

COVID-19 E CONTRATAÇÃO PÚBLICA

O Regime Excepcional do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março(*)

*Por Miguel Assis Raimundo(**)*

SUMÁRIO:

I. Introdução e sequência. **II.** O Regime Excepcional de Contratação Pública do Decreto-Lei n.º 10-A/2020: fontes e âmbito. **III.** O Regime Procedimental do Decreto-Lei n.º 10-A/2020. **IV.** Entrada em vigor e Produção de Efeitos (retroactivos) do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 e das alterações ao mesmo, em especial. **V.** Nota conclusiva.

I. Introdução e sequência

1. É uma evidência afirmar que a pandemia do novo coronavírus e da doença Covid-19 teve efeitos importantes em quase todos os ramos do direito. Esses efeitos também se sentiram e continuarão a fazer sentir no direito dos contratos públicos. A avaliação desses efeitos a médio e longo prazo será matéria para investigação posterior, embora tenham, desde

(*) A elaboração do presente texto beneficiou, numa fase inicial, de uma troca de ideias com os membros do Grupo de Contratos Públicos do Centro de Investigação de Direito Público (CIDP), e ainda da discussão ocorrida aquando da intervenção do autor, subordinada a este tema, no âmbito da conferência *online* “Contratos públicos: grandes questões, no contexto da Crise Covid-19”, que teve lugar nos dias 14, 15, 21 e 22 de Maio, organizada pelo CIDP — Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Agradecemos os diferentes contributos, salientando, como é habitual, que todas as posições aqui assumidas são da nossa inteira responsabilidade.

(**) Professor Auxiliar da FDUL e Investigador Principal do CIDP — Centro de Investigação de Direito Público. Advogado.

logo, surgido posições no sentido de que a presente emergência obriga a repensar, como um todo, o sistema de contratação pública, no sentido de uma redução geral do nível de formalismo. Nesta linha, o Governo português, que já antes dava sinais neste sentido, parece ter feito uma associação particular entre a necessidade de retoma e recuperação da economia e o aumento do investimento público pós-pandemia Covid-19, por um lado, com a necessidade de reformar, em termos e extensão ainda desconhecidos, o sistema de contratação pública, por outro, dando-se a entender que esse sistema, pelo menos na sua forma actual, constitui, em muitos casos, um obstáculo a esses objectivos de natureza económica⁽¹⁾.

Independentemente desses outros níveis de actuação e análise, a presente crise e situação de emergência deu origem, de imediato, à aprovação de regimes excepcionais de contratação pública. Este é o primeiro elemento relevante: a reacção à emergência, do ponto de vista do direito dos contratos públicos, fez-se, entre nós (mas também na generalidade dos países mais próximos do nosso), em medida muito significativa, consagrando soluções específicas, que se afastam, em alguns casos de modo muito significativo, do regime geral da contratação pública⁽²⁾. Esses regimes excepcionais têm um âmbito de aplicação bastante amplo, e têm sido intensamente utilizados. Precisamente por isso, não pode correr-se o risco de desconsiderar, como coisa passageira, o tema dos regimes excepcionais de contratação pública: não só, em anos recentes, eles se têm tornado uma realidade cada vez mais frequente, levando a pensar que se trata de algo

(1) Cf. as recentes declarações do Ministro de Estado e da Economia, em <<https://expresso.pt/politica/2020-04-25-Governo-quer-consenso-nacional-para-acelerar-investimentos>>; Já na fase de finalização deste texto, foi aprovado e publicado, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2020, de 6 de Junho, o Programa de Estabilização Económica e Social (PEES), que tem, como um dos seus eixos, um conjunto de alterações ao “quadro institucional”, que incluem alterações em matéria de contratação pública e fiscalização pelo Tribunal de Contas. Esse é o objecto do n.º 5.2. do referido PEES, referindo-se aí que se irá promover a “Agilização dos procedimentos de contratação pública, evitando a paralisação do investimento em resultado de pesadas exigências burocráticas, demoradas impugnações judiciais ou outros constrangimentos legais desproporcionados”, seguindo-se um elenco, apresentado como exemplificativo, de medidas, algumas delas de duvidosa novidade e outras, de facto, implicando alterações ao regime geral do CCP ou, pelo menos, a aprovação de um regime especial de contratação pública, com o objectivo de apoiar a retoma da economia. Entre essas medidas, encontram-se a “alteração dos limiares de aplicação da consulta prévia para os contratos de obras e de serviços”; a “faculdade de a entidade adjudicante proceder a uma adjudicação excepcional acima do preço base, quando o concurso tenha ficado deserto”, ou a “possibilidade de estabelecer uma reserva de participação em procedimento pré-contratual a micro, pequenas e médias empresas e a entidades das respetivas comunidades intermunicipais”; e “dispensa do visto prévio do Tribunal de Contas para os procedimentos cujo valor dos contratos seja inferior a 750.000,00€”.

(2) JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 84.

que, passe o paradoxo, se tornará cada vez mais normal⁽³⁾, como a utilização excessiva e abusiva de regimes de contratação pública de emergência parece ser, infelizmente, um traço recorrente, servindo, muitas vezes, de porta de entrada a práticas e interesses alheios ao interesse público, que aproveitam estes períodos de pouco escrutínio⁽⁴⁾. Este é um domínio no qual muito se joga, pois a construção, interpretação e aplicação dos regimes jurídicos tem de corresponder à necessidade de agir de forma rápida e eficaz, mas não pode perder de vista imperativos como a utilização eficiente dos recursos públicos e a protecção da concorrência.

2. O presente texto foca-se na análise do regime excepcional e extraordinário de contratação pública aprovado por força da pandemia Covid-19. Não abordaremos outras questões, de grande relevância, sobre a aplicação do regime geral da contratação pública no contexto desta situação económica e social bastante particular; nem o tema do impacto da situação de emergência nos procedimentos pré-contratuais que estavam em curso aquando do surgimento da fase mais aguda da pandemia (pro-

⁽³⁾ Cf. as referências a regimes excepcionais recentes, entre nós, em MARCO CALDEIRA, “Problemas de constitucionalidade de regimes avulso de contratação pública”, in PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ/LUÍS ALVES (COORDS.), *A Constituição e a Administração Pública - Problemas de constitucionalidade das leis fundamentais do Direito Administrativo português*, Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 65-91; MARCO CALDEIRA, “Os regimes excepcionais da contratação pública relacionada com os danos causados pelos incêndios florestais - em especial, o Decreto-Lei n.º 70/2018, de 30 de Agosto”, *Revista de Direito Administrativo*, (4), 2019, pp. 76-79; JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, pp. 82-83. Os fenómenos naturais extremos têm tendência para se verificar cada vez mais, e recentemente, entre nós, esses fenómenos têm dado origem, de forma repetida, a regimes excepcionais de contratação pública, o que é suficiente para nos apercebermos da possibilidade real de esta de converter numa situação normal. Isto é assim, ainda, quando a esses casos de eventos como fenómenos naturais extremos se acrescentam outros regimes especiais ou excepcionais dirigidos a outro tipo de situações (cf., mais recentemente, o Decreto-Lei n.º 11/2017, de 17 de Janeiro, que estabeleceu “medidas excepcionais de contratação pública por ajuste direto no âmbito do Centenário das Aparições de Fátima e da visita do Papa a Fátima”; ou, ao nível internacional, a tendência muito difundida para a aprovação de regimes especiais ou excepcionais por ocasião de grandes competições desportivas, permitindo o amplo recurso a procedimentos sem concorrência — cf. o regime excepcional aprovado na Hungria, por ocasião da realização dos campeonatos mundiais de natação em 2017, com referência em SUE ARROWSMITH, *et al.*, “Procuring infrastructure for international sporting events: mapping the field for IPACS and beyond”, *Public Procurement Law Review*, (6), 2019, pp. 257-318, p. 302.

⁽⁴⁾ Com amplas indicações, veja-se MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Catástrofes naturais e contratação pública”, in CARLA AMADO GOMES (Coord.), *Direito(s) das Catástrofes Naturais*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 209 ss. Muito recentemente, o Tribunal de Contas chamou a atenção para os riscos agravados de corrupção no contexto de emergência: cf. Relatório do Tribunal de Contas “Riscos na utilização de recursos públicos na gestão de emergências (Covid-19)”, proc. n.º 1/2020-OAC, Junho de 2020, disponível *online*, p. 17.

blema esse que, depois de suscitar dúvidas em face da redacção inicial do art. 7.º, n.º 6, alínea c), da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de Março, foi resolvido, para o futuro, pela Lei n.º 4-A/2020, de 6 de Abril, embora deixando diversas dúvidas de direito inter-temporal). Também não versaremos aqui outras questões, de natureza mais sistémica, que a reacção à presente pandemia coloca, designadamente, as que se prendem com a questão de saber se existe adequada coordenação e cooperação inter-administrativa dos diversos departamentos administrativos que, a nível central e local, mas também ao nível da própria União Europeia, têm atribuições relevantes na matéria da contratação de bens e serviços necessários para acorrer à pandemia. Por fim: a nossa perspectiva neste texto é, exclusivamente, a da *formação do contrato* (contratação pública em sentido estrito), deixando para outra ocasião o tratamento dos temas relativos à execução e regime substantivo dos contratos, temas que, aliás, também têm sido objecto de forte discussão, e mesmo da aprovação de regimes especiais (destacando-se, a este respeito, a publicação do Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de Abril), já que se afigura evidente que a pandemia não pode deixar de provocar vicissitudes importantes em muitos contratos que se encontravam ou encontram em execução nesta altura.

O objecto do presente texto será, assim, apenas o regime excepcional aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março, já sucessivamente alterado. Começaremos por analisar as fontes e o âmbito desse regime excepcional de contratação pública (II.), incluindo aí uma referência à articulação entre esse regime e um outro regime de contratação de emergência que se tornou relevante após a declaração de calamidade: o art. 28.º da Lei de Bases da Protecção Civil. Passa-se depois a analisar o regime procedimental propriamente dito, concentrando-nos nos aspectos de contratação pública, propriamente dita (III.)(⁵). Além da relevância prática de que, a nosso ver, se reveste a apreciação das soluções desses regimes, esta análise é relevante, também, numa perspectiva mais vasta. Nos regimes de contratação pública de emergência, o sistema de formação dos contratos públicos é particularmente testado, pois torna-se mais rarefeita a densidade normativa, ao mesmo tempo que se mantêm presentes as exigências de *accountability*, promoção da sã concorrência no mercado e demais objectivos deste ramo do direito, factores cuja conciliação nem sempre é evidente.

(⁵) Isto significa que não abordaremos — sem prejuízo da sua óbvia relevância prática — os aspectos relativos a regimes excepcionais de autorização de despesas e dispensa de outras autorizações, bem como o regime de isenção de fiscalização prévia, a que se reportam algumas normas do art. 2.º, os arts. 3.º, 4.º e 7.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, e o art. 6.º da Lei n.º 1-A/2020.

Pela sua importância e por pressupor a análise dos temas anteriores, abordaremos, após essa análise, o turbulento e importante regime de entrada em vigor e produção de efeitos do regime excepcional de contratação pública (IV.).

Por fim, apresentamos uma breve nota de conclusão e perspectivas (V.).

II. O regime excepcional de contratação pública do Decreto-Lei n.º 10-A/2020: fontes e âmbito

a) Fontes

No início do período de confinamento (que, de certa forma, se concretizou logo com a medida de encerramento dos estabelecimentos de ensino, ainda antes do decretamento do estado de emergência por decreto presidencial), foi aprovado e publicado o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março, que veio estabelecer “medidas excepcionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus — COVID 19”. O diploma, que trata de um conjunto alargado de matérias, veio prever, nos seus arts. 2.º a 4.º, um regime excepcional de contratação pública.

