

ACÓRDÃO N.º 233/2018

Processo n.º 970/2017

1.ª Secção

Relator: Conselheiro José António Teles Pereira

Acordam na 1.ª Secção do Tribunal Constitucional

I – A Causa

1. Refere-se a presente decisão a um recurso interposto pelo **Ministério Público** (o ora Recorrente), nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, face a uma decisão de recusa da norma contida no artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, 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 (cfr. itens 1.2.1. e 1.3., *infra*). Essa decisão foi proferida pelo Plenário da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, no quadro processual que passamos a relatar.

1.1. No âmbito do processo de fiscalização prévia n.º 103/2016-SRATC, que correu os seus termos na Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, foi proferida a Decisão n.º 1/2017-SRATC, que recusou o visto ao contrato de “Aquisição de serviços médicos para a Unidade de Saúde da Ilha de São Miguel-Quarto Trimestre de 2016”, celebrado, em 03/10/2016, entre a Unidade de Saúde da Ilha de São Miguel (USISM, doravante a Recorrida e que contra-alegou) e a empresa “A., Lda.”, com o valor de €172.020,00. Tal recusa fundou-se no disposto na alínea *c*) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (doravante LOPTC), tendo por fundamento a violação do disposto nos artigos 157.º, n.º 12, e 465.º do Código dos Contratos Públicos (doravante CCP, aplicável *ex vi* artigo 6.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de Julho), em virtude de o anúncio do concurso não ter sido publicitado no *Diário da República* e de os elementos referentes à formação do contrato não terem sido publicitados no portal da *internet* dedicado aos contratos públicos.

Da respetiva fundamentação consta, designadamente, o seguinte:

“[...]”

As «matérias de competência legislativa próprias» estão elencadas, taxativamente, ex vi artigo 37.º, n.º 2, do EPARAA [Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores], na subsecção II deste diploma e delas não consta, como resulta do confronto com o estatuído nos

artigos 49.º a 67.º do EPARAA, a competência para legislar sobre o regime jurídico da contratação pública relativo à aquisição de serviços.

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

Convém rever o elenco de matérias – taxativas como se disse – previstas na subsecção II do EPARAA em que a Assembleia Legislativa tem «competência legislativa própria», que passam por: «Organização política e administrativa da Região» (artigo 49.º), «Poder tributário próprio e adaptação do sistema fiscal» (artigo 50.º), «Autonomia patrimonial» (artigo 51.º), «Política agrícola» (artigo 52.º), «Pescas, mar e recursos marinhos» (artigo 53.º), «Comércio, indústria e energia» (artigo 54.º), «Turismo» (artigo 55.º), «Infraestruturas, transportes e comunicações» (artigo 56.º), «Ambiente e ordenamento do território» (artigo 57.º), «Solidariedade e Segurança Social» (artigo 58.º), «Saúde» (artigo 59.º), «Família e migrações» (artigo 60.º), «Trabalho e formação profissional» (artigo 61.º), «Educação e juventude» (artigo 62.º), «Cultura e comunicação social» (artigo 63.º), «Investigação e inovação tecnológica» (artigo 64.º), «Desporto» (artigo 65.º), «Segurança pública e proteção civil» (artigo 66.º), englobando-se no artigo 67.º um leque de «outras matérias», também taxativamente previstas nas diversas alíneas deste preceito.

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

Com efeito, como resulta da definição do seu objeto e âmbito, com o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, pretendeu-se, além do mais, a transposição parcial da Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro e a definição ou o estabelecimento do regime jurídico aplicável à contratação pública (cfr. n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º do RJCPRAA).

Ora, a definição e o estabelecimento do regime jurídico aplicável à contratação pública não têm por base, aquilo que é/pode/ou deve ser a legislação sobre o «funcionamento dos mercados regionais» ou da «atividade económica», numa perspetiva regional, sendo que é para isso que aponta, a nosso ver, a previsão de competência legislativa da alínea a) do n.º 2 do artigo 54.º ao enunciar aí a «atividade económica».

Assim como, a «promoção da concorrência», prevista na alínea c) do n.º 2 do artigo 54.º, citado, não é amparo suficiente para nela estripar a competência legislativa de definição e estabelecimento de todo um regime jurídico aplicável à contratação pública. Pese embora a concorrência seja um valor basilar da contratação pública, esta engloba todo um conjunto de outros princípios e regras, que lhe são essenciais e nucleares, pelo que não pode reduzir-se àquela alínea a norma habilitante do RJCPRAA.

Aliás, afigura-se-nos antes que, pelas boas regras de interpretação, maxime a interpretação teleológica, a competência legislativa prevista no artigo 54.º do EPARAA, é a que visa, no âmbito da atividade respeitante ao comércio, indústria e energia, a promoção da concorrência no âmbito regional, e não a promoção da concorrência no regime jurídico da contratação pública.

Nesta medida, não temos dúvidas em concluir que o invocado artigo 54.º, n.º 2, alíneas a) e c), do EPARAA, não é norma habilitante adequada que permita à Assembleia Legislativa legislar sobre o regime ou a regulação normativa da contratação pública de fornecimento/aquisição de serviços, que é a contratação pública que está em causa no presente procedimento.

Por outro lado, ao contrário do invocado no preâmbulo do RJCPRAA, as normas habilitantes, do «n.º 1 do artigo 37.º e do artigo 40.º do Estatuto Político Administrativo da

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

10. Nesta medida, não pode deixar de se concluir que está fora da competência legislativa própria da ALRAA legislar sobre o regime jurídico da contratação pública de fornecimento/aquisição de serviços e, assim, o artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA, ao estatuir amplamente sobre a contratação pública, na parte em que abrange os contratos de aquisição de serviços, enferma de inconstitucionalidade orgânica, por violação das disposições conjugadas dos artigos 112.º, n.ºs 4 e 8, e 227.º, n.º 1, alíneas a) e x), ambos da Constituição da República Portuguesa.

No sentido de que a inconstitucionalidade orgânica consiste na «infracção das normas de competência» se pronunciam Gomes Canotilho e Vital Moreira .

Por sua vez, analisando a «taxatividade da enumeração constitucional e estatutária dos poderes legislativos das regiões», na sequência da revisão constitucional de 2004, Carlos Blanco de Moraes tende a concluir que «será organicamente inconstitucional um ato legislativo das regiões que incida sobre uma matéria que, fora dos domínios respeitantes às alíneas b) e c) do n.º 1 do art.º 227.º da CRP, não seja previamente definida como de âmbito regional no estatuto».

11. Perante esta realidade, ou seja, a ALRAA extravasou a sua competência legislativa própria, impõe-se a este Tribunal recusar a aplicação do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, quando invocado e aplicado em concurso público de aquisição de serviços, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 3.º, n.º 3, 277.º, n.º 1, e 204.º, todos da CRP.

12. Em consequência, deve o presente concurso público de aquisição de serviços reger-se pela legislação anterior, nomeadamente o Código dos Contratos Públicos (doravante CCP) e o Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho , alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 15/2009/A, de 6 de agosto, que aprovou regras especiais de contratação pública na Região Autónoma dos Açores, uma vez que este se deve considerar repristinado, quando estejam em causa contratos públicos que tenham por objeto a aquisição de serviços, como é o caso, por força do artigo 282.º, n.º 1, da CRP.

No sentido de que «a inconstitucionalidade provoca a invalidade da norma em causa» e que «a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos ex tunc (a norma não produz efeitos desde a origem) e eficácia repristinatória (repondo em vigor as normas que tenham sido revogadas pela norma declarada inconstitucional)», não só para o caso «de declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral (art.º 282.º-1, in fine)» mas também «para o juízo concreto de inconstitucionalidade, facultando ao tribunal a aplicação da eventual norma anterior, em vez da norma julgada inconstitucional» se pronunciam Gomes Canotilho e Vital Moreira (obra citada, págs. 915 a 917).

13. Analisando os procedimentos levados a cabo, in casu, ao abrigo do RJCPRAA, em relação ao qual é de recusar a aplicabilidade do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, por inconstitucionalidade, verifica-se:

— o concurso público não foi publicitado no Diário da República, nos termos exigidos no n.º 1 do artigo 157.º do CCP, ex vi artigo 6.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho;

— a abertura do procedimento não foi publicitada no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, contrariando o disposto no artigo 465.º do CCP.

A preterição das referidas disposições legais assume particular relevo, na medida em que são essenciais para dar cumprimento à observância do princípio da concorrência, consagrado no n.º

4 do artigo 1.º do CCP, ao possibilitar que seja levado ao conhecimento de todos os operadores económicos a intenção de contratar.

[...]

Ao omitir-se a publicitação do anúncio no Diário da República e 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.

14. Em conformidade com o disposto na alínea c) do n.º 3 do referido artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, 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.

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».

A relevância que esta 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 Lei n.º 98/97.

15. Em conclusão:

a) **é de recusar a aplicabilidade do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA, quando invocado e aplicado em concurso público de aquisição de serviços, por o mesmo enfermar de inconstitucionalidade – inconstitucionalidade orgânica;**

b) em consequência, o concurso levado a efeito deve reger-se pela legislação anterior, nomeadamente o Código dos Contratos Públicos e o 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;

c) o anúncio do concurso foi publicitado no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores, em 28-09-2016. Porém, não foi publicitado no Diário da República, nos termos exigidos no n.º 1 do artigo 157.º do CCP, aplicável ex vi artigo 6.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho;

d) os elementos referentes à formação do contrato também não foram publicitados no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, contrariando o 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 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 (saliente-se que, no caso, foi apresentada uma única proposta);

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.

[...]” (sublinhados e ênfase acrescentados).

1.2. Inconformada com a decisão, a USISM veio dela interpor recurso para o Plenário da 1.ª Secção do Tribunal de Contas (artigos 77.º, n.º 1, e 96.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC), requerendo a revogação da decisão e a sua substituição por outra no sentido da concessão do visto.

1.2.1. Pelo Plenário da 1.^a Secção foi proferido o acórdão n.º 19/2017, datado de 11/07/2017 – trata-se da decisão objeto do presente recurso –, negando provimento à impugnação da USISM e, conseqüentemente, mantendo a recusa de visto ao contrato. Da respetiva fundamentação consta, designadamente, o seguinte:

“[...]”

Factos

10. *A factualidade fixada na parte II da decisão recorrida não foi objeto de impugnação, pelo que se dá aqui por confirmada e reproduzida, nos termos previstos no artigo 663.º, n.º 6, do Código de Processo Civil. Os aspetos mais relevantes para a decisão são os seguintes:*

– *Em 27 de setembro de 2016, e na sequência de autorização do membro do Governo Regional, o Conselho de Administração da Unidade de Saúde da Ilha de São Miguel autorizou a abertura de concurso público urgente para a aquisição dos serviços em causa, com fundamento no artigo 155.º do CCP, ex vi artigo 15.º do RJCPRAA;*

– *O anúncio do concurso foi publicitado no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores, II série, n.º 187, de 28 de setembro de 2016;*

– *O anúncio não foi publicitado no portal da internet dedicado aos contratos públicos;*

– *A entidade gestora do portal dos contratos públicos remeteu um esclarecimento sobre a matéria à Unidade de Saúde em apreço. Este esclarecimento informa que a publicitação no referido portal dos anúncios dos procedimentos publicitados no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores não era tecnicamente possível. Na altura, essa publicitação só poderia ocorrer para informação com origem na Imprensa Nacional-Casa da Moeda, que publica o Diário da República. Mais se esclarece que estavam em curso adaptações ao portal para o tornar possível no futuro;*

– *Foi apresentada a concurso uma única proposta.*

[...]

