



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2016 – SRATC
Processo n.º 56/2016
Sessão ordinária – 09/09/2016

1. A exigência, formulada no programa do concurso, de habilitação para a realização de trabalhos que, afinal, não seriam levados a cabo no âmbito da empreitada, contraria o disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho.
2. A não publicitação no portal da Internet dedicado aos contratos públicos dos elementos referentes à formação do contrato viola o disposto no artigo 465.º do CCP.
3. As ilegalidades verificadas são suscetíveis de restringir a concorrência e, em consequência, de alterar o resultado financeiro do contrato.
4. A desconformidade dos atos e contratos com as leis em vigor que implique ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro constitui fundamento de recusa do visto, nos termos da alínea *c*) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

ALTERAÇÃO DE RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE – ANULABILIDADE – CONCURSO PÚBLICO – EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS – FISCALIZAÇÃO PRÉVIA – PUBLICAÇÃO OBRIGATÓRIA – RECUSA DE VISTO – RESTRIÇÃO DE CONCORRÊNCIA

Conselheiro Relator: António Francisco Martins



DECISÃO N.º 5/2016 – SRATC

Processo n.º 56/2016

I – Relatório

1. Foi presente, para fiscalização prévia da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, o *contrato de empreitada de selagem e requalificação de duas lixeiras na ilha de São Jorge*, celebrado em 13-07-2016¹, entre a Região Autónoma dos Açores, através da Secretaria Regional da Agricultura e Ambiente, e a Afavias – Engenharia e Construções - Açores, S.A., pelo preço de 1 105 000,01 euros, acrescido do IVA, e com o prazo de execução de 210 dias.
2. Suscitaram-se, porém, dúvidas quanto às habilitações exigidas ao adjudicatário no programa do concurso e quanto ao modo como foi divulgada a intenção de contratar.

II – Fundamentação fáctica

3. Para além dos factos referidos no ponto 1., relevam, ainda, os seguintes:
 - 3.1. Por Resolução do Conselho do Governo n.º 73/2015, de 4 de maio de 2015, foi autorizada «a abertura do procedimento de formação do contrato de empreitada de obras públicas, nos termos do Código dos Contratos Públicos, com vista à execução da “Empreitada de selagem e requalificação de dois aterros de resíduos na Ilha de São Jorge”, com o preço base estimado de € 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil euros) e o prazo de execução previsto de 210 dias».
 - 3.2. Pela mesma Resolução, foram delegadas competências no Secretário Regional da Agricultura e Ambiente para, designadamente, «aprovar a decisão de contratar, bem como as peças do procedimento, aprovar a realização da correspondente despesa in-

¹ Com as alterações introduzidas em 19-08-2016.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2016 – SRATC (Processo n.º 56/2016)

dependentemente do seu valor, nomear o júri e mandar publicar o anúncio de abertura do procedimento».

3.3. Por despacho do Secretário Regional da Agricultura e Ambiente, de 08-02-2016, foram aprovadas as peças do procedimento (programa do concurso e caderno de encargos).

3.4. De acordo com a *memória descritiva* do projeto, «o conjunto de ações que deverão ser integradas nos trabalhos de selagem das lixeiras da Calheta e das Velas» é o seguinte:

- Limpeza das lixeiras;
- Drenagem de biogás;
- Modelação do terreno;
- Cobertura final impermeabilizante das lixeiras;
- Drenagem de águas pluviais;
- Recobrimento vegetal;
- Implementação de infraestruturas de apoio à monitorização (piezómetros).

3.5. Na cláusula 38.^a do programa do concurso, sob a epígrafe «Documentos de habilitação», foi exigido:

- d) Alvará ou títulos de registo emitidos pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., contendo as seguintes habilitações:
 - i. 11.^a Subcategoria (Impermeabilizações e isolamentos) da 5.^a Categoria (Outros Trabalhos), da classe que cubra o valor global da proposta;
 - ii. 1.^a Subcategoria (Estrutura e elementos de betão) da 1.^a Categoria (Edifícios e património construído) da classe correspondente ao valor destes trabalhos na proposta;
 - iii. 6.^a Subcategoria (Saneamento básico) da 2.^a Categoria (Vias de comunicação, obras de urbanização e outras infraestruturas) da classe correspondente ao valor destes trabalhos na proposta;
 - iv. 1.^a Subcategoria (Instalações elétricas de utilização de baixa tensão), 2.^a Subcategoria (Movimentação de Terras), 7.^a Subcategoria (Drenagens e tratamento de taludes), 9.^a Subcategoria (Armaduras para Betão Armado), 10.^a Subcategoria (Cofragens), da 5.^a Categoria (Outros Trabalhos) da classe correspondente ao valor destes trabalhos na proposta;

3.6. O concurso público foi publicitado no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, II série, n.º 58, de 23-03-2016.