Como é prática corrente em diplomas gerados e publicados em períodos de turbulência, a história legislativa deste diploma que, no momento em que escrevemos, está prestes a perfazer três meses, é ela própria marcada pela urgência. Neste período, o diploma (que trata de um conjunto alargado de matérias) já foi alterado por quinze vezes. Em concreto, o regime extraordinário de contratação pública, que aqui nos interessa, foi objecto de diversas intervenções, operadas pelos Decretos-Leis n.ºs 10-E/2020, de 23 de Março (que alterou o art. 1.º); 12-A/2020, de 6 de Abril (que alterou o art. 7.º); 18/2020, de 23 de Abril (que aditou o art. 2.º-A); e 20-A/2020, de 6 de Maio (que aditou o art. 2.º-B). Além destes diplomas do Governo, também o Parlamento já interveio sobre o regime, através da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de Março, cujo art. 6.º, n.º 1, ao isentar de visto do Tribunal de Contas os contratos abrangidos pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020, revogou tacitamente o art. 2.º, n.º 8, deste diploma⁽⁶⁾; e da Lei n.º 4-A/2020, de 6 de Abril, que alterou, neste caso, de forma expressa, o mesmo art. 2.º. Este quadro de alterações, já de si sinuoso, vê a sua com-

(6) Neste sentido, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 116.

plexidade significativamente agravada se se tomar em consideração as diferentes datas de produção de efeitos das alterações, fixadas pelas disposições transitórias dos diplomas modificativos (cf. *infra*, IV.).

b) Âmbito do regime

i) Âmbito objectivo

O âmbito objectivo das medidas contidas no Decreto-Lei n.º 10-A/2020 — isto é, a indicação dos contratos a que se reporta esse regime — é recortado, desde logo, pelo art. 1.º do diploma. Há uma definição de âmbito delimitada de acordo com o facto a que se reage: são “medidas excepcionais e temporárias de resposta à epidemia SARS-CoV-2” (art. 1.º, n.º 1). Dentro desse objecto, o n.º 2 especifica que o diploma se aplica “à prevenção, contenção, mitigação e tratamento de infeção epidemiológica por COVID-19, bem como à reposição da normalidade em sequência da mesma”.

O âmbito objectivo do regime é, assim, definido pelas fronteiras do que é necessário; e, note-se, necessário para a “prevenção, contenção, mitigação e tratamento” da epidemia, e ainda para a “reposição da normalidade em sequência da mesma”, havendo que considerar, essencialmente, a incidência do princípio da proporcionalidade, que limita o conteúdo e alcance das medidas: esta observação é particularmente importante no que diz respeito à utilização do procedimento de ajuste directo com base em urgência imperiosa, a propósito do qual há uma reafirmação desta limitação em homenagem às características da situação-de-urgência.

Já não nos parece adequado que se afirme um qualquer tipo de rigor meramente verbal a este propósito, acrescentando referências como a de que o contrato tem de visar “directamente dar resposta a uma das cinco situações previstas no art. 1.º, n.º 2”⁽⁷⁾, com o propósito de distinguir, por exemplo, entre contratos relativos a material clínico ou outras acções de combate à doença no terreno, que estariam abrangidos, e outros, que o não estariam⁽⁸⁾. De facto, sem prescindir de uma ligação real entre o contrato e

(7) Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020, p. 5.

(8) Discorda-se, por exemplo, da indicação, constante da Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020, p. 3, segundo a qual não poderia ser abrangido pelo regime excepcional a “aquisição de um estudo sobre o impacto económico-financeiro do surto epidémico”. Pelo contrário, parece-nos óbvio que um estudo desse tipo pode ser importantíssimo e urgente para o desenho das medidas de reabertura da economia e da actividade social, medidas essas que, obviamente, não deixam de ser urgentes por terem uma dimensão estratégica e de médio prazo. Não é porque as prestações não estão directamente

a situação de epidemia, há que reconhecer que há múltiplas entidades com missões de retaguarda, mas que nem por isso são menos relevantes para o sucesso do combate à epidemia, nem menos sujeitas à pressão para actuação urgente.

Dado este recorte do âmbito objectivo, a entidade adjudicante que se queira valer de algum dos aspectos de regime consagrados pelo diploma deverá fundamentar devidamente o recurso ao mesmo, mediante uma menção à finalidade prosseguida pelo contrato, que terá de estar relacionado com as tarefas e actividades decorrentes do âmbito recortado pelo art. 1.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, justificando, assim, a aplicação deste regime excepcional.

O art. 2.º, n.ºs 1 e 2, vem depois particularizar aspectos que ainda se reconduzem ao âmbito objectivo. Assim, do n.º 1 desse preceito retira-se que o regime abrange contratos de aquisição ou locação de bens móveis e aquisição de serviços, bem como empreitadas⁽⁹⁾. Deve notar-se, porém, que um aspecto importante para a compreensão do regime estabelecido é o da existência daquilo a que pode chamar-se uma *geometria variável* do seu âmbito de aplicação, característica que se foi agravando com as sucessivas alterações ao regime. Assim, se o n.º 1 do art. 2.º esclarece que o diploma diz respeito a contratos de aquisição ou locação de bens móveis e aquisição de serviços, e empreitadas, já o n.º 2 do mesmo preceito limita o aspecto de regime aí previsto para os contratos de bens e serviços (excluindo, portanto, as empreitadas), limitação essa que também parece existir no art. 2.º-A (cujo corpo do n.º 1 se refere exclusivamente a “equipamentos, bens e serviços”, e as alíneas, ainda que exemplificativas, parecem confirmar essa restrição). Por fim, o art. 2.º-B, acrescentado já em momento bastante mais tardio (se assim se pode dizer, num período de vigência que, como vimos, está em cerca de três meses, à data em que escrevemos), versa exclusivamente sobre contratos de “aquisição de espaço” de publicidade institucional, pelo que se trata de um âmbito ainda mais restrito.

ligadas ao combate da epidemia no terreno que elas são menos urgentes: depende da prestação em concreto. Por exemplo, retardar a reabertura das actividades económicas porque se aguarda um concurso público do qual irá sair um estudo sobre os impactos da pandemia pode ser uma opção insustentável, do ponto de vista do interesse público.

(9) PEDRO COSTA GONÇALVES/LICÍNIO LOPES MARTINS, “Regime excecional de contratação pública no âmbito da epidemia da doença do covid-19”, *Observatório Almedina*, 23.03.2020, disponível online, n.º IV, pontuam, a este respeito, duas notas: excluem-se, deste modo, as concessões; quanto a possíveis contratos mistos, o intérprete deverá orientar-se pelos critérios do art. 32.º do CCP.

5. Deve notar-se que o surgimento do regime excepcional não se faz num plano de substituição temporária total do regime geral da contratação pública.

Na verdade, não só as entidades adjudicantes continuam, neste período, a ter contratos que não preenchem o âmbito de aplicação do art. 1.º, por não se relacionarem, nem sequer remotamente, com a resposta à pandemia (“contratos não-Covid”), e que, por isso, não podem ser sujeitos ao regime excepcional, como, no próprio âmbito dos contratos que recaem, *prima facie*, no âmbito do art. 1.º, a entidade adjudicante não perde a possibilidade de utilizar as ferramentas do regime geral, se considerar que as mesmas se adequam, de modo suficiente, às suas necessidades. Como sublinhou a Comissão Europeia, na sua Comunicação contendo “Orientações (...) 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/01)”⁽¹⁰⁾, existem diversas normas do regime das directivas de contratos públicos que estão pensadas para permitirem o que podemos chamar *modulações de urgência* a procedimentos *não urgentes*, permitindo a aceleração dos mesmos⁽¹¹⁾. É o que sucede com as normas das directivas que permitem a redução de prazos de apresentação de propostas e candidaturas em procedimentos concursais (com transposição para o direito nacional nos arts. 136.º, n.º 3, 174.º, n.º 2, e 191.º, n.º 5, do Código dos Contratos Públicos⁽¹²⁾, disposições previstas em sede de concurso público e concurso limitado por prévia qualificação, e aplicáveis, por remissão, aos demais procedimentos concursais com publicidade no JOUE). Na mesma linha, mas agora olhando apenas a figuras previstas no exclusivamente no direito nacional e não nas directivas, pode pensar-se numa figura como a do concurso público urgente (art. 155.º do CCP), a qual, porém, só pode dar origem a contratos de valor relativamente baixo⁽¹³⁾, já que não foram alterados os pressupostos de utilização deste procedimento.

Na verdade, o regime excepcional de contratação pública para resposta à pandemia Covid-19 revela, a nosso ver, um enfoque porventura

⁽¹⁰⁾ Comunicação “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/01)”, publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* de 1 de Abril de 2020.

⁽¹¹⁾ Comunicação da Comissão de 1 de Abril de 2020, p. 1.

⁽¹²⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, e objecto de sucessivas alterações, a última das quais por força da cessação de vigência do Decreto-Lei n.º 170/2019, de 4 de Dezembro, pela Resolução da Assembleia da República n.º 16/2020, de 19 de Março.

⁽¹³⁾ Correspondentes aos valores dos limiares comunitários, no caso de contratos de bens ou serviços, e a 300.000€, no caso dos contratos de empreitada — art. 155.º do CCP.

excessivo na utilização do ajuste directo, esquecendo outros instrumentos (como o concurso público urgente), mais “amigos” da concorrência, que também poderiam ter sido objecto de uma intervenção legislativa transitória, que facilitasse a sua mobilização para os contratos relacionados com a pandemia, e esquecendo, igualmente, que há muito mais aspectos dos procedimentos pré-contratuais regulados no CCP, para além da determinação do procedimento aplicável e das formalidades de autorização e publicidade. Esse enfoque excessivo na utilização do ajuste directo foi, aliás, sendo corrigido ao longo do tempo, à medida que o legislador se ia defrontando com algo que, para o jurista minimamente experimentado em matéria de contratos públicos, era desde logo evidente: o enfoque excessivo do regime excepcional na utilização do ajuste directo e no afastamento muito circunscrito de duas ou três formalidades específicas, teria como efeito óbvio, em situação de emergência, que toda a demais estrutura procedimental do procedimento pré-contratual regulado pela parte II do CCP, que não foi afastada, continuaria a constringer a capacidade de as entidades adjudicantes reagirem de forma suficientemente ágil. De certo modo, as alterações que o regime foi sofrendo, que passaram, designadamente, por prever a dispensa de prestação de caução e documentos de habilitação e sobretudo, pelo aditamento do art. 2.º-A, com uma quase total ausência de formalidades pré-contratuais, confirmam esta percepção de uma intervenção legislativa que, logo de início, apresentava algumas insuficiências.

ii) Âmbito temporal

6. Como resulta da última parte do n.º 2 do art. 1.º, o regime extraordinário não tem, do ponto de vista da sua duração, outro referencial que não seja o do período necessário para acorrer à situação-de-urgência que motivou o diploma. Não se vislumbra, de facto, um limite temporal certo, previamente definido, o que como opção geral, parece plenamente compreensível, já que não se sabe como irá evoluir a pandemia a que se responde. Este não é um daqueles casos em que o regime de excepção está a responder a um certo evento, ocorrido num momento específico do passado, como um terramoto ou uma inundação: o regime responde a um evento complexo que continua e continuará a verificar-se durante um período ainda indefinido, e por isso, a resposta tem de ser dinâmica e temporalmente aberta.

Deste modo, o termo final da vigência do diploma não se conhece, mas sabe-se que estará sempre associado a conseguir-se o controlo da doença. Em todo o caso, devem ser encaradas com toda a prudência posi-

ções nos termos das quais o final da vigência do regime do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 ocorrerá sempre por efeito de um (outro) diploma legal⁽¹⁴⁾. Se, por inércia ou por pretender beneficiar de um regime mais favorável durante mais tempo, o legislador deixar perdurar no tempo o regime do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, sem o revogar expressamente⁽¹⁵⁾, isso não exonera o intérprete de realizar a tarefa de determinar se, num dado momento no tempo em que se equaciona utilizar o regime deste diploma, ainda se verificam os pressupostos que ditaram a sua edição: a necessidade de o fazer é algo que decorre das características de qualquer lei-medida ou regime previsto para circunstâncias temporais ou factuais bem determinadas. Por outras palavras: o próprio modo como o legislador define os pressupostos do diploma, acompanhado do devir dos factos, pode permitir chegar a um momento em que se diga que o diploma *caducou*, mesmo que não tenha sido expressamente revogado⁽¹⁶⁾.

Adicionalmente, também devemos acrescentar que, além de um plano de controlo, pelo intérprete, de vigência *do próprio regime excepcional*, há que dizer que a vigência desse regime não assegura que se possa recorrer sempre a todos os aspectos que o mesmo prevê, o que decorre do facto de os pressupostos normativos serem diferentes. Com efeito, são diferentes os pressupostos *do Decreto-Lei n.º 10-A/2020* e os pressupostos específicos, por exemplo, de utilização do ajuste directo por motivo de urgência imperiosa, sendo estes, como se verá, determinados, em grande medida, pelo direito europeu. A utilização do ajuste directo por urgência imperiosa, pelo menos para contratos abrangidos pelas directivas europeias de contratos públicos, exige, precisamente, uma *urgência imperiosa*, sendo essa aferição necessariamente casuística, não se bastando com a mera invocação de um qualquer diploma ou regime legal ou regulamentar.