Do regime aplicável à contratação pública de serviços na Região Autónoma dos Açores: âmbito e limites da autonomia legislativa regional e (in)constitucionalidade do RJCPRAA

29. *A Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores aprovou o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 227.º da CRP e do n.º 1 do artigo 37.º e do artigo 40.º do [EPARAA], alterado e republicado pela Lei n.º 2/2009, de 12 de janeiro.*

30. *No n.º 1 do artigo 3.º do RJCPRAA, refere-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, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua atual versão em vigor».*

31. *Até à sua entrada em vigor, e no domínio da contratação pública, vigorava na Região Autónoma dos Açores, o 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, que estabelecia, nos termos do 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».*

32. *Observa-se que, enquanto no regime anterior apenas estavam em causa regras especiais a observar na contratação pública definida no CCP, pretende-se agora, com o RJCPRAA, estabelecer um regime jurídico próprio para os contratos públicos celebrados no âmbito da Região e a definição da disciplina aplicável à contratação pública e ao regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.*

33. A questão que se coloca é, então, a de saber em que medida permite a ordem jurídica portuguesa que uma região autónoma aprove um regime próprio de contratação pública, com um conteúdo que, em vários passos, se afasta do código de âmbito nacional (o CCP), designadamente quanto à questão em discussão no recurso: o CCP exige que os concursos públicos sejam publicitados no Diário da República, enquanto o Decreto Legislativo Regional em apreço prevê que eles sejam anunciados no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores.

34. Tal como foi já apontado, tanto o CCP como o RJCPRAA pretendem transpor diretivas europeias. No caso do RJCPRAA, transpõe-se para o ordenamento jurídico regional a Diretiva 2014/24/EU.

35. O n.º 8 do artigo 112.º e a alínea x) do n.º 1 do artigo 227.º da CRP atribuem às Regiões Autónomas o poder de realizarem a transposição de diretivas comunitárias para o ordenamento jurídico regional.

36. No entanto, tal competência para transpor os atos jurídicos da União Europeia para o território da região, é restrita às «matérias de competência legislativa própria» [cfr. a remissão para o n.º 4 do artigo 112.º da CRP e o artigo 40.º do EPARAA]. Como se referiu na decisão recorrida, citando Carlos Blanco de Moraes [Curso de Direito Constitucional, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª edição, págs. 561 e 562], «estamos perante uma competência legislativa regional de recorte puramente habilitante que permite às regiões transpor diretivas, mas não garante a transposição regional de todas as diretivas sujeitas a transposição na ordem jurídica portuguesa. Trata-se, assim, de um poder que necessariamente se articula e depende da morfologia das restantes competências legislativas regionais».

37. O poder regional de transposição das diretivas está limitado ao espaço geográfico regional e à configuração de cada uma das competências legislativas regionais em função das matérias vertidas em cada diretiva que se pretenda transpor. Assim, se a Região Autónoma tiver poderes próprios para legislar na matéria, igualmente poderá efetuar a transposição da diretiva europeia que incida nessa matéria [Jorge Bacelar Gouveia, A Autonomia Legislativa das Regiões Autónomas Portuguesas, Universidade Autónoma de Lisboa, 2012].

38. Importa, então, apurar da competência legislativa própria das Regiões Autónomas e dos respetivos limites.

39. De acordo com o artigo 112.º da CRP, os decretos legislativos regionais são atos legislativos, tal como as leis e os decretos-leis. Na hierarquia normativa, a validade dos atos legislativos está apenas condicionada pela sua conformidade com os atos normativos de valor superior. Para além da Constituição e de outras normas que a ela própria se sobrepõem, os atos legislativos têm de respeitar as leis de valor reforçado: leis orgânicas, leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, leis que sejam definidas constitucionalmente como pressuposto normativo necessário de outras leis e leis que devam constitucionalmente ser respeitadas por outras. Os atos legislativos devem ainda respeitar as leis de bases que devam desenvolver e as leis de autorização legislativa ao abrigo das quais sejam proferidos.

40. Deve reconhecer-se que o CCP não é uma lei de valor reforçado nem uma lei de bases, pelo que não é um ato legislativo que, por si, parametrize a autonomia legislativa regional.

41. Mas os decretos legislativos regionais têm ainda outras limitações.

42. O artigo 227.º, n.º 1, alínea a), da CRP atribui às Regiões Autónomas o poder de legislar, nos termos definidos nos respetivos estatutos, “no âmbito regional”, “em matérias enunciadas no respetivo estatuto político-administrativo”, “e que não estejam reservadas aos órgãos de soberania”. O mesmo se refere no artigo 112.º, n.º 4, da mesma Constituição, quanto ao conteúdo dos decretos legislativos regionais.

43. A recorrente invoca que o regime da contratação pública não está reservado aos órgãos de soberania.

44. É verdade que o regime da contratação pública não consta do elenco de matérias constitucionalmente reservadas, de forma explícita, à Assembleia da República ou ao Governo. Sendo uma área de competência legislativa concorrential, seria legítimo à Região Autónoma produzir legislação neste domínio. No entanto, o Tribunal Constitucional, designadamente nos seus Acórdãos n.ºs 258/2007 e 26/2009, tem entendido que, para além das reservas de competência constitucionalmente definidas, também se devem considerar reservadas à competência própria dos órgãos de soberania todas as matérias que «reclamem» a intervenção do legislador nacional, por se apresentarem com relevo imediato para a generalidade dos cidadãos ou respeitarem ou se repercutirem nas diferentes parcelas do território nacional.

45. Embora a 1.ª instância não tenha questionado este aspeto, admitimos que, face à jurisprudência do Tribunal Constitucional, o mesmo seja discutível. Efetivamente, o regime da contratação pública contém vários aspetos que se repercutem nas diferentes parcelas do território nacional. Se é certo que os contratos públicos a contratar pelas entidades adjudicantes regionais satisfazem necessidades regionais e se preparam e executam no território da Região, não é despidendo considerar que os princípios europeus e constitucionais vinculantes da transparência, da igualdade e da concorrência impõem que concorrentes de um espaço nacional e internacional muito mais vasto tenham acesso a esses contratos. Uma parcela significativa das normas de contratação pública, nomeadamente as que se referem à publicidade, às habilitações, às especificações técnicas e aos parâmetros de avaliação a aplicar nos procedimentos, visa garantir esse acesso universal em condições transparentes, concorrentiais e não discriminatórias. Poderão, pois, haver alguns fundamentos que «reclamem» uma intervenção do legislador nacional nesta matéria.

46. A recorrente invoca, por outro lado, que a legislação em causa pretende ser de 'âmbito regional', por projetar os seus efeitos apenas nos 'confins físico-territoriais' da região autónoma.

47. A decisão recorrida também não se pronunciou relativamente a este limite. Mas também relativamente a ele se podem suscitar dúvidas.

48. Em primeiro lugar, como acabámos de referir, os efeitos do diploma podem projetar-se para além dos limites territoriais da região autónoma, já que há que informar e dar condições de acesso concorrential e não discriminatório a interessados nos contratos que podem estar noutros territórios do país e até do estrangeiro.

49. Por outro lado, o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 258/2007, referiu que na determinação do 'âmbito regional', não basta a circunstância de a legislação regional se destinar a ser aplicada no território da Região, devendo também ser tidas em conta considerações sobre a matéria sobre que versa a norma, atenta a justificação material do regime autonómico constante do artigo 225.º da CRP. Nesta linha, a natureza regional do diploma legislativo há-de revelar-se por as questões que trata terem um cunho original na região, por serem nela exclusivas ou nela terem uma especial configuração.

50. O RJCPRAA invoca, nas suas disposições preambulares, particularidades e especificidades regionais. Aí se refere que as regras especiais de contratação pública na Região Autónoma dos Açores devem considerar as particularidades de um mercado onde a concorrência está muito condicionada a questões de escala e de organização empresarial de média ou reduzida dimensão, onde o mercado da contratação pública tem uma relação profunda com o estado e a dinâmica da empregabilidade regional e onde as assimetrias determinam a existência de vários pequenos mercados onde as regras da concorrência assumem um funcionamento distinto daquele que é lógico e frequente no espaço da União Europeia ou mesmo de Portugal Continental. Por isso, o diploma terá pretendido criar regras que vão ao encontro das necessidades regionais, que se adequem à realidade da Região e que deem impulso económico às pequenas e médias empresas que compõem maioritariamente o universo do mercado regional.

51. Sucedem que o regime da contratação pública está hoje sujeito a fortes vinculações resultantes de direito europeu e de princípios constitucionais. O regime jurídico regional a estabelecer tem de ser conforme com os parâmetros definidos na diretiva europeia a transpor e com os princípios constitucionais aplicáveis. Ora, esses parâmetros não consentem que os

procedimentos de contratação pública sejam restringidos a agentes económicos de uma dada região ou de alguma forma os favoreçam. A diretiva europeia em causa admite o interesse de favorecer a economia e o acesso de pequenas e médias empresas aos mercados públicos, mas tal é concretizado pela divisão do objeto contratual em lotes mais pequenos e nunca pelo favorecimento de mercados regionais ou locais.

52. Neste âmbito, não se vislumbram, pois, quaisquer especificidades regionais legítimas que justifiquem um regime de contratação pública de âmbito regional.

53. Um outro limite importante da autonomia legislativa regional é a exigência de que a matéria esteja enunciada no estatuto político-administrativo da região autónoma. Foi relativamente a este requisito que se pronunciou a decisão recorrida, tendo concluído que ele não se mostra verificado. Vejamos.

54. A 1.ª instância referiu, desde logo, que as normas habilitantes do «n.º 1 do artigo 37.º e do artigo 40.º do Estatuto Político Administrativo da Região Autónoma dos Açores», invocadas no preâmbulo do RJCPRAA, não conferem, por si só, competência à Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores para legislar sobre o regime jurídico da contratação pública. O n.º 1 do artigo 37.º e o artigo 40.º do EPARAA referem que a Assembleia Legislativa pode legislar e transpor atos jurídicos da União Europeia em matérias da sua competência legislativa própria. A decisão recorrida considerou, e bem, ser necessário que a matéria se enquadre no elenco constante dos artigos 49.º e seguintes do diploma, que enumeram taxativamente as matérias de competência legislativa própria. Concordamos inteiramente.

55. Ora, o próprio RJCPRAA não indica em que matéria enunciada no EPARAA se enquadra o regime que institui.

56. A Decisão n.º 1/2017-SRATC afirma ainda que do elenco das matérias enunciadas nos artigos 49.º e seguintes do EPARAA não consta a competência para legislar sobre o regime jurídico da contratação pública relativa à aquisição de serviços. E a verdade é que do referido elenco não consta que a Região possa legislar sobre «a disciplina aplicável à contratação pública e ao regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo», âmbito do RJCPRAA, tal como enunciado no n.º 1 do seu artigo 1.º.

57. A recorrente vem invocar que o EPARAA prevê, entre as matérias que integram o âmbito dos poderes legislativos regionais, a competência para a Assembleia Legislativa da RAA legislar sobre o ‘funcionamento dos mercados regionais e da atividade económica’ e a ‘promoção da concorrência’, o que consta do respetivo artigo 54.º, n.º 2, alíneas a) e c).

58. Mais invoca que essas finalidades são precisamente as que estão na génese do regime jurídico da contratação pública, tal como ele foi concebido no Direito Europeu e tal como consta das diretivas europeias sobre a formação de contratos públicos, entre as quais a Diretiva 2014/24/EU, que o decreto legislativo em causa pretende transpor. Nesse sentido, a recorrente argumenta que o projeto europeu assenta numa ideia de progresso económico e social, a realizar designadamente através da racionalização económica assente num mercado em que as diferentes e autónomas iniciativas privadas atuam num clima de concorrência.

59. No seu entender, o mercado dos contratos celebrados por entidades públicas é um dos mercados economicamente mais relevantes e a regulação normativa da contratação pública ao nível europeu visa, em primeira linha, remover os obstáculos que se colocam a que a concorrência nos contratos públicos seja o mais próximo possível da concorrência perfeita. A legislação europeia de contratação pública visa assegurar uma concorrência leal e efetiva no mercado dos contratos públicos e a promoção da concorrência é um objetivo e um valor nuclear das normas e dos procedimentos adjudicatórios. A recorrente invoca que a promoção da concorrência nos mercados públicos realiza o incremento do grau de satisfação do interesse público, garante o mais amplo acesso dos particulares aos procedimentos de contratação pública e assegura o funcionamento eficiente do mercado.