3.7. Solicitaram a disponibilização das peças do procedimento 10 interessados.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2016 – SRATC (Processo n.º 56/2016)

3.8. Apresentaram-se a concurso quatro concorrentes.

Concorrente	Preço (€)
1. Domusplanet, S.A.	1.284.834,05
2. Tecnovia-Açores, Sociedade de Empreitadas, S.A., Somague-Ediçor, Engenharia, S.A. e Marques, S.A. (em agrupamento)	1.195.172,00
3. Afavias – Engenharia e Construções - Açores, S.A.	1.105.000,01
4. Inves Tri Unipessoal, L. ^{da}	1.199.653,48

3.9. Em sede de devolução do processo para diligências complementares, foram, entre outros aspetos, solicitados esclarecimentos sobre o «teor da alínea *d*) do n.º 1 da cláusula 38.^a do programa de concurso, face ao disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, tendo em atenção que, em matéria de habilitações não existem trabalhos enquadráveis na 1.^a Subcategoria (Estrutura e elementos de betão) da 1.^a Categoria (Edifícios e património construído), e na 1.^a Subcategoria (Instalações elétricas de utilização de baixa tensão) da 5.^a Categoria (Outros trabalhos)», bem como solicitado o envio de comprovativo da publicitação do anúncio no portal da Internet dedicado aos contratos públicos².

3.10. Em resposta, o Diretor Regional do Ambiente referiu o seguinte³:

A. Esclarecimentos:

4) O teor da alínea d) do n.º 1 da cláusula 38.^a do programa de concurso, face ao disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, tendo em atenção que, em matéria de habilitações não existem trabalhos enquadráveis na 1.^a Subcategoria (Estrutura e elementos de betão) da 1.^a Categoria (Edifícios e património construído), e na 1.^a Subcategoria (Instalações elétricas de utilização de baixa tensão) da 5.^a Categoria (Outros Trabalhos).

Na alínea d) do n.º 1 da Cláusula 38.^a do Programa do Concurso, é exigido um vasto universo de habilitações a serem tituladas pelo adjudicatário, no seu alvará de empreiteiro de obras públicas.

Todavia, de entre as habilitações exigidas, verifica-se a ocorrência de um lapso na exigibilidade da detenção da 1.^a Subcategoria (Estruturas e elementos de betão) da 1.^a Categoria (Edifícios e património construído) e da 1.^a Subcategoria (Instalações elétricas de utilização de baixa tensão com potência até 50 kVA) da 4.^a Categoria (Instalações elétricas e mecânicas), dada a inexistência de trabalhos dessa natureza.

Assim sendo, dever-se-á ter por não escrita a menção feita à 1.^a Subcategoria (Estruturas e elementos de betão) da 1.^a Categoria (Edifícios e património construído) e da 1.^a Subcategoria (Instalações elétricas de utilização de baixa tensão com potência até

² Ofício n.º 307-UAT I/FP, de 05-08-2016.

³ Ofício com a referência n.º SAI/DRA/2016/2733, de 12-08-2016.



50 kVA) da 4.^a Categoria (Instalações elétricas e mecânicas), uma vez que as restantes subcategorias de alvará exigidas cobrem todos os trabalhos colocados a concurso. De todo o modo, a exigibilidade acrescida de habilitações não contribuiu para uma restrição do universo concorrencial e, conseqüentemente, não é suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato.

B. Elementos complementares:

5) Publicitação no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, do anúncio e relatório de formação do contrato (cfr. n.º 1 do artigo 465.º do CCP).

Uma vez que o anúncio do procedimento foi apenas publicado no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores (JORAA), nos termos do artigo 27.º do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, e em face da ausência de conexão automática entre a publicação no JORAA e o Portal dos Contratos Públicos ou Portal Base, não é possível fazer a introdução manual do anúncio no referido Portal, pelo que a informação referente ao anúncio do concurso, bem como o relatório de contratação não constam do Portal Base.

