

Advogados RSA alertam

**Impacto da pandemia  
nos procedimentos  
de contratação pública  
é inevitável**

Joaquim Miranda Sarmento

**Portugal não tem um  
historial de contratação  
pública de elevada  
qualidade**

# Vida Judiciária

Nº 218 - bimensal - janeiro/fevereiro 2021 - 7,50 €



De acordo com a docente **Fernanda Paula Oliveira**

**Pandemia levou  
a uma imensidão  
de procedimentos  
e normas  
aplicáveis  
à gestão  
urbanística**



## **NOTA DE ABERTURA**

por **João Luz Soares**

**Contratação  
Pública  
em tempos  
de desafios**

## **OPINIÃO**

Rui Moreira de Resende  
António Cardoso  
Ana Robin de Andrade  
Fabrícia de Almeida Henriques  
Miguel Catela  
João Lamy Fontoura  
Isabel Celeste M. Fonseca  
João Amadeu Araújo  
Ana Rita Carneiro  
Hugo Correia

Mafalda Teixeira de Abreu  
Francisco Pinheiro Catalão  
Oswaldo da Gama Afonso  
Henrique Rodrigues da Silva  
Francisca Mendes da Costa  
Catarina Pita Soares  
Joana Mata  
André Batoca  
Pedro Costa Gonçalves  
Nelma Vieira Pires

UM TIRO DE PÓLVORA SECA, UM EQUÍVOCO OU UM PASSO LONGE DE MAIS?

## O ajuste direto estritamente necessário por motivos de urgência imperiosa em resposta à pandemia



João Lamy Fontoura  
Associado Sênior PLMJ

Considerada uma pandemia pela Organização Mundial da Saúde, em 11.03.2020, a COVID-19 sobressaltou o país e, com ele, os poderes públicos. Intervenções legislativas nas áreas mais diversas em reação ao *novo normal* não tardaram e a formação de contratos públicos não foi exceção.

No caso da contratação pública, o essencial destas novas medidas ficou a constar do Decreto-Lei (“DL”) n.º 10-A/2020, de 13 de março, e da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, diplomas estes que têm sofrido várias alterações<sup>(1)</sup>. Todas receberam um foco intenso por parte dos administrativistas, que as vêm analisando, detalhadamente<sup>(2)</sup>. Existe, pois, um acervo interpretativo do regime da contratação pública em tempos de pandemia e que, aliás, muito inspira as presentes linhas.

Por isso, ao invés de propor mais uma leitura da globalidade do quadro normativo, reflete-se, aqui, num plano mais circunscrito: o de saber se *parte do regime excepcional de contratação pública* verdadeiramente se

justifica, por se diferenciar das normas já anteriormente vigentes. Parte porque são identificáveis na lei desta emergência pontos que claramente se afastam das normas usuais. É o caso do alargamento do âmbito do ajuste direto simplificado<sup>(3)</sup>, da ausência de limites à escolha reiterada das entidades convidadas para procedimentos pré-contratuais fechados<sup>(4)</sup>, da derrogação da preferência pela consulta prévia em detrimento do ajuste direto<sup>(5)</sup>, da admissibilidade de adiantamentos do preço com dispensa dos pressupostos previstos no art. 292.º do Código dos Contratos Públicos (“CCP”)<sup>(6)</sup>, da dispensa de autorização de exceção para a aquisição centralizada abarcada por acordo-quadro para as entidades abrangidas pelo Sistema Nacional de Compras Públicas<sup>(7)</sup>, da dispensa dos documentos de habilitação<sup>(8)</sup> ou da isenção da fiscalização prévia do Tribunal de Contas<sup>(9)</sup>. Mas, fora desse âmbito, outras providências surgem em linha, aparentemente, com o que o regime geral já previa, pelo que se pergunta se novas disposições seriam mesmo necessárias.

Entre elas, encontra-se a *determinação da aplicação do critério material de adoção do ajuste direto previsto no art. 24.º/1/c) do CCP* quando esteja em causa a formação de contratos de empreitada de obras públicas, de aluguer, de aquisição de bens móveis ou

de aquisição de serviços<sup>(10)</sup> envolvidos na prevenção, contenção, mitigação ou tratamento de infeção epidemiológica por COVID-19 ou, também, na reposição da subsequente normalidade<sup>(11)</sup>.

