cânone nacional comum de publicitação e transparência dos procedimentos através da respetiva divulgação no portal eletrónico dos contratos públicos.

44 No ordenamento jurídico português os procedimentos de contratação pública de empreitadas não abrangidos pelo limiar do valor determinante da obrigatória publicação no *JOUE* estão sujeitos a um sistema que compreende duas tipologias imperativas e cumulativas de publicitação:

44.1 Em jornal oficial (no *DR*, quando se aplica o artigo 130.º, n.º 1, do CCP, ou no *JORAA*, quando se aplica o artigo 27.º, n.º 1, do RJCPRAA); e

44.2 No portal eletrónico nacional sobre contratação pública (via «obrigatória» por força do disposto no artigo 465.º, n.º 1, do CCP aplicável a empreitadas públicas lançadas em todo o território nacional, incluindo a RA dos Açores).

45 Como é óbvio, não existe qualquer conflito de normas entre o artigo 465.º, n.º 1 do CCP e o artigo 27.º, n.º 1, do RJCPRAA, tal como não existe qualquer conflito entre as normas do artigo 130.º, n.º 1, do CCP e do artigo 465.º, n.º 1, do CCP reportando-se cada um dos elementos dos referidos binómios à destriça analítica entre publicitação em jornal oficial e no portal eletrónico.

46 A tese jurídica da recorrente no sentido de inadmissibilidade de publicitação de concursos de empreitadas cujos avisos em matéria de jornal oficial são apenas publicados no *JORAA* deriva de interpretação incorreta da norma legal aplicável nesta matéria, na medida em que o artigo 465.º do CCP, norma vigente nos procedimentos de contratação de empreitadas públicas na RA dos Açores, não discrimina a publicitação nesse portal dos concursos lançados por entidades adjudicantes da RA dos Açores e é claramente imperativa no caso dos concursos em que se aplica — «é obrigatória a publicitação, no portal».

47 A previsão e a estatuição da norma legal no sentido de obrigatoriedade da publicitação no portal eletrónico são completas e não podem ser derogadas, ainda que temporariamente, pelo respetivo regulamento de execução sob pena de desconformidade deste com a lei nesse segmento, desvio da norma do artigo 465.º do CCP que, caso fosse um resultado da portaria de regulamentação, deveria ser qualificado como «ilegalidade» por desobediência hierárquica à lei em face do disposto no artigo 112.º, n.ºs 6 e 7, da Constituição.

48 Plano em que o intérprete deve obediência ao quadro compreensivo determinante da atual regulação da invalidade de regulamentos no artigo 143.º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo e, como se destaca, nomeadamente, no parecer n.º 9/2013 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, de 5-12-2013⁵, «o *princípio da preferência ou proeminência da lei* implica a ilegalidade de eventuais normas regulamentares desconformes à lei».

49 Em conclusão:

49.1 O artigo 465.º do CCP e a portaria que regulamentou essa norma não visaram restringir a publicitação dos concursos pela circunstância de a entidade adjudicante ser da região autónoma, já que à data da aprovação desses diplomas a publicação em matéria de jornal oficial era idêntica;

49.2 A opção do legislador regional (o artigo 27.º, n.º 1, do atual RJCPRAA) eliminar a publicação no *DR* optando pela alternativa do *JORAA* não implicou a revogação da norma do artigo 465.º, n.º 1, do CCP, correspondeu apenas, a uma derrogação da norma do artigo 130.º, n.º 1, do CCP (e do artigo 6.º, n.º 1, do anterior diploma regional, cf. *supra* §§ 35.5 e 35.7);

49.3 A não divulgação do procedimento concursal no portal eletrónico previsto no artigo 465.º, n.º 1, do CCP constituiu uma ilegalidade que afetou todo o concurso, incluindo o contrato submetido a fiscalização prévia.

II.3.4 Constitucionalidade das normas legais aplicadas em face do estatuto das regiões autónomas

50 O terceiro problema que carece de ser analisado relaciona-se, na perspetiva da alegação da recorrente, com o segundo: saber se a interpretação no sentido de que o artigo 465.º do CCP deve ser aplicado diretamente a concurso de empreitada pública realizado na RA dos Açores ao abrigo do RJCPRAA constitui «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».

