



08 ABR. 20

PÚBLICO

# Coronavírus: Impactos procedimentais e jurisdicionais na contratação pública

Com a Lei n.º 4-A/2020, de 6 de abril, modifica-se tanto o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 como a Lei n.º 1-A/2020, com relevantes consequências em matéria de prazos dos procedimentos administrativos, incluindo pré-contratuais) e de contencioso pré-contratual. Delas se dá, aqui, uma primeiríssima nota.

Diogo Duarte  
Campos

Raquel  
Freitas

João Lamy  
da Fontoura

### **Contratação pública em contexto de exceção: Legislação de emergência em movimento**

O impacto absolutamente inédito da pandemia de COVID-19 e a absoluta necessidade de as autoridades – e, à sua cabeça, os órgãos de soberania – conceberem sucessivas medidas vocacionadas tanto para o combate ao surto de SARS-CoV-2 como para assegurar a persistência, mesmo num contexto de inegável e significativo constrangimento, das demais missões públicas e da atividade económica que se pretende que continue, tanto quanto possível.

Por ser relevante em todos esses domínios, evidentemente que entre as áreas em que a adoção de providências era expectável se encontra a da contratação pública e a do contencioso da formação dos contratos públicos, sendo de destacar as medidas que nesse âmbito foram tomadas através do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, ou do Decreto-Lei n.º 10-E/2020, de 24 de março (que, também alterou o referido Decreto-Lei n.º 10-A/2020).

Estes temas têm sido por nós acompanhado, designadamente em [Coronavírus: Consequências da declaração de situação de alerta na contratação pública](#), em [Coronavírus: A Lei n.º 1-A/2020 e o Regime Excepcional de Contratação Pública](#), em [Coronavírus: Efeito suspensivo automático da adjudicação](#) ou em [Coronavírus: Fundamentação da decisão de escolha do ajuste direto](#). Mas o Governo tinha-o anunciado e a realidade vem-no confirmando: porque a evolução da pandemia exige constantes adaptações e porque os contornos e os efeitos das medidas tomadas são alvo de apreciação e crítica, seja das estruturas competentes, seja da comunidade, ajustamentos e alterações vão surgindo e é necessário acompanhá-los.

**"Ficou claro que, relativamente aos procedimentos administrativos em geral, a suspensão opera sobre os prazos que respeitam à prática de atos pelos particulares."**

É, justamente, esse o caso da Lei n.º 4-A/2020. Com este diploma, modifica-se tanto o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 como a Lei n.º 1-A/2020, com relevantes consequências das quais importa dar aqui, uma primeiríssima nota, incidente, em especial, sobre as novidades trazidas em matéria de prazos dos procedimentos administrativos (com destaque para os procedimentos pré-contratuais) e de contencioso pré-contratual.

### **Os prazos dos procedimentos administrativos**

#### **O artigo 7.º, n.º 9, alínea c)**

O normativo em análise corresponde ao anterior artigo 7.º, n.º 6, alínea c) da versão inicial da Lei n.º 1-A/2020, o qual determinava a suspensão dos prazos administrativos e tributários. Cotejada a versão inicial com a versão revista, registam-se duas diferenças que se assinalam pela ordem que se nos afigura mais relevante.

A primeira consubstancia-se na substituição da controversa e inédita expressão utilizada por referência a prazos administrativos e tributários “*que corram a favor de particulares*” por “*no que respeita à prática de atos por particulares*”. Com a alteração legislativa ora verificada, falece a discussão que floresceu em torno do que deveria entender-se por “*prazos que corram a favor de particulares*” uma vez que ficou claro que a suspensão opera sobre os prazos que respeitam à prática de atos pelos particulares, dispensando o exercício (ingrato) de apurar se o prazo em questão corria, ou não, a favor dos particulares.