Todavia, a esta data, o Gabinete da Secretária Regional Adjunta da Presidência para os Assuntos Parlamentares está diligenciando pela solução do problema, conforme consta da circular n.º 1/2016, que se anexa.

*

III – Fundamentação jurídica

4. Começa-se por analisar a matéria relativa às habilitações exigidas ao adjudicatário.

O artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, dispõe que «nos procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas, a empresa de construção responsável pela obra deve ser detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global daquela, respeitante aos trabalhos mais expressivos da mesma, sem prejuízo da exigência de habilitação noutras classes e subcategorias relativas às restantes obras e trabalhos a executar».

Desta disposição resulta que:

- Deve ser exigida a subcategoria respeitante ao tipo de trabalhos mais expressivo;
- A subcategoria respeitante ao tipo de trabalhos mais expressivo terá de ser de classe que cubra o valor global da obra;
- Devem ser exigidas as subcategorias respeitantes aos restantes trabalhos a executar, em classe que cubra o valor daqueles trabalhos;



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2016 – SRATC (Processo n.º 56/2016)

- Não podem ser exigidas subcategorias relativamente a trabalhos que não serão executados.

O Código dos Contratos Públicos (CCP)⁴ não permite que a entidade pública adjudicante exija dos concorrentes a apresentação de documentos de habilitação, incluindo os alvarás, obrigação que impende apenas sobre o adjudicatário, por ocasião da notificação da decisão de adjudicação⁵.

A entidade adjudicante não necessita de especificar nas peças do procedimento as autorizações que o alvará do adjudicatário deverá conter, bastando-lhe referir que o mesmo deverá apresentar alvará contendo as habilitações adequadas e necessárias à execução da obra a realizar. No entanto, se o fizer, tais exigências devem subordinar-se estritamente ao respetivo regime legal.

A empreitada envolve a realização de trabalhos de limpeza, drenagem de biogás, modelação do terreno, cobertura final impermeabilizante, drenagem de águas pluviais, recobrimento vegetal e implementação de infraestruturas de apoio à monitorização (piezómetros). Consequentemente, não se prevê a execução de trabalhos enquadráveis na 1.ª subcategoria (*Estrutura e elementos de betão*) da 1.ª categoria (*Edifícios e património construído*) e na 1.ª subcategoria (*Instalações elétricas de utilização de baixa tensão*) da 5.ª categoria (*Outros trabalhos*)⁶.

No programa do concurso foram, porém, exigidas estas subcategorias.

Ao terem sido exigidas subcategorias relativas a trabalhos que não serão levados a cabo no âmbito da empreitada posta a concurso, foi violado o disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015.

5. Analisa-se, de seguida, a matéria relacionada com a externalização da intenção de contratar.

⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

⁵ Artigos 77.º, n.º 2, alínea *a*), e 81.º, n.º 2, ambos do CCP.

⁶ A Lei n.º 41/2015, não contempla a última subcategoria. Na Portaria n.º 19/2004, de 10 de janeiro, revogada por aquela lei, previa-se a 1.ª subcategoria (*Instalações elétricas de utilização de baixa tensão*), enquadrada, no entanto, na 4.ª categoria (*Instalações eléctricas e mecânicas*). A Lei n.º 41/2015 contempla atualmente a 1.ª subcategoria (*Instalações elétricas de utilização de baixa tensão com potência até 50kVA*) da 4.ª categoria (*Instalações eléctricas e mecânicas*).



Nos termos do n.º 1 do artigo 36.º do CCP, «o procedimento de formação de qualquer contrato inicia-se com a decisão de contratar, a qual cabe ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar (...)».

Em conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 20.º do Decreto Legislativo Regional n.º 1/2015/A, de 7 de janeiro⁷, a competência para a decisão de contratar depende do montante da despesa a realizar.