60. Deste modo, considera que o regime de formação dos contratos públicos está ligado à preservação e promoção da concorrência e é um instrumento privilegiado para fomentar o funcionamento adequado do mercado, pelo que o poder de legislar sobre a contratação pública se deve considerar englobado no poder de legislar sobre o “funcionamento dos mercados regionais e da atividade económica” e sobre a “promoção da concorrência”. Privar a região de legislar sobre a contratação pública seria privá-la de realizar plenamente esses fins.

[...]

66. Carlos Blanco de Morais, na obra acima citada, e tal como também referido na decisão recorrida, ensina que a revisão constitucional de 2004 estipula claramente que, fora dos domínios respeitantes às alíneas b) e c) do artigo 227.º da CRP, um ato legislativo das regiões autónomas só pode incidir sobre uma matéria previamente definida como de âmbito regional no respetivo estatuto político-administrativo. Considera este autor que existe uma ‘taxatividade da enumeração constitucional e estatutária dos poderes legislativos das regiões’.

67. Vários constitucionalistas (como, por exemplo, Jorge Miranda, Jorge Bacelar Gouveia e Rui Medeiros, e mesmo alguns juizes do próprio Tribunal Constitucional que se manifestaram em votos de vencido) consideram que os limites relativos à reserva dos órgãos de soberania e ao âmbito regional não devem ser entendidos com a amplitude que a jurisprudência lhes tem atribuído e que o mais importante limite a considerar é o que resulta da enunciação feita nos estatutos político-administrativos das matérias em que as regiões podem legislar. Esta enunciação corresponderá à verdadeira delimitação das matérias não reservadas aos órgãos de soberania sobre as quais o legislador expressamente reconheceu que os parlamentos regionais podem legislar. Nesta matéria, Jorge Bacelar Gouveia, na obra já citada, refere que deve considerar-se como adotado um método de tipificação, fornecendo ideias concretizadas e um elevado grau de certeza jurídica, que permite uma correspondência clara com a legitimidade legislativa.

68. Ora, se assim é, se existe uma taxatividade e uma tipificação neste domínio, parecem não dever fazer-se presunções de natureza sistemática, principialista ou histórica. A competência deve resultar explícita e inequivocamente das normas habilitantes.

69. O Tribunal Constitucional entendeu também, no Acórdão n.º 402/2008, que a lista constante dos estatutos político-administrativos deve ser suficientemente densificada para que possa operar como norma paramétrica de controlo da atividade legislativa regional. Aí se refere que o papel central e decisivo, reservado, no novo regime de repartição de competências, à enunciação de matérias pelo estatuto, torna ilegítima qualquer cláusula que, pelo seu teor irrestrito e indeterminado, com omissão de qualificações materiais delimitadoras, não atinja o grau de densificação constitucionalmente exigível.

70. Ora, deve ter-se em conta que até à entrada em vigor do CCP, em 2008, em transposição das diretivas europeias de contratação pública de 2004, o regime jurídico dos contratos de empreitada, de fornecimento de bens e de fornecimento de serviços era diverso e constava de diplomas autónomos. Havia também diretivas europeias diferentes para obras, fornecimentos de bens e fornecimento de serviços. Em 2008, o CCP definiu um regime completamente novo para os contratos públicos em geral, distinguiu o regime da contratação pública (processo de formação dos contratos) do regime substantivo dos contratos e incluiu uma parte especial para contratos de empreitada de obras públicas.

71. Não faz, pois, sentido dizer que o legislador que, em 2009, reviu o estatuto político-administrativo da Região Autónoma dos Açores, falou em empreitadas de obras públicas, porque era a realidade mais importante, esquecendo-se de mencionar (mas querendo fazê-lo) os outros tipos contratuais públicos, que apenas mimetizavam o tipo principal. Nem o mercado do fornecimento de bens e serviços era residual nem o regime era idêntico. Na realidade, era mesmo tradicionalmente diferenciado. Por outro lado, a importância, a nomenclatura, a densidade legislativa e o tratamento doutrinal e jurisprudencial do regime da contratação pública haviam crescido de tal forma que não podem considerar-se implícitos numa simples referência a empreitadas. Pode até dizer-se que o legislador foi erróneo ao prever um regime regional para

empreitadas de obras públicas e ao não prever o mesmo para outros tipos contratuais, mas não pode considerar-se que ao referir-se a um quis referir-se a todos.

72. Ao invés, poderíamos ou até deveríamos outrossim considerar que a especificidade conceptual era já tão desenvolvida que, quando o legislador se referiu a regime de empreitadas e obras públicas no EPARAA, estava apenas a referir-se ao regime substantivo deste tipo contratual, tal como previsto no CCP (artigos 343.º e seguintes) e não ao regime de formação desse e doutro tipo de contratos, designado no CCP como regime de “contratação pública” (artigos 16.º e seguintes).

73. O RJCPRAA estabeleceu um regime jurídico próprio para os contratos públicos celebrados no âmbito da Região e a definição da disciplina aplicável à contratação pública e ao regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo. Dificilmente se pode entender que este objeto e conteúdo corresponda ao regime jurídico das empreitadas e obras públicas. Vai muitíssimo para além disso.

74. Vejamos agora se o regime de contratação pública se deve considerar abrangido nos poderes legislativos conferidos à Região Autónoma para regular o ‘funcionamento dos mercados regionais [negrito no original] e da atividade económica’ e a ‘promoção da concorrência’.

75. Em primeiro lugar, reconhece-se que este tipo de contratação é relevante para esses fins. Mas será que legislar sobre uma coisa é legislar sobre a outra?

76. Se a relevância do sector da contratação pública para a atividade económica é absolutamente indiscutível, já não podemos acompanhar a ideia de que os mercados a dinamizar e a concorrência a promover através do funcionamento desse sector sejam de âmbito regional.

77. Como se referiu acima, o RJCPRAA pretendeu transpor a Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos. Esta diretiva é a mais recente de um conjunto de várias gerações de diretivas europeias que visaram ao longo do tempo uma realização cada vez mais abrangente do mercado único europeu.

78. Como refere, designadamente, Maria João Estorninho [Direito Europeu dos Contratos Públicos, Almedina, 2006], a lógica subjacente ao regime europeu de contratação pública prende-se, em última instância, com o objetivo de realização do mercado único e com a observância dos princípios do Tratado (tais como a liberdade de circulação ou o princípio da concorrência) que implicam a proibição de práticas discriminatórias em matéria de contratos públicos.

79. E, ainda segundo a mesma autora, mais do que assegurar a livre concorrência, o movimento de liberalização da contratação pública procurou tornar efetivas as liberdades de circulação de trabalhadores, de estabelecimento e de livre prestação de serviços.

80. Maria João Estorninho refere o contexto em que nos inserimos neste domínio: o de as relações contratuais públicas estarem cada vez mais internacionalizadas e o de uma crescente globalização jurídica, que, entre outras consequências, aponta para a desnacionalização do regime jurídico aplicável aos contratos públicos e a perda de domínio dos próprios Estados sobre o regime dos seus contratos públicos.

81. A mesma autora aponta ainda três fases na evolução do direito europeu da contratação pública, caracterizadas por níveis crescentes de intensidade de regulamentação: numa primeira fase dominam as preocupações procedimentais, numa segunda fase prevalecem as preocupações garantísticas e, num terceiro momento, surgem influências comunitárias no regime substantivo dos contratos públicos. Tudo na direção de uma progressiva harmonização do direito dos contratos públicos em todos os Estados Membros. Como uma das novidades das novas diretivas, a autora refere a preocupação de que a contratação pública seja um instrumento privilegiado de execução de políticas estruturais e sectoriais da própria União Europeia, nomeadamente políticas sociais e ambientais.

82. Todas estas considerações apontam para que o regime da contratação pública:

– Não é, nem pode ser nos termos das diretivas a transpor, um instrumento privilegiado para a instituição e funcionamento de mercados regionais, visando, antes, a defesa de um mercado único transnacional muito mais vasto;

– Está, por isso, numa trajetória crescente de harmonização internacional, de natureza vinculante para o Estado, que não se afigura ajustada a abordagens de interesse e âmbito infra estadual;

– Não é um mero elemento de promoção da concorrência, já que inclui um conjunto muitíssimo mais alargado de finalidades e conteúdos.

83. Não havendo uma referência expressa ao regime de contratação pública, designadamente no âmbito das aquisições de bens e serviços, no elenco das matérias da competência legislativa própria da região constantes do EPARAA, e não podendo considerar-se, pelas considerações que antecedem, que a matéria esteja abrangida nesse elenco de forma implícita, confirma-se o entendimento da 1.ª instância de que não se verifica este requisito previstos na Constituição para reconhecimento de competência legislativa regional na matéria.

84. Como também afirmado em 1.ª instância, estando fora da competência legislativa própria da Assembleia Legislativa Regional legislar sobre o regime jurídico da contratação pública de fornecimento de serviços, o RJCPRAA é, na parte em que o faz, organicamente inconstitucional, devendo este Tribunal recusar a sua aplicação, nos termos dos artigos 3.º, n.º 3, 277.º, n.º 1, e 204.º da CRP. Subscreve-se, nesta parte, tudo o que a decisão recorrida afirma a este respeito.

Da aplicabilidade ao caso dos artigos 157.º, n.º 1, e 465.º do CCP: publicação do anúncio do concurso em Diário da República e no portal dos contratos públicos

85. Ao recusar a aplicação das normas inconstitucionais, deve o Tribunal de Contas analisar a legalidade do concurso público de aquisição de serviços em apreço à luz da legislação anteriormente aplicável. Sobre o efeito repristinatório, subscreve-se igualmente o entendimento perfilhado em 1.ª instância, que aqui se reproduz, fundado na doutrina de Gomes Canotilho e Vital Moreira.

86. Tal como se refere na decisão recorrida, o 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, revogado pelo diploma ora considerado inconstitucional, e emitido em conformidade com a constituição e o estatuto político-administrativo, impunha, por via do seu artigo 6.º, a aplicação do artigo 157.º, n.º 1, do CCP.

87. Este preceito legal estabelece a obrigatoriedade de os anúncios de abertura dos concursos públicos serem publicados no Diário da República, o que não sucedeu no caso.

88. O mesmo resultado se produziria caso se entendesse que o efeito repristinatório estabelecido no artigo 282.º, n.º 1, in fine, da CRP não poderia ser aplicado aos juízos concretos de inconstitucionalidade. A situação seria regulada pelo artigo 157.º, n.º 1, do CCP, quer por aplicação direta deste Código, quer por via do estabelecido no artigo 228.º, n.º 2, da CRP.

89. Não se mostrou também observado o estabelecido no artigo 465.º do CCP, aplicável pelas mesmas vias.

[...]” (sublinhados acrescentados).

1.3. O Ministério Público interpôs recurso deste acórdão de 11/07/2017 para o Tribunal Constitucional – recurso que deu origem ao presente processamento – nos termos do artigo 70.º, n.º 1, alínea a), da LTC, tendo por objeto a norma contida no artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, 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, quando

respeitante à aquisição de serviços por via de concurso público, cuja aplicabilidade foi afastada naquela decisão, ao ser considerada organicamente inconstitucional.

1.3.1. Foram notificadas as partes para alegações. O Ministério Público ofereceu as suas, nas quais – após ter sustentado que, não obstante o decidido nos Acórdãos n.ºs 790/2017 e 384/2017 e nas Decisões Sumárias n.ºs 107/2017 e 187/2017, o Tribunal deve conhecer do objeto do recurso –, formula as seguintes conclusões:

“[...]”