7. Por fim, existe um outro aspecto que ainda pode ser filiado no âmbito de aplicação temporal do diploma, e que, neste caso, por razões que se tornarão claras, justifica uma atenção muito maior do que é habitual: falamos da questão da entrada em vigor e produção de efeitos do

(14) Como se sugere (ou informa?) na Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020, pp. 12, 13.

(15) Referindo-se a uma possível “tentação” nesse sentido, cf. o Relatório do Tribunal de Contas “Riscos na utilização de recursos públicos na gestão de emergências (Covid-19)”, *cit.*, pp. 16-17.

(16) Cf. art. 7.º, n.º 1, 1.ª parte, do Código Civil, que, sem falar expressamente em caducidade, a refere implicitamente como modo de cessação da vigência da lei, quando a mesma “se destine a ter vigência temporária”. A caducidade nestes casos tanto pode resultar do decurso do prazo de vigência fixado para a lei, se existir, como do desaparecimento dos factos que a lei disciplina. Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 174-175.

regime do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 (na sua versão inicial e nas versões sucessivas). Com efeito, a sucessão de leis ocorrida neste caso suscita questões de importância invulgar, que aconselham o tratamento autónomo desta matéria, numa secção à parte. Por outro lado, a plena compreensão dessas questões exige o conhecimento prévio do regime procedimental, propriamente dito, consagrado pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020, que só será abordado mais adiante. Por esses motivos, reservou-se o tratamento da questão da entrada em vigor e produção de efeitos deste regime excepcional para a parte final do presente estudo (cf. *infra*, IV.).

iii) *Âmbito subjectivo*

8. Na sua versão inicial, o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 estabelecia que o regime dos capítulos II e III do diploma (arts. 2.º a 8.º, que abrangem o regime excepcional de contratação pública) se aplicava “às entidades do setor público empresarial e do setor público administrativo, bem como, com as necessárias adaptações, às autarquias locais” (art. 1.º, n.º 3, do diploma, na sua versão inicial).

As dúvidas, imediatamente suscitadas, sobre o sentido a atribuir à referência ao “setor público administrativo”, e, bem assim, sobre o eventual (e porventura involuntário) esquecimento de algumas entidades com atribuições relevantes de resposta à pandemia, levaram o legislador a alterar esta definição do âmbito subjectivo. Essa alteração foi operada, poucos dias depois, pelo Decreto-Lei n.º 10-E/2020, de 24 de Março, que alterou o art. 1.º, n.º 3, dando-lhe a sua redacção actual⁽¹⁷⁾. É importante notar que o art. 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 10-E/2020, fez retroagir os efeitos desta alteração à data de aprovação (12 de Março) do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, sendo apenas um exemplo das complexas questões que se colocam, neste turbulento regime jurídico, em matéria de *sanação* de procedimentos, e a que iremos aludir *infra* (IV.).

O elenco das entidades adjudicantes que beneficiam do regime extraordinário aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020 fica, assim, definido por remissão para o art. 2.º do CCP⁽¹⁸⁾. Esta especificação tem, face à

(17) Que é a seguinte: “As medidas excepcionais previstas no art. 2.º são aplicáveis, com as necessárias adaptações, às entidades adjudicantes previstas no art. 2.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua redacção atual”.

(18) A lei refere que o regime é aplicável às entidades do art. 2.º “com as necessárias adaptações”, solução não totalmente feliz do ponto de vista legístico, pois parece que seriam sempre necessárias adaptações, o que não é o caso. Aquela formulação significa, apenas, a nosso ver, que há algumas normas do regime excepcional que não se aplicam a algumas das entidades adjudicantes do art. 2.º (por

redacção inicial, uma vantagem evidente: a lei passa a abranger todas as entidades adjudicantes mencionadas no art. 2.º, incluindo aquelas que, estando inequivocamente envolvidas na resposta ao surto, suscitavam dúvidas quanto à sua inserção em alguma das três categorias anteriormente utilizadas (“sector público administrativo”, “sector público empresarial” e “autarquias locais”), de que são exemplos as associações dominadas por entidades adjudicantes [art. 2.º, n.º 1, alínea *i*) e n.º 2, alínea *d*)], ou as entidades intermunicipais (consideradas, por lei, associações públicas⁽¹⁹⁾, e por isso integradas no art. 2.º, n.º 1, alínea *h*), do Código). Tais entidades ficam, assim, abrangidas pelo âmbito subjectivo, desde que, naturalmente, as suas atribuições/competências/objecto social ou estatutário se relacione com as actividades e missões descritas no art. 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, e os contratos digam respeito a essas actividades e missões.

Ao remeter-se para o art. 2.º, fica assim afastada, também, qualquer tentativa de encontrar, no preâmbulo do diploma, razões para interpretações restritivas em matéria de âmbito subjectivo⁽²⁰⁾. A Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020 do IMPIC fala, a este propósito, na sujeição das “Misericórdias” e “IPSS” ao âmbito do regime⁽²¹⁾, o que, obviamente, só pode ser entendido no sentido de que tais entidades, *se* forem entidades adjudicantes à luz do art. 2.º do CCP (o que, parece-nos, não será a regra), ficam, naturalmente, abrangidas pela remissão do art. 1.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 para o art. 2.º do CCP⁽²²⁾.

9. *De jure condendo*, já nos parece menos compreensível que o legislador tenha entendido definir o âmbito subjectivo, não pela categoria

exemplo, as normas que facilitam o regime de autorização de despesas só se aplicam às entidades sujeitas ao regime de autorização de despesas públicas; as normas que dispensam o pedido de aquisição fora do Sistema Nacional de Compras Públicas só se aplicam às entidades compradoras vinculadas no âmbito desse SNCP). Em sentido convergente, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 98.

⁽¹⁹⁾ É o que resulta, não com a clareza desejável, do art. 63.º do Regime Jurídico das Autarquias Locais, aprovado pela Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro.

⁽²⁰⁾ Como se verifica, o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, ao referir-se ao regime excepcional de contratação pública, alude apenas às “entidades prestadoras de cuidados de saúde do SNS”. Trata-se, como já era evidente na versão inicial do diploma, de uma referência que se concentrava nas entidades adjudicantes que principalmente justificam o regime, o que não autorizava que se entendesse que essas eram as únicas beneficiárias do regime. A remissão simples para o art. 2.º resolve este problema. Também no sentido de que as referências preambulares não justificam interpretação restritiva do âmbito subjectivo, veja-se a Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020 do IMPIC.

⁽²¹⁾ Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020, p. 4.

⁽²²⁾ Sublinhando igualmente este ponto, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, pp. 95-96.

geral das entidades adjudicantes abrangidas pelo regime da contratação pública contido na parte II do CCP, mas por uma remissão expressa *apenas* para o art. 2.º daquele Código.

Isso tem o efeito prático de, *prima facie*, excluir do regime as entidades do art. 7.º do CCP (que, como resulta desse preceito, são entidades que *não* se reconduzem ao art. 2.º), e, bem assim, de lançar dúvidas sobre o regime das entidades adjudicantes mencionadas no art. 12.º do CCP, que são entidades adjudicantes abrangidas pelo art. 2.º, n.º 2 do CCP, mas que exercem actividade nos sectores especiais. Em suma, a remissão para o art. 2.º parece ter por propósito o de excluir as entidades adjudicantes de sectores especiais (água, energia, transportes e serviços postais), que são, precisamente, as referidas nos arts. 7.º e 12.º do CCP.

Não se vislumbra, no entanto, a razão que justifica que uma entidade adjudicante como uma empresa pública de sectores especiais, ou um concessionário actuando nos mesmos sectores, sejam excluídos do regime extraordinário.

É certo que algumas das normas do art. 2.º e dos demais preceitos do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 com relevância para a contratação pública não têm significado ou aplicação para algumas entidades dos sectores especiais⁽²³⁾, mas outras têm⁽²⁴⁾, e distinguir umas das outras cairia simplesmente nas “necessárias adaptações” que sempre são necessárias na aplicação do regime da contratação pública a entidades de diferentes naturezas.

Por outro lado, também é óbvio que nem todas as entidades de sectores especiais estão ligadas à gestão do surto pandémico — mas esse argumento prova demais: também não o estão todas as entidades do art. 2.º do CCP. E na verdade, parece que uma empresa pública ou um concessionário (privado) do sector dos transportes, ou das águas, ou da energia, podem perfeitamente ser chamados, com mais intensidade e propriedade, a colaborar com medidas extraordinárias no âmbito da gestão do surto⁽²⁵⁾, do

(23) Assim acontece, por exemplo, com a permissão do ajuste directo simplificado constante do art. 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, já que as entidades adjudicantes de sectores especiais apenas são obrigadas a cumprir o regime de contratação pública para contratos superiores aos limiares de aplicação das directivas, que são muito superiores ao valor até ao qual se pode contratar por ajuste directo simplificado.

(24) É o caso das normas dos n.os 9 e 10 do art. 2.º, que permitem a dispensa dos documentos de habilitação ou da prestação de caução.

(25) Pense-se, por exemplo, na importância das medidas relativas à mobilidade, ou na eventual necessidade de medidas adicionais de desinfectação das redes de abastecimento de água, ou de reforços pontuais das redes de água ou energia que sirvam infra-estruturas objecto de picos de utilização em razão da pandemia, como hospitais. Como notam JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 97, várias medidas surgidas durante a

que, por exemplo, uma associação pública profissional (fora as das profissões de saúde), que está abrangida pelo art. 2.º do CCP.

Aquilo que nos parece um equívoco na compreensão do papel das entidades adjudicantes de sectores especiais parece ser, porém, algo enraizado, mesmo em outros contextos nos quais deveria existir máximo rigor. Com efeito, é notório que a já mencionada Comunicação da Comissão Europeia de 1 de Abril de 2020 ignora por completo o regime dos sectores especiais, pois nessa Comunicação apenas se refere a Directiva 2014/24/UE (sectores clássicos), e não a Directiva 2014/25/UE (sectores especiais). Essa omissão pode, porventura, explicar-se pela mesma pré-compreensão de que as entidades de sectores especiais não desempenham actividades relevantes no combate à pandemia; mas, reforçamos, isso parece-nos ser um forte equívoco. Esse equívoco está bem patente, por exemplo, no facto de as mesmas disposições do art. 32.º, n.º 2, alínea c), da Directiva 2014/24, que a Comunicação analisa detalhadamente, se encontrarem também, quase textualmente, na Directiva 2014/25 [em concreto, no seu art. 50.º, alínea d)].

Assim, seríamos partidários de uma solução que definisse as entidades adjudicantes beneficiárias do regime extraordinário de uma forma global, tendo apenas por referência a ligação das suas atribuições ou objecto social ou estatutário a actividades relevantes para a resposta à epidemia, e a ligação dos contratos a essas actividades.

Independentemente dessa posição, afirmada em termos de direito a constituir, pensa-se que, do ponto de vista do direito constituído, deve ser adoptada a interpretação mais ampliativa possível da capacidade de resposta das entidades adjudicantes, e que ainda seja conforme à letra da lei.

Assim, e desde logo, entendemos que as entidades do art. 2.º, n.º 2, que actuam nos sectores especiais (e a que se reporta o art. 12.º do CCP), também podem beneficiar do regime excepcional, mesmo para a sua actividade no âmbito desses sectores, já que ainda estamos perante entidades que se reconduzem ao art. 2.º do CCP⁽²⁶⁾. Neste caso, ainda se está no âmbito da interpretação declarativa, já que, repete-se, se trata de entidades cuja recondução ao âmbito de aplicação do regime da contratação pública se faz a partir da sua subsunção ao art. 2.º do CCP.

pandemia são especificamente dirigidas à continuidade de serviços públicos em domínios de sectores especiais.

⁽²⁶⁾ Em sentido contrário, se bem interpretamos, se pronunciaram JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 97, muito embora tragam argumentos adicionais, mencionados na nota anterior, que deveriam levar, parece-nos, a considerar abrangidos os organismos de direito público actuando nos sectores especiais, que são, como sublinhamos no texto, entidades referidas no art. 92.º do CCP.

Já para as entidades adjudicantes do art. 7.º do CCP, ainda que, em nosso entender, a aplicação do regime fosse plenamente justificada, é difícil encontrar apoio, na actual redacção do art. 1.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, para lhes estender a aplicação do regime excepcional por aplicação directa. Esta conclusão não põe em causa, porém, a possibilidade de, se e quando se verificar a incidência do estado de necessidade (cf. o que se dirá *infra*), se aplicar, por maioria de razão, alguns aspectos desse regime, como a produção de efeitos logo após a adjudicação, prevista no art. 2.º, n.º 5, ou a dispensa (ou adiamento) de formalidades pós-adjudicatórias como a habilitação e a prestação de caução, nos termos do art. 2.º, n.ºs 9 e 10.