A segunda alteração respeita à substituição do vocábulo “Prazos” por “Procedimentos” administrativos. A modificação do texto poderá, numa primeira leitura, suscitar a dúvida quanto ao âmbito da suspensão, ou seja, se deveria considerar-se que opera sobre o próprio procedimento, paralisando-o, ou apenas sobre os prazos estabelecidos para a prática de atos por particulares. A nosso ver, a suspensão opera apenas sobre os prazos estabelecidos para a prática de atos particulares podendo o procedimento continuar a desenvolver-se nos demais atos e formalidades que não se encontrem dependentes desses atos. O entendimento inverso, para além de não ter apego no texto da alínea em análise quando especifica que a suspensão se reporta aos prazos estabelecidos para a prática de atos dos particulares, levaria a considerar que os procedimentos estariam suspensos, mesmo paralisados, na parte em que dependem da atuação das entidades administrativas que os dirigem e nele participam. Ora, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 e da Lei n.º 1-A/2020, não resulta um encerramento dos serviços administrativos, pelo contrário, as suas normas pressupõem a continuação do funcionamento dos serviços públicos<sup>1</sup>, embora condicionado e com constrangimentos ditados pela necessidade de evitar a propagação da pandemia, continuação que, em alguns casos, significará a tramitação de procedimentos administrativos por parte dessas entidade.

Por fim, assinala-se que a maior controvérsia gerada pela versão inicial desta disposição legal relacionada com a questão da aplicação, ou não, aos procedimentos pré-contratuais ficou pacificada com a introdução de um novo preceito – o artigo 7.º-A – cuja análise nos conduz para o ponto seguinte.

### O artigo 7.º-A n.º 2 e n.º 3

Crê-se que estas normas são a resposta do legislador às vozes da comunidade jurídica que solicitavam uma clarificação legislativa do âmbito de aplicação da suspensão dos prazos administrativos, mais concretamente, se essa suspensão abrangia, ou não, os prazos dos procedimentos pré-contratuais. Da leitura destas duas normas passa a ser claro, que:

- Os prazos relacionados com os procedimentos pré-contratuais não são suspensos (n.º 2);
- Os prazos relacionados com os procedimentos pré-contratuais estiveram suspensos ao abrigo da versão inicial da Lei n.º 1-A/2020 (n.º 3).

Em síntese, os prazos em questão deixam de estar suspensos.

Define-se também, em termos precisos, o período durante o qual vigorou essa suspensão que é de 9 de março de 2020 até ao dia anterior à entrada em vigor da Lei n.º 4-A/2020, ou seja de 9 de março a 6 de abril de 2020 (n.º 3 do artigo 7.º-A da Lei n.º 1-A/2020 e artigo 5.º da Lei n.º 4-A/2020).

Estas normas merecem ainda duas breves notas:

### O âmbito de aplicação do n.º 2 e 3 do artigo 7.º-A

Aparentemente, o normativo do n.º 2 tem um âmbito objetivo mais amplo que o n.º 3. Enquanto que o n.º 2 se refere a todos os procedimentos de contratação pública, estejam ou não abrangidos pelo âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos (CCP), o n.º 3 refere-se apenas aos procedimentos incluídos nesse Código. A nosso ver, trata-se de um lapso de escrita não havendo nenhuma razão para sustentar uma diferenciação entre o âmbito de aplicação de cada uma dessas normas.

<sup>1</sup> Veja-se, por exemplo, os artigos 5.º, 13.º, 15.º, 17.º, 29.º e 30 do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 e o artigo 3.º da Lei n.º 1-A/2020.

### **O regime excepcional de contratação pública regulado pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020**

O legislador nada refere sobre a suspensão dos prazos dos procedimentos decorrentes do regime excepcional de contratação pública. No entanto, a este propósito mantemos o entendimento anteriormente manifestado na nossa nota [Coronavírus: A Lei n.º 1-A/2020 e o Regime Excepcional de Contratação Pública](#) publicada nesta página no sentido de que a leitura concertada da Lei n.º 1-A/2020 com o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 levar á conclusão inexorável de que os referidos procedimentos não estavam abrangidos pela suspensão decorrente da anterior alínea c) do n.º 6 do artigo 7.º daquela lei.