35. *O Ministério Público interpôs recurso obrigatório, para o Tribunal Constitucional, do teor do douto acórdão n.º 19/2017, de fls. 163 a 176, proferido no Recurso n.º 8/2017 (que, por sua vez, incidiu sobre a Decisão n.º 1/2017 – SRATC, prolatada no âmbito do Processo de Fiscalização Prévia n.º 103/2016-SRATC), pelo Tribunal de Contas – Secção Regional dos Açores, “[n]os termos do disposto nos artigos 70.º, n.º 1, alínea a) e 72.º, n.ºs 1, alínea a), e 3, da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro”.*

36. *O objeto do recurso, resultante do encontro entre o decidido pelo Acórdão n.º 19/2017 – 11.JUL-1.ªS/PL, proferido em 11 de julho de 2017 e o plasmado na douta Decisão n.º 1/2017 – SRATC, consubstancia-se, normativamente, no conteúdo do ‘(...) artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA [Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores], quando invocado e aplicado em concurso público de aquisição de serviços (...)’.*

37. *A recusa judicial de aplicação de norma legal tem fundamento em ‘inconstitucionalidade orgânica, por violação das disposições conjugadas dos artigos 112.º, n.º 4 e 8, e 227.º, n.º 1, alíneas a) e x), ambos da Constituição da República Portuguesa’.*

38. *Antes de procedermos à apreciação da temática que constitui a substância do presente recurso, tivemos de delimitar o seu objeto, definindo, conseqüentemente, o escopo da nossa alegação.*

39. *Para tanto, concluímos que, tendo-se a sentença de 1.ª instância pronunciado, por um lado, exclusivamente, sobre a inconstitucionalidade orgânica das normas contidas no artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de Dezembro, não se poderá entender, fruto de uma interpretação estritamente literal, que o acórdão do Plenário da 1.ª Secção do Tribunal de Contas julgou organicamente inconstitucionais todas as normas de todas as disposições do referido Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores.*

40. *Por outro lado, proclamando, igualmente, o douto acórdão recorrido, conforme transcrevemos no ponto n.º 10 desta alegação, ter sido afirmado pela 1.ª instância que ‘estando fora da competência legislativa própria da Assembleia Legislativa Regional legislar sobre o regime jurídico da contratação pública de fornecimento de serviços, o RJCPRAA [seria], na parte em que o faz, organicamente inconstitucional’, e tendo concluído, relevantemente, que ‘[s]ubscribe-se, nesta parte, tudo o que a decisão recorrida afirma a este respeito’, não pudemos deixar de entender que tal subscrição corresponde à incorporação formal, naquela, do decidido pela sentença do julgador singular e à abstenção de qualquer juízo mais abrangente.*

41. *Em síntese, constatando que a douta decisão recorrida acolheu e incorporou, integralmente, o teor, quanto a esta matéria, da sentença de 1.ª instância, concluímos que o objeto do presente recurso se limita à apreciação da constitucionalidade orgânica das normas jurídicas contidas no artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, pelo que apenas sobre ele nos pronunciamos.*

42. Na senda do que sustentámos nos Processos n.ºs 282/2017 da 3.ª Secção e 211/17 da 2.ª Secção, e no que concerne ao objeto substantivo do dissídio, diremos que acompanhamos, no essencial, o juízo formulado pelos Exm.ºs Conselheiros ‘a quo’ – que, por sua vez, ratificam o entendimento da 1.ª instância – no sentido de que a matéria sobre a qual legislou a Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores, especificamente nos n.ºs 1 e 2, do artigo 1.º 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, a respeitante aos contratos de aquisição de serviços, é estranha às matérias de competência legislativa própria deste parlamento regional.

43. Efetivamente, conforme se refere na douta decisão impugnada, a Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores tem, por força do disposto na alínea x), do n.º 1, do artigo 227.º, da Constituição da República Portuguesa e, bem assim, do artigo 40.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores, competência para ‘transpor os atos jurídicos da União Europeia para o território da Região, nas matérias de competência legislativa própria’, como ocorre, no caso vertente, relativamente à Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, parcialmente transposta pelo mencionado Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de Dezembro.

44. Porém, das matérias de competência legislativa própria – que, para além do mais, conforme elucida o artigo 37.º, n.º 1 do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores não estejam constitucionalmente reservadas aos órgãos de soberania – não consta, se bem analisarmos o disposto nos artigos 49.º a 67.º do referido Estatuto, a da aquisição de serviços por parte de entidades públicas, mais precisamente por parte das entidades adjudicantes regionais enumeradas no artigo 2.º, 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.

45. Consequentemente, apura-se que, dos três parâmetros atributivos de competência legislativa regional estabelecidos na alínea a), do n.º 1, do artigo 227.º, da Constituição da República Portuguesa (que não pode deixar de se conjugar com a alínea x) do mesmo normativo) a saber, que as normas sob escrutínio respeitem ao âmbito regional, que as matérias sobre as quais tais normas incidem estejam enunciadas no respetivo estatuto político-administrativo, e que não versem sobre matérias reservadas aos órgãos de soberania, viola a interpretação normativa emergente do conteúdo do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, o segundo dos mencionados parâmetros, uma vez que a matéria que constitui o seu objeto não se encontra enunciada no Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores, ainda que a intervenção se faça, conforme referido anteriormente, nos termos do disposto na alínea x), do n.º 1, do artigo 227.º, da Constituição da República Portuguesa.

46. Assim sendo, concordando com a substância da douta decisão impugnada, entendemos que a interpretação do disposto no artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, quando respeitante à aquisição de serviços por via de concurso público se revela organicamente inconstitucional por violação do prescrito nas alíneas a) e x), do n.º 1, do artigo 227.º, da Constituição da República Portuguesa.

47. Por força do exposto, afigura-se-nos que deverá o Tribunal Constitucional negar provimento ao presente recurso, julgando organicamente inconstitucional a interpretação normativa emergente do disposto no artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, quando respeitante à aquisição de serviços por via de concurso público.

Nos termos do acabado de explicar, deverá o Tribunal Constitucional julgar improcedente o presente recurso, assim fazendo a costumada Justiça.

[...].”

1.2.2. Também a Recorrida USISM apresentou alegações, assim concluindo:

“[...]”

1. *A decisão objeto de recurso é o douto Acórdão do Tribunal de Contas, proferido nos autos referidos em epígrafe, que decidiu negar provimento ao recurso, confirmando o ato legislativo constante do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015, de 29 de dezembro, como organicamente inconstitucional, por violação dos artigos 3.º, n.º 3, 227.º, n.º 1, alínea a) e 204.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e dos artigos 37.º, 40.º e 56.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores (EPARAA);*

2. *Por via da remissão do n.º 8 para o n.º 4 do artigo 112.º da CRP, a transposição de atos jurídicos da União pelas Regiões Autónomas está sujeita aos requisitos gerais do exercício do poder legislativo regional. Tais requisitos determinam que os diplomas legislativos regionais ‘não pode[m] versar sobre matérias reservadas à competência dos órgãos de soberania (limite negativo) e só pode[m] regular matérias que tenham âmbito regional e versem sobre as matérias enunciadas no estatuto político-administrativo (limite positivo)’;*

3. *No elenco de matérias que compõem o raio de ação legiferante da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores (ALRAA) – constante dos artigos 49.º a 67.º do EPARAA – existe, indiscutivelmente, suporte para a aprovação de um diploma legislativo com o alcance do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A.*

4. *O EPARAA prevê, entre as matérias que integram o âmbito dos poderes legislativos regionais, a competência da ALRAA para emanar legislação sobre “o funcionamento dos mercados regionais e da atividade económica” e “a promoção da concorrência” (cfr: artigo 54.º, n.º 2, alínea a) e c)). Ora, estas são finalidades que estão na génese do regime jurídico de contratação pública, tal como ele foi concebido no Direito Europeu e consta das diretivas europeias sobre a formação de contratos públicos (entre as quais a Diretiva 2014/24/EU, que o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A pretende transpor).*

5. *É indiscutível que, na nossa ordem jurídica, o regime da formação dos contratos públicos está umbilicalmente ligado à preservação e promoção da concorrência e é um instrumento privilegiado para fomentar o funcionamento adequado do mercado.*

6. *Ora, prevendo o EPARAA que a Assembleia Legislativa Regional tem competência para emanar legislação que incida sobre “o funcionamento dos mercados regionais e da atividade económica” e sobre “a promoção da concorrência” (cfr: artigo 54.º, n.º 2, alíneas a) e c)), é indiscutível que terá de ser reconhecido àquele órgão legislativo a competência para aprovar um regime de contratação pública destinado a ser aplicado na RAA.*

7. *Admitir que esta Região estava impedida de aprovar legislação respeitante à regulação dos procedimentos tendentes à formação de contratos públicos, adaptando-a às especificidades regionais, seria privá-la de um instrumento fundamental para promover a concorrência e regular o funcionamento do mercado regional, privação essa que seria ilegítima uma vez que o legislador estatutário conferiu aos órgãos regionais o poder para aprovarem todos os atos legislativos que se revelem necessários ou convenientes para a prossecução desses fins.*

8. *Carece de sentido a interpretação que o Tribunal de Contas manifesta de incongruência entre a ‘evolução do direito europeu da contratação pública’ e ‘abordagens de interesse e âmbito infra estadual’.*

9. *Vigorando no Direito Comunitário o princípio da subsidiariedade, expresso no artigo 5.º do Tratado da União, naturalmente que todo e qualquer Direito Comunitário, designadamente as diretivas comunitárias, têm um cariz supranacional e europeu, mas tal não é afetado pelos mecanismos de transposição para os ordenamentos jurídicos pátrios.*

10. *Assim, com o devido respeito, não se pode concordar com a conclusão do Tribunal recorrido de que no elenco das competências legislativas próprias da Região constante do seu*

Estatuto Político-Administrativo não se integra a competência para legislar sobre o procedimento de formação de contratos públicos – em particular, do contrato de aquisição de bens. Tal competência existe efetivamente, estando contemplada no artigo 54.º, n.º 2, alíneas a) e c) do EPARAA.

11. À conclusão acima não obsta o argumento, que é avançado na decisão em crise, segundo o qual a circunstância do EPARAA prever expressamente a competência da Região para legislar sobre o “regime de empreitadas e obras públicas” (cfr. artigo 56.º, n.º 2, alínea b)) e, ao invés, não conter qualquer referência expressa à competência para legislar sobre o regime de aquisição de bens, seria demonstrativa de que esta matéria não se integra na esfera de ação legiferante regional.

12. Como tantas vezes ensina a doutrina, o recurso a uma argumentação a contrario é demasiado redutor e, frequentemente, como sucede neste caso, não conduz à resposta normativa devida. Na verdade, tal referência justifica-se porque, historicamente, este contrato sempre foi objeto de uma regulamentação legal própria e particularmente detalhada, “desempenhando uma função normativamente modelar do regime geral do contrato administrativo”.

13. Em suma, é manifesto que não pode ser dado à expressa previsão da competência da RAA para legislar sobre a aprovação de um ‘regime de empreitadas e obras públicas’ um sentido excludente da competência dessa Região para disciplinar o procedimento de formação de outros contratos públicos, incluindo o contrato de aquisição de bens: não só a competência para regular esta matéria tem fonte própria e incontestável num outro preceito do EPARAA – o artigo 54.º, n.º 2, alíneas a) e c) –, como aquela expressa previsão se explica exclusivamente pela relevância histórica, económico-social e jurídica do regime do contrato de empreitada de obras públicas – que assume uma função normativamente modelar do regime de outros contratos públicos –, não comportando, de modo algum, esse sentido excludente.

14. De uma outra perspetiva, não se pode ignorar o circunstancialismo histórico do processo legislativo complexo que aprovou a terceira revisão do Estatuto Político Administrativo da Região Autónoma dos Açores, por via da Lei n.º 2/2009, de 12 de janeiro.

