



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 9/2016 – SRATC
Processo n.º 66/2016
Sessão ordinária – 26/09/2016

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, bem como a falta de exigência da detenção de subcategorias respeitantes a trabalhos a executar, em classe que cobrisse o valor daqueles trabalhos, contraria o disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho.
2. As ilegalidades verificadas são suscetíveis de alterar o resultado financeiro na medida em que, por um lado, limitam a concorrência e, por outro, permitem que a obra seja adjudicada a um concorrente sem habilitação para a executar.
3. 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.
4. Esta ilegalidade é suscetível de conduzir a uma alteração do resultado financeiro do contrato, configurando-se 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.
5. 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 – ALVARÁ – CONCURSO PÚBLICO – EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS – FISCALIZAÇÃO PRÉVIA – PUBLICAÇÃO OBRIGATÓRIA – RECUSA DE VISTO – RESTRIÇÃO DE CONCORRÊNCIA

Conselheiro Relator: António Francisco Martins



DECISÃO N.º 9/2016 – SRATC

Processo n.º 66/2016

I – Relatório

1. Foi presente, para fiscalização prévia da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, o *contrato de empreitada de melhoramento do porto do Topo*, celebrado em 26-07-2016, entre a Região Autónoma dos Açores, através da Secretaria Regional do Mar, Ciência e Tecnologia, e a Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. e Etermar, Engenharia e Construção, S.A., em consórcio, pelo preço de 5 189 388,00 euros, acrescido do IVA, e com o prazo de execução de 24 meses.
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 81/2016, de 18 de abril, foi autorizada «a contratação, mediante a abertura de um Concurso Público, para adjudicação da “Empreitada de melhoramento do porto do Topo”, com o preço base de 5.220.000,00 (cinco milhões, duzentos e vinte mil euros), ao qual acresce o IVA à taxa legal em vigor», bem como delegadas competências no Secretário Regional do Mar, Ciência e Tecnologia para, designadamente, «aprovar as peças do procedimento, nomear o júri e mandar publicar o anúncio de abertura do procedimento».
 - 3.2. Através do despacho n.º 21/2016, de 19-04-2016, o Secretário Regional do Mar, Ciência e Tecnologia, aprovou as peças do procedimento (programa do concurso e caderno de encargos) e determinou que o procedimento fosse publicitado no *Diário da República*.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 9/2016 – SRATC (Processo n.º 66/2016)

3.3. Em 20-04-2016, o Secretário Regional do Mar, Ciência e Tecnologia, procedeu à re-tificação do despacho n.º 21/2016, determinando que o procedimento fosse publicita-do exclusivamente no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*.

3.4. De acordo com a *memória descritiva* do projeto, a empreitada envolve «a construção de um molhe-cais a sul do cais existente e a criação de um terraplano ao nível do co-roamento do cais atual, que se desenvolverá entre a rampa existente e o afloramento rochoso situado a NE. Este terraplano será limitado, na sua fronteira com o mar enfi-ada com o cais, por um prolongamento deste, no limite SE por uma praia de enroca-mento e por uma rampa varadouro, e no limite Norte pela própria falésia. Na base da falésia será construído um muro para proteger a zona utilizável do terraplano contra as quedas de material da falésia».

3.5. No ponto 21. do programa do concurso, sob a epígrafe «Documentos de habilitação dos concorrentes», foi exigido:

21.1 - O adjudicatário deve apresentar os seguintes documentos de habilitação:

(...)

b) Alvarás contendo as seguintes habilitações:

b1) 2.ª subcategoria (Obras Portuárias) da 3.ª categoria (Obras Hidráulicas), em classe correspondente ao valor global da proposta;

b2) 5.ª subcategoria (Dragagens) da 3.ª categoria (Obras Hidráulicas), em classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeite;

b3) 4.ª subcategoria (Pontes e viadutos metálicos) da 2.ª categoria (Vias de comu-nicação, obras de urbanização e outras infraestruturas), em classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeite.