Deve ainda sublinhar-se — apesar de ser uma evidência — que o facto de as entidades adjudicantes de sectores especiais previstas no art. 7.º do CCP não beneficiarem do regime excepcional aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020 não as impede de invocarem as disposições do regime geral do CCP que dão especial cobertura à actuação em situação-de-urgência, e em especial, o art. 24.º, n.º 1, alínea c) desse Código. Com efeito, a existência de uma situação de urgência imperiosa oriunda da situação de pandemia, justificativa de acção imediata, encontrará sempre resposta na lei geral⁽²⁷⁾, mesmo para uma entidade adjudicante de sectores especiais, ainda que o legislador nacional e europeu não pareça inclinado para o reconhecer.

c) Declaração da situação de calamidade e art. 28.º da Lei de Bases da Protecção Civil

Ao momento em que se escreve, que é posterior à declaração da situação de calamidade, ao abrigo da Lei de Bases da Protecção Civil (Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho), pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, de 30 de Abril, e posteriormente renovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 40-A/2020, de 29 de Maio, já não pode falar-se, porventura, em um único regime de contratação pública de emergência.

Com efeito — e não tomando agora posição sobre a espinhosa questão de saber se estão reunidos os pressupostos legais para o decretamento do estado de calamidade — cabe salientar que a LBPC prevê, no seu art. 28.º, um “regime especial” de contratação de empreitadas, bens e ser-

(27) Sublinhando acertadamente este ponto, veja-se o n.º 1 da Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020, do IMPIC, p. 3.

viços, mobilizável em situação de calamidade. Na sequência da aprovação e entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, e perante a norma revogatória do art. 14.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, colocou-se a questão da vigência do referido preceito; pela nossa parte, na altura, defendemos a posição de que essa revogação não aconteceu⁽²⁸⁾. Doutrina mais recente dá também o art. 28.º da LBPC como vigente⁽²⁹⁾, o mesmo sucedendo com diversos actos legislativos recentes: a Lei n.º 80/2015, de 3 de Agosto, que procedeu à última alteração ao diploma, republicou-o, incluindo na republicação o art. 28.º, e outros diplomas têm-se-lhe referido⁽³⁰⁾.

Temos, pois, regimes sobre matérias próximas ou sobrepostas, o que pode ser explicado, desde logo, pelo facto de que quando surgiu o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 (e a Lei n.º 1-A/2020), não existia, ainda, declaração de calamidade⁽³¹⁾. O que é certo é que, não tendo existido revogação do regime extraordinário de contratação pública aquando da declaração de calamidade (pelo contrário: o mesmo já foi alterado depois disso), coloca-se agora a questão da articulação destes dois regimes — sobretudo tendo em conta a formulação peremptória do art. 28.º, n.º 1, da LBPC⁽³²⁾.

11. Como se pode imediatamente constatar pela comparação dos dois regimes, o art. 28.º da LBPC parte de pressupostos completamente diferentes daqueles que enformam o regime do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, e tem um alcance muito mais restrito. Trata-se de um preceito que, em termos de regime de contratação pública propriamente dito, se limita a habilitar, pelo prazo de dois anos (!), a utilização do ajuste directo até aos valores dos limiares comunitários, sendo que as entidades que podem beneficiar do regime são apenas as constantes de lista aprovada por despacho ministerial (art. 28.º, n.º 2, da LBPC). Dispõe-se ainda que os contratos celebrados ao abrigo do regime ficam dispensados de visto do Tribunal de Contas (art. 28.º, n.º 3) e que são comunicados aos ministros

⁽²⁸⁾ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013, p. 959.

⁽²⁹⁾ JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 81.

⁽³⁰⁾ Cf., mais recentemente, o Decreto-Lei n.º 168/2019, de 29 de Novembro, que aprovou “medidas excepcionais de contratação pública por ajuste direto relacionadas com os danos causados pelo furacão Lorenzo na Região Autónoma dos Açores”.

⁽³¹⁾ Como se sabe, anteriormente à declaração de calamidade que, a partir de 3 de Maio, abrangeu todo o território nacional, existiu uma declaração de calamidade, mas circunscrita ao território do Município de Ovar — cf. Resolução do Conselho de Ministros n.º 10-D/2020, de 19 de Março.

⁽³²⁾ A norma refere que “A contratação de empreitadas de obras públicas, fornecimento de bens e aquisição de serviços (...) ficam sujeitos ao presente regime especial” (destaque nosso).

da Administração Interna e das Finanças, de forma a garantir a publicidade e transparência, embora não se especifique como (art. 28.º, n.º 4).

Sendo o regime do art. 28.º da LBPC um regime especial aplicável a situações em que tenha sido declarada calamidade, como é a situação actual, é possível, não obstante, afirmar que o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 é um regime especial, face ao do referido art. 28.º. Como se sabe, a afirmação lei geral-lei especial é circunscrita à relação entre dois regimes: um regime pode ser especial face a outro “mais geral” (é a relação que se estabelece entre o art. 28.º da LBPC e o CCP) e ser, ao mesmo tempo, regime geral face a outro “mais especial”. É este último o caso, já que o regime do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 foi aprovado para um circunstancialismo especial — a pandemia originada pelo vírus SARS-CoV2 e a doença Covid-19 — e a LBPC tem em vista, em abstracto, qualquer situação de calamidade.

Assim, a aplicação do regime excepcional de contratação pública aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020 tem por efeito afastar, no seu âmbito de aplicação, as normas do art. 28.º, independentemente da convergência que se dá em algumas das suas soluções, como no que se refere à dispensa de visto prévio. Por outro lado, o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, como se verá, dispõe sobre um conjunto muito mais significativo de matérias do que o art. 28.º da LBPC, o que apenas reforça uma tendência, já presente nos regimes excepcionais de contratação pública que têm sido aprovados em tempos mais recentes, que passa por sublinhar a insuficiência do regime da LBPC para acorrer às necessidades em matéria de contratação pública⁽³³⁾. De facto, o carácter ultrapassado do regime da LBPC é, hoje, algo evidente, e aconselha reforma.

Um dos pontos em que esse carácter ultrapassado se manifesta de forma mais patente é o da manifesta desadequação de um regime que permite a adopção de ajuste directo até ao valor dos limiares europeus, durante dois anos, para acorrer a um evento que pode ter cessado todos os seus efeitos logo após a sua ocorrência. Essa desadequação afigura-se grave, já que, verificados certos pressupostos, pode representar uma violação das obrigações do Estado português decorrentes do direito europeu: como se sabe, para os contratos não cobertos para as directivas europeias, incluindo aqui os contratos de valores inferiores aos limiares dessas directivas, o Tribunal de Justiça tem afirmado a vinculação aos princípios gerais

⁽³³⁾ O preâmbulo do já citado Decreto-Lei n.º 168/2019, de 29 de Novembro, refere, explicitamente, como justificação para a necessidade deste diploma, que “há determinadas realidades do regime da contratação pública que não são abrangidas pela previsão do art. 28.º da Lei de Bases da Protecção Civil, aprovada pela Lei n.º 27/2006, de 3 de julho, na sua redacção actual”.

se o contrato apresentar interesse transfronteiriço certo⁽³⁴⁾, pelo que nos parece muito duvidoso, a essa luz, um regime que permite, até dois anos após um evento justificativo de calamidade, ajustes directos até aos valores dos limiares — especialmente em matéria de empreitadas, cujos valores são bastante elevados. E se este problema, num regime de 2006, seria ainda compreensível, parece-nos mais preocupante que regimes muito mais recentes (aprovados para acorrer a eventos catastróficos, não o negamos), tenham ignorado por completo este problema, repetindo a fórmula de habilitar, sem limitações, a celebração de contratos por ajuste directo até aos limiares comunitários, durante longos períodos após os factos⁽³⁵⁾.

12. Deste modo, a questão sobre a articulação entre o art. 28.º da LBPC e o regime do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 (e da Lei n.º 1-A/2020) redonda na aplicação primacial deste regime, quer por abranger mais matéria do que o art. 28.º da LBPC, quer por ser lei especial face a este preceito, prevalecendo, portanto, nas matérias que ambos regulam. Precisamente porque o art. 28.º da LBPC é “lei mais geral” face ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020, e este não procede a qualquer alteração aos limiares do ajuste directo em razão do valor (com excepção do que se dirá sobre o ajuste directo simplificado até 20.000€), isto também significa que, em abstracto, existe a possibilidade de as entidades que venham a ser identificadas por lista aprovada pelos ministros da Administração Interna e das Finanças, nos termos do art. 28.º, n.º 2, da LBPC, poderem celebrar contra-

⁽³⁴⁾ S. ARROWSMITH, *The Law*, I, pp. 245 ss. (e 276 ss. a propósito da manutenção da situação após as directivas de 2014); DACIAN DRAGOS, “Sub-dimensional public procurement in the European Union”, in CHRISTOPHER BOVIS, (Ed.), *Research Handbook on EU Public Procurement*, Cheltenham, UK/Northampton, USA: Edward Elgar, 2016, pp. 176 ss.; PEDRO TELLES, “The good, the bad, and the ugly: the EU’s Internal Market, public procurement thresholds, and cross-border interest”, *Public Contract Law Journal*, 43, (1), 2013, pp. 3 ss.; CARINA RISVIG HANSEN, *Contracts not covered, or not fully covered, by the Public Sector Directive*, Copenhagen: Djof Publishing, 2012. Na jurisprudência recente do Tribunal de Justiça, vejam-se os acórdãos de TJ 17-03-2011, *Strong Segurança*, proc. C-95/10, de 14-11-2013, proc. C-388-12 (*Comune di Ancona*); de 10-07-2014, proc. C-358/12 (*Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*); de 11-12-2014, proc. C-113/13 (*Spezzino*); de 18-12-2014, proc. C-470/13 (*Generali-Providencia Biztosító Zrt*); 16-04-2015, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, proc. C-278/14; 02-06-2016, proc. C-410/04 (*Falk Pharma*), disponíveis em curia.eu.int. Para referências anteriores, traçando a origem deste entendimento do Tribunal de Justiça, cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Escolha das entidades a convidar para o procedimento de ajuste directo à luz do Código dos Contratos Públicos”, in AA/VV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sêrvulo Correia*, Vol. II, Lisboa, 2010, pp. 881-902 (884 e ss. e referências aí citadas).

⁽³⁵⁾ Cf. art. 2.º do Decreto-Lei n.º 87/2017, de 27 de Julho; art. 2.º do Decreto-Lei n.º 135-A/2017, de 2 de Novembro; art. 2.º do Decreto-Lei n.º 85/2018, de 25 de Outubro. O facto de, nos vários diplomas, se acrescentar que devem ser convidadas, quando possível, pelo menos três empresas, mitiga, mas não resolve, o problema identificado.

tos por ajuste directo, até aos limiares comunitários, durante o prazo de dois anos. Tal possibilidade configura, porém, para contratos de valor elevado, um enorme risco de desconformidade face ao direito europeu, além de a utilização deste regime por um período tão prolongado configurar, ainda, uma solução que nos pareceria merecedora de fortes críticas⁽³⁶⁾.

III. O regime procedimental do Decreto-Lei n.º 10-A/2020

a) Razão de ordem. Ajuste directo por urgência imperiosa

É pacífico afirmar que as situações de emergência exigem uma actualização mais célere do que as situações de normalidade. Por esse motivo, os regimes excepcionais de contratação pública em situações de emergência preocupam-se, sobretudo, com a garantia de vias de contratação pública marcadas pela rapidez. É certo que se pode afirmar que a primeira garantia de efectividade da acção em situações de emergência é a preparação, que é, em parte, possível e exigível, já que certos eventos catastróficos tendem a repetir-se ciclicamente: de acordo com a lei dos grandes números, ainda que não se saiba quando ocorrerão inundações, furacões ou incêndios florestais incontrolláveis, é possível saber, olhando para os registos históricos, que ocorrem com alguma frequência. Por esse motivo, a *emergency preparedness* constitui uma das principais linhas de evolução dos sistemas de resposta a catástrofes naturais e outros eventos de natureza análoga, incluindo em matéria de contratação pública, procurando criar mecanismos (como acordos quadro) que antecipem necessidades, dessa forma eximindo as entidades adjudicantes de todos os problemas decorrentes de contratar tudo aquilo de que necessita num único momento no tempo, ainda para mais um momento de urgência⁽³⁷⁾. No entanto, também há que

⁽³⁶⁾ Não se trata de uma crítica específica a este regime ou a esta situação. Infelizmente, os regimes de contratação pública de emergência, independentemente de responderem a eventos dramáticos (o que não se põe em causa), têm reincidido demasiadas vezes na excessiva duração, como já apontávamos no caso do art. 139.º, n.º 2, da Lei n.º 3-B/2010, de 27 de Abril (cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, p. 979, nota 2826), e pode apontar-se a regimes mais recentes — por exemplo, o referido Decreto-Lei n.º 168/2019, que responde a um evento ocorrido em 1 e 2 de Outubro de 2019, afirma vigorar até 9 de Novembro de 2021 (art. 5.º); o Decreto-Lei n.º 70/2018, de 30 de Agosto, reportava-se a eventos ocorridos em 3 de Agosto de 2018 e afirmava vigorar até 31 de Dezembro de 2019 (art. 7.º).