Ora, ainda que o alargamento da admissibilidade da adoção do ajuste direto integre um lugar cimeiro entre o elenco de medidas habitualmente adotadas pelo Estado para reagir às emergências que se lhe deparem, o tema tem razão de ser.

Com efeito, no art. 24.º/1/c) do CCP, prevê-se que:

*“(...) Pode adotar-se o ajuste direto quando (...) [.] na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante”.*

Por seu turno, o art. 2.º/1 do DL 10-A/2020 reza o seguinte:

*“Para efeitos de escolha do procedimento de ajuste direto, (...) aplica-se o disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos (...) na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa”.*

1. As menções a diplomas aqui feitas reportam-se à sua redação vigente em 06.02.2021.

2. Cfr., por exemplo, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 79-128; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Covid-19 e contratação pública», ROA, I/II, 2020, pp. 165-217; PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, «Medidas excecionais de contratação pública para resposta à pandemia de COVID-19», in INÊS FERNANDES GODINHO/MIGUEL OSÓRIO DE CASTRO (eds.), *COVID 19 e o Direito*, Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2020, pp. 45-89; PEDRO COSTA GONÇALVES/LICÍNIO LOPES MARTINS, *Regime excepcional de contratação pública no âmbito da epidemia da doença do covid-19*, 23.03.2020, disponível em <https://observatorio.almedina.net>.

3. Arts. 2.º/2 e 2.º-A do DL 10-A/2020.

4. Art. 2.º/3, do DL 10-A/2020.

5. Art. 2.º/3 do DL 10-A/2020.

6. Art. 2.º/6, do DL 10-A/2020.

7. Art. 2.º/7 do DL 10-A/2020.

8. Art. 2.º/9 do DL 10-A/2020.

9. Art. 6.º/1 da Lei 1-A/2020.

10. Art. 2.º/1 do DL 10-A/2020.

11. Art. 1.º/2 do DL 10-A/2020.

Em rigor, o que consta da letra desta remissão é que o ajuste direto *na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa* é aplicável... *na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa*<sup>(12)</sup>. Esta singularidade textual tem sido assinalada, parecendo que, quando confrontado com os restantes elementos do art. 24.º/1/c) do CCP, o sentido útil do art. 2.º/1 do DL 10-A/2020 residiria em a própria lei vir determinar que a pandemia era imprevisível e que esta e a resposta à pandemia não são circunstâncias imputáveis à entidade adjudicante.

Ora, a comoção e o sentido de urgência que permeiam todo o contexto de resposta à pandemia favorecem – e, porventura, acabam por determinar – a tomada de medidas num curtíssimo espaço de tempo e mostram-se pouco favoráveis, se não à ponderação, pelo menos, ao amadurecimento de opções. Tanto mais que o DL n.º 10-A/2020 foi publicado logo dois dias depois da declaração da pandemia. Em todo o caso, assumindo-se que alguma providência legislativa seria necessária para o efeito, parece que teria bastado, então, consagrar algo como:

*A pandemia de COVID-19 era imprevisível pelas entidades adjudicantes e não lhes é imputável.*

Algo de convergente viria, aliás, a ser previsto, logo em 23.03.2020, com o aditamento ao DL 10-A/2020 do art. 2.º-A<sup>(13)</sup>, respeitante à adoção do ajuste direto simplificado para a aquisição de determinados bens especialmente necessários para a resposta ao vírus, em cujo n.º 3 se determina, justamente, que “*as circunstâncias invocadas para fundamentar a urgência imperiosa (...) não podem, em caso algum, ser imputáveis à entidade adjudicante*”.