3.6. O concurso público foi publicitado no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, II série, n.º 78, de 21-04-2016.

3.7. Apresentaram-se a concurso dois concorrentes.

Concorrente	Preço (€)
1. Mota-Engil, Engenharia e Construção, S.A. e Atermar, Engenharia e Construção, S.A. (em agrupamento)	5.189.388,00
2. Tecnovia-Açores, Sociedade de Empreitadas, S.A., Somague-Ediçor, Engenharia, S.A. e Marques, S.A. (em agrupamento)	5.219.000,00



- 3.8. De acordo com a proposta escolhida, a empreitada consiste, em resumo, nas seguintes atividades:

EMPREITADA DE MELHORAMENTO DO PORTO DO TOPO

RESUMO GERAL DO ORÇAMENTO

Nº	DESIGNAÇÃO	VALOR UNIT. (Euros)	TOTAIS (Euros)
1	TRABALHOS PREPARATÓRIOS		553.609,90
2	MOLHE-CAIS		3.594.750,18
3	PONTE DE ACESSO AO MOLHE-CAIS		123.192,30
4	AMPLIAÇÃO DO CAIS, RAMPA VARADOURO E PRAIA		528.481,00
5	VIA DE ACESSO E TERRAPLENO		389.354,62
	TOTAL GERAL		5.189.388,00

- 3.9. O capítulo 3 (*Ponte de acesso ao molhe-cais*) inclui as atividades descritas no Anexo I à presente Decisão.

- 3.10. Em sede de devolução do processo para diligências complementares, foram, entre outros aspetos, solicitados esclarecimentos sobre¹:

- 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 a empreitada:
 - a) Não prevê trabalhos enquadráveis na 4.ª subcategoria (*Pontes e viadutos metálicos*) da 2.ª categoria (*Vias de comunicação, obras de urbanização e outras infraestruturas*);
 - b) Contempla a realização de trabalhos enquadráveis na 3.ª subcategoria (*Pontes e viadutos de betão*) da 2.ª categoria (*Vias de comunicação, obras de urbanização e outras infraestruturas*), e na 1.ª subcategoria (*Demolições*) da 5.ª categoria (*Outros trabalhos*), cuja habilitação não foi exigida.
- A validade do procedimento, tendo em atenção que não foi cumprido o previsto no n.º 1 do artigo 465.º do Código dos Contratos Públicos (CCP).

¹ Ofício n.º 333-UAT I/FP, de 18-08-2016.



3.11. Em resposta à primeira questão formulada, foi remetida uma informação subscrita pelo projetista, da qual decorre:

Apesar do pequeno peso dos valores das dragagens e da ponte de acesso no valor global da empreitada e da reduzida complexidade dos trabalhos, exigiu-se, no processo de concurso, que os concorrentes tivessem alvará da 5.ª subcategoria (Dragagens), da 3.ª categoria (Obras hidráulicas) e da 4.ª subcategoria (Pontes e viadutos metálicos), da 2.ª categoria (Vias de comunicação, obras de urbanização e outras infraestruturas), em virtude de se pretender que o Empreiteiro tivesse experiência nas técnicas e procedimentos a adoptar na execução de dragagens em rocha com limitações à utilização de explosivos, no caso, das dragagens, e na instalação de apoios de neoprene cintados e conectores de aço, operações correntes na construção e pontes e viadutos, quer metálicos, quer de betão. Teria sido mais correcta a exigência de alvará de 3.ª subcategoria (Pontes e viadutos de betão), da 2.ª categoria (Vias de comunicação, obras de urbanização e outras infraestruturas), em virtude do acesso do cais actual ao molhe-cais ser em betão. No entanto, dada a pequena dimensão do pontão (8,53 m de largura e 8,83 m de comprimento), qualquer empreiteiro com alvará da 2.ª subcategoria (Obras portuárias), da 3.ª categoria (Obras hidráulicas), da classe do preço base da empreitada, tem capacidade para executar a estrutura de betão armado prevista. Executam habitualmente nas obras portuárias estruturas de betão armado muito mais complexas e exigentes do que este pequeno pontão.