⁽³⁷⁾ Sobre isto, em geral, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Catástrofes naturais e contratação pública”, *cit.* Também apontando, ao nível das regras UNCITRAL, uma tentativa de induzir a utilização de acor-

reconhecer que em muitos casos, a preparação não é possível (dado o carácter absolutamente imprevisível e inédito de algumas ocorrências), ou só seria possível com uma alocação desproporcionada de meios, que seria simplesmente irracional em muitas situações. A pandemia que vivemos oferece uma boa demonstração disso: não é impossível prever, com base nos registos de décadas passadas, que pandemias de doenças respiratórias ocorrem com alguma frequência; mas é irracional fazer *stocks* de bens como ventiladores, que são dispendiosos, a pensar numa pandemia de doença respiratória, pois pode existir uma pandemia de outra doença qualquer, para a qual, nessa altura, não se precisaria de ventiladores, mas de outros equipamentos ou medicamentos completamente diferentes. Assim, há que reconhecer que, por muito planeamento que se possa fazer, a resposta a emergências passará, sempre, por obter, em curto espaço de tempo, coisas que até poderiam ter sido adquiridas antes, mas que, numa lógica de actuação racional, não fazia sentido aprovisionar.

Entre nós (mas também um pouco por toda a parte), os regimes excepcionais têm procurado essa rapidez de acção (e reacção) nos procedimentos de contratação pública que não implementam concorrência: os procedimentos de contratação directa, sobretudo o ajuste directo, em alguns casos estendendo-se à consulta prévia, que têm em comum entre si o facto de a entidade adjudicante controlar quem convida para o procedimento e, dessa forma, controlar, em alguma medida, o tempo que gasta com o procedimento.

A forma de recorrer a estes procedimentos sem concorrência (e sem publicidade, pelo menos, publicidade *prévia*, já que se tem difundido, por razões evidentes de transparência, a publicitação *posterior* à contratação) tem seguido uma de duas vias essenciais, ou a combinação de ambas⁽³⁸⁾. Uma primeira via consiste no aumento temporário dos limiares de valor até aos quais se pode utilizar o procedimento de ajuste directo: é a via que subjaz ao já referido art. 28.º da LBPC, e a alguns regimes excepcionais recentes⁽³⁹⁾. Uma outra via consiste em chamar a atenção, ou remeter, para

dos quadro para resposta a situações de crise, designadamente, situações de epidemia, cf. CAROLINE NICHOLAS, “A critical evaluation of the revised UNCITRAL Model Law provisions on regulating framework agreements”, *Public Procurement Law Review*, (2), 2012, pp. 19 ss., p. 25 e nota 51.

⁽³⁸⁾ Notando igualmente estas diferenças de abordagem em diferentes regimes excepcionais recentes (e interrogando-se sobre a sua justificação), MARCO CALDEIRA, “Os regimes excepcionais de contratação pública”, pp. 76, 77.

⁽³⁹⁾ Como o Decreto-Lei n.º 48/2008, de 13 de Março (regime excepcional de contratação pública por entidades do sector da saúde); ou os já referidos Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro; Decreto-Lei n.º 87/2017, de 27 de Julho; Decreto-Lei n.º 135-A/2017, de 2 de Novembro; e

as disposições que, no direito português, permitem a contratação directa em situações de urgência imperiosa. Também esta via tem tido utilização em regimes recentes⁽⁴⁰⁾.

No caso do regime que analisamos, foi adoptada uma combinação destas duas vias, embora com nítida prevalência da segunda. Por outro lado, o específico modo como isto foi feito é inédito, e tem vindo a ser constantemente alterado ao longo do tempo.

14. Desde logo, o legislador principia, no art. 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, por chamar a atenção para o art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, que é, como se sabe, a disposição que permite o recurso ao ajuste directo por motivos de urgência imperiosa, independentemente do valor do contrato a celebrar.

O apelo, por parte do legislador, à disposição do art. 24.º, n.º 1, alínea c) do CCP, é plenamente compreensível. Ele exige, porém, que se compreenda o contexto dessa que é — no caso dos contratos abrangidos pelas directivas, só pode ser — uma simples *remissão* para aquela norma. O ajuste directo por urgência imperiosa é, hoje, para os contratos acima dos limiares de aplicação das directivas, uma figura conformada pelo direito europeu. Como já se assinalou acima, são os arts. 32.º, n.º 2, alínea c), da Directiva 2014/24/UE, e 50.º, alínea d), da Directiva 2014/25, que definem os pressupostos de utilização do procedimento. Este texto não é o lugar para tratar desses pressupostos gerais, bastamente conhecidos e aplicados, pelo que nos limitamos a referir que a utilização do ajuste directo, à luz do art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, depende de estarmos perante uma urgência imperiosa (ou extrema), imprevisível, não imputável à entidade adjudicante, que não possa ser atendida por outros procedimentos ou instrumentos disponíveis, e em que o contrato se limite ao estritamente necessário para atender à situação-de-urgência⁽⁴¹⁾.

Decreto-Lei n.º 85/2018, de 25 de Outubro. Alguns dos diplomas referidos (como os dois primeiros não tinham por objectivo responder a situações de emergência, mas a metodologia utilizada é essencialmente a mesma.

⁽⁴⁰⁾ Cf. os também já referidos Decreto-Lei n.º 70/2018, de 30 de Agosto; Decreto-Lei n.º 168/2019, de 29 de Novembro.

⁽⁴¹⁾ Para o tratamento geral dos pressupostos de recurso ao ajuste directo em casos de urgência imperiosa, veja-se PEDRO COSTA GONCALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, pp. 528-532; PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, Lisboa: AAFDL, 2020, pp. 426-432; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, pp. 949-985; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 755-757. Para algumas particularizações desses requisitos em contexto de catástrofes naturais, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Catástrofes naturais e contratação pública”, pp. 229-260.

Deste modo, o facto de o legislador, no Decreto-Lei n.º 10-A/2020, remeter para, ou recordar a norma, não pode fazer esquecer que o contrato só pode ser celebrado ao seu abrigo se, considerado por si, preencher todos os pressupostos dessa norma⁽⁴²⁾. Por outras palavras, não se pode entender que a subsunção de um contrato à norma do art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, se faz automaticamente a partir da subsunção desse contrato ao âmbito objectivo, subjectivo e temporal do Decreto-Lei n.º 10-A/2020. Os pressupostos do ajuste directo de urgência imperiosa devem ser aferidos para cada contrato: assim, para dar um exemplo simples, se uma entidade adjudicante quer adquirir máscaras, e tem já em execução um contrato de fornecimento de máscaras, que lhe garante a entrega imediata desses bens, é inviável afirmar que pode recorrer ao ajuste directo por urgência imperiosa, já que, no caso, a entidade consegue resolver a sua necessidade com recurso a um outro meio; já não será assim, claro, se as quantidades do contrato em execução, ou os seus prazos de entrega, não forem suficientes.

A norma do art. 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, deve, assim, ser lida como uma remissão, quando diz que à escolha do procedimento “aplica-se o disposto na alínea c) do n.º 1 do art. 24.º” do CCP. Já parece menos feliz (embora, parece-nos, bem intencionada), e susceptível de criar dúvidas desnecessárias, a referência da norma a *apenas alguns* dos pressupostos do ajuste directo por urgência imperiosa: ao acrescentar o inciso final, “na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa”, poderia criar-se a dúvida sobre se o legislador estaria a criar uma previsão autónoma de ajuste directo de urgência⁽⁴³⁾, coisa que, repete-se, não pode fazer, pelo menos para os contratos superiores aos limiares de aplicação das directivas. De facto, aquele inciso final pode conferir a ideia, parcialmente errada, de que é o legislador nacional que define autonomamente os termos de utilização do ajuste directo por motivo de urgência imperiosa. Não é o caso, e existem precedentes nos quais esse tipo de actuação por parte dos Estados Membros levou a que fosse suscitada a questão da conformidade dessas normas com o direito europeu⁽⁴⁴⁾. Esta questão

(42) No mesmo sentido, a Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020 do IMPIC, n.º 3, e PEDRO COSTA GONÇALVES/LICÍNIO LOPES MARTINS, “Regime excecional de contratação pública no âmbito da epidemia da doença do covid-19”, *cit.*, n.º IV.

(43) Veja-se MARCO CALDEIRA, “Os regimes excepcionais de contratação pública”, p. 77, que a propósito de uma norma idêntica contida no Decreto-Lei n.º 70/2018, afirmava que não poderia supor-se que o legislador se tivesse limitado a dizer que o art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, seria aplicável quando os respectivos pressupostos estivessem verificados.

(44) Cf. GIOVANNA RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari: Cacucci Editore, 2010, pp. 107 ss., relatando diversos casos ocorridos no direito italiano, em que dis-

suscita uma reflexão de teor mais amplo, na qual se detecta uma dificuldade de conciliação de metodologias de abordagem entre o direito europeu dos contratos públicos e aquilo a que se poderia chamar o direito da emergência. O direito administrativo actual, designadamente em matéria de protecção civil, organiza-se de acordo com uma lógica de declaração de diferentes estados, graus ou níveis de alerta, que dão origem, de modo automático e pré-determinado, a regimes específicos. O que de um ponto de vista abstracto faria sentido seria que, por uma razão de simplificação e segurança jurídicas, um certo estado ou grau de prevenção pudesse habilitar, por si só, a celebração de contratos por ajuste directo de urgência imperiosa. Não é essa, porém, a filosofia regulatória das directivas europeias de contratos públicos, para as quais a contratação de valores elevados sem concorrência é algo de excepcional e, conseqüentemente, só pode admitir-se num juízo *casuístico*: contrato a contrato.

As considerações anteriores não significam, naturalmente, que seja irrelevante a recondução de um contrato ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020, para efeitos da verificação dos pressupostos do art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP. Parece-nos inequívoco que a situação de pandemia originou inúmeras situações em que a contratação se revestiu de urgência imperiosa (pela impossibilidade de adiar a satisfação das necessidades, relacionadas com a vida e a saúde das pessoas), sendo os factos justificativos da contratação de natureza imprevisível e não imputável às entidades adjudicantes⁽⁴⁵⁾. A Comissão Europeia assumiu, aliás, sobre estes pontos, uma posição importante, e razoável, ao referir, na sua Comunicação de 1 de Abril de 2020, que “a atual crise da COVID-19 (...) constitui uma urgência extrema e imprevisível”⁽⁴⁶⁾. Pode, assim, dizer-se que a recondução do contrato ao combate à pandemia e, conseqüentemente, à incidência do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, não pode, automaticamente, entender-se como

posições legais ou regulamentares declaravam diferentes tipos de “estados de emergência”, e habilitavam abstractamente, durante a sua vigência, a contratação sem concorrência. Essas habilitações gerais foram questionadas pela Comissão Europeia e levaram, mesmo, a condenações perante o Tribunal de Justiça.

(45) Apesar de algumas sugestões, que nos parecem completamente despropositadas e reveladoras de um certo *fundamentalismo da concorrência*, em sentido contrário, que pretenderiam, por exemplo, demonstrar que o facto de os Estados não terem, logo em Janeiro ou Fevereiro de 2020, iniciado procedimentos concursais para adquirir ventiladores, significaria que em Março, Abril ou Maio, não poderiam invocar a imprevisibilidade e a não imputação da situação da urgência à sua própria conduta. Tais argumentos parecem-nos manifestamente improcedentes e falhos de adesão à realidade; basta ver o contexto de incerteza científica que rodeou e rodeia a pandemia para se compreender que, em geral, não era exigível às autoridades outro comportamento.