51 A exigência de enquadramento constitucional dos complexos normativos aplicáveis à matéria objeto de recurso em face do estatuto constitucional dos órgãos legislativos da RA dos Açores, em abstrato, não incide apenas sobre o segundo dos problemas de legalidade analisados (*supra* parte II.3.3), mas, como se referiu acima, reporta-se à constitucionalidade orgânica das normas

⁵ Publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 17, de 26 de janeiro de 2015.

consagradas nos artigos 27.º, n.º 1, e 40.º, n.º 3 e n.º 5, alínea c), do RJCPRAA (incluindo, assim, a norma analisada *supra* na parte II.3.3).

52 A arquitetura jurídico-normativa que conforma as normas dos artigos 27.º, n.º 1, e 40.º, n.º 3 e n.º 5, alínea c), do RJCPRAA é a seguinte:

52.1 O RJCPRAA foi aprovado ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 227.º da Constituição (CRP), do n.º 1 do artigo 37.º e do artigo 40.º do Estatuto Político-Administrativo da RA dos Açores (EPARAA) aprovado pela Lei n.º 39/80, de 5 de agosto, e alterado pelas Leis n.ºs 9/87, de 26 de março, 61/98, de 27 de agosto, e 2/2009, de 12 de janeiro.

52.2 O artigo 227.º da CRP tem como epígrafe *Poderes das regiões autónomas* sendo particularmente relevantes para a matéria objeto de recurso as alíneas a) e x) do número 1:

«1. As regiões autónomas são pessoas coletivas territoriais e têm os seguintes poderes, a definir nos respetivos estatutos:

a) Legislar no âmbito regional em matérias enunciadas no respetivo estatuto político-administrativo e que não estejam reservadas aos órgãos de soberania;

[...]

x) Participar no processo de construção europeia, mediante representação nas respetivas instituições regionais e nas delegações envolvidas em processos de decisão da União Europeia, quando estejam em causa matérias que lhes digam respeito, bem como transpor atos jurídicos da União, nos termos do artigo 112.º.»

52.3 Relativamente ao EPARAA:

a) O artigo 37.º, sobre *competência legislativa própria* (integrado na subsecção I, *Competência em geral*, da secção II, *Competência da Assembleia Legislativa*, do capítulo I, *Assembleia Legislativa*, do título IV, *Órgãos de governo próprio*, do EPARAA) prescreve: «Compete à Assembleia Legislativa legislar, para o território regional, nas matérias da competência legislativa própria da Região e que não estejam constitucionalmente reservadas aos órgãos de soberania», determinando-se no número seguinte do mesmo preceito que «são matérias da competência legislativa própria da Região as referidas na subsecção II da presente secção».

b) O artigo 40.º, sobre *competência legislativa de transposição de atos jurídicos da União Europeia*, estabelece que «competem à Assembleia Legislativa transpor os atos jurídicos da União Europeia para o território da Região, nas matérias de competência legislativa própria».

c) Devendo destacar-se na subsecção II (aludida no artigo 37.º), intitulada *Matérias de competência legislativa própria*, o artigo 56.º, com a epígrafe *Infraestruturas, transportes e comunicações*, cujo n.º 1 prescreve: «compete à Assembleia Legislativa legislar em matérias de infraestruturas, transportes e comunicações» e na alínea b) do n.º 2 que «as matérias de infraestruturas, transportes e comunicações abrangem, designadamente [...] o regime de empreitadas e obras públicas».

53 A empreitada objeto da decisão recorrida é regulada por normas do RJCPRAA sobre contratação pública de empreitadas tendo o Tribunal Constitucional no recente acórdão n.º 233/2018 abordado uma questão autónoma mas vizinha da suscitada nos presentes autos, ao apreciar a constitucionalidade de normas do RJCPRAA quanto ao *regime jurídico da contratação pública relativa à aquisição de serviços*.

54 O acórdão n.º 233/2018 — depois de reafirmar anterior jurisprudência sobre o reenvio constitucional para o estatuto político administrativo das regiões autónomas (desde a revisão constitucional de 2004) e o âmbito material da competência legislativa da assembleia da RA dos Açores (v.g. acórdãos n.ºs 258/2006, 304/2011, 187/2012, 55/2014 e 578/2014) — empreendeu a seguinte análise histórico-teleológico da previsão da alínea b) do n.º 2 do artigo 56.º do EPARAA: «ao referir-se (desde o Anteprojeto, sem modificações) “empreitadas e obras públicas”, não se pretendeu incluir o regime, que constava, na lei geral da república, em outro diploma, da locação e aquisição de bens e serviços, afigurando-se irrelevante a posterior inclusão daqueles procedimentos no Código dos Contratos Públicos (ainda assim, sem tratamento rigorosamente unitário)», acrescentando, «a referência *apenas* às empreitadas de obras públicas, *só pode ter o sentido* de não incluir outros contratos públicos, designadamente os de aquisição de serviços».