Artigo 20.º

Autorização de despesas

1 - São competentes para autorizar despesas com empreitadas de obras públicas, locação e aquisição de bens e serviços as seguintes entidades, com os seguintes limites:

- a) Até € 100 000, os diretores regionais e os órgãos máximos dos serviços com autonomia administrativa;
- b) Até € 200 000, os órgãos máximos dos organismos dotados de autonomia administrativa e financeira;
- c) Até € 1 000 000, o vice-presidente, os secretários regionais e os subsecretários regionais;
- d) Até € 4 000 000, o presidente do Governo Regional;
- e) Sem limite, o Conselho do Governo Regional.

2 - As competências referidas no número anterior podem ser delegadas, nos termos que vierem a ser fixados no decreto regulamentar regional que puser em execução o Orçamento da Região Autónoma dos Açores para o ano 2015 ou em diploma autónomo.

Na alínea *a)* do n.º 1 do artigo 15.º do Decreto Regulamentar Regional n.º 3/2015/A, de 13 de fevereiro⁸, prevê-se que as competências do Conselho do Governo Regional para autorizar despesas com a realização de empreitadas de obras públicas possam ser delegadas em qualquer dos membros do Governo Regional.

Em 01-01-2016, entrou em vigor o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, que aprovou o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores (doravante, RJCPRAA).

Conforme decorre do n.º 3 do artigo 1.º do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, o «diploma não prejudica a aplicação das normas que integram o regime jurídico da contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos constante do Código dos

⁷ Aprova o Orçamento da Região Autónoma dos Açores para o ano 2015.

⁸ O Decreto Regulamentar Regional n.º 3/2015/A, põe em execução o Orçamento da Região Autónoma dos Açores para o ano 2015. O artigo 15.º deste diploma remete para o Decreto Legislativo Regional n.º 2/2014/A, de 29 de janeiro, que aprovou o Orçamento da Região Autónoma dos Açores para o ano 2014. Trata-se de um lapso evidente, que convoca a aplicação das regras de interpretação previstas no n.º 1 do artigo 9.º do Código Civil.



Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua atual versão em vigor».

O RJCPRAA aplica-se aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a data da sua entrada em vigor (n.º 1 do artigo 100.º).

De acordo com o RJCPRAA, na formação dos contratos «são expressamente aplicáveis as regras estatuídas pelo Código dos Contratos Públicos, considerando as especificidades constantes das secções seguintes» (artigo 25.º).

No CCP determina-se que a «escolha do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação permite a celebração de contratos de qualquer valor, excepto quando os respectivos anúncios não sejam publicados no *Jornal Oficial da União Europeia*, caso em que só permite a celebração de contratos de valor inferior ao referido na alínea c) do artigo 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março» (alínea b) do artigo 19.º)⁹.

O RJCPRAA prevê que, 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 Região Autónoma dos Açores*, conforme modelo aprovado por portaria conjunta dos membros do Governo Regional responsáveis pela edição do Jornal Oficial e pelas áreas das finanças e das obras públicas» (artigo 27.º)¹⁰.

O artigo 465.º do CCP impõe o seguinte:

Artigo 465.º

ObrigaçãO de comunicaçãO

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.

⁹ O valor referido na alínea c) do artigo 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE fixa-se, em 2016, em 5 225 000,00 euros (Regulamento (UE) n.º 2015/2342, da Comissão, de 15 de dezembro).

¹⁰ Os modelos de anúncio dos procedimentos pré-contratuais a publicar no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, pelas entidades adjudicantes regionais (com exceção do modelo de anúncio de parceria para a inovação), foram aprovados pela Portaria n.º 23/2016, publicada no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, I série, n.º 31, de 04-03-2016.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2016 – SRATC (Processo n.º 56/2016)

A Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de julho, aprovou os 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 referido artigo 465.º.

Em conformidade com o artigo 2.º, n.ºs 1, alíneas *a) e b)*, e 3, alínea *a)*, da Portaria n.º 701-E/2008, o anúncio «de abertura do procedimento e eventuais anúncios subsequentes, publicado no *Diário da República*» e o bloco técnico de dados (constante do anexo I da portaria), integram o bloco de dados que alimenta o Portal dos Contratos Públicos.

Conforme decorre da alínea *a)* do artigo 3.º da Portaria n.º 701-E/2008, o anúncio do procedimento dá entrada nos sistemas de informação sediados no Portal dos Contratos Públicos, «após a respectiva validação pela *Imprensa Nacional-Casa da Moeda, S.A. (INCM)*, e envio para publicação no *Diário da República*» e o bloco técnico de dados, na sequência do preenchimento do anúncio para publicação.