15. Não fosse o processo legislativo tão longo, com a iniciativa limitada à própria Assembleia Legislativa Regional, nos termos do artigo 226.º da Constituição da República Portuguesa, que se estendeu desde da vigência plena dos Decretos-Lei n.ºs 55/99, de 2 de março e 197/99, de 8 de junho, até à publicação e entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, e a limitação terminológica da alínea c), n.º 2 do artigo 56.º do Estatuto Político Administrativo da RAA provavelmente não existiria, face à uniformização que o Código dos Contratos Públicos veio a concretizar.

16. Ainda de uma terceira perspetiva, também ligada como o processo legislativo, e como já registou o Ministério Público, o regime da contratação pública ‘tem por um lado, uma vocação horizontal/transversal a todo o tecido económico e deve considerar-se incluído na competência legislativa da Assembleia Legislativa da Região Autónoma, por interpretação sistemática.’ ‘As matérias referidas na Subsecção II da Secção II do Capítulo I do Título IV do EPARAA estão classificadas por áreas de atividade e a competência legislativa em matéria de contratação pública em sentido lato deve extrair-se dessas diversas normas conjugadas com as normas de habilitação previstas na Constituição.’

17. No que respeita aos restantes limites da competência legislativa da RAA, e embora eles não sejam questionados pelo Tribunal no caso em apreço, importa, sucintamente, dar conta de que também eles foram totalmente cumpridos pela Assembleia Legislativa Regional.

18. Quanto ao limite positivo que impõe que a legislação emanada deste órgão se circunscreva ao ‘âmbito regional’ (cfr. artigo 122.º, n.º 4 e 227.º, n.º 1, alínea a) da Constituição), o que está em causa é a exigência de que tal legislação tenha a sua eficácia limitada ao território geográfico da região autónoma. Com efeito, o que se pretende com este requisito é que, incidindo a regulação sobre matérias que, em tese, possam ‘implicar com atividades ou comportamentos com efeitos extraterritoriais’, a legislação produzida apenas projete esses efeitos ‘nos confins

físico-territoriais' da região autónoma, uma vez que, sendo esta uma entidade jurídica territorial dentro do Estado (cfr: artigo 227.º, n.º 1), ela tem no seu território o limite dos seus poderes.

19. No que respeita ao limite negativo do poder legislativo regional que impede a RAA de produzir legislação sobre matérias reservadas a outros órgãos de soberania (cfr: artigo 122.º, n.º 4 e 227.º, n.º 1, alínea a) da Constituição), é também evidente que, no caso em apreço, ele não é incumprido.

20. Em suma, ao emitir o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, aprovando um regime jurídico dos contratos públicos que transpõe (parcialmente) para o ordenamento jurídico regional a Diretiva 2014/24/UE, a Assembleia Legislativa Regional respeitou todos os limites do exercício do poder legislativo regional, nada havendo a apontar à conformidade de tal diploma legislativo com a Constituição.

[...]

Relatado o desenvolvimento do processo que gerou o presente recurso, cumpre apreciar e decidir.

II – Fundamentação

2. Apresenta-se como questão prévia – sendo referida no segmento inicial das alegações do Ministério Público – a do conhecimento do objeto do recurso, visto que existem precedentes (os Acórdãos n.ºs 790/2017 e 384/2017 e as Decisões Sumárias n.ºs 107/2017 e 187/2017) de não conhecimento do objeto do recurso em processos cuja questão a apreciar se situa na mesma órbita (normativa) do caso presente.

2.1. No Acórdão n.º 384/2017 (cujo sentido, em hipótese análoga, foi retomado pelo Acórdão n.º 790/2017), decidiu o Tribunal não conhecer do objeto do recurso, com os seguintes fundamentos:

“[...]

Assim decorre inequivocamente do segmento em que se refere que «analisando os procedimentos levados a cabo, in casu, ao abrigo do RJCPRAA [aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro], em relação ao qual é de recusar a aplicabilidade do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, por inconstitucionalidade, constata-se que todos eles são iguais aos previstos no CCP e Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho», refutando, em nota de rodapé, que daí resulte contradição «entre a recusa de aplicação do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do RJCPRAA, ora justificada e a validade e aplicabilidade deste Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, a que ora se faz apelo». E, aplicando o critério normativo de decisão cuja identidade com o recusado havia afirmado, concluiu-se que «o concurso foi decidido por quem tinha competência para tal, o anúncio foi publicado no Jornal Oficial da União Europeia e no Diário da República, e o procedimento respeitou os demais formalismos legais (cfr.: entre outros, artigos 20.º, n.º 1, alínea b), 36.º, 130.º, 131.º, todos do CCP, e artigo 6.º do Decreto-Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho)». A partir dessa análise, concluiu-se pela verificação de fundamento para conceder o visto, o que se decidiu.

Dá que, quer o Tribunal viesse a negar provimento ao recurso, por não julgar inconstitucional o sentido normativo impugnado, quer proferisse julgamento de

inconstitucionalidade sobre o mesmo objeto normativo, sempre se manteria incólume a solução jurídica decidida pelo tribunal a quo: a concessão do visto ao contrato em referência nos autos.

Cumpre, então, concluir que o recurso não comporta utilidade e, dada a não verificação de tal pressuposto processual, afastar o respetivo conhecimento.

[...]” (sublinhados acrescentados).

Hipótese semelhante encontra-se subjacente às Decisões Sumárias n.ºs 107/2017 e 187/2017, ou seja, e em suma: *em todas elas* o Tribunal Constitucional concluiu (porque tal resultava das respetivas decisões recorridas) que o Tribunal de Contas: (i) considerou inconstitucional o RJCPRAA de 2015; mas (ii) não obstante, *decidiu conceder o visto*; uma vez que (iii) se mostravam cumpridas todas as condições legais para tanto, *quer ao abrigo* das normas cuja aplicação foi recusada por inconstitucionalidade, *quer ao abrigo* das normas aplicáveis na sequência dessa recusa. Assim sendo, “[...] *caso o procedimento concursal para aquisição de serviços tivesse sido sujeito à incidência do diploma recusado aplicar — o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro —, o visto prévio teria sido igualmente concedido na medida em que, para aquele Tribunal, os procedimentos efetivamente seguidos no caso — e cuja observância permitiu a concessão daquele visto — são justamente os mesmos que decorrem do Código dos Contratos Públicos e no Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, de 28 de julho, diplomas convocados na sequência daquela recusa*” (Decisão Sumária n.º 187/2017) – e daí o juízo de não utilidade concreta do recurso.

Diversamente, na decisão recorrida nos presentes autos, não se encontra semelhante apreciação. Compreende-se porquê, já que se tratou, ao contrário das hipóteses anteriores, de: (i) considerar inconstitucional o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores (RJCPRAA) de 2015; e (ii) *não conceder o visto*; uma vez que (iii) apenas se mostravam cumpridas todas as condições legais para tanto *ao abrigo* das normas cuja aplicação foi recusada por inconstitucionalidade, *mas não ao abrigo* das normas aplicáveis na sequência dessa recusa. Assim:

a) ao contrário do que ocorreu nos casos subjacentes aos Acórdãos n.ºs 790/2017 e 384/2017 e Decisões Sumárias n.ºs 107/2017 e 187/2017, o contrato em causa nos presentes autos apenas foi publicitado no Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores (cfr. item 1.2.1., *supra*), de acordo com a previsão do artigo 27.º, n.º 1, do RJCPRAA de 2015 (o qual prevê o seguinte: “[s]empre 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”);

b) ocorre (no entendimento da decisão recorrida) inconstitucionalidade orgânica do RJCPRAA de 2015, cuja aplicação foi afastada, por esse motivo;

c) o Tribunal de Contas considerou que, face à desaplicação das normas do RJCPRAA de 2015, teria de aplicar as normas Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/A, por repristinação, normas essas que, remetendo para o CCP, *obrigariam à publicitação do contrato em Diário da República*; e

d) mais acrescentou o Tribunal de Contas que o mesmo resultado decisório se produziria, também perante a inaplicabilidade do RJCPRAA de 2015, “[...] *caso se entendesse que o*

efeito repristinatório estabelecido no artigo 282.º, n.º 1, in fine, da CRP não poderia ser aplicado aos juízos concretos de inconstitucionalidade. A situação seria regulada pelo artigo 157.º, n.º 1, do CCP, quer por aplicação direta deste Código, quer por via do estabelecido no artigo 228.º, n.º 2, da CRP”.

Ou seja, enquanto que, nos demais casos citados, a decisão de *concessão do visto* se manteria com a aplicação do regime afastado por inconstitucionalidade, na hipótese dos presentes autos a decisão de *não concessão do visto* assentou *unicamente* no quadro legal que é aplicável *em consequência do afastamento do regime tido por inconstitucional*. O que significa que tal decisão não se manteria perante um juízo de não inconstitucionalidade (ou seja, de procedência do presente recurso) – ou, pelo menos, que não decorrem da decisão recorrida quaisquer outros fundamentos, eventualmente mobilizáveis em alternativa, nos quais também pudesse basear-se a decisão de não concessão do visto (a concessão do visto é o efeito prático visado pela Recorrida; a obtenção de tal efeito é aqui prosseguida, instrumentalmente, através da pretensão de afastar a inconstitucionalidade da norma afirmada na decisão recorrida).

Tanto basta para concluir que o caso dos autos não se configura como análogo aos dos Acórdãos n.ºs 790/2017 e 384/2017 e das Decisões Sumárias n.ºs 107/2017 e 187/2017, no que respeita à (in)utilidade do recurso ali discutida, justificando que se conheça, aqui, do respetivo objeto.

Segue-se, pois, a apreciação da substância do recurso, o que pressupõe a sua adequada delimitação.

2.2. Foi aprovado pela Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores, em 29/10/2015, o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, que aprova o *Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores* (que vimos referindo abreviadamente pela sigla RJCPRAA). Da respetiva exposição de motivos destaca-se, designadamente, o seguinte:

“[...]”

O mercado da contratação pública, sobretudo nas áreas das empreitadas de obras públicas, mas também dos serviços, tem uma relação profunda com o estado e dinâmica da empregabilidade regional.

Sem se querer diminuir os mais basilares princípios da União Europeia expressos nos vários tratados, nomeadamente no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, há uma visão regional que não pode deixar de ser ponderada quer na criação, quer na aplicabilidade das normas jurídicas do setor da contratação pública.

Esse aspeto, associado à dispersão geográfica das ilhas do arquipélago dos Açores e às assimetrias na distribuição populacional, determinam a existência de vários pequenos mercados onde as regras da concorrência assumem um funcionamento distinto daquele que é lógico e frequente no espaço da União Europeia ou mesmo de Portugal Continental.

Estando a Região dotada, quer pela Constituição da República Portuguesa, quer pelo Estatuto Político Administrativo da Região Autónoma dos Açores, de poderes para a transposição de diretivas para o ordenamento jurídico regional, pode proceder à criação de regras, não cerceadas por uma visão limitativa regional, mas sim de amplificação das possibilidades que os

atos comunitários que assumem a forma de diretivas conferem à satisfação das necessidades regionais.

[...].”

Destacam-se, no RJCPRAA, os seguintes preceitos com interesse para a discussão a empreender nos presentes autos:

PARTE I

Âmbito de aplicação

CAPÍTULO I

Disposições gerais

SECÇÃO I

Dos contratos públicos em geral

Artigo 1.º

Objeto e âmbito

1 – O presente diploma aprova o Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, transpondo, parcialmente, e para o ordenamento jurídico regional, a Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos e define a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.

2 – O regime de contratação pública definido pelo presente diploma é aplicável à formação dos contratos públicos na Região Autónoma dos Açores, entendendo-se por tal todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes regionais referidas no artigo seguinte.

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

PARTE II

Contratação Pública

CAPÍTULO III

Fase de formação do contrato

SECÇÃO I

Anúncios e peças dos procedimentos

Artigo 27.º

Anúncio procedimental

1 – 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.

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 regional.

O RJCPRAA foi aprovado ao abrigo da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 227.º da CRP, do n.º 1 do artigo 37.º e do artigo 40.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores (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, já anteriormente referido pelo acrónimo EPARAA), que apresentam a seguinte redação, transcrevendo-se, ainda, a alínea *x*) do n.º 1 do artigo 227.º da CRP, cuja relevância resulta da fundamentação da presente decisão):

Artigo 227.º [da CRP]

(Poderes das regiões autónomas)

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.

