



04 MAI. 20

PÚBLICO

Coronavírus: Orientações do IMPIC sobre contratação pública de emergência

Com a Orientação Técnica 06/CCP/2020, terá o IMPIC pretendido trazer alguma luz ao regime excecional de contratação pública concebido pelo legislador para fazer face ao surto epidémico de SARS-CoV-2. Uma breve leitura do mesmo sugere, porém, que se poderá estar perante um novo fator de perplexidade, mais do que de clarificação.

Diogo Duarte
Campos

João Lamy
da Fontoura

Contexto

Em 7 de abril de 2020, o [Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P.](#) (“IMPIC”) aprovou e divulgou a [Orientação Técnica 06/CCP/2020](#), sobre as “medidas excepcionais e temporárias de resposta à situação epidemiológica provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e [pel]a doença COVID-19”. Fê-lo no rescaldo:

- o Da emissão e da alteração do regime de contratação pública definido pelo Governo (Decretos-Leis n.ºs 10-A/2020, de 13 de março, e 10-E/2020, de 24 de março), e ratificado pelo parlamento (Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, alterada pela Lei n.º 4-A/2020, de 6 de abril); e
- o Da divulgação, em 1 de abril de 2020, das [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, vertidas na comunicação (2020/C 108 I/01).

A circunstância de o IMPIC ser a estrutura designada no artigo 454.º-A do Código dos Contratos Públicos (“CCP”) como “o organismo responsável pela regulação dos contratos públicos” é o bastante para que se olhe, atentamente, para o teor desta designada orientação técnica, tanto mais que vão sendo algumas as questões que o regime do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 vem levantando. Acresce que a atuação das entidades adjudicantes sob o signo da urgência ao combate ao novo coronavírus será alvo de controlo por parte dos órgãos competentes para o efeito e que as considerações divulgadas pelo IMPIC poderão vir a ser tidas em conta nesse domínio. E isto num quadro em que, logo numa primeira leitura, se verifica que a orientação técnica encerra a pretensão de uma interpretação adequada do regime excecional de contratação pública no âmbito das medidas de resposta à pandemia de COVID-19.

Sem pretensões de exaustividade, sublinha-se aqui que a própria orientação técnica encerra em si o potencial de gerar novas dúvidas, inclusivamente quanto à sua admissibilidade e ao seu impacto efetivo. Para além disso, são expostas três brevíssimas notas sobre pontos da orientação técnica de alguma forma geradores de particular perplexidade.

"A atuação das entidades adjudicantes que seja desenvolvida sob o signo da urgência ao combate ao novo coronavírus será alvo de controlo e as considerações divulgadas pelo IMPIC poderão vir a ser tidas em conta nesse domínio."

Um passo longe demais?

O CCP consagra o IMPIC como “o organismo responsável pela regulação dos contratos públicos”, mas também deixa esclarecido que esse papel é assumido “nos termos da lei”. Ou seja, os poderes do IMPIC para regular a contratação pública são aqueles que se encontram legalmente previstos. E não (quaisquer) outros. Nem poderia ser de outro modo, atendendo a que o exercício da função administrativa deve estar firmemente ancorado no princípio da legalidade.

Ora, o artigo 3.º, n.º 3, alínea e), do Decreto-Lei n.º 232/2015, de 13 de outubro, invocado como fundamento da orientação técnica, prevê como atribuição do IMPIC, “no domínio da regulação dos contratos públicos de aquisição de obras, bens e serviços”, a produção de “manuais de boas práticas sobre [esses mesmos] contratos”. E não, propriamente, de orientações envolvendo uma vocação para determinar o modo de atuação de outrem. Por isso, surge como, pelo menos, duvidosa a admissibilidade de um documento envolvendo a pretensão de uma leitura juridicamente apropriada do regime excecional de contratação pública e da definição, com base nessa interpretação, do que seriam atuações das entidades adjudicantes juridicamente conformes com aquele quadro normativo.

"A orientação do IMPIC constitui um novo fator de pressão sobre os decisores na aplicação do regime excecional de contratação pública."