As fontes imediatas de informação para o Portal dos Contratos Públicos são, 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*», e, no caso do bloco técnico de dados, as entidades adjudicantes, «como segunda fase do processo de introdução de dados para o anúncio» (artigo 4.º, alíneas *a) e b)*, da Portaria n.º 701-E/2008).

Como emerge da matéria de facto dada por assente:

- A decisão de contratar foi delegada no Secretário Regional da Agricultura e Ambiente, através da Resolução do Conselho do Governo n.º 73/2015, de 4 de maio;
- A decisão de contratar, implícita na aprovação das peças do procedimento, foi tomada em 08-02-2016;
- O concurso público foi publicitado no *Jornal oficial da Região Autónoma dos Açores*, em 23-03-2016;
- Os elementos referentes à formação do contrato não foram publicitados no portal da Internet dedicado aos contratos públicos.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2016 – SRATC (Processo n.º 56/2016)

A não publicitação no portal da Internet dedicado aos contratos públicos dos elementos referentes à formação do contrato viola o disposto no artigo 465.º do CCP, não permitindo que o concurso fosse levado ao conhecimento de todos os operadores económicos que pudessem ter a intenção de contratar e que, legitimamente, estão a contar ter acesso naquele portal da Internet, à publicitação de todos os concursos públicos, até porque tal publicitação é aí obrigatória.

Em contraditório, a entidade adjudicante alegou a existência de condicionalismos de natureza tecnológica que impossibilitaram o cumprimento daquela obrigação legal, explicitados na Circular n.º 1/2016, de 28 de julho (reproduzida no anexo à presente Decisão).

Considerando esta factualidade e a alegação do contraditório, suscitam-se algumas reflexões e dúvidas, mas também, pelo menos, uma certeza.

Começamos pela reflexão suscitada pela opção do legislador regional e pelo propósito que lhe estará subjacente.

No 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, e republicado em anexo a este último diploma legal, previa-se¹¹:

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.

No atual RJCPRAA, pelo contrário, prevê-se¹²:

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 Região Autónoma dos Açores (...).

Esta evolução legislativa torna claro que a opção do legislador regional foi a de manter as exigências de publicação do anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia* mas substituir a publicação no *Diário da República*, prevista no Código dos Contratos Públicos, pela publicação no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, na medida em que esta passou de facultativa para obrigatória e, mais do que isso, exclusiva.

¹¹ Cfr. artigo 6.º, n.º 1, sendo os sublinhados da nossa autoria.

¹² Cfr. artigo 27.º, n.º 1, sendo o sublinhado da nossa autoria.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2016 – SRATC (Processo n.º 56/2016)

Mas qual foi o propósito do legislador regional com tal opção?

Sinceramente, os elementos interpretativos de que dispomos não permitem, com um mínimo de segurança, afirmar qual tenha sido esse propósito e, aqui, começam as dúvidas. Mas permitem, a nosso ver, concluir que não terá sido propósito do legislador restringir a concorrência, evitando a publicação do anúncio no Portal Base.

Na verdade, analisado o processo legislativo¹³ que conduziu à aprovação pela Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores do atual RJCPRAA, nada permite descortinar qual foi o propósito da mencionada alteração legislativa de publicitação do anúncio do concurso. Com efeito, o texto atual é o mesmo que constava da proposta de iniciativa legislativa, da responsabilidade do Governo Regional, e tal normativo, em concreto, não foi objeto de qualquer proposta de alteração por parte de qualquer grupo parlamentar, nem objeto de análise no parecer da Comissão de Política Geral daquela Assembleia ou de pareceres de entidades externas, nem, ainda, objeto de observação quando da sua discussão e votação no Plenário de 29-10-2015, em que foi aprovado. Assim, sem estes elementos interpretativos e não constando da exposição de motivos da iniciativa legislativa nenhuma linha explicativa desse propósito não é possível afirmar, com segurança, qual tenha sido.

Mas, como dissemos, não cremos que tenha sido propósito do legislador evitar a publicação do anúncio no Portal Base.