55 A apreciação da conformidade constitucional no plano orgânico das normas dos artigos 27.º, n.º 1, e 40.º, n.º 5, alínea c), do RJCPRAA pode ser concluída de forma muito sintética: o reenvio dinâmico operado pela Constituição para o Estatuto Político Administrativo foi assumido pelo legislador ordinário em termos claros e inequívocos e, como se refere no acórdão n.º 223/2018 do Tribunal Constitucional, reporta-se a «um sentido *muito preciso*, que devemos presumir, à falta de outros elementos, ter sido usado pelo legislador *nos particulares limites* da matéria ali referida», pelo que, dúvidas não subsistem sobre a constitucionalidade orgânica das normas dos artigos 27.º, n.º 1, e 40.º, n.º 5, alínea c), do RJCPRAA enquanto regime regulador de empreitadas lançadas por entidades adjudicantes da RA dos Açores.

- 56 Segundo a tese da recorrente, que culminou nas conclusões 43 a 46 da respetiva motivação (cf. *supra* § 2 do presente acórdão), o que está em causa é a aplicação direta da norma legal nacional, o artigo 465.º do CCP, sobre publicitação em portal da rede eletrónica de concurso público de empreitada na RA dos Açores, geradora de uma alegada «inconstitucionalidade interpretativa» da decisão recorrida.
- 57 Esse juízo de inconstitucionalidade tem como pressuposto uma suposta interpretação adotada pelo tribunal recorrido que (segundo a recorrente) teria considerado a existência de um «conflito de normas» entre, por um lado, a norma do «artigo 27.º do RJCPRAA» e, por outro, «o artigo 465.º do CCP» dando prevalência a esta sobre aquela.
- 58 A fiscalização concreta da constitucionalidade pelos tribunais, no quadro de um sistema de controlo, com um elemento de verticalidade que compreende como vértice superior do triângulo o Tribunal Constitucional, tem como objeto normas que integram a *ratio decidendi* do direito aplicado em decisões judiciais.
- 59 A questão de constitucionalidade suscitada pela recorrente tem um pressuposto que não integra a interpretação normativa adotada no presente acórdão, pois não se considerou a existência de uma colisão de normas (regional e nacional) mas uma relação de subsidiariedade normativa expressamente ressalvada no RJCPRAA — cf. *supra* parte II.3.3
- 60 Isto é, aplicando-se o CCP subsidiariamente às empreitadas de obras públicas da RA dos Açores as normas subsidiárias nunca podem colidir com o regime base estabelecido no diploma regional (RJCPRAA) que prevalece sempre sobre aquele, as normas do CCP apenas se aplicam quando a respetiva previsão não compreende uma sobreposição abstrata ou concreta com a da norma regional.
- 61 Caso se considerasse que existia um conflito de normas, como defende a recorrente, no plano hermenêutico a questão também seria de fácil resolução, à luz do critério da especialidade, prevalecendo a norma especial (regional) sobre a norma geral (nacional) em termos que também determinariam a impertinência de uma apreciação jurisdicional do alegado problema de constitucionalidade.
- 62 Por outro lado, a aplicação subsidiária das normas da legislação nacional sobre contratação pública em matéria de empreitadas não colide com qualquer princípio ou norma constitucional, e essa hipotética questão de constitucionalidade não foi suscitada nos presentes autos (pela recorrente ou pelo MP).

63 Consequentemente, tendo-se concluído que a norma do artigo 465.º do CCP se aplica às empreitadas de obras públicas da RA dos Açores não envolvendo qualquer efeito derogatório ou ab-rogatório de normas regionais sobre a matéria (*supra* §§ 40 a 51), a questão sobre eventual inconstitucionalidade normativa suscitada pela recorrente (cf. *supra* §§ 2, 52, 58 e 59) não se coloca em face da conclusão hermenêutica sobre o direito ordinário aplicável adotada no presente acórdão, sendo impertinente a apreciação judicial de questões sobre hipotéticas inconstitucionalidades normativas sem conexão direta com a *ratio decidendi* do presente acórdão (no caso, a tese de um conflito de normas de direito ordinário apresenta-se mesmo incompatível com o fundamento jurídico da decisão judicial).