Não se exigiu mais nenhum outro alvará dado que os outros trabalhos da empreitada que poderiam ser enquadrados noutras categorias têm expressão muito reduzida no valor global da empreitada e são da competência de um empreiteiro com alvará da 2.ª subcategoria (Obras portuárias), da 3.ª categoria (Obras hidráulicas), por serem trabalhos correntes também no tipo de obras enquadráveis nesta subcategoria desta categoria. Estão neste caso os trabalhos de demolição, que na presente empreitada têm o valor de 0,5 % do valor global da empreitada.

3.12. Em resposta à segunda questão, foi referido²:

Na instrução do processo para emissão de visto prévio foi anexada a Circular n.º 1/2016, do Gabinete do membro do Governo Regional responsável pelo Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores ("JORAA"), que explicita, diga-se de forma cristalina, os condicionalismos de natureza legal e tecnológica que impossibilitam a publicação, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos ("Portal Base"), dos elementos referentes à formação e execução dos contratos públicos, quando, nos termos do artigo 27.º, n.º 1, 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, as entidades adjudicantes regionais estão obrigadas a publicar os anúncios dos procedimentos apenas, portanto em exclusivo, no JORAA.

Com efeito, ao contrário do que sucede quando os anúncios dos procedimentos são publicados no Diário da República, os anúncios publicados no JORAA não são exportáveis automaticamente para o Portal Base, pois não existe interligação e interoperabilidade entre ambos, sendo que este último também não permite que essa exportação seja feita diretamente pelas entidades adjudicantes (esta possibilidade apenas é consentida para os procedimentos de ajuste direto).

² Ofício n.º SAID/GSR/2016/367, de 24-08-2016.



Em face do que antecede, é forçoso concluir que a não publicitação, no Portal Base, dos elementos referentes à formação e execução dos contratos públicos não decorre de uma opção das entidades adjudicantes regionais, mas da legislação e das limitações tecnológicas existentes. Aliás, em rigor, enquanto se mantiverem os condicionamentos anteriormente descritos, a opção do legislador regional, plasmada no artigo 27.º, n.º 1, do RJCPRAA, acaba por afastar o artigo 465.º do Código dos Contratos Públicos (CCP).

Sem prescindir, salvo melhor opinião, afigura-se-nos, por um lado, que o legislador não previu qualquer consequência em caso de omissão da publicitação referida no artigo 465.º do CCP e, por outro lado, que uma tal omissão não é suscetível de constituir fundamento para a recusa de visto ao contrato em questão, pois que não se enquadra em nenhum dos fundamentos previstos no n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

*

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



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 9/2016 – SRATC (Processo n.º 66/2016)

O Código dos Contratos Públicos (CCP)³ 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 adjudicação⁴.

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 posta a concurso não envolve a execução de trabalhos enquadráveis na 4.ª subcategoria (*Pontes e viadutos metálicos*) da 2.ª categoria (*Vias de comunicação, obras de urbanização e outras infraestruturas*), cuja habilitação foi exigida. Por outro lado, envolve a realização de trabalhos enquadráveis na 3.ª subcategoria (*Pontes e viadutos de betão*) da 2.ª categoria (*Vias de comunicação, obras de urbanização e outras infraestruturas*), que não foi pedida.

Deste modo, não foi observado o disposto no 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho.

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

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 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

³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

⁴ Artigos 77.º, n.º 2, alínea a), e 81.º, n.º 2, ambos do CCP.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 9/2016 – SRATC (Processo n.º 66/2016)

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)⁵.

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)⁶.

O artigo 465.º do CCP impõe o seguinte:

Artigo 465.º

Obrigaçãõ de comunicaçãõ

1 - É obrigatória a publicitaçãõ, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, dos elementos referentes à formaçãõ e à execuçãõ dos contratos públicos, desde o início do procedimento até ao termo da execuçãõ, 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.

⁵ 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).