### **"Foi levantada a suspensão dos procedimentos pré-contratuais."**

E, por fim, uma nota de cariz mais material:

#### **Os efeitos do levantamento da suspensão**

Desta decisão do legislador de levantamento da suspensão dos procedimentos pré-contratuais subjaz porventura uma maturação dos efeitos do estado de emergência na economia, na medida em que se ponderou que a suspensão dos procedimentos pré-contratuais poderia ser uma medida drástica e desproporcional, quer para os operadores económicos que viam coartada a possibilidade de manter a sua atividade, quer para as entidades adjudicantes que necessitem de contratar fora do âmbito de aplicação das medidas excecionais de contratação pública estabelecidas no Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

No entanto, o carácter benigno desta decisão de levantamento pode, em algumas situações, ter um indesejável reverso. Na verdade, no contexto atual podem surgir dificuldades na tramitação dos procedimentos que afetem a capacidade de resposta às solicitações inerentes a estes procedimentos, quer do lado da entidade adjudicante quer do lado dos operadores económicos interessados e dos concorrentes.

Nas situações em que o prazo que esteja em curso seja o de apresentação das propostas, os operadores económicos podem lançar mão de um pedido de prorrogação desse prazo nos termos previstos no artigo 64.º, n.º 3 do CCP. No entanto, os operadores económicos que padeçam de limitações de funcionamento motivadas por esta crise, este instrumento não lhes confere idêntica proteção à que era assegurada pela suspensão do procedimento, desde logo porque ficam dependentes de uma apreciação discricionária por parte da entidade adjudicante, quer quanto ao deferimento da prorrogação, quer quanto à extensão dessa prorrogação que pode ser insuficiente atenta a situação particular do requerente. No que se refere aos outros prazos, não existe idêntica disposição que permita a sua prorrogação a pedido do concorrente, no entanto, a nosso ver, nada impede que o concorrente requeira fundamentadamente essa prorrogação e que a mesma lhe seja concedida sustentada no princípio da concorrência e dos princípios gerais do Direito Administrativo, mormente o princípio da colaboração com os particulares e da proporcionalidade.

Do lado da entidade adjudicante que se debata com dificuldades de funcionamento que afetem a sua capacidade de resposta, usufrui-se de uma posição mais confortável na medida em que tem o domínio do procedimento, quer porque pode prorrogar os prazos que têm uma duração definida na lei, tal como o prazo de resposta aos esclarecimentos e pronuncia dos erros e omissões, quer porque em outros momentos da tramitação do procedimento os prazos a seu cargo não se encontram balizados, defrontando-se apenas com o constrangimento do prazo de obrigação de manutenção das propostas.

## Impacto no contencioso pré-contratual

na sua redação inicial, a Lei n.º 1-A/2020 não continha disposição específica alguma em matéria de contencioso pré-contratual (nem, em rigor, de uma forma autónoma, sobre a generalidade do contencioso administrativo).

Perante essa ausência de tratamento específico, tivemos oportunidade de sublinhar que *“alguma clarificação legislativa, justificada pelos contornos próprios da ação de contencioso pré-contratual urgente com efeito suspensivo automático, autamentaria os níveis de segurança jurídica, particularmente necessária em tempos excecionais”*. Isto porque tal implicava que *“o funcionamento do contencioso pré-contratual urgente – e, em particular, do efeito suspensivo automático – no presente contexto de emergência pandémica se debate[ssse] com vários e relevantes fatores de bloqueio e de desequilíbrio”*,

A situação foi alterada com a Lei n.º 4-A/2020, que aditou à Lei n.º 1-A/2020 o artigo 7.º-A, n.º 1. Aí se determina que *“não se aplica ao contencioso pré-contratual previsto no Código de Processo nos Tribunais Administrativos”* (CPTA) a suspensão de todos os prazos processuais que devam ser praticados no âmbito dos processos que corram termos nos tribunais até à cessão da situação excepcional decorrente da pandemia de COVID-19, prevista no agora também modificado artigo 7.º, n.º 1, da mesma Lei n.º 1-A/2020.