A circunstância de o próprio IMPIC reconhecer que a orientação é “*não vinculativa*” não resolve o tema:

- o Seja porque a orientação constitui um novo fator de pressão para que os decisores apliquem o regime excecional de contratação pública não apenas à luz da própria lei, mas, ainda, tendo presente o entendimento que o IMPIC não se coibiu de divulgar;
- o Seja porque é discutível a compatibilidade de alguns pontos da orientação técnica com a estratégia definida pelo Governo e ratificada pela Assembleia da República. Ou mesmo a sua conformidade com a lei.

É o que, em seguida, se ilustra.

Leitura do artigo 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020

Segundo o respetivo artigo 1.º, n.º 2, o Decreto-Lei n.º 10/2020 “*aplica-se à prevenção, contenção, mitigação e tratamento de infeção epidemiológica por COVID-19, bem como à reposição da normalidade em sequência da mesma*”. Considera o IMPIC que “*esta redação, sendo abrangente, deve ser interpretada, como em qualquer regime excecional, de forma restrita, entendendo-se que apenas abrange os contratos que, diretamente, visem dar resposta a uma d[aquelas] cinco situações*”¹. E acrescenta que “*esta necessidade de interpretação restritiva é reforçada pela Comunicação da Comissão Europeia (2020/C 108 I/01)*”.

Esta perspetiva do IMPIC é discutível, pelo menos, pelo seguinte:

- o Aliás à semelhança do que se verifica com a própria orientação técnica, as comunicações da Comissão, em rigor, também não são vinculativas;
- o Tal circunstância tornaria especialmente relevante que o IMPIC tivesse esclarecido por que motivo a comunicação da Comissão constituiria um fator no sentido de uma interpretação restritiva do Decreto-Lei n.º 10-A/2020. Mas esse esclarecimento não consta da orientação;
- o O IMPIC supõe que as normas excecionais devem ser interpretadas restritivamente. É questionável que assim seja, desde logo porque o artigo 11.º do Código Civil é claro ao indicar que “*as normas excecionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva*”. Sucede que interpretação extensiva é, rigorosamente, o contrário de interpretação restritiva. O que precipita a conclusão de que a leitura que o IMPIC propõe do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 dificilmente resiste ao teste da conformidade com os ditames da interpretação jurídica consagrados na lei;
- o Para além disso, “*diretamente*” é vocábulo que não se encontra no regime excecional e isso constitui elemento no sentido de não estar demonstrado que a perspetiva do IMPIC se coadune com a determinação do artigo 9.º, n.º 2, do Código Civil no sentido de não poder ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal;
- o Fosse como fosse, o aditamento ao regime do vocábulo “*diretamente*” pode aumentar o ruído na interpretação do regime jurídico excecional de contratação pública, ao invés de o clarificar.

¹ Sublinhado e destaque do IMPIC.

Exemplos de contratos supostamente abrangidos e supostamente excluídos do regime excepcional de contratação pública

Segundo o IMPIC, “*podem ser considerados os seguintes exemplos de contratos abrangidos pelo regime excepcional*”:

- Aquisição de material de proteção clínica;
- Aquisição de um estudo sobre metodologias de reorganização dos serviços de saúde;
- Empreitada para adaptar uma infraestrutura pública ao internamento de doentes;
- Prestação de serviços de realojamento para utentes de lares;
- Prestação de serviços de limpeza em transportes públicos.

"É discutível a compatibilidade de alguns pontos da orientação técnica com a estratégia legislada pelo Governo e ratificada pela Assembleia da República. Ou mesmo a sua conformidade com a lei."

Também segundo o IMPIC, “*devem ser considerados como estando excluídos do regime excepcional*” os seguintes contratos:

- Aquisição e um estudo sobre o impacto económico-financeiro do surto epidémico;

- Aquisição de equipamentos que não prossigam tarefas relacionadas com a prevenção, contenção, mitigação e tratamento de infeção epidemiológica por COVID-19;
- Empreitada de obras públicas para assegurar a contenção de um muro que ameaça derrocada.

Relativamente a estes elencos – e porque a própria orientação técnica se assume como “*não vinculativa*” –, parece que nenhum deles reúne as condições para ser visto como exaustivo. E justifica-se acrescentar que a utilização, no segundo elenco, do termo “*devem*” se afigura pouco consentânea com um documento que se assume como (e que, efetivamente, é) desprovido de força normativa.