⁶ 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.



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 do Mar, Ciência e Tecnologia, através da Resolução do Conselho do Governo n.º 81/2016, de 18 de abril;
- O concurso público foi publicitado no *Jornal oficial da Região Autónoma dos Açores*, em 21-04-2016;
- 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 9/2016 – SRATC (Processo n.º 66/2016)

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 II 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-se⁷:

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-se⁸:

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 *Diário da República* quando for também obrigatória a publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*, mas, quando esta não for exigível, substituir a publicação no *Diário da República*, prevista no Código dos Contratos

⁷ Cfr. artigo 6.º, n.º 1, sendo os sublinhados da nossa autoria.

⁸ Cfr. artigo 27.º, n.º 1, sendo o sublinhado da nossa autoria.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 9/2016 – SRATC (Processo n.º 66/2016)

Públicos, pela publicação no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, que, neste caso, passa de facultativa para obrigatória e, mais do que isso, exclusiva.

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 legislativo⁹ 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».

⁹ 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 9/2016 – SRATC (Processo n.º 66/2016)

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

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»¹⁰, 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»¹¹ e que «na formação dos contratos são expressamente aplicáveis as regras estatuídas pelo Código dos Contratos Públicos, considerando as especificidades constantes das secções seguintes»¹², 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, tais condicionalismos eram previsíveis, de “forma cristalina”, aproveitando a terminologia alegada em contraditório, 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 os mesmos não foram atempadamente previstos e resolvidos 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 me-

¹⁰ Cfr. artigo 3.º, n.º 1, do RJCPRAA.

¹¹ Cfr. artigo 4.º, n.º 1, do RJCPRAA.

¹² Cfr. artigo 25.º do RJCPRAA.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 9/2016 – SRATC (Processo n.º 66/2016)

didada 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.

Como salienta a doutrina, a observância deste princípio tem particular relevância no contexto da contratação pública¹³:

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

¹³ 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 9/2016 – SRATC (Processo n.º 66/2016)

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)¹⁴, designadamente, nos 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 CPA¹⁵;
- 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 – exigência de habilitações para trabalhos que não seriam executados e falta de exigência de habilitações para trabalhos a executar, em violação do disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015 –, a entidade assumiu, em sede de contraditório, que «teria sido mais correcta a exigência de alvará de 3.ª subcategoria (Pontes e viadutos de betão), da 2.ª categoria (Vias de comunicação, obras de urbanização

¹⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

¹⁵ Anota-se, contudo, que a enumeração é meramente exemplificativa.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 9/2016 – SRATC (*Processo n.º 66/2016*)

e outras infraestruturas), em virtude do acesso do cais actual ao molhe-cais ser em betão». No entanto, alegou que dada a pequena dimensão do pontão (8,53 m de largura e 8,83 m de comprimento), qualquer empreiteiro com alvará da 2.ª subcategoria (Obras portuárias), da 3.ª categoria (Obras hidráulicas), da classe do preço base da empreitada, teria capacidade para executar a estrutura de betão armado prevista.

Admite-se que assim seja, no entanto, em abstrato, esta circunstância poderia conduzir a que a obra fosse adjudicada a um concorrente sem habilitação para a executar.

Neste sentido, a ilegalidade verificada é suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato.

Por outro lado, foi exigida habilitação para a realização de trabalhos enquadráveis na 4.ª subcategoria (*Pontes e viadutos metálicos*) da 2.ª categoria (*Vias de comunicação, obras de urbanização e outras infraestruturas*), quando a empreitada não envolve trabalhos desta natureza.

Esta ilegalidade condicionou o universo concorrencial. Pode ter sucedido que potenciais concorrentes, detentores das habilitações necessárias para executar a obra, se hajam absterido 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 também 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 pode-



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 9/2016 – SRATC (Processo n.º 66/2016)

rá 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.