Numa primeira leitura, a razão de ser e o significado desta inovação afiguram-se claros: visto que os procedimentos pré-contratuais não param por causa da pandemia de COVID-19, também o contencioso pré-contratual continua. E causaria perplexidade que fosse de outro modo, desde logo porque a subsistência da atividade pré-contratual pública dificilmente deixaria de pressupor a possibilidade de os interessados reagirem aos resultados dessa atividade, bem como a manutenção do seu controlo atempado por parte dos tribunais.

Contudo, a clareza termina aí, atentas as questões que decorrem da concatenação do novo artigo 7.º-A, n.º 1, da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, quer com o artigo 7.º do mesmo diploma, quer com o quadro geral da legislação processual administrativa. E entre essas questões encontram-se, pelo menos, as que em seguida se identifica.

## Necessidade do artigo 7.º-A, n.º 1, da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março

O contencioso pré-contratual regulado nos artigos 100.º e seguintes do CPTA é qualificado na lei como um processo urgente (artigo 97.º, alínea c), do CPTA). Por isso, e porque, na sua nova redação, decorrente da Lei n.º 4-A/2020, se passa a determinar no artigo 7.º da Lei n.º 1-A/2020, que *“os processos urgentes continuam a ser tramitados”*, dir-se-ia que o novo artigo 7.º-A, n.º 1, deste mesmo diploma não seria estritamente necessário. Nesta leitura, a justificação para a sua existência residiria na vontade legislativa de deixar absolutamente claro que, assim como os procedimentos pré-contratuais continuam a correr, o mesmo se verifica com o respetivo contencioso.

Perante a incerteza que o presente contexto de exceção inevitavelmente vem gerando, a confirmação legislativa expressa da subsistência do contencioso pré-contratual não deixa de ser vantajosa. Mas existem motivos para considerar que a razão de ser do novo artigo 7.º-A, n.º 1, da Lei n.º 1-A/2020 vai para além de um simples desígnio de clarificação e que um conteúdo precativo autónomo pode ser nele identificável, podendo a sua justificação residir na circunstância de nem todo o contencioso pré-contratual dever ser qualificado como urgente. O âmbito de aplicação do artigo 7.º-A, n.º 1, da Lei n.º 1-A/2020 seria, assim, mais amplo do que se intuiria numa primeira leitura.

### Âmbito de aplicação

Na verdade, como se referiu, o que se afirma no novo artigo 7.º-A, n.º 1, da Lei n.º 1-A/2020 é que a norma geral sobre suspensão de prazos no presente contexto de exceção não é aplicável ao contencioso pré-contratual previsto no CPTA. Trata-se de uma determinação que tem um âmbito mínimo seguro de aplicação, mas cuja real extensão pode bem ser mais vasta.

Com efeito, parece seguro que a nova disposição tem em vista o contencioso pré-contratual regulado nos artigos 100.º e seguintes do CPTA, ou seja, o contencioso pré-contratual que compreende as ações de impugnação ou de condenação à prática de atos administrativos relativos à formação de contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição de serviços (artigo 100.º, n.º 1, do CPTA). E, bem assim, os processos dirigidos à declaração de ilegalidade de disposições contidas no programa de concurso, no caderno de encargos ou em qualquer outro documento conformador do procedimento de formação daqueles contratos (artigo 103.º, n.º 1, do CPTA).

Simplemente, em rigor, o contencioso pré-contratual regulado no CPTA não se resume ao contencioso da formação dos contratos dos tipos referidos, tratado de forma especial nos artigos 100.º e seguintes do CPTA. Abrange, ainda, o contencioso da formação de outros contratos, de que são exemplo os contratos de concessão de exploração do domínio público ou os contratos de concessão de jogos de fortuna e azar. Ora, este contencioso pré-contratual também é regulado pelo CPTA, sendo-lhe aplicável, consoante as situações, os respetivos regimes gerais da impugnação de atos administrativos, da condenação à prática de atos administrativos devidos e (quando se entenda com as disposições sobre impugnação dos documentos conformadores do procedimento vertidas no artigo 103.º do CPTA não relevam nesta sede) da impugnação de normas.