(46) Comunicação de 1 de Abril de 2020, p. 2.

podendo dar origem à aplicação do art. 24.º, n.º 1, alínea *c*), mas constitui como que um elemento de *fortíssima simplificação da fundamentação* do recurso ao ajuste directo com esse fundamento⁽⁴⁷⁾. Não obstante, a fundamentação é especialmente importante e deve estar sempre presente, designadamente no que toca à impossibilidade de realizar procedimentos de natureza concorrencial, e à limitação do contrato ao indispensável para responder à situação-de-urgência, os dois pressupostos que, neste caso, configuram os elementos mais importantes de controlo da regularidade da utilização do ajuste directo.

15. A este último propósito, cabe dizer que não nos parecem de subscrever algumas afirmações tendentes a encarar de forma injustificadamente restritiva os dois pressupostos referidos: a impossibilidade de realizar procedimentos de natureza concorrencial, e a limitação do contrato ao estritamente necessário.

Desde logo, uma questão que se pode colocar neste contexto é a de saber se a utilização do ajuste directo por motivo de urgência imperiosa depende da demonstração de que apenas existe um fornecedor em condições de celebrar contrato com a entidade adjudicante. A Comunicação da Comissão de 1 de Abril de 2020 é ambígua a este respeito, pois se se afirma, numa das suas passagens, que no procedimento de negociação sem anúncio não há um número mínimo de operadores económicos a convidar⁽⁴⁸⁾, afirma-se, mais adiante, que “a adjudicação por ajuste direto a um operador económico pré-seleccionado continua a ser uma situação de exce-

⁽⁴⁷⁾ Em sentido semelhante, parece-nos, PEDRO COSTA GONÇALVES/LICÍNIO LOPES MARTINS, “Regime excecional de contratação pública no âmbito da epidemia da doença do covid-19”, *cit.*, n.º IV. A propósito de norma equivalente do Decreto-Lei n.º 70/2018, MARCO CALDEIRA, “Os regimes excepcionais de contratação pública”, p. 77, referia que o legislador ‘manda presumir que, à partida, se verifica um motivo de urgência imperiosa’, retirando-se da exposição subsequente que o Autor entendia que essa presunção é ilidível. Face ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, pp. 103-104, afirmam posição semelhante, mas acrescentando que a remissão feita para o art. 124.º, n.º 101, alínea *c*), do CCP, “só vale para a qualificação da pandemia como um acontecimento imprevisível e não imputável à entidade adjudicante”, cabendo à entidade adjudicante, apenas, fazer prova dos demais requisitos. Ora, não nos parece que se possa ir tão longe que se diga que o legislador qualifica a pandemia com efeitos vinculativos para as entidades adjudicantes, dispensando-as do preenchimento autónomo dos requisitos da norma. Para uma diferença de pormenor, mas uma coisa é dizer, como defendemos no texto, que existe uma facilitação de fundamentação face ao contexto, e outra é dizer que o legislador pode, com efeitos vinculativos para as entidades adjudicantes, determinar que ficam preenchidas normas que são, na sua origem, de direito europeu. E a contraprova é esta: no limite, se essa qualificação estivesse errada, as entidades adjudicantes, por força do primado do direito da UE, não a poderiam seguir.

⁽⁴⁸⁾ Comunicação da Comissão de 1 de Abril de 2020, p. 2.

ção, aplicável *se apenas uma empresa for capaz de cumprir* os condicionamentos técnicos e de tempo impostos pela extrema urgência” (destaque acrescentado)⁽⁴⁹⁾. Também o IMPIC parece ter invocado esta última passagem da Comunicação da Comissão para dizer que “sempre que possível” deve ser feita consulta prévia⁽⁵⁰⁾.

Afirmar que a lei exige a demonstração de que apenas uma empresa se encontra em condições de ser co-contratante é, salvo o devido respeito, uma interpretação abusiva das fontes aplicáveis; a Comunicação da Comissão é, a este respeito, bastante infeliz por sugerir o contrário. Essa posição introduziria no funcionamento do ajuste directo por urgência imperiosa uma exigência de *exclusividade de fornecedor* que não faz parte desse instituto e que configura, na verdade, uma causa diferente de ajuste directo em razão de fundamentos materiais: a aptidão exclusiva (art. 24.º, n.º 1, alínea *e*), do CCP). Este salto lógico decorre de uma visão unilateral da protecção da concorrência. De facto, como em anterior ocasião salientámos em crítica a entendimentos idênticos sobre o ajuste directo por urgência imperiosa, na contratação com este fundamento não se desconhece que, em cada momento, pode existir mais do que uma empresa em condições de fornecer a entidade adjudicante, e aceita-se essa situação; o que justifica a possibilidade de convidar apenas um é a urgência, que torna inviável a dilação suplementar que, inevitavelmente, decorre do convite a mais do que um: é necessário criar um critério de adjudicação, avaliar as propostas, dar audiência prévia e outras formalidades que decorrem necessariamente da existência de uma pluralidade de competidores, e que representam uma dilação temporal⁽⁵¹⁾.

Questão diferente da anterior é a de saber se a hipótese de consulta prévia deve ser equacionada e contar para o juízo sobre a impossibilidade de recurso aos outros procedimentos, que é pressuposto de recurso ao ajuste directo por urgência imperiosa. Em abstracto e perante um enquadramento normativo diferente, no qual não havia uma norma jurídica específica sobre a questão (e apenas valiam, por isso, nesse espaço normativo, os princípios gerais), defendemos essa possibilidade, desde que a dilação

(49) Comunicação da Comissão de 1 de Abril de 2020, p. 4. Notando a mesma ambivalência, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 111.

(50) Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020, n.º 3. O Tribunal de Contas, no seu Relatório “Riscos na utilização de recursos públicos na gestão de emergências”, p. 18, faz menção a esta posição do IMPIC, aparentemente acompanhando-a.

(51) Cf. o que escrevemos em MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Catástrofes naturais e contratação pública”, pp. 240-241., em crítica a uma posição doutrinária em tudo semelhante àquela que a Comissão defendeu agora (na p. 4 da) sua Comunicação de 1 de Abril de 2020.

sempre implicada pelo convite a mais do que um co-contratante não fosse contrária à natureza da urgência⁽⁵²⁾. Embora em anteriores regimes de contratação pública de emergência, o legislador tenha adoptado essa solução⁽⁵³⁾, os dados normativos concretos deste específico regime vão em sentido diferente: o legislador afastou, para os procedimentos abrangidos por este diploma, a incidência do art. 27.º-A do CCP (cf. art. 2.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020), o que significa que se pronunciou expressamente em sentido contrário quanto à existência desse dever. Claro que se poderia sempre questionar essa opção, à luz dos princípios gerais, ou do direito europeu. Porém, no que toca ao direito europeu, o art. 32.º, n.º 2, alínea *c*), da Directiva 2014/24 e o art. 50.º, alínea *d*), da Directiva 2014/25, vão no sentido de que os procedimentos que devem ser considerados como “alternativas relevantes” ao procedimento de “negociação sem anúncio” (a que corresponde, no direito português, o ajuste directo) são os procedimentos de natureza *concurisal* (isto é, procedimentos com anúncio) regulados pelas directivas. De facto, as directivas não autonomizam o procedimento de consulta prévia, e não prevêm qualquer número mínimo de agentes económicos a convidar no procedimento de negociação sem anúncio⁽⁵⁴⁾, nem os princípios europeus da contratação pública chegam ao detalhe de adicionar esta imposição face àquelas que já resultam das directivas. Fica-nos, assim, apenas o plano constitucional, já que os princípios da proporcionalidade e da concorrência, que são os que justificam a hipótese de um dever de consultar mais do que um agente económico, têm valor constitucional⁽⁵⁵⁾. Parece-nos, porém, que cifrando-se a questão numa ponderação entre princípios concorrentes, a margem de liberdade de conformação deixada pela Constituição ao legislador ordinário é grande⁽⁵⁶⁾, e no presente caso, a opção do legislador de afastar a incidência

(52) MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, pp. 962, 973-974.

(53) Assim sucedeu, designadamente, no art. 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 87/2017, de 27 de Julho e no art. 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 135-A/2017, de 2 de Novembro; e, com maior relevância (pois, tal como sucede no Decreto-Lei n.º 10-A/2020, a metodologia escolhida nesses dois diplomas foi a remissão para o ajuste directo por urgência imperiosa), no art. 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 70/2018, de 30 de Agosto e no art. 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 168/2019, de 29 de Novembro, nos quais se dispôs que a entidade adjudicante deveria, sempre que possível, convidar pelo menos três entidades a apresentar proposta. Referindo, a propósito do Decreto-Lei n.º 70/2018, que, neste caso, estaremos perante uma consulta prévia, MARCO CALDEIRA, “Os regimes excepcionais de contratação pública”, p. 78.

(54) Como reconhece, neste ponto, bem, a Comissão Europeia, na sua Comunicação de 1 de Abril de 2020, p. 2.

(55) Sobre a relevância dos princípios constitucionais para a conformação do regime ordinário da contratação pública, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, pp. 553 ss.

(56) MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, pp. 554 e, em especial, 578-586.

do art. 27.º-A do CCP expressa uma ponderação admissível entre os bens e valores em presença, já que essa opção tem de ser entendida no contexto da existência inequívoca de uma situação geral de urgência nos serviços públicos, em especial os mais ligados à resposta à pandemia e por isso abrangidos pelo regime do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

Outro aspecto sempre gerador de controvérsia reside no alcance a conferir à limitação dos contratos a celebrar ao estritamente necessário para atender à situação-de-urgência. Não há dúvida que essa exigência introduz limitações à extensão das prestações que podem ser contratadas com base em urgência, em especial, na triplíce dimensão da *duração* do contrato, *quantidade* e *tipo* de utilidades adquiridas e limites à *modificabilidade* do contrato⁽⁵⁷⁾. Já não nos parece que se possa arriscar entendimentos tão taxativos, como o de que os contratos aqui em causa estariam limitados a contratos de execução imediata, ou cuja duração máxima fosse correspondente aos prazos de entrega de propostas ou candidaturas em procedimentos mais concorrenciais⁽⁵⁸⁾. Este entendimento é susceptível, desde logo, de um reparo importante: é irrealista, e não deve ser aceite, o pressuposto de que um procedimento concursal tem a duração do prazo de entrega de propostas, ou mesmo da soma dos vários prazos procedimentais. Não é possível, por exemplo, antecipar a duração total do tempo de análise e avaliação de propostas (assim como não pode ser afastada do juízo de prognose a possibilidade de litigância judicial ou extrajudicial). O que é correcto é partir da duração normal ou razoável desses procedimentos, designadamente, com base em experiência anterior⁽⁵⁹⁾. Além disso, há outros factores que podem aconselhar ou mesmo impor que se celebre um contrato cujas quantidades possam, até, ir além das necessidades imediatas, se isso configurar uma forma (ou a única forma) de garantir bens ou serviços que, de outro modo, possam ser desviados para outros contratos⁽⁶⁰⁾.

(57) MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, pp. 976 ss.

(58) É o que parece resultar de p. 5 da Comunicação. O Tribunal de Contas adere a estas formulações na p. 18 do Relatório já várias vezes citado.

(59) MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, p. 970.

(60) Uma lógica contabilística simples, acompanhada de excessiva confiança nas virtualidades da concorrência, pode produzir efeitos desastrosos. Imaginando um exemplo em que se necessitasse, no imediato, de 50 ventiladores, e de outros 100 no médio prazo, a lógica contabilística simples levaria a adquirir os primeiros 50 por ajuste directo, e os outros 100 por um procedimento concursal que se lançaria. Porém, como a pandemia demonstrou, essa actuação exporia o adquirente ao risco real de, no concurso subsequente, não existirem propostas, por entretanto os 100 ventiladores disponíveis terem tido outros destinos. A aquisição imediata de 150 ventiladores, que garante, desde logo, o compromisso do fornecedor com essa quantidade total no contexto de um mercado muito incerto, pode, por

Deste modo, não se pode excluir que de um procedimento de ajuste directo por urgência imperiosa saia um contrato de execução prolongada, embora tal situação deva ser justificada e escrutinada com todo o cuidado. A este respeito, deve referir-se que alguns desenvolvimentos legislativos geram preocupação, por parecerem estar a afastar-se irremediavelmente dos pressupostos do ajuste directo por urgência imperiosa, para onde o art. 2.º remete, e que, repete-se, são conformados, acima dos limiares, pelo próprio direito europeu.