8. Em conclusão:

- a) No programa do concurso foi exigida habilitação para a realização de trabalhos que, afinal, não seriam levados a cabo no âmbito da empreitada. Não foi, por outro lado, exigida a detenção de subcategorias respeitantes a trabalhos a executar, em classe que cobrisse o valor daqueles trabalhos;
- b) Em ambas as situações foi violado o disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho;
- c) 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;



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 9/2016 – SRATC (Processo n.º 66/2016)

- d) 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;
- e) 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;
- f) 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 9/2016 – SRATC (Processo n.º 66/2016)

Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em 26 de setembro de 2016.

O Juiz Conselheiro

Os Assessores

Fui presente
O Representante do Ministério Público

EMPREITADA DE MELHORAMENTO DO PORTO DO TOPO**LISTA DE PREÇOS UNITÁRIOS / ORÇAMENTO**

Nº	DESIGNAÇÃO	UNID.	QUANT.	PREÇO UNITÁRIO (Euros)	TOTAIS (Euros)
3	PONTE DE ACESSO AO MOLHE-CAIS				
3.1	Desmonte e dragagem de rocha em vala de construção, incluindo o transporte dos materiais a depósito ou vazadouro	m3	132,00	221,88	29.288,16
3.2	Demolições e remoções na plataforma do cais existente incluindo transporte dos materiais a vazadouro	m3	12,00	40,21	482,52
3.3	Fornecimento, transporte e colocação de enrocamento ToT em enchimentos	m3	58,00	28,01	1.624,58
3.4	Betões				
3.4.1	Fornecimento e colocação de betão C35/45 XS3 C10,2 S4, para armar, em aduelas pré-fabricadas, incluindo cofragens, fabrico, colocação em stock e colocação em obra	m3	42,00	456,19	19.159,98
3.4.2	Fornecimento e colocação de betão C30/37 X0 C11,0 S3, em enchimentos das células das aduelas	m3	35,00	302,18	10.576,30
3.4.3	Fornecimento e colocação de betão C35/45 XS3 C10,2 S4, para armar, em pré-lajes, incluindo cofragens, fabrico, colocação em stock e colocação em obra	m3	28,00	431,40	12.079,20
3.4.4	Fornecimento e colocação de betão C35/45 XS3 C10,2 S4, para armar, em vigas, incluindo cofragens	m3	38,00	274,44	10.428,72
3.4.5	Fornecimento e colocação de betão C35/45 XS3 C10,2 S4, para armar, no tabuleiro, incluindo cofragens	m3	15,00	371,51	5.572,65
3.4.6	Fornecimento e colocação de betão C30/37 XS1 C10,2 S4, em lajes de pavimento com 0,20 m de espessura, incluindo execução de juntas	m2	9,00	64,76	582,84
3.4.7	Betão C35/45 XA2 C11,0 S4 em enchimentos, incluindo fornecimento, colocação e cofragens.	m3	38,00	302,18	11.482,84
3.5	Aços				
3.5.1	Fornecimento e aplicação de aço A500NR SD, incluindo transporte do aço, dobragem, amarrações, ligações, emendas, carga, descarga e colocação em obra:				
3.5.1.1	em aduelas	kg	5.345,00	1,02	5.451,90
3.5.1.2	em pré-lajes	kg	5.064,00	1,02	5.165,28
3.5.1.3	em vigas	kg	2.145,00	1,02	2.187,90
3.5.1.4	no tabuleiro	kg	2.429,00	1,02	2.477,58
3.6	Fornecimento, colocação e selagem de apoios de neoprene cintado com 150x200x23 na base da viga/laje incluindo enchimento de microbetão	un.	8,00	245,17	1.961,36
3.7	Fornecimento e colocação de conectores em aço inox do tipo ANCON DSDQ 130, ou equivalente, preparados para funcionar em juntas com 20mm de abertura	un.	10,00	448,50	4.485,00
3.8	Fornecimento e colocação de camada de base de agregado britado de granulometria extensa, com espessura de 0,20 m, incluindo cilindrimento e compactação	m2	9,00	20,61	185,49
	Subtotal 3				123.192,30



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