Sucedem que estes processos não são qualificados na lei como urgentes (consubstancia um *contencioso pré-contratual não urgente*). Por isso, não lhes sendo aplicável a norma especial decorrente do novo artigo 7.º, n.º 7, da Lei n.º 1-A/2020, todos os respetivos prazos ficariam suspensos, por força da norma geral vertida no artigo 7.º, n.º 1, da mesma Lei n.º 1-A/2020. Porém, no caso de se dever entender que a vocação do novo artigo 7.º-A, n.º 1, da Lei n.º 1-A/2020 é a de abranger todo o contencioso pré-contratual regulado no CPTA – e não apenas o *contencioso pré-contratual urgente* regulado nos respetivos artigos 100.º – então também o *contencioso pré-contratual não urgente* continuaria a correr enquanto durar a situação de exceção originada pela pandemia de COVID-19.

**"Trata-se de uma determinação que tem um âmbito mínimo seguro de aplicação, mas cuja real extensão pode bem ser mais vasta."**

Um elemento nesse sentido consta, aliás, do já acima mencionado novo artigo 7.º-A, n.º 2, da Lei n.º 1-A/2020, que se reporta à não suspensão dos prazos relativos a procedimentos de contratação pública, justamente por dele decorrer que a continuação da tramitação dos procedimentos se verifica quanto à generalidade dos procedimentos pré-contratuais regulados no CCP e não só. Ora, os procedimentos pré-contratuais constantes do CCP respeitam a quaisquer contratos (artigo 1.º, n.º 2 do CCP). Ou seja, abrangem os tipos contratuais identificados no artigo 100.º do CPTA mas também abarcam outros.

E o mesmo se verifica relativamente aos procedimentos de formação de outros contratos previstos noutros diplomas. Ora, se a lógica que deva prevalecer da interpretação do artigo 7.º-A da Lei n.º 1-A/2020 for a de um alinhamento entre os procedimentos pré-contratuais que continuam a decorrer e os respetivos contenciosos pré-contratuais, então isso aponta para que se considere que também o *contencioso pré-contratual não urgente continue* a ser tramitado.

Importa, em qualquer caso, sublinhar que apenas a pena do legislador permitiria dissipar a nebulosidade deste tema e que uma conclusão final quanto ao efetivo âmbito de aplicação do artigo 7.º-A, n.º 1, da Lei n.º 1-A/2020 só deverá ser alcançada perante uma jurisprudência estabilizada sobre o tema. E isto porque se afigura como possível que vingue uma interpretação restritiva no sentido de o “*contencioso previsto no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*” corresponder, apenas, ao *contencioso pré-contratual urgente* regulado nos artigos 100.º e seguintes do CPTA e não também ao *contencioso pré-contratual não urgente*. Desde logo porque, se, como vimos, todo o contencioso pré-contratual é regulado no CPTA, não deixa de ser possível considerar que apenas o *contencioso pré-contratual urgente* se encontra nele expressamente previsto e autonomizado;

Sem prejuízo da análise de cada caso concreto, a prudência poderá ser de molde a apontar no sentido de os interessados continuarem a propor ações e a praticar os atos processuais que lhes couberem, não apenas no âmbito do *contencioso pré-contratual urgente*, mas, também, no quadro do *contencioso pré-contratual não urgente*.

Seja como for, esclarece-se que as considerações subsequentes se centram, apenas, no contencioso pré-contratual urgente regulado nos artigos 100.º e seguintes do CPTA.