Um primeiro caso que suscita preocupação prende-se com o Decreto-Lei n.º 10-I/2020, de 26 de Março, que veio prever medidas de resposta à pandemia da doença COVID-19 no âmbito cultural e artístico, “em especial quanto aos espectáculos não realizados”, e cujo art. 11.º, n.º 1, veio dispor no sentido de que as entidades adjudicantes promotoras de espetáculos abrangidos pelo diploma “podem aplicar aos contratos celebrados e a celebrar as normas previstas nos arts. 2.º a 4.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, na sua redação atual”. Sucede, porém, que, sem qualquer menosprezo para a realização dos espectáculos culturais e artísticos e outros eventos semelhantes, não é de todo evidente que a contratação nesses domínios se revista, por exemplo, das características de uma urgência *imperiosa*, que não consinta qualquer retardamento, como é exigido pelo art. 24.º, n.º 1, alínea *c*), do CCP, que agora analisamos. Assim, é muito importante que aquela remissão para o regime do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 não seja entendida como uma subsunção automática, e auto-suficiente, que permitisse, por exemplo, a mobilização do ajuste directo de urgência imperiosa, cujos pressupostos, repete-se, estão intocados.

Contudo, se no caso do Decreto-Lei n.º 10-I/2020, ainda é possível, sem grande esforço, defender uma interpretação que garanta a correcta aplicação de normas como o art. 24.º, n.º 1, alínea *c*), do CCP, o mesmo já não parece poder dizer-se de uma das últimas alterações ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020: falamos, em concreto, do aditamento do art. 2.º-B ao diploma. Esse preceito, como já se disse, refere-se exclusivamente a um regime especial de aquisição de espaço para publicidade institucional, e o seu objecto, aparentemente, seria a regulação de aspectos institucionais da aquisição conjunta (mediante agrupamento de entidades adjudicantes) dessas utilidades. Porém, do corpo do n.º 1, da alínea *c*) do mesmo número, e do n.º 5 do

isso, ser racional e perfeitamente justificado, à luz do imperativo de proporcionalidade (que não se limita a proibir apenas a contratação de excesso: também serve para justificar a contratação do suficiente). Como se vê, este tipo de opção enfatiza a importância da *fundamentação detalhada* das escolhas da entidade adjudicante.

preceito, resulta que um dos seus objectivos é permitir a aquisição, independentemente do valor, com fundamento em urgência imperiosa, dessa publicidade institucional, pelo prazo de 18 meses (conforme se especifica no n.º 5). Nunca adoptaremos a postura leviana de lançar suspeitas de validade sobre contratos que não conhecemos; ou seja, não excluimos que possa haver (ou possa ter havido, na fase mais aguda da pandemia), aquisição de publicidade institucional susceptível de justificação à luz do critério de urgência imperiosa. Porém, mesmo mantendo essa reserva de apreciação casuística, não se vislumbra como justificar, à luz dos pressupostos de impossibilidade de realização de outros procedimentos, e de limitação à medida do estritamente necessário, referidos no art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, e no direito europeu, que se aprove um regime segundo o qual se permite, já neste momento, que possa ser adquirida tal publicidade pelo prazo de 18 meses; da mesma forma, é pelo menos fortemente duvidoso que algumas das temáticas sobre as quais o legislador entendeu habilitar, directamente, a contratação por ajuste directo (cf. as alíneas do n.º 5), sejam de molde a permitir a qualificação do contrato como de *urgência imperiosa e imprevisível*, mormente considerando jurisprudência recente⁽⁶¹⁾.

É certo, dir-se-á, que o legislador reforça sempre, à medida que vai prevendo o regime do art. 2.º-B, que se trata de situações de urgência imperiosa, e na medida do estritamente necessário; mas isso só suscita a interrogação de saber até que ponto é possível enunciar de forma credível um requisito legal, quando, ao mesmo tempo, se dá todas as indicações de permitir o que esse requisito pretende, a todo o custo, evitar. Pensamos não ser injustos ao dizer que alguém que leia o art. 2.º-B dificilmente compreenderá que se diga que, afinal, um contrato de aquisição de serviços de publicidade institucional para a “promoção da literacia mediática e divulgação de atividades culturais durante e após a pandemia”, celebrado em Janeiro de 2021, não pode beneficiar do regime do art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP. Mas na verdade, poderá não beneficiar, e arriscaríamos dizer que *em princípio, não beneficiará*; a excepção será se, nessa altura, ocorrerem factos imprevisíveis, que justifiquem um aumento das necessidades, e permitam preencher, *nessa altura*, os pressupostos do art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP. Esse preenchimento, note-se, será *crescentemente difícil*, pois a partir de Março de 2020, torna-se cada vez mais previsível que, nos próximos tempos, certas necessidades venham

(61) Veja-se o caso do acórdão do Tribunal de Contas n.º 1/2018 (disponível em <tcontas.pt>), que recusou conceder o visto a adjudicação por urgência imperiosa de contrato para remoção de *grafitis* na cidade de Lisboa, encontrando-se entre os fundamentos da recusa a ausência de urgência imperiosa e de imprevisibilidade da necessidade.

a existir, e cada vez menos plausível alegar desconhecimento delas. Tornam-se, assim, cada vez mais evidentes os problemas criados por normas como a do art. 2.º-B, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

Este é, enfim, o problema mais amplo: com a “desmultiplicação” de regimes e previsões de ajuste directo “por urgência imperiosa e na medida do estritamente necessário”, e a técnica de fazer, por via legislativa, “subsunções automáticas” de contratos nessa figura, corre-se o sério risco de descaracterizar completamente a figura a que se refere o art. 24.º, n.º 1, alínea *c*), do CCP. Isso poderia ter apenas o problema da incoerência ou inconsistência internas, e seria, assim, uma questão de legística. Não é, porém, assim: cada episódio de descaracterização daquele instituto significa a criação de um risco real de os agentes económicos contestarem a validade dos procedimentos e contratos assim celebrados, assim como suscita a possibilidade de as instituições europeias suscitarem questões de não cumprimento do direito europeu. Parece-nos, assim, que o regime em questão (que suscita, aliás, numerosas outras interrogações, como se tem visto pela sua recepção controversa) deveria ser revogado.

b) Alargamento do âmbito do ajuste directo simplificado

Juntamente com o apelo ao art. 24.º, n.º 1, alínea *c*), do CCP, a lei procedeu a um alargamento do campo do ajuste directo simplificado. Este alargamento foi progressivo, sendo actualmente muito mais significativo do que na versão inicial do diploma.

Assim, e em primeiro lugar, alargou-se a possibilidade de utilização do ajuste directo simplificado para contratos de locação e aquisição de bens e aquisição de serviços (mas não obras) de preço contratual não superior a 20.000€ (valores sem IVA, recorde-se: art. 473.º do CCP). É o que resulta do art. 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, segundo o qual, para esses contratos, se remete para o art. 128.º, n.ºs 1 e 3, do CCP. Esta subida de valor é relevante, pois o valor limite “normal” de ajuste directo simplificado para bens e serviços é de 5.000€ (art. 128.º, n.º 1, do CCP). O legislador não interveio nos outros limites de utilização do ajuste directo simplificado, pelo que parece que os contratos continuam limitados à duração máxima de um ano, não podem ser renovados e não pode haver revisão de preços durante a sua execução (art. 129.º do CCP)⁽⁶²⁾, afirma-

(62) Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES/LICÍNIO LOPES MARTINS, “Regime excepcional de con-

ção que não exclui, em nossa opinião, a possibilidade de modificações objectivas por força de factos que, nos termos gerais, o permitam ou imponham (cf. arts. 312.º e 314.º do CCP, nomeadamente)⁽⁶³⁾. Um outro aspecto que, naturalmente, não é afectado pela situação de pandemia, e que é bastante relevante em contratos de ajuste directo simplificado, é a plena aplicação das regras que proíbem ou limitam o fraccionamento indevido (cf. arts. 18.º, n.º 7, e art. 22.º do CCP).

Como resulta do seu enunciado e do contexto em que se insere, o sentido da medida do art. 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 não é o de uma subida *genérica* do limiar do ajuste directo simplificado para *todos* os contratos das entidades adjudicantes, ou seja, não se trata de uma simples substituição temporária do limite do art. 128.º pelo que resulta do Decreto-Lei n.º 10-A/2020. Para beneficiar do regime do art. 2.º, n.º 2, um contrato terá de se reconduzir ao âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 10-A/2020; nenhum “contrato não-Covid” beneficia do regime de ajuste directo simplificado aí previsto, continuando nesses casos a valer plenamente o art. 128.º do CCP. É certo que pode dizer-se que isto introduz um desvio à ideia segundo a qual o ajuste directo simplificado é um procedimento em razão do valor (o que genericamente decorre do n.º 2 do art. 128.º do CCP): com efeito, este ajuste directo simplificado previsto no art. 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, é um procedimento em razão de critérios materiais, ainda que com limite de valor ao contrato a celebrar, o que não é de todo isento de precedentes no CCP⁽⁶⁴⁾.

17. Novo alargamento, desta vez bastante mais significativo, do regime do ajuste directo simplificado, deu-se com o aditamento, ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020, do art. 2.º-A, pelo Decreto-Lei n.º 18/2020 (com os efeitos retroactivos que teremos ocasião de analisar *infra*). Prevê-se aí um “regime excepcional de ajuste directo simplificado”, baseado em urgência imperiosa e limitado ao estritamente necessário. Como se verifica, o que está em causa, manifestamente, é dispensar, em certos casos, os ajustes directos de urgência imperiosa do cumprimento *das formalidades*

tratação pública no âmbito da epidemia da doença do covid-19”, *cit.*, n.º V; JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 106.

⁽⁶³⁾ Ou seja: a proibição de revisão de preços aqui em causa é uma proibição da chamada revisão *ordinária* de preços (a que se refere, no CCP, o art. 382.º, em sede de empreitada).

⁽⁶⁴⁾ De facto, várias normas em sede de fundamentos materiais (supostamente, “independentes do valor”) de recurso ao ajuste directo ou consulta prévia estabelecem limites de valor aos contratos a celebrar — cf. arts. 24.º, n.ºs 2 e 3, 25.º, n.º 1, alínea b), 26.º, n.º 1, alínea b), e 27.º, n.º 1, alínea e), e n.º 3, do CCP.

do procedimento de ajuste directo, incluindo das formalidades previstas no próprio art. 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020. Por outras palavras: em matéria de pressupostos de utilização do ajuste directo por urgência, os mesmos mantêm-se, até pelas razões, já apontadas, de conformidade ao direito europeu. Ou seja, o ajuste directo do art. 2.º-A do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 só será válido se preencher os pressupostos do art. 24.º, n.º 1, alínea c)⁽⁶⁵⁾, ainda que, pela natureza desta forma de contratação, essa aferição possa ter de ser reduzida a escrito apenas em momento posterior. O que o art. 2.º-A principalmente pretende é, assim, um procedimento de contratação que possa, no limite, não ter qualquer formalidade prévia à contratação (pois é isso que sucede no ajuste directo simplificado: cf. n.ºs 1 e 3 do art. 128.º do CCP), muito embora possa ser celebrado contrato de qualquer valor, pois estamos perante um ajuste directo com base em fundamento material (urgência imperiosa). Neste caso, o desvio face à matriz habitual do procedimento de ajuste directo simplificado é ainda mais intenso, porque deixa de existir qualquer limiar fixo de valor — o único limite ao valor do contrato a celebrar será ditado pela aplicação da limitação de proporcionalidade (o “estritamente necessário”).

18. Ao contrário do que sucede, em geral, com o âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, parece existir aqui uma limitação de aplicação deste regime, a bens e serviços⁽⁶⁶⁾ de “primeira linha” de combate à pandemia; por outras palavras, o âmbito de aplicação do regime do art. 2.º-A parece ser mais restrito do que o âmbito geral de aplicação do diploma. O n.º 1 do art. 2.º-A afirma aplicar-se à “aquisição de equipamentos, bens e serviços necessários à prevenção, contenção, mitigação e tratamento de infeção por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, ou com estas relacionados”, seguindo-se um elenco de bens e serviços que estão directamente relacionados com o combate, no terreno, à infecção. A única razão para se referir, no art. 2.º-A, o objecto dos contratos a ele subsumíveis parece ser a diferença de âmbitos. Por outro lado, os n.ºs 2, 5 e 6 do pre-

⁽⁶⁵⁾ Esta conclusão é, novamente, dificultada pela técnica legislativa utilizada. Como se vê, o art. 2.º-A, n.º 1, refere dois dos pressupostos do ajuste directo por urgência imperiosa: urgência imperiosa e limitação ao estritamente necessário. Outro desses pressupostos aparece, autonomizado, no n.º 3; já a imprevisibilidade e a impossibilidade de utilização dos outros procedimentos não surge em parte alguma. Esta técnica dificulta a apreensão, pelo intérprete, de que a figura que está a ser aplicada é uma figura unitária e a sua sede legal é o art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP.