Artigo 37.º [do EPARAA]

Competência legislativa própria

1 – 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.

2 – São matérias da competência legislativa própria da Região as referidas na subsecção II da presente secção.

Artigo 40.º

Competência legislativa de transposição de atos jurídicos da União Europeia

Compete à Assembleia Legislativa transpor os atos jurídicos da União Europeia para o território da Região, nas matérias de competência legislativa própria.

SUBSECÇÃO II

Matérias de competência legislativa própria

Artigo 54.º

Comércio, indústria e energia

1 – Compete à Assembleia Legislativa legislar em matérias de comércio, indústria e energia.

2 – As matérias relativas ao comércio, indústria e energia abrangem, designadamente:

- a) O funcionamento dos mercados regionais e da atividade económica;*
 - b) O regime de abastecimento;*
 - c) A promoção da concorrência;*
-

Artigo 56.º

Infra -estruturas, transportes e comunicações

1 – Compete à Assembleia Legislativa legislar em matérias de infraestruturas, transportes e comunicações.

2 – As matérias de infraestruturas, transportes e comunicações abrangem, designadamente:

- a) Os equipamentos sociais;*
- b) O regime de empreitadas e obras públicas;*
- c) As concessões de obras públicas e de serviços públicos;*

[os sublinhados foram acrescentados na transcrição]

2.3. Da fundamentação da decisão recorrida não resulta, propriamente – como justamente observa o Ministério Público, nas suas alegações – um juízo de inconstitucionalidade dirigido às normas do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2 do RJCPRAA *sem mais*. O que ali se afirmou foi que “[...] do elenco das matérias enunciadas nos artigos 49.º e seguintes do EPARAA não consta a competência para legislar sobre o regime jurídico da contratação pública relativa à aquisição de serviços”, que “[...] não havendo uma referência expressa ao regime de contratação pública, designadamente no âmbito das aquisições de bens e serviços, no elenco das matérias da competência legislativa própria da região constantes do EPARAA, [...]

confirma-se o entendimento da 1.ª instância de que não se verifica este requisito previstos na Constituição para reconhecimento de competência legislativa regional na matéria” e que “[está] fora da competência legislativa própria da Assembleia Legislativa Regional legislar sobre o regime jurídico da contratação pública de fornecimento de serviços” (cfr. pontos 56, 83 e 84 da fundamentação da decisão recorrida, com sublinhados acrescentados).

Ou seja, a recusa diz respeito às normas do apontado diploma, quando aplicadas ao processo de formação de contratos de aquisição de serviços, pelo que o objeto do recurso se molda, necessariamente, pela norma contida no artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, interpretados no sentido da aplicabilidade da respetiva disciplina aos contratos de aquisição de serviços.

2.4. Os fundamentos da decisão recorrida podem resumir-se do modo seguinte:

– a competência da Região Autónoma para transpor os atos jurídicos da União Europeia para o território da região, é restrita às “matérias de competência legislativa própria”;

– devem considerar-se reservadas à competência própria dos órgãos de soberania todas as matérias que «reclamem» a intervenção do legislador nacional, por se apresentarem com relevo imediato para a generalidade dos cidadãos ou respeitarem ou se repercutirem nas diferentes parcelas do território nacional;

– “[...] *uma parcela significativa das normas de contratação pública, nomeadamente as que se referem à publicidade, às habilitações, às especificações técnicas e aos parâmetros de avaliação a aplicar nos procedimentos, visa garantir [o acesso à contratação] universal em condições transparentes, concorrenciais e não discriminatórias*”, pelo que poderá “[...] *haver alguns fundamentos que «reclamem» uma intervenção do legislador nacional nesta matéria*”;

– não se vislumbram quaisquer especificidades regionais legítimas que justifiquem um regime de contratação pública de âmbito regional;

– não há uma referência expressa ao regime de contratação pública, designadamente no âmbito das aquisições de bens e serviços, no elenco das matérias da competência legislativa própria da região constantes do EPARAA;

– também não pode considerar-se que a matéria esteja abrangida nesse elenco de forma implícita ou através de qualquer analogia ou interpretação extensiva das normas relativas às competências relativas a empreitadas de obras públicas, ao funcionamento dos mercados regionais e da atividade económica e à promoção da concorrência; pelo que,

– estando fora da competência legislativa própria da Assembleia Legislativa Regional legislar sobre o regime jurídico da contratação pública de fornecimento de serviços, o RJCPRAA é, na parte em que o faz, organicamente inconstitucional.

Vejamos, pois, se tal juízo deve ser confirmado.

2.5. A propósito do artigo 227.º da CRP, escrevem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra, 2014, pp. 658 e ss.:

“[...]

I. As regiões autónomas são pessoas coletivas territoriais, possuindo, portanto, personalidade jurídica e capacidade jurídica de direito público (regime de direito público e poderes públicos). São pessoas coletivas de direito público interno, com regime e poderes que relevam apenas no âmbito interno do Estado. Por outro lado, são pessoas coletivas territoriais (ou «de população e território», segundo certa conceptologia tradicional), tendo por substrato pessoal os habitantes do respetivo território (cfr: AcTC n.º 630/99).

[...]

III. [...] Por sua vez, os poderes que integram a competência própria agrupam-se em dois grandes conjuntos: por um lado, a competência política e normativa (em particular, legislativa), que reúne as alíneas a, b, c, d, e, f, i, j, m, p e q; por outro lado, a competência administrativa [...].

IV. Questão duvidosa é a de saber se, além dos aqui previstos, os estatutos podem incluir outros poderes. A resposta deve ser negativa, já que a Constituição não o prevê (e, ainda que o previsse, sempre essa possibilidade teria como limites, além do disposto no artigo 227.º, n.º 3, os poderes constitucionalmente atribuídos ao Estado) [...].

[...]

VI. O poder legislativo (n.º 1/a) é umas das características típicas essenciais da autonomia regional. [...].

O poder legislativo regional não é genérico, nem exclusivo. Está limitado negativamente e positivamente, pois não pode versar sobre matérias reservadas à competência dos órgãos de soberania (limite negativo), e só pode regular as matérias que tenham âmbito regional e versem sobre matérias enunciadas no estatuto político-administrativo (limite positivo), matérias estas que, de resto, a Constituição não enuncia nem define.

[...]” (sublinhado acrescentado).

Também Jorge Miranda e Rui Medeiros (*Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra, 2007, pp. 345 e ss.) assinalam que a competência legislativa primária das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas “[...] *está, em primeiro lugar, limitada pelas matérias enunciadas no respetivo estatuto político-administrativo*”, exigindo-se que “[...] *os decretos legislativos regionais se circunscrevam ao âmbito regional*”, não podendo versar sobre “[...] *matérias que estejam reservadas aos órgãos de soberania*”.

A jurisprudência constitucional tem sublinhado estes limites, como se assinala no Acórdão n.º 578/2014 (v., ainda, entre outros, os Acórdãos n.ºs 55/2014, 304/2011 e 258/2006):

“[...]

8.1. No que toca à competência legislativa das Regiões Autónomas, são sobejamente conhecidos os elementos de flexibilização e de alargamento trazidos pela revisão constitucional de 2004, por banda, concretamente, do desaparecimento das referências às “leis gerais da República” e à cláusula geral do “interesse específico regional”, conjugadas, ainda, com o reenvio para os estatutos das matérias sobre as quais pode recair a autonomia legislativa das

regiões autónomas. Assim, de acordo com a interpretação sufragada pela jurisprudência constitucional, a Constituição subordina o exercício da competência legislativa regional à verificação cumulativa de três requisitos, a saber: (i) conter-se a legislação sindicada no âmbito regional, (ii) estarem as matérias em causa enunciadas no respetivo estatuto político-administrativo, e (iii) não estarem essas matérias reservadas aos órgãos de soberania (cfr., entre outros, os acórdãos n.ºs 246/05, 258/07, 423/08, 613/11, 374/13, 793/13 e 55/14, todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt).

[...].”

O papel dos estatutos político-administrativos das regiões autónomas, desde a revisão constitucional de 2004, sai reforçado. A este propósito, pode ler-se no Acórdão n.º 187/2012 o seguinte:

“[...]

É sabido que a sexta revisão da Constituição da República, levada a cabo pela Lei Constitucional n.º 1/2004, veio alterar profundamente o modelo básico de repartição de competências legislativas entre Estado e regiões. No centro da alteração encontra-se a nova função que às normas estatutárias é agora atribuída. De acordo com a atual redação da alínea a) do n.º 1 do artigo 227.º, e dos n.ºs 1 e 2 do artigo 228.º da CRP, cabe aos estatutos político-administrativos enunciar as matérias, ou os setores de atividade, em relação às quais se exerce a autonomia regional, em harmonia com o princípio da supletividade da legislação nacional. Daqui resulta, portanto, um quadro constitucional de repartição de competências entre República e regiões que, sendo diverso do vigente antes da sexta revisão da CRP – e tendo sido adotado pelo legislador de revisão com o intuito de assegurar uma mais ampla leitura do princípio da autonomia regional –, devolve aos estatutos político-administrativos a função de completar ou integrar o próprio modelo constitucional de repartição de competências entre legislador nacional e legislador regional. Na verdade, e como tem dito o Tribunal (vejam-se, entre outros, os Acórdãos n.º 258/2007, 402/2008, 432/2008 e 304/2011), o âmbito de atuação daquele último legislador passou a ser definido pela Constituição e pelos Estatutos Político-Administrativos das regiões, que, uma vez respeitadas as exigências impostas pelo âmbito regional e pela reserva de competência dos órgãos de soberania [artigos 112.º, n.º 4; 227.º, n.º 1, alínea a) da CRP], definem os setores de atividade sobre os quais se exercerá a competência legislativa regional.

[...].”

Por outro lado, “[...] até 2004, o exercício da atividade legislativa do Estado, sob a forma de lei geral da República, condicionava a intervenção legislativa das Regiões Autónomas. No quadro atual, a Constituição dá prevalência – por força do artigo 228.º, n.º 2 – ao ato legislativo regional relativamente à lei nacional, sempre que aquele seja emitido em matéria de Estatuto, se cinja ao âmbito regional e respeite os limites da reserva dos órgãos de soberania. Não há hoje, com o desaparecimento da obrigação de não dispor contra os princípios fundamentais das leis gerais da República, uma relação de hierarquia que submeta o decreto legislativo regional aos parâmetros fixados em lei nacional” (Acórdão n.º 55/2014).

2.6. Tendo presente o enquadramento genérico acabado de traçar, analisemos, pois, os argumentos da Recorrida USISM para sustentar a sua pretensão de procedência do recurso, sendo certo – não sendo, aliás, discutido nas alegações – que inexistente previsão expressa, no

EPARAA, no sentido de consagrar a disciplina dos contratos públicos de aquisição de serviços como matéria de competência legislativa própria da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores. A USISM, procura sustentar essa competência, todavia, por referência a dois conjuntos de normas do EPARAA: (a) as que preveem competência para legislar em matérias relativas ao comércio, indústria e energia, designadamente no que respeita ao funcionamento dos mercados regionais e da atividade económica e à promoção da concorrência (artigo 54.º, n.º 2, alíneas *a*) e *c*), do EPARAA); e, no seguimento destas, (b) a que prevê competência para legislar em matéria relativa ao regime de empreitadas e obras públicas (artigo 56.º, n.º 2, alínea *b*), do EPARAA).

2.6.1. Importa atentar na argumentação da USISM quanto ao primeiro ponto, que se transcreve do corpo das alegações adrede apresentadas:

“[...]”

É sabido que a União Europeia tem como um dos seus objetivos primordiais, proclamado no artigo 3.º do Tratado da União Europeia, a construção de ‘uma economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social’ (n.º 3). Para a prossecução de tal objetivo, quer as instituições da União, quer os Estados-membros estão vinculados a adotar uma política económica que esteja ‘de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência’ (cfr. artigo 119.º, n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia).