Seja como for, diríamos que, perante estas listas divulgadas pelo IMPIC, se mostrará prudente ter em conta o seguinte:

- A menção do contrato a celebrar entre os exemplos de contratos que o IMPIC entende serem abrangidos pelo regime excepcional não deixa de aconselhar que, independentemente disso, seja fundamentado, em concreto, o recurso ao ajuste direto referido no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020;
- A inclusão do contrato a celebrar entre os contratos que o IMPIC entende estar excluídos do regime excepcional não significa, necessariamente, que efetivamente o esteja. Mostra-se, em todo o caso, especialmente conveniente uma fundamentação tão circunstanciada e clara possível da opção pelo ajuste direto de exceção nessas situações.
- Causa especial perplexidade que o IMPIC considere – para mais, sem justificação alguma – que a “*aquisição de um estudo sobre o impacto económico-financeiro do surto epidémico*” esteja excluída do regime excepcional, visto que:
 - i) O artigo 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 é claro na determinação que as medidas de reposição da normalidade em sequência da pandemia de COVID-19 se encontram incluídas no âmbito do regime excepcional de contratação pública;

- ii) Aquele tipo de impacto é uma das consequências evidentes do surto de SARS-CoV-2, sendo que a reação ao mesmo pressupõe – como é facto comumente reconhecido – a tomada de medidas pelos poderes públicos, a adequação e a eficácia das quais não deixará de ser favorecida pelo estudo daquele mesmo impacto;
- o Não é evidente qual a análise, o raciocínio ou o fundamento técnico nos quais o IMPIC se apoia para entender que, em toda e qualquer situação, “a contenção de um muro que ameace derrocada” não é relevante no contexto do combate ao surto epidémico. Pense-se, por exemplo, no caso de um muro que, derrocando, comprovadamente se abata sobre locais onde tenham de ser instaladas infraestruturas ou parqueados equipamentos relevantes para os esforços públicos presentemente em curso. Segundo o IMPIC, o ajuste direto de emergência não seria acionável nessas situações.

A referência à consulta prévia

O último aspeto da orientação técnica que aqui se destaca é o da referência pelo IMPIC ao procedimento pré-contratual de consulta prévia. Pelo seu carácter ilustrativo, vale a pena reproduzir aqui e na íntegra essa referência:

“Apesar do n.º 3, do artigo 2.º, do Decreto-Lei n.º 10-A/2, de 13 de março, determinar que as aquisições ao abrigo deste regime est[ão] ‘isentas do disposto no artigo 27.º-A do CCP’, ou seja, [que] não tem de se aplicar a consulta prévia, é de todo aconselhável, sempre que possível (designadamente tendo em conta o tempo imposto pela extrema urgência), particularmente quando o valor do contrato for superior aos limiares comunitários, que seja adotada a consulta prévia, por uma questão de alinhamento com a orientação da Comissão Europeia acima referida.

“Assim, nestes casos, deve constar no processo uma fundamentação para a adoção do ajuste direto em detrimento da consulta prévia”².

Ou seja, perante uma determinação legislativa de isenção do procedimento de consulta prévia quando esteja em causa a reação, por via contratual, à pandemia de COVID-19, contrapõe o IMPIC a perspectiva de que, malgrado a expressa previsão daquela isenção, devem, ainda assim, as entidades adjudicantes ficar sujeitas a um dever de fundamentação do ajuste direto em detrimento da consulta prévia. E isto sem que se apresente qualquer outro fundamento para tanto que não seja “uma questão de alinhamento” com uma comunicação da Comissão Europeia carecida de normatividade e sem que se especifique que ponto específico dessa comunicação seria, aqui, relevante.

Trata-se, portanto, de uma perspectiva cujo fundamento jurídico fica por esclarecer, mas que, dado o seu teor, torna conveniente que as entidades adotem uma postura de particular prudência na fundamentação da opção pelo ajuste direto. Prudência essa decorrente da orientação técnica que, porventura, se imporá ao próprio Estado, o qual, se confrontado pelas instituições da União Europeia com a necessidade de discutir o enquadramento do regime excecional de contratação pública nacional no ordenamento jurídico da União, poderá vir a ver-se confrontado com a invocação da “questão de alinhamento” com este último que um dos seus próprios institutos públicos veio levantar. ■

² Sublinhado do IMPIC.