⁽⁶⁶⁾ Excluem-se as obras, aparentemente, como já dissemos acima. Não nos parece a opção mais reflectida, já que certamente houve e pode haver necessidade urgentíssima de obras (por exemplo, de adaptação de edifícios).

ceito consolidam a ideia de que se trata de contratos imediatamente instrumentais à prestação de cuidados de saúde, em particular o facto de todos os contratos serem comunicados aos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da saúde (n.º 5).

Como aspecto importante do regime, agora do ponto de vista institucional, deve notar-se que existe uma limitação quanto a quem pode “promover o procedimento”, quando os bens se destinem a entidades da tutela do Ministério da Saúde (podem fazê-lo a DGS, a ACSS, o INSA e a SPMS) — art. 2.º-A, n.º 2. Isto constitui uma importante garantia de racionalidade global das decisões de compra. De facto, em contexto de emergência, uma das tendências é a dispersão e inerente descoordenação de iniciativas de contratação por parte de entidades adjudicantes isoladas, que, por isso, não têm noção das disponibilidades e necessidades globais de um sistema como o Serviço Nacional de Saúde. A adopção de medidas que assegurem um determinado grau de centralização e coordenação afigura-se, assim, uma medida que pode assegurar essa coerência global, a boa afectação dos recursos e um contraponto eficaz a potenciais desvios ao interesse público que decorram da excessiva proximidade entre o nível de execução do contrato e o nível de tomada de decisão, proximidade essa que constitui uma das potenciais fragilidades quando o direito permite, com muita amplitude, o recurso a procedimentos por convite, como o ajuste directo⁽⁶⁷⁾.

19. Além dos aspectos anteriores, de natureza mais técnico-jurídica, deve anotar-se que o surgimento de um regime de ajuste directo simplificado, isto é, completamente desformalizado, com esta abrangência, é um facto inédito, sem dúvida, pelo menos nas décadas mais recentes, e suscita vários comentários, que podem, inclusive, alimentar reflexões futuras: é, talvez, mais um dos temas que a pandemia que vivemos veio criar, ou, pelo menos, ilustrar de uma forma muito diferente do que até aqui conhecíamos.

Como se vê, na versão inicial do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, as opções do legislador expressavam uma intenção de manter, apesar de tudo, uma carga de formalidades relevante na contratação de emergência. Com efeito, sem prejuízo da dispensa de algumas formalidades e da subida do valor do ajuste directo simplificado para 20.000€, procurava-se, ainda, um

⁽⁶⁷⁾ Também o Tribunal de Contas alude, neste contexto, à centralização de compras como uma das medidas que podem ser positivas — Relatório “Riscos na utilização de recursos públicos na gestão de emergências”, p. 17.

equilíbrio entre a actuação urgente e a salvaguarda das preocupações associadas, em geral, à previsão de um modelo de procedimentos pré-contra-tuais (designadamente, a rastreabilidade da informação, dada pela formalização do convite, proposta, adjudicação e contrato escrito, nos casos em que não seja dispensado). Por isso, embora com várias especificidades (cf., ainda, *infra*), a metodologia adoptada era a da aplicação do regime da parte II do CCP.

A evolução subsequente veio, porém, a ganhar uma dinâmica que claramente ultrapassou essa opção inicial. Essa dinâmica foi de tal ordem que não ficou, sequer, suficientemente acomodada em aplicações esporádicas de uma figura residual como o estado de necessidade. Essa é uma figura disponível para casos em que seja exigível uma actuação ainda mais célere do que os modelos procedimentais (mesmo os de urgência) prevêm, desde que verificados os respectivos pressupostos e cumpridos os respectivos limites (cf. art. 3.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo), afastando assim as regras que estivessem a obstaculizar a actuação urgente⁽⁶⁸⁾. No entanto, aquilo a que se assistiu no presente caso foi uma necessidade *generalizada* de contratar fora do modelo procedimental, o que explica, assim, a intervenção legislativa operada pelo aditamento do art. 2.º-A.

O carácter inédito desta opção não deve, a nosso ver, permitir duvidar da conformidade substantiva desta opção, plasmada no art. 2.º-A aditado, quer face ao direito português, quer face ao direito europeu.

Com efeito, do plano constitucional, sem prejuízo de uma indicação no sentido da procedimentalização da actividade administrativa (art. 267.º,

⁽⁶⁸⁾ Sobre o estado de necessidade, em geral, DIOGO FREITAS DO AMARAL/MARIA DA GLÓRIA F. P. D. GARCIA, “O estado de necessidade e a urgência em direito administrativo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, (II), 1999, pp. 447-518; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “Revisitando o estado de necessidade”, in AUGUSTO DE ATHAYDE/JOÃO CAUPERS/MARIA DA GLÓRIA F. P. D. GARCIA, *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 719-746; PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 127-134. Em especial sobre a articulação (por vezes, desafiante) da figura com o direito português e europeu dos contratos públicos, e defendendo a sua aplicação, com base nos princípios constitucionais, mesmo em situações em que os pressupostos do art. 24.º, n.º 1, alínea c), pudessem não estar verificados, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, pp. 980-986; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Catástrofes naturais e contratação pública”, pp. 253-260. No mesmo sentido essencial, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “CCP e Constituição: problemas na aplicabilidade de procedimentos de contratação pública à luz da Constituição Portuguesa”, in PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ/LUÍS ALVES (coords.), *A Constituição e a Administração Pública — Problemas de constitucionalidade das leis fundamentais do Direito Administrativo português*, Lisboa: AAFDL, 2018. Por fim, já no contexto da pandemia de Covid-19, referindo-se também à possibilidade de recurso ao estado de necessidade, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 82.

n.º 5, da Constituição), que não deixa de ter relevância para a contratação pública⁽⁶⁹⁾, não decorre qualquer regime procedimental específico, nem para os “procedimentos-regra”, nem para os procedimentos em casos de exceção.

Já no que diz respeito ao direito europeu, poderia duvidar-se, em particular atento o nível de detalhe que as directivas europeias em matéria de contratação pública alcançaram. No entanto, a verdade é que o direito europeu apresenta uma exigência e detalhe relevantes em aspectos que considera centrais — como a identificação dos pressupostos da contratação com dispensa de concorrência, como vimos — mas deixa aos Estados Membros uma significativa margem de conformação em outros aspectos, como o regime procedimental e de formalidades pré-contratuais, quando a contratação sem concorrência esteja devidamente habilitada. As directivas europeias prevêm poucas ou nenhuma exigências, em termos de tramitação procedimental, aplicáveis ao procedimento de negociação sem anúncio (a que corresponde, essencialmente, no direito nacional, o ajuste directo). Deste modo, a possibilidade de, mesmo acima dos limiares de aplicação das directivas, se prever, para contratos de urgência imperiosa, procedimentos fortemente aligeirados em termos de formalidades, deve ser entendida como pacífica. Em plena pandemia, surgiu a confirmação deste entendimento, da fonte mais insuspeita possível: a própria Comissão Europeia, cuja Comunicação de 1 de Abril veio dizer, de forma clara e afoita, que as regras europeias sobre “contratos públicos em casos de extrema urgência (...) permitem aos adquirentes públicos fazer compras em dias, ou mesmo horas, se necessário. Precisamente para uma situação como a atual crise da COVID-19, que constitui uma urgência extrema e imprevisível, as diretivas da UE não contêm restrições processuais. Concretamente, o procedimento por negociação sem publicação permite aos adquirentes públicos adquirir fornecimentos e serviços no prazo mais curto possível. No âmbito deste procedimento, previsto no art. 32.º da Diretiva 2014/24/UE (...), os adquirentes públicos podem negociar diretamente com o(s) potencial(ais) contratante(s), sem a existência de requisitos de publicação, prazos, número mínimo de candidatos a consultar ou outros requisitos processuais. Não são estabelecidas medidas processuais a nível da UE. Na prática, isso significa que as autoridades podem agir tão depressa quanto tecnicamente/fisicamente possível, podendo o procedimento constituir um ajuste direto de facto sujeito apenas a condicionalis-

(69) MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, p. 556.

mos físicos/técnicos relacionados com a disponibilidade real e a rapidez de entrega”⁽⁷⁰⁾. Ainda que a própria Comissão se apresse a sublinhar (e bem) que a sua Comunicação não tem natureza vinculativa e que apenas o Tribunal de Justiça pode interpretar, em última instância, de forma vinculativa, o direito da União⁽⁷¹⁾, não deixa de ser uma tomada de posição que oferece conforto para a opção nacional de “desformalizar” quase totalmente o ajuste directo por urgência imperiosa que preencha os pressupostos do art. 2.º-A do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

Estas indicações de direito constitucional português e de direito europeu deixam perceber que, havendo justificação suficiente, a contratação de emergência pode assumir um nível de flexibilidade que, porventura, é totalmente surpreendente para quem pudesse assumir que o direito dos contratos públicos é sempre todo igual, e tem sempre o mesmo grau de formalismo. De facto, mesmo em formas de contratação dirigidas à urgência, apercebemo-nos de que é possível, e por vezes, necessário, realizar distinções quanto ao nível de formalismo que pode ser implementado⁽⁷²⁾.

c) A escolha das entidades a convidar para o procedimento de ajuste directo

Decorre da análise anterior que no presente contexto, a utilização do procedimento de ajuste directo é mais frequente, e potencialmente para contratos de maior valor, do que em situação de normalidade. Esta circunstância confere particular acuidade e visibilidade à questão das razões que presidem à escolha das entidades a convidar para estes procedimentos. Como se disse acima, não há necessidade de convidar mais de uma entidade para o procedimento de ajuste directo, mesmo que exista mais do que uma entidade em condições de fornecer nas condições de urgência pretendidas; insistimos que não constitui pressuposto do ajuste directo de urgência imperiosa (nem, naturalmente, do ajuste directo simplificado) a demonstração de que a entidade escolhida é a única em condições de fornecer, e portanto, é pressuposto implícito do ajuste directo de urgência imperiosa (e do ajuste directo simplificado) que podem existir outras

⁽⁷⁰⁾ Comunicação da Comissão de 1 de Abril de 2020, p. 2.

⁽⁷¹⁾ Comunicação da Comissão de 1 de Abril de 2020, p. 1, nota 1.

⁽⁷²⁾ Esta é, também, uma das conclusões essenciais que resulta de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO/FLÁVIO AMARAL GARCIA, “Desastres naturais e as contratações emergenciais”, *Revista de Contratos Públicos*, (7), 2013, pp. 21-52, em especial p. 34 ss.

empresas em condições de ser co-contratantes. Isso, porém, só confere maior premência à questão de saber como é que são seleccionadas essas entidades, pois nessa escolha, só serão admissíveis critérios e razões de interesse público⁽⁷³⁾.

Deve começar por dizer-se que a escolha das entidades a convidar para o procedimento de ajuste directo não é conformada, pela lei, de acordo com qualquer critério específico, falando-se apenas na “escolha” da entidade adjudicante (art. 112.º, n.º 2, do CCP). Há um quadro de larga autonomia nesta escolha.

No ajuste directo escolhido em razão do valor, essa autonomia na escolha é, em regra, compensada pelas limitações constantes dos n.ºs 2 (limites à contratação reiterada) e 5 (impedimento em caso de prestações feitas a título gratuito à entidade adjudicante) do art. 113.º do CCP. Essas limitações, porém, não se verificam no âmbito do regime excepcional, já que são expressamente afastadas (art. 2.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020). O efeito deste afastamento expresso, pelo legislador, da aplicação destas normas, neste contexto, não é tão significativo como aparenta. Repare-se que, como o seu texto deixa perceber inequivocamente, o n.º 2 do art. 113.º do CCP só se aplica a procedimentos escolhidos em razão do valor (ou com limite de valor), e não aos procedimentos em razão de critérios materiais (sem limite de valor), como é o caso da urgência imperiosa. Deste modo, o único efeito inovatório do regime excepcional, face ao CCP, consistiria na não aplicação do n.º 2 do art. 113.º do CCP aos ajustes directos simplificados escolhidos nos termos do n.º 2 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 (ajuste directo simplificado para contratos até 20.000€), caso se considerasse que esse é um procedimento escolhido em razão de