Nas bases fundadoras do projeto europeu está, de facto, a ideia de que a projeção no mercado das diferentes e autónomas iniciativas privadas, num clima de concorrência, constitui a forma mais adequada de racionalização económica, porquanto permitirá, pela oferta diversificada e competitiva, o progresso económico e social em benefício dos consumidores e dos cidadãos.

Um dos domínios fundamentais em que o Direito Europeu considerou importante proteger e promover a concorrência foi o do mercado dos contratos celebrados por entidades públicas, seja pelo peso económico desses contratos – que representam anualmente praticamente 20% do PIB da União Europeia –, seja porque em certos setores – como na defesa, na segurança pública ou nas grandes obras infraestruturais – essas entidades se assumem como as únicas clientes no mercado. É neste quadro que surge a regulação normativa da contratação pública ao nível europeu, a qual “visa, por isso, em primeira linha remover os «obstáculos» que se colocam a que a concorrência nos contratos públicos seja o mais próximo possível da concorrência perfeita” [Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, A formação dos contratos públicos, Lisboa, 2013, p. 372].

O objetivo de assegurar uma concorrência leal e efetiva no mercado dos contratos públicos está, de resto, plasmado em toda a legislação europeia da contratação pública, desde as originárias diretivas comunitárias sobre contratos públicos (cfr., os considerandos da Diretiva 71/305/CEE, do Conselho, de 26 de julho de 1971 e da Diretiva 77/62/CEE, do Conselho, de 21 de dezembro de 1976, que se referiam ao objetivo de ‘assegurar o desenvolvimento de uma concorrência efetiva no âmbito dos contratos públicos’) à atual Diretiva 2014/24/EU, que justifica a necessidade de existirem disposições normativas europeias que coordenem os procedimentos nacionais de contratação pública com a necessidade de ‘garantir que os contratos públicos sejam abertos à concorrência’ (cfr. considerando n.º 1).

A incindível ligação entre a promoção da concorrência e os regimes – europeus e nacionais – de contratação pública é, de facto, uma realidade absolutamente incontestável: ainda que usando expressões distintas, todos convergem no sentido de que o valor da concorrência “é um elemento central e prioritário do sistema de normas [da contratação pública]” [Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)”, in Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, vol.

I, 2012, p. 495.]. De facto, pode afirmar-se sem margem para dúvidas que “é no respeito pela concorrência e simultaneamente na sua promoção que assenta hoje o valor nuclear dos procedimentos adjudicatários: é a ela (a concorrência) que estes se dirigem e é no aproveitamento das respetivas potencialidades que se baseia o seu lançamento” [Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, in *Estudos Contratação Pública*, vol. I, Coimbra, 2008, p. 67.].

No nosso ordenamento jurídico, a instrumentalidade da legislação da contratação pública – e dos procedimentos adjudicatários nela contemplados – à promoção da concorrência está de tal modo vincada que o Código dos Contratos Públicos – e também o DLR 27/2015/A – consagra uma regra segundo a qual o regime procedimental nele previsto não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes ‘cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação’ (cfr. artigo 5.º, n.º 1, do CCP e artigo 6.º, n.º 1, do DLR 27/2015/A). De facto, se um contrato integra prestações que não podem ser submetidas à concorrência de mercado torna-se desnecessária a adoção de um procedimento pré-contratual, justamente porque ‘a razão de ser primária da existência dos procedimentos de contratação pública – assentes todos eles (com exceção de algumas modalidades de ajuste direto) na permissão de acesso ilimitado ou, pelo menos, de acesso de vários opositores – é exatamente essa, a de fazer funcionar a concorrência’ [Cfr. CARLOS CADILHA/ANTÓNIO CADILHA, *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, Lisboa, 2013, p. 45.].

Os procedimentos de contratação pública, por estarem vocacionados para a promoção da concorrência, asseguram, desde logo, um interesse objetivo tutelado pelo ordenamento jurídico: o tendencial incremento do grau de satisfação do interesse público. Com efeito, a criação de competição entre os diversos interessados em contratar permite que a Administração obtenha os meios para selecionar a proposta que melhor satisfaça as necessidades de interesse geral visadas com a decisão de contratar. Ao suscitar a concorrência, a Administração aumenta as possibilidades de encontrar um bom contratante e as condições contratuais mais adequadas: quanto maior e melhor número de pessoas e empresas se interessarem pela celebração de um contrato público e, para tanto, concorrerem umas com as outras, oferecendo as contrapartidas necessárias para superarem as que presumivelmente os seus opositores são capazes de oferecer, maior será a probabilidade de a Administração obter a melhor oferta contratual possível.

Mas a adoção de procedimentos concorrenciais na contratação pública não protege apenas o interesse público visado pela celebração do contrato, assegurando também a tutela das posições subjetivas dos particulares que se interessam por contratar com a Administração, uma vez que garante o mais amplo acesso a esses procedimentos. Ora, nesta perspetiva, a promoção da concorrência promovida pelo direito da contratação pública está intimamente ligada com o fim de assegurar o normal funcionamento do mercado [Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos (Direito Administrativo Geral, tomo III*, Lisboa, 2008, p. 75.].

O mercado é o processo pelo qual os agentes económicos, na sequência de escolhas livres, trocam bens e serviços de que dispõem por outros de que não dispõem, procurando melhorar a sua posição de partida [Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos cit.*, p. 371.]. Ao Estado e aos entes públicos infra-estaduais cabe a tarefa – que assume até dignidade constitucional (cfr. artigo 81.º, alínea f), da Constituição) – de promover o funcionamento eficiente do mercado. Ora, para esse efeito, a regulação da contratação pública é, inquestionavelmente, um instrumento muitíssimo relevante: na verdade, uma estrutura de mercado em que as entidades que exercem uma atividade económica, independentemente da sua natureza, situação geográfica ou financeira, competem entre si em condições de igualdade utilizando os seus recursos técnicos, humanos e materiais (e apenas estes), é uma estrutura que “seleccionando as empresas mais capazes, logra orientar a produção para os setores suscetíveis de garantir uma melhor satisfação das necessidades dos consumidores e, ao mesmo tempo, a mais eficiente afetação dos recursos económicos disponíveis” [Cfr. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, Coimbra, 5.ª ed., p. 486.].

As regras de contratação pública – e a sua implementação – não se limitam a procurar defender o mercado como ordem normal das trocas económicas: elas visam torná-lo mais eficiente, no pressuposto – assumido seja pelos Tratados Europeus, seja pela nossa Constituição – que do seu adequado funcionamento decorre uma ordem económica e social mais justa.

Em face do exposto, é indiscutível que, na nossa ordem jurídica, o regime da formação dos contratos públicos está umbilicalmente ligado à preservação e promoção da concorrência e é um instrumento privilegiado para fomentar o funcionamento adequado do mercado.

Ora, prevendo o EPARAA que a Assembleia Legislativa Regional tem competência para emanar legislação que incida sobre ‘o funcionamento dos mercados regionais e da atividade económica’ e sobre ‘a promoção da concorrência’ (cfr. artigo 54.º, n.º 2, alíneas a) e c)), é indiscutível que terá de ser reconhecido àquele órgão legislativo a competência para aprovar um regime de contratação pública destinado a ser aplicado na RAA.

Admitir que esta Região estava impedida de aprovar legislação respeitante à regulação dos procedimentos tendentes à formação de contratos públicos, adaptando-a às especificidades regionais, seria privá-la de um instrumento fundamental para promover a concorrência e regular o funcionamento do mercado regional, privação essa que seria ilegítima uma vez que o legislador estatutário conferiu aos órgãos regionais o poder para aprovarem todos os atos legislativos que se revelem necessários ou convenientes para a prossecução desses fins.

[...]”.

É indesmentível que todo o regime da contratação pública é atravessado por fortes preocupações em matéria de concorrência e integra inúmeras normas jurídicas que se destinam a afirmar ou proteger valores ligados à concorrência.

No entanto – e antes de mais –, a *concorrência* é apenas um dos diversos valores que se cruzam no regime da contratação.

Miguel Assis Raimundo (*A formação dos contratos públicos – uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa, 2013, pp. 349 e ss.), enuncia, como “[...] valores e interesses que têm sido identificados como relevantes no âmbito da contratação pública”, designadamente, e em síntese: a legitimação da própria administração; a prevenção da corrupção e do favoritismo; o controlo e a responsabilização internos no aparelho administrativo; a concorrência; a eficiência e a economia na afetação dos recursos, a que se liga a uniformidade de procedimentos; a prossecução de políticas públicas (discutível e com inúmeras ressalvas, que o autor assinala); a qualidade do objeto contratado. E, mais adiante, salienta a dualidade de objetivos do sistema de contratação pública (pp. 477 e ss.):

“[...]

[Após expor diversas justificações que são dadas para o sistema de contratação pública:] *Todas estas justificações, na diversidade das suas formulações, partilham aquilo que nos parece imprescindível e que nós próprios perfilhamos: uma referência dupla a considerações, por um lado, de proteção dos interesses e dos princípios básicos da atuação pública, e, por outro lado, de salvaguarda dos interesses e princípios básicos de todos quantos entram em relação com as entidades adjudicantes por via de contrato.*

Os efeitos desta justificação de acordo com interesses simultaneamente de natureza coletiva (de proteção do interesse público) e de natureza ‘individual’ (de proteção dos interesses económicos) são, para nós, absolutamente claros: deve existir um fundamental equilíbrio entre ambos. As soluções do direito da contratação pública não podem ser pensadas como se o objetivo fosse o de prosseguir a todo o transe a ‘raison d’État’, nem como se as oportunidades proporcionadas pelos contratos públicos fossem simples propriedade do mercado, a ser distribuída pelos agentes económicos que neste atuam, de acordo com critérios de pura

racionalidade económica e independentemente dos objetivos que as entidades adjudicantes procuram prosseguir.

[...]

Com efeito, a proteção do mercado e a proteção do interesse público são, e quando o não sejam têm de ser, realidades que não só se compatibilizem, como se favoreçam mutuamente [...].

Em síntese, e como anunciava já Michel Guibal em 1993, a tarefa fundamental do direito administrativo pré-contratual é ‘a amálgama direito dos contratos – direito da concorrência, é a difusão em todo o direito dos contratos públicos da obrigação de mise en concurrence’. No entanto, ao contrário do que poderia pensar-se, a amálgama aqui não é neutra, nem anómica: é uma amálgama valorativamente adequada; pressupõe que se encontre o justo valor e a justa medida que tanto para as entidades adjudicantes como para os privados decorre das exigências (e das possibilidades) criadas pela contratação pública.

[...]”.

Cumpre, ainda, salientar que, mesmo admitindo que, apesar de *nem todos* os procedimentos de contratação público serem concorrenciais, são *eles concorrenciais na sua larga maioria* (cfr. Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Coimbra, 2011, pp. 29 e ss.), e tendo presente que o princípio da concorrência é um ‘*princípio tronco*’ do sistema da contratação pública, porque se prolonga em múltiplas ramificações, correspondentes a tantos outros princípios ou desenvolvimentos seus” (ob. cit., p. 185), o certo é que há uma distinção fundamental a fazer “[...] para bem situar o princípio da concorrência no seio do regime jurídico da contratação pública”, distinção essa que “consiste em autonomizá-lo das denominadas regras da concorrência, que têm como destinatários os operadores económicos e qualquer atividade que, enquanto tais, eles levem a cabo – as quais se encontram plasmadas nomeadamente nos artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho. É a essas regras que se refere a alínea g) do n.º 2 do artigo 70.º do Código, ao mandar excluir ‘as propostas cuja análise revele [...] existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras da concorrência’, algo bem diverso da concorrência a que se referem os respetivos artigos 132.º/4, 140.º/3, 189.º/4, 239.º/3 e 252.º/2, nos quais o conceito ou princípio aparece claramente reportado à natureza aberta e competitiva do recurso ao mercado nos procedimentos de contratação pública. Bem o revela, por exemplo, o sentido da “promoção da concorrência” com que ele vem utilizado no artigo 49.º/1 do CCP [referem-se os autores à norma não na redação atual, emergente do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, mas à que decorria primeira versão, do Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho: “[a]s especificações técnicas, como tal definidas no anexo VI da Diretiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, e no anexo XXI da Diretiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, devem constar do caderno de encargos e são fixadas por forma a permitir a participação dos concorrentes em condições de igualdade e a promoção da concorrência.”]. É evidente que haverá comunicações ou situações de confluência entre o princípio da concorrência, de um lado, e as regras da concorrência, de outro, por isso que existem proibições e condicionamentos concorrenciais específicos dos procedimentos da contratação pública – como é o caso, por exemplo, da proibição de o membro de um agrupamento apresentar isoladamente ou integrado noutra agrupamento uma proposta em concorrência com a daquele primeiro (artigo 54.º/2) – ligados à existência de um honeste agere ou vivere, que é afinal o apanágio

das regras da concorrência vigentes no mercado, na vida económica” (ob. cit., pp. 191/192, sublinhado acrescentado).