Com efeito, tal propósito colocaria em causa os princípios da publicidade, transparência e concorrência, que são nucleares e básicos da contratação pública, consagrados quer no CCP, quer na Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, cujos «princípios e opções» o RJCPRAA procurou «verter no ordenamento jurídico regional», como expressamente se afirma na exposição de motivos deste diploma legal. Aí se afirmando, ainda, que «com o presente diploma não se pretende assumir uma posição de rutura com o ordenamento jurídico nacional».

Os verdadeiros propósitos do legislador regional não ficaram apenas na exposição de motivos.

¹³ Cfr. o processo legislativo em http://base.alra.pt:82/4DACTION/w_pesquisa_registo/3/2644.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2016 – SRATC (Processo n.º 56/2016)

Foram vertidos em letra de lei, ao consagrar-se que «o presente diploma não prejudica a aplicação das normas que integram o regime jurídico da contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos constantes do Código dos Contratos Públicos»¹⁴, que «as entidades adjudicantes regionais garantem (...) o respeito (...) pelos princípios fundamentais da contratação pública (...), em especial pelos princípios da transparência, da igualdade de tratamento, da proporcionalidade e da concorrência, da não discriminação, da imparcialidade, da boa-fé e da tutela da confiança»¹⁵ e que «na formação dos contratos são expressamente aplicáveis as regras estatuídas pelo Código dos Contratos Públicos, considerando as especificidades constantes das secções seguintes»¹⁶, sendo certo que nenhuma especificidade consta das secções seguintes quanto à publicitação no Portal Base previsto no artigo 465.º do CCP.

Nestes termos, temos por certo concluir, que 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 Região Autónoma dos Açores* e o Portal dos Contratos Públicos ou Portal Base e da não possibilidade de introdução manual do anúncio no referido Portal.

Aliás, tal problema era facilmente previsível ao tempo da elaboração do RJCPRAA, em face da forma como a Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de julho, definiu os termos da comunicação prevista no artigo 465.º do CCP.

Se o mesmo não foi atempadamente previsto e resolvido é questão diversa.

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 artigo 4.º do CCP, ao possibilitar que, por esta via, seja levado ao conhecimento de todos os operadores económicos a intenção de contratar.

¹⁴ Cfr. artigo 3.º, n.º 1, do RJCPRAA.

¹⁵ Cfr. artigo 4.º, n.º 1, do RJCPRAA.

¹⁶ Cfr. artigo 25.º do RJCPRAA.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2016 – SRATC (Processo n.º 56/2016)

A observância deste princípio, como se sabe, tem particular relevância no contexto da contratação pública¹⁷:

É de facto no *respeito pela concorrência e simultaneamente na sua promoção* que assenta hoje o valor nuclear dos procedimentos adjudicatórios: é a ela (concorrência) que estes se dirigem e é no aproveitamento das respectivas potencialidades que se baseia o seu lançamento. E se é na concorrência que se funda o mercado da contratação pública, isso há-de significar que a tutela de uma concorrência sã entre os competidores interessados deve estar na primeira linha das preocupações do sistema jurídico.

Com a existência de um procedimento dirigido à concorrência assegura-se, na medida do possível, que, na satisfação de interesses que lhe estão cometidos, os entes públicos o façam de forma publicamente mais vantajosa possível. E, quanto mais pessoas quiserem negociar com ela, no *mercado administrativo*, melhor: maior será o leque de ofertas contratuais – e o leque de escolha da entidade adjudicante – e mais procurarão os concorrentes otimizar as suas propostas.

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.

6. Importa, agora, analisar as consequências decorrentes da violação do disposto nos artigos 8.º da Lei n.º 41/2015 e 465.º do CCP.

Não estando em causa nenhuma situação subsumível na alínea *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, a questão que se coloca é a de saber se, para aquelas ilegalidades, se verifica o fundamento de recusa de visto estabelecido na alínea *a)* ou na alínea *c)* do referido preceito e, nesta última hipótese, se é caso para se «conceder o visto e fazer recomendações (...) no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades».

A invalidade dos atos administrativos é tratada nas secções III e IV, do Capítulo II, da Parte IV do novo Código do Procedimento Administrativo (CPA)¹⁸, designadamente, nos

¹⁷ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Os princípios gerais da contratação pública», in *Estudos da Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 67.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2016 – SRATC (Processo n.º 56/2016)

artigos 161.º («Atos nulos»), 162.º («Regime da nulidade»), 163.º («Atos anuláveis e regime da anulabilidade»).