Seja como for, que a existência de um agente patogénico primeiramente identificado no outro lado do Globo

não é imputável a entidades adjudicantes portuguesas afigura-se óbvio. Dir-se-ia, por isso, que o art. 2.º/1 do DL 10-A/2020 nada acrescenta ao que sempre decorreria do art. 24.º/1/c) do CCP. A multiplicação de enunciados normativos com exatamente o mesmo significado revelar-se-ia inócua. É o Direito vigente e efetivamente aplicável continuaria a ser, rigorosamente, o mesmo. Repare-se, aliás, que a Comissão Europeia esclareceu que “*o quadro europeu em matéria de contratos públicos proporciona toda a flexibilidade necessária aos adquirentes públicos para comprarem, o mais rapidamente possível, bens e serviços diretamente ligados à crise da COVID-19*”, “*pode[ndo] negociar diretamente com o(s) potencial(is) contratante(s), sem a existência de requisitos de publicação, prazos, número mínimo de candidatos a consultar ou outros requisitos processuais*”. Daí “*não [terem sido] estabelecidas medidas processuais a nível da UE*”, em matéria de contratação pública relacionada com o SARS-CoV-2<sup>(14)</sup>. E daí, também, perguntar-se se o art. 2.º/1 do DL 10-A/2020 não se assemelharia, nesta dimensão, a *um tiro de pólvora seca*, nomeadamente, quando se tenha em conta que o art. 24.º/1/c) do CCP segue de perto as diretivas da UE.

Retorquir-se-ia, então, que se propiciaria aos titulares dos órgãos competentes para a decisão de contratar algum conforto para a adoção do ajuste direto, quando importe responder ao novo coronavírus. O que é especialmente relevante perante o dever de fundamentação da decisão de escolha do procedimento<sup>(15)</sup> é a circunstância de a violação de normas de contratação pública constituir infração geradora de responsabilidade financeira sancionatória, a efetivar pelo Tribunal de Contas<sup>(16)</sup>.

Simplesmente, o dever de fundamentação da escolha do ajuste direto não se esgota na invocação da pande-

mia. Deve, pelo contrário, continuar a explicar-se por que motivo o pretendido contrato releva para responder à COVID-19. E não se identifica derrogação da exigência da verificação da impossibilidade de cumprimento dos prazos inerentes aos demais procedimentos. Isto é, parece que não basta que o contrato a celebrar releva para efeitos pandémicos para que a adoção do ajuste direto seja, sem mais, admissível. O elemento de suposto conforto revela-se, por isso, um potencial *equivoco*.

Por fim, atenta-se em que no art. 2.º/1 do DL 10-A/2020 se refere que, “*para efeitos de escolha do procedimento de ajuste direto (...), aplica-se o disposto [no art. 24.º/1/c), do CCP]*”. Tomado ao pé da letra, o que se afirma é que a adoção de ajustes diretos em resposta à pandemia é feita nos termos da referida alínea do CCP. Ou seja, prevê-se, apenas, que aos ajustes diretos em resposta ao SARS-CoV-2 é aplicável a cláusula de urgência imperiosa, sem quaisquer outras considerações.

Dizê-lo assim cria a dúvida de saber se o legislador concebeu aplicar a referida cláusula com exclusão dos demais fundamentos materiais do ajuste direto. E isso significaria que teria sido dado *um passo longe de mais*, por exemplo, na hipótese de a formação do contrato não exigir prazos incompatíveis com os inerentes aos demais procedimentos (em que se admite o encurtamento de prazos de apresentação de candidaturas e propostas, designadamente, em caso de urgência<sup>(17)</sup>). Mas faria sentido que um regime gizado para facilitar a adoção do ajuste direto redundasse no contrário? Dir-se-ia que não e, por isso, quanto a este aspeto, a interpretação do art. 2.º/1 deverá resultar restritiva ou, quando muito, declarativa restrita.

Em todo o caso, fica a questão: para quê o art. 2.º/1 do DL 10-A/2020? Não teria bastado o art. 24.º/1/c) do CCP para responder à pandemia?

12. Cfr. JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito...*, ob. cit., para uma formulação semelhante do tema.

13. Cfr. DL 18/2020.

14. Cfr. Orientações da Comissão Europeia sobre a utilização do quadro em matéria de contratos públicos na situação de emergência relacionada com a crise da COVID-19 (2020/C 108 I/1).

15. Art. 38.º do CCP.

16. Art. 65.º/1/l), da Lei 98/97, de 26 de agosto.

17. Arts. 136.º/3, 158.º, 174.º/2 e 191.º/5 do CCP.