Sendo certo que as duas dimensões da concorrência convivem, até certo ponto, em sobreposição valorativa, não é menos certo que elas se podem e devem distinguir fundamentalmente e a norma do artigo 54.º do EPARAA aponta, de forma evidente, para *apenas um* desses sentidos.

Expõe-se, deste modo, o que as alegações da USISM não colocam em devida luz: ao reduzir o sistema complexo de contratação pública ao interesse da concorrência (o que não reflete a pluralidade de interesses e objetivos desse sistema) e, acima de tudo, ao não distinguir a concorrência enquanto princípio da contratação pública relacionado “*com a natureza aberta e competitiva do recurso ao mercado*” (ob. e loc. cit.) das *regras da concorrência*, a USISM conduz a sua argumentação enviesadamente, como se a previsão do EPARAA (“*funcionamento dos mercados regionais e da atividade económica*” e “*promoção da concorrência*”) se (con)fundisse com o regime da contratação pública.

Mas – como vimos – não é esse o caso. Nada autoriza a que se conclua que o legislador (Assembleia da República), ao aprovar a norma respeitante ao “funcionamento dos mercados” e à “promoção da concorrência”, teve em vista o (diferente e mais complexo) regime de contratação pública, em que a concorrência surge com outro sentido e conciliada com outros interesses, num regime que deve respeitar interesses de concorrência, mas não visa diretamente *regular a concorrência*. Pelas razões expostas, deve tal norma do EPARAA interpretar-se como sendo referida às denominadas *regras da concorrência* – as regras que visam disciplinar direta e imediatamente a concorrência –, como seja, desde logo, o regime jurídico da concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), bem como a legislação avulsa que complementa aquele regime em diversos setores e áreas de atividade (a que se poderia somar a relevantíssima legislação europeia sobre concentração, cartelização ou auxílios estatais, *inter alia*).

Aliás, a expressão “promoção da concorrência” apela, inequivocamente, a esta última dimensão – veja-se o Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de dezembro (“*estabelece disposições relativas à defesa da concorrência no mercado nacional*”), depois substituído pelo Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro (“*estabelece o regime geral da defesa e promoção da concorrência*”), que foi revogado pela Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, sendo esta substituída, mais recentemente, pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprovou o “novo regime da concorrência”, estabelecendo que “*sob reserva das obrigações internacionais do Estado português, a [...] lei é aplicável à promoção e defesa da concorrência, nomeadamente às práticas restritivas e às operações de concentração de empresas que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos*”.

Tudo para concluir que não procede a argumentação da USISM no sentido de que o artigo 54.º, n.º 2, alíneas *a*) e *c*), do EPARAA deve ser interpretado de forma a abranger a disciplina dos contratos públicos de aquisição de serviços como matéria de competência legislativa própria da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores.

2.6.2. Alega, ainda, a USISM que a norma que prevê competência para legislar em matéria relativa ao regime de empreitadas e obras públicas (artigo 56.º, n.º 2, alínea *b*), do EPARAA) também constitui fundamento para reconhecer à Assembleia Legislativa da Região

Autónoma dos Açores competência para legislar em matéria de contratos públicos de aquisição de serviços.

Uma parte da argumentação expendida para sustentar tal conclusão resulta afastada no item anterior (a Recorrida USISM invocou que “[...] a competência para regular esta matéria tem fonte própria e incontestável num outro preceito do EPARAA – o artigo 54.º, n.º 2, alíneas a) e c)”).

No mais, salienta-se que as razões histórico-legislativas invocadas pela Recorrida parecem militar mais *em desfavor* do que em prol da tese que pretende sustentar. Na verdade, o “Anteprojeto de Lei de Aprovação da Terceira Revisão do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores” foi aprovado pela Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores em sessão de 31/10/2007 e já previa (então no artigo 55.º) a norma respeitante ao regime de empreitadas e obras públicas que se encontra no artigo 56.º da versão aprovada do EPARAA. Ao tempo, antes da aprovação do Código dos Contratos Públicos (pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro), o regime de realização de despesas públicas com locação e aquisição de bens e serviços, bem como da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis e serviços, por um lado, e o regime jurídico das empreitadas de obras públicas, por outro, constavam de diplomas diferentes: o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, e o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, respetivamente.

Embora a USISM – algo paradoxalmente – tente inverter o sentido deste contexto, a verdade é que tal circunstância reforça a ideia de que, 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). Pelo contrário, no contexto descrito, tendo presente que a competência para legislar em matéria de aquisição de serviços *não* resulta da previsão do artigo 54.º do EPARAA (como vimos no item anterior), 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.

Contra este entendimento não basta argumentar com o carácter paradigmático ou de maior detalhe ou profundidade do regime do contrato de empreitada de obras públicas face aos demais contratos públicos, uma vez que a expressão “empreitadas e obras públicas” tem um sentido *muito preciso*, que devemos presumir, à falta de outros elementos, ter sido usado pelo legislador *nos particulares limites* da matéria ali referida e atendendo às diferenças substanciais que separam aqueles regimes, não obstante os respetivos pontos de união.

Acresce que a aquisição genérica de serviços – ao contrário das empreitadas e obras públicas” – dificilmente se reconduz ao âmbito das “*infra-estruturas, transportes e comunicações*”, a que diz respeito o corpo do n.º 2 do artigo 56.º do EPARAA.

Por fim, deve sublinhar-se que a referência a “obras públicas” sempre existiu no EPARAA (na versão original, da Lei n.º 39/80, de 5 de agosto, no artigo 27.º, alínea x); com a primeira revisão, pela Lei n.º 9/87, de 26 de março, no artigo 33.º, alínea x); com a segunda revisão, pela Lei n.º 61/98, de 27 de agosto, no artigo 8.º, alínea aa)), sem que as normas tivessem sido interpretadas com o sentido de se aplicarem, também, à aquisição de serviços. A circunstância de, nas citadas alíneas das versões anteriores, se prever “*obras públicas e equipamento social*” e de, atualmente, a previsão dizer respeito, separadamente, a “*equipamentos sociais*” (artigo 56.º, n.º 2, alínea a), do EPARAA) e “*regime de empreitadas*

e obras públicas” (artigo 56.º, n.º 2, alínea *b*), do EPARAA) não se afigura de molde a sustentar que, assim, se pretendeu estender o regime em causa à aquisição de serviços.

Conclui-se, pois, que a previsão do artigo 56.º, n.º 2, alínea *b*), do EPARAA não inclui a disciplina dos contratos públicos de aquisição de serviços como matéria de competência legislativa própria da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores.

2.7. Resulta do exposto que as duas normas do EPARAA que, no recurso, foram invocadas como fundamento da pretendida (pela Recorrida USISM) inclusão da disciplina dos contratos públicos de aquisição de serviços como matéria de competência legislativa própria da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores não permitem dar como estabelecida essa competência.

Por outro lado, também não se prefigura que exista qualquer outra norma do EPARAA que permita sustentar um juízo positivo de competência na matéria indicada, pelo que, das três condições da competência legislativa regional previstas na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 227.º CRP, e atrás assinaladas, resulta irremediavelmente comprometida a segunda (estarem as matérias em causa enunciadas no respetivo estatuto político-administrativo), tornando inútil indagar quanto à verificação das demais.

Merece, pois, acolhimento a posição assumida na decisão recorrida, no sentido da inconstitucionalidade da norma contida no artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, interpretados no sentido da aplicabilidade da respetiva disciplina aos contratos de aquisição de serviços – inconstitucionalidade orgânica, por violação do disposto nas alíneas *a*) e *x*) do n.º 1 do artigo 227.º da CRP (quanto à alínea *x*), na medida em que, ao pretender transpor, no domínio da aquisição de serviços, a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, excedeu o âmbito da competência legislativa própria – cfr., ainda, o artigo 40.º do EPARAA).

III – Decisão

3. Em face do exposto, decide-se:

a) julgar inconstitucional a norma contida no artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro, ao estatuir sobre os contratos de aquisição de serviços, e, conseqüentemente,

b) negar provimento ao recurso.

Sem custas.

Lisboa, 2 de maio de 2018 - *José Teles Pereira* - *Claudio Monteiro* - *Maria de Fátima Mata-Mouros* - *João Pedro Caupers* (vencido nos termos da declaração em anexo) - *Manuel da Costa Andrade*

DECLARAÇÃO DE VOTO

Fiquei vencido no presente acórdão. As razões de tal vencimento carecem de uma explicação, que as torne claras e inequívocas.

Prevaleceu na decisão a ideia de que a matéria em causa, por respeitar às normas processuais relativas à contratação pública, não justificaria a existência na Região Autónoma dos Açores (RAA) de regras distintas relativamente às vigentes na República. Não questiono que assim possa ser. A argumentação do acórdão afigura-se-me plausível e sustentável em abstrato. Se a contesto não é porque ela não respeite os princípios elementares da hermenêutica jurídica, mas porque tenho, desde sempre, outro entendimento relativamente aos limites da autonomia regional. Do meu ponto de vista, a autonomia das regiões autónomas consubstancia um princípio constitucional com o mesmo peso e a mesma capacidade expansiva dos outros princípios reconhecidos pela nossa Lei Fundamental.

Nesta ordem de ideias, a questão essencial neste caso não é a de saber se a natureza das matérias a regular justifica ou não a existência de um regime jurídico diferenciado na RAA. A questão decisiva consiste em apurar se, perante duas interpretações abstratamente admissíveis de uma norma atributiva de competências a órgãos próprios da RAA, o critério de conformidade constitucional depende da matéria a regular ou assenta, antes e sempre, na forma de conceber a autonomia regional.

É que, sendo este, como entendo que é, o critério decisivo de interpretação das normas atributivas de competência aos órgãos das regiões autónomas, valerá sempre, entre dois resultados interpretativos abstratamente conformes às regras hermenêuticas, aquele que mais ampliar a autonomia regional. Seja qual for a matéria em causa.

No caso presente, sendo a interpretação sustentada pelas autoridades da RAA tão constitucionalmente legítima como a oposta, sustentada no acórdão, deveria prevalecer aquela.

Tem sido dominante na jurisprudência constitucional uma visão “desconfiada” da autonomia regional, tributária de uma conceção que, assentando no centralismo atávico da cultura organizativa pública nacional, muito marcada pela influência francesa, encara a autonomia regional (e a local) como uma espécie de “anomalia tolerada”: seria avisado interpretar os poderes dos órgãos regionais de forma restritiva, não vão eles desatar a tomar decisões imponderadas e a gastar mal o nosso dinheiro! O mais prudente é que o Estado, conhecido exemplo de decisões acertadas e despesas ponderadas, trate disso.

Não aceito esta cultura do preconceito. Mesmo sozinho, votarei sempre contra as suas manifestações.

João Pedro Caupers