O ato administrativo ferido de ilegalidade decorrente da violação dos artigos 8.º da Lei n.º 41/2015 e 465.º do CCP, não está previsto no elenco dos atos para os quais o artigo 161.º do CPA comina a nulidade, como forma de invalidade, porquanto:

- O ato ferido do vício resultante das referidas violações de lei, não está previsto no n.º 2 do artigo 161.º do CPA¹⁹;
- Não existe qualquer outro dispositivo legal que, para aquele vício, comine expressamente essa forma de invalidade (*cf.* n.º 1 do artigo 161.º do CPA).

Assim, não sendo as mencionadas ilegalidades geradoras de nulidade, só podem as mesmas ser geradoras de anulabilidade, tal como se dispõe no n.º 1 do artigo 163.º do CPA.

7. Ora, afastados que estão os fundamentos previstos nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, e dando como assente que as citadas violações de lei são geradoras de anulabilidade, importa, agora, analisar se as mesmas são enquadráveis no disposto na alínea *c)* do n.º 3 do referido artigo 44.º.

De acordo com este normativo, constitui fundamento da recusa do visto a desconformidade dos atos e contratos com as leis em vigor que implique ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro.

No que concerne à primeira das ilegalidades – preterição do disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015 –, a entidade reconheceu, em sede de contraditório, que se verificou uma «exigibilidade acrescida de habilitações», tendo alegado, no entanto, que esta circunstância «não contribuiu para uma restrição do universo concorrencial e, conseqüentemente, não é suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato».

Não tem razão a entidade adjudicante quando alega que a ilegalidade verificada não condicionou o universo concorrencial. Como é evidente, pode ter sucedido que potenciais concorrentes, detentores das habilitações necessárias para executar a obra, se hajam abs-

¹⁸ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

¹⁹ Anota-se, contudo, que a enumeração é meramente exemplificativa.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2016 – SRATC (Processo n.º 56/2016)

tido de apresentar proposta, em face das exigências excessivas constantes do programa do concurso.

Na medida em que a ilegalidade verificada pode ter condicionado o universo de potenciais concorrentes, a resposta à questão formulada – a de saber se a referida violação de lei é suscetível de afetar o resultado financeiro do contrato e, com isso, constituir fundamento de recusa do visto –, não pode deixar de ser positiva.

Faz-se notar que, para a verificação do fundamento de recusa de visto mencionado na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, basta o simples perigo ou risco de que a ilegalidade constatada possa determinar a alteração do resultado financeiro do contrato. É o que resulta da letra da referida alínea c), quando aí se alude a «Ilegalidade que ... possa alterar o respetivo resultado financeiro».

Quanto à omissão de publicitação dos elementos referentes à formação do contrato no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, em violação do artigo 465.º do CCP, não se suscitam dúvidas de que foi prejudicada a realização da concorrência, o que poderá ter impedido a entidade adjudicante de receber outras propostas, eventualmente mais vantajosas do que a apresentada pelo adjudicatário.

Como se viu, a entidade adjudicante alegou, em contraditório, a existência de condicionamentos de natureza tecnológica que impossibilitaram o cumprimento daquela obrigação legal. No entanto, as alegadas limitações informáticas, ou de outra natureza, não justificam a não observância de normas legais imperativas, como o citado artigo 465.º do CCP.

Por isso, também aqui, está-se perante ilegalidade que altera ou, com elevada probabilidade, pode alterar o resultado financeiro do contrato. Deste ponto de vista, constitui fundamento de recusa do visto, nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da Lei n.º 98/97.

A relevância que tal ilegalidade assume no contexto do procedimento de contratação levado a cabo, não consente que se faça uso da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da mesma lei.

Nesta medida, quanto à matéria apreciada no ponto 4, *supra*, relativa à exigência excessiva de habilitações, mostra-se prejudicado indagar se, em face das circunstâncias concretas, se verificariam os pressupostos para conceder o visto e fazer recomendações.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2016 – SRATC (Processo n.º 56/2016)

8. Em conclusão:

- a) No programa do concurso foi exigida habilitação para a realização de trabalhos que não serão executados no âmbito da empreitada, contrariando o disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho;
- b) O concurso público foi exclusivamente publicitado no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, com fundamento no artigo 27.º do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro;
- c) 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;
- d) As ilegalidades verificadas são suscetíveis de conduzir a uma alteração do resultado financeiro do contrato, a configurar-se a hipótese 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) As ilegalidades que alterem ou possam alterar o resultado financeiro 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.