II.3.5 Ilegalidades verificadas e potencial impacto no resultado financeiro do procedimento

64 Identificadas duas ilegalidades exige-se uma segunda operação conformada pela vinculante teleológica do processo de fiscalização prévia, reportada a uma alternativa dicotómica entre a concessão e a recusa de visto, atendendo a que os fundamentos de recusa de visto são tipificados de forma taxativa no artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC, apenas podendo ser recusado o visto quando se detete «a desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor que implique: a) nulidade; b) Encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras; c) Ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro.»

65 As ilegalidades verificadas (*supra* partes II.3.2 e II.3.3) não preenchem a alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, pois enquanto relativas a contratação pública apenas podem ter relevo financeiro mediato, apesar de serem o corolário de um sistema axiológico conformado pela finalidade primacial de garantir a abertura dos contratos públicos à concorrência de acordo com os princípios da liberdade de circulação de mercadorias, estabelecimento e prestação de serviços, igualdade de tratamento, não discriminação e transparência e o pressuposto ideológico de que essa via é tendencialmente a melhor para o interesse público (incluindo a respetiva dimensão financeira).

66 A adjectivação *direta* quanto à *violação de normas financeiras* na alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC pressupõe, além da dimensão funcional, uma componente estruturalmente financeira das normas abrangidas pela previsão, a qual, pelo menos, tem de compreender o núcleo da política pública prosseguida e/ou o contexto regulativo em que opera — perspectiva exigente que também se afigura a única compatível com uma interpretação sistemático-teleológica do sentido das normas das alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

- 67 Desta forma, as ilegalidades verificadas podem apenas ser enquadradas na alínea *c)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC desde que esteja preenchido um segundo requisito constante da previsão dessa norma: concluir que a ilegalidade altera ou *pode alterar o resultado financeiro*.
- 68 Requisito que carece de enquadramento conceptual sobre a conexão entre o desvalor consubstanciado na violação da lei com o resultado financeiro envolvido no procedimento, o qual não tem de ser de um concreto dano, relativo a um nexos causal entre o específico vício e o resultado financeiro, mas reportado a uma compreensão abstrato-concreta do vício na etapa procedimental em que ocorre e da importância desta na celebração do contrato.
- 69 Os vícios identificados em procedimentos que culminam num contrato público, em regra, não ocorrem na etapa que precede em termos imediatos a decisão final de adjudicação, mas, em momentos anteriores à escolha da proposta.
- 70 Para valorar a aptidão da ilegalidade se repercutir no resultado financeiro deve ser ponderado o relevo do mesmo na etapa em que ocorre e da específica etapa na decisão final, no caso, a adjudicação do contrato, isto é, um juízo de aptidão abstrato-concreto, não se exigindo a demonstração de um nexos causal entre o vício e um imediato impacto financeiro.
- 71 Fundamental é a importância da etapa no complexo de um procedimento cujo ato final é sujeito a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, na medida em que a referida decisão compreenda um potencial efeito financeiro tal implica que o vício justifica, por si só, a recusa de visto ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alínea *c)*, da LOPTC.
- 72 Matriz compreensiva que conforma a jurisprudência maioritária do TdC, sendo relevado, para efeitos de interpretação e aplicação da alínea *c)* do artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC a norma ou complexo normativo violado e a sua dimensão axiológica fundamental, em particular quanto a medidas com resultado financeiro (em que a própria decisão com impacto financeiro podia, em abstrato, não ser praticada, cf. acórdãos n.º 17/2015-1.DEZ-1.S/SS, n.º 14/2015-5.NOV-1.S/SS, n.º 11/2018-21.FEV-1.S/SS), mas também, no caso em que a etapa não sendo essencial para a existência do momento final que concretiza o impacto financeiro (o qual verificar-se-ia, independentemente dos contornos daquela etapa) a mesma se afigura suscetível de poder ser considerada mediadamente relacionada com o concreto resultado financeiro (por exemplo, o valor da adjudicação, daí se falar de uma *aptidão*, ou de um perigo abstrato-concreto de impacto financeiro).
- 73 Em síntese, para o aplicador a questão que se coloca é a seguinte: se não ocorresse o vício a decisão final podia ser diferente na respetiva componente económico-financeira (dimensão que não se refere apenas à aprovação do contrato, mas à celebração do contrato por aquele valor)?