**"A prudência poderá ser de molde a apontar no sentido de os interessados continuarem a propor ações e a praticar os atos processuais que lhes couberem, não apenas no âmbito do contencioso pré-contratual urgente, mas, também, no quadro do contencioso pré-contratual não urgente."**

#### **Aplicabilidade ao contencioso pré-contratual urgente das disposições sobre processos urgentes da Lei n.º 1-A/2020**

Centrando-nos, então, no *contencioso pré-contratual urgente*, justifica-se referir que uma leitura absolutamente literal do artigo 7.º-A, n.º 1, da Lei n.º 1-A/2020, de acordo com o qual ao contencioso pré-contratual não é aplicável a norma geral sobre suspensão de prazos, poderia implicar entender que, na ausência da aplicação dessa norma específica, os processos continuariam a ser tramitados exatamente da mesma forma que anteriormente. E, nomeadamente, sem ter em conta as cautelas que rodeiam a realização de atos processuais, motivadas pelas preocupações de saúde pública e de controlo do atual surto de SARS-CoV-2 e que mereceram o acolhimento da lei.

Parece-nos que um tal entendimento não teria sentido, desde logo por determinar que os intervenientes nestes processos ficassem expostos a riscos ou pudessem constituir fatores de propagação de COVID-19 sem paralelo com o que se pretende relativamente à generalidade dos intervenientes processuais. Propendemos, por isso, para que se conclua que, também aqui, devam ser consideradas integralmente aplicáveis as normas respeitantes a processos urgentes vertidas na nova redação da Lei n.º 1-A/2020 e que têm como razão da sua existência assegurar que os processos urgentes continuam a decorrer, mas sem pôr em causa os esforços de contenção da presente epidemia. Desde logo, como referimos, a título de aplicação direta, dada a qualificação legal como urgentes dos processos de contencioso pré-contratual regulados nos artigos 100.º e seguintes do CPTA.

Desta forma, entendemos que, também no domínio específico do *contencioso pré-contratual urgente* deve ser considerado aplicável o disposto no novo artigo 7.º, n.º 5, da Lei n.º 1-A/2020, designadamente no que respeita ao seguinte:

- Os processos continuam a ser tramitados, sem suspensão de prazos, atos ou diligências;
- Nas diligências que requeiram a presença física das partes, dos seus mandatários ou de outros intervenientes processuais, a prática de quaisquer atos processuais e procedimentais realiza-se através de meios de comunicação à distância adequados, designadamente teleconferência, videochamada ou outro equivalente;
- A realização presencial de diligências não tem lugar, por não estar em causa a vida, a integridade física, a saúde mental, liberdade nem – assume-se – a subsistência imediata dos intervenientes.

## A persistência de possíveis fatores de bloqueio

Evidentemente que, no presente contexto epidémico, o modo como as leis são aplicadas fica especialmente dependente das circunstâncias efetivamente existentes no terreno. Por isso, se o texto da lei surge, agora, mais claro quanto ao que o legislador pretende em termos de tramitação do contencioso pré-contratual urgente, a verdade é que se revelaria precipitado procurar extrair conclusões quanto à persistência ou não de fatores de bloqueio no andamento dos processos ou na execução dos contratos celebrados pelas entidades adjudicantes.

Exemplo disso é possibilidade – que se crê efetivamente existir – da não realização de diligências que pressuponham a participação simultânea de diversos intervenientes. É o caso das audiências de produção de prova, nos casos em que os documentos juntos aos autos não sejam considerados suficientes para permitir a tomada de uma decisão do processo de *contencioso pré-contratual urgente* e dos incidentes que passíveis de surgirem no seu âmbito. Concretamente, o respeitante ao levantamento do efeito suspensivo automático da impugnação da decisão de adjudicação (artigo 103.º-A do CPTA), sobre o qual nos debruçámos, em particular, [aqui](#).

Parece-nos, pois, que as inovações trazidas pela Lei n.º 4-A/2020 – e que, com certeza, trazem alguma luz a um panorama anteriormente assinalavelmente nublado não eliminam o risco de a atividade contratual pública e a execução dos contratos públicos continuar permeável a fatores de bloqueio, traduzidos, em síntese, na circunstância de a atual pandemia e as medidas de combate à mesma poderem acabar por resultar numa maior delonga para a tomada de decisões por parte dos tribunais, ao menos quando esta dependa da produção adicional de prova. ■