IV – Decisão

Assim, o Juiz da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em sessão ordinária, ouvidos o Ministério Público e os Assessores, decide, com os fundamentos expostos, recusar o visto ao contrato em referência, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

Emolumentos: 20,60 euros.

Após as notificações, divulgue-se na Internet.



Tribunal de Contas
Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 5/2016 – SRATC (Processo n.º 56/2016)

Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em 9 de setembro de 2016.

O Juiz Conselheiro

[Assinatura
Qualificada]
António
Francisco
Martins

Assinado de forma digital por [Assinatura Qualificada] António Francisco Martins
DN: cn=PT, o=Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, ou=Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, ou=Certificado para pessoa singular - Assinatura Qualificada, title=Juiz Conselheiro - Informação confirmada pela Entidade de Certificação apenas na data de emissão e que não foi confirmada posteriormente a essa data, sn=Martins, givenName=António Francisco, serialNumber=05586692, cn=[Assinatura Qualificada] António Francisco Martins
Dados: 2016.09.09 11:59:26 Z

Os Assessores

[Assinatura
Qualificada]
Fernando
Manuel
Quental Flor
de Lima

[Assinatura Qualificada] João
José Branco Cordeiro de
Medeiros

Fui presente

O Representante do Ministério Público

[Assinatura
Qualificada] José da
Silva Ponte



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES
PRESIDÊNCIA DO GOVERNO

Gabinete da Secretária Regional Adjunta da Presidência para os Assuntos Parlamentares

CIRCULAR n.º 1/2016

ASSUNTO: Interligação e Interoperabilidade entre o JORAA e o Portal dos Contratos Públicos

Em 1 de janeiro de 2016, entrou em vigor na Região Autónoma dos Açores o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, que aprova o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores (RJCPRAA), transpõe, parcialmente, para o ordenamento jurídico regional a Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos, e define a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.

De acordo com o n.º 1 do artigo 27.º do RJCPRAA, sempre que 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 publicados no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores (JORAA), conforme modelo aprovado por portaria conjunta dos membros do Governo Regional responsáveis pela edição do Jornal Oficial e pelas áreas das finanças e das obras públicas.

Pela Portaria n.º 23/2016, de 4 de março, foram aprovados os modelos de anúncio dos procedimentos pré-contratuais a publicar pelas entidades adjudicantes regionais no JORAA, com exceção do modelo de anúncio do procedimento de parceria para a inovação.



REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES
PRESIDÊNCIA DO GOVERNO

Gabinete da Secretária Regional Adjunta da Presidência para os Assuntos Parlamentares

Sucedem que o JORAA não dispõe da funcionalidade que o Diário da República possui nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 4.º da Portaria n.º 701-F/2008, de 29 de julho, nem é fonte imediata de informação para o Portal dos Contratos Públicos, também conhecido por “Portal BASE”, como é o sistema de informação da Imprensa Nacional-Casa da Moeda, nos termos da alínea a) do artigo 4.º da Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de julho.

Entretanto foram feitas diligências pelo Gabinete da Secretária Regional Adjunta da Presidência para os Assuntos Parlamentares junto do Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., entidade a quem compete a gestão do Portal Base, no sentido de permitir que as entidades adjudicantes regionais enviem diretamente para aquele Portal o bloco inicial de dados respeitantes aos procedimentos de formação dos contratos públicos cujos anúncios sejam apenas publicados no JORAA. Porém, para que tal aconteça, será necessário efetuar desenvolvimentos tecnológicos no Portal BASE, prevendo-se que estes venham ocorrer até ao final do corrente ano.

Assim, enquanto não for alterado o enquadramento tecnológico anteriormente descrito não é possível publicitar no Portal BASE quaisquer elementos referentes à formação e à execução dos contratos quando os anúncios dos procedimentos, por força do n.º 1 do artigo 27.º do RJCPRAA, apenas sejam publicados no JORAA.

Ponta Delgada, 28 de julho de 2016

A CHEFE DO GABINETE,

Rafaela Seabra Teixeira