74 Verifica-se o impacto financeiro potencial previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC quando no âmbito de procedimento concursal público:

74.1 Se estabelece uma restrição infundada da suscetibilidade de concorrência que impede potenciais concorrentes de participar, impedindo a apresentação de propostas eventualmente melhores constituindo, ainda, uma mácula suscetível de conformar a atuação dos concorrentes que pragmaticamente se tentem adequar ao respetivo impacto indireto (ao nível da avaliação de outras potenciais e eventuais propostas).

74.2 Se violam regras sobre publicitação que constituem soluções legais concretizadoras dos princípios sobre a *publicidade adequada* (que visa ampliar o universo de potenciais concorrentes) ou transparência do procedimento de contratação pública.

75 Relativamente ao primeiro dos vícios assinalados, as regras sobre concorrência têm relevo financeiro mediato, sendo em primeira linha dirigidas ao bom funcionamento dos mercados e ao pressuposto ideológico que conforma os tratados no sentido de que essa via satisfaz melhor o interesse público, não existindo qualquer razão para dissidir da jurisprudência constante deste tribunal no sentido de que o vício em causa consubstancia uma ilegalidade suscetível de conduzir a uma alteração do resultado financeiro do contrato, na medida em que preenche a possibilidade «de ter afastado do procedimento adjudicatório potenciais interessados em contratar e impedido a entidade adjudicante de receber outras propostas, eventualmente mais vantajosas do que a apresentada pelo adjudicatário» — cf. os recentes acórdãos n.º 23/2017-3.NOV/1.S/PL, n.º 16/2017-30.NOV-1.S/SS e n.º 8/18-29.JAN-1.S/SS.

76 Quanto à segunda das referidas ilegalidades, seguindo a jurisprudência pacífica do TdC (referida *supra* no § 41), a não publicação no portal dos contratos públicos de procedimento de empreitada pública promovido por entidade adjudicante da RA dos Açores ao abrigo do RJCPRAA compreende um incumprimento do regime estabelecido no artigo 465.º do CCP que se apresenta suscetível de conduzir a uma alteração do resultado financeiro do procedimento.

II.3.6 Ponderação axiológica sobre a recusa de visto

77 Concluindo pela verificação de ilegalidade ou ilegalidades suscetíveis de alterar o resultado financeiro do procedimento deve empreender-se uma valoração concreta das mesmas no sentido de ponderar se devem determinar a recusa do visto ao contrato ou, em alternativa, a concessão de visto ao abrigo do disposto n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC — neste segmento, a recorrente defende, atomisticamente, quanto a cada uma das ilegalidades identificadas que, caso as mesmas fossem julgadas verificadas, se deveria optar pela concessão de visto com

recomendações (cf. conclusão 10, quanto à primeira ilegalidade, e conclusões 23, 24, 25 e 34 quanto à segunda).

78 No plano metodológico, a ponderação judicial prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC tem uma dimensão holista sobre o caso devendo ser empreendida com respeito os princípios da adequação e proporcionalidade e atenta, em particular, à natureza e gravidade da lesão do interesse público, bem como à eventual existência de remédios jurídicos alternativos.

79 Nessa medida, a operação de concordância prática para que o tribunal é convocado exige uma valoração integrada de todas as ilegalidades identificadas de forma articulada com outros fatores relevantes para o juízo sobre a alternativa dicotómica entre a recusa e a concessão de visto ao concreto contrato.

80 A violação do artigo 40.º, n.º 3 e n.º 5, alínea c), do RJCPRRA, que transpôs o artigo 58.º da Diretiva 2014/24/UE, atinge os princípios da igualdade e concorrência entre operadores económicos, também consagrados no complexo normativo constituído pelos artigos 34.º, 49.º e 56.º do TFUE, sendo uma violação cuja gravidade tem sido, por regra, considerada como insuscetível de uma solução alternativa à recusa do visto em casos em que se impediu à partida a maior parte dos operadores económicos legalmente habilitados de se candidatarem por via da *preferência regional* estabelecida.

81 A segunda ilegalidade identificada também apresenta uma significativa gravidade de lesão do interesse público, devendo, no aprofundamento do sentido normativo da norma do artigo 465.º do CCP aplicável (*supra* § 34.4) e da respetiva interpretação histórico-teleológica atentar-se no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 149/2012 sobre o motivo de alteração da redação originária do preceito e o seu relevo no sistema normativo português⁶: «procedeu-se ao reforço da publicidade dos atos praticados no âmbito dos procedimentos de contratação pública, mediante a consagração da obrigatoriedade da 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 sua execução, nos termos a definir por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e das obras públicas».

82 Como se destacou acima, a publicitação *adequada* dos procedimentos concursais de empreitadas públicas em Portugal compreende duas vertentes: a publicação no jornal oficial (em geral, *DR* sendo substituído aquele pelo *JORAA* no caso da RA dos Açores) e no portal eletrónico,

⁶ Era a seguinte a redação originária: «é obrigatória a publicitação, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, dos elementos referentes à formação e execução dos contratos públicos, nos termos a definir por portaria conjunta dos ministros responsáveis pelas áreas das finanças e das obras públicas.»

sendo, em qualquer dos casos um instrumento nuclear da concorrência, pois só com conhecimento dos anúncios podem os operadores económicos eventualmente participar no concurso.

- 83 Epistemologicamente, o portal eletrónico constitui um veículo que facilita um conhecimento amplo de concursos por operadores económicos logo no momento do respetivo anúncio, permitindo aos potenciais interessados acederem com facilidade a procedimentos em curso, tendo, naturalmente os operadores uma expectativa legítima e legalmente fundada, atento o âmbito territorial nacional da estatuição imperativa do artigo 465.º, n.º 1, do CCP, que todos os concursos aí sejam publicitados desde o momento inicial do aviso.
- 84 A circunstância de a regra do artigo 465.º, n.º 1, do CCP preencher, ainda, uma outra função axiológica de defesa do valor da transparência (sobre o procedimento como um todo, incluindo a necessidade de escrutínio exógeno aos respetivos intervenientes) não belisca o relevo da proteção nuclear da concorrência enquanto instrumento de publicidade do concurso.
- 85 A dupla vertente axiológica da regra do artigo 465.º, n.º 1, do CCP acentua a sua importância indissociável de opção programática legislativa nacional sobre a defesa do interesse público no âmbito de contratação pública (nomeadamente de empreitadas), e o respetivo desrespeito constitui violação grave do modelo concorrencial (acentuada por não ter sido fruto de um ato esporádico mas de uma forma de atuação sistemática, como se revela pela multiplicidade de casos verificados nos arestos referido no § 47).
- 86 A lesão dos referidos valores nucleares do mercado concorrencial agravada pela sua cumulação e intencionalidade específica assumida pela recorrente, visando um modelo de contratação fechado que limita de forma muito significativa a participação da maioria dos operadores económicos potencialmente interessados, atinge de forma profunda o interesse público, inclusive de obtenção de propostas economicamente mais vantajosas, determinando que não exista alternativa adequada à recusa do visto.

II.4 Improcedência do recurso

- 87 Como se destacou acima, o processo de fiscalização prévia é teleologicamente vinculado à prolação de uma decisão jurisdicional sobre a alternativa dicotómica entre a concessão e a recusa de visto, podendo, em certos casos, a concessão de visto ser combinada com a formulação de recomendação, existindo, ainda, uma dimensão decisória relativa aos emolumentos.

88 O interesse em agir e a legitimidade para interpor recurso são conformados pelas dimensões decisórias referidas no § anterior, pelo que no presente caso em que se impugnou uma decisão de recusa de visto e o tribunal de recurso manteve essa recusa o recurso deve ser julgado improcedente.

III. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- a) Recusar o visto ao contrato submetido a fiscalização prévia;
- b) Julgar improcedente o recurso.

*

Emolumentos pela entidade recorrente, nos termos do artigo 16.º, n.ºs 1, alínea b), e 2, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio⁷.

Registe e notifique.

Lisboa, 10 de julho de 2018

Os Juízes Conselheiros,

(Paulo Dá Mesquita – Relator)

(Alziro Antunes Cardoso)

(Mário Mendes Serrano)

⁷ Alterado pelas Leis n.º 139/99, de 28-8, e n.º 3-B/2000, de 4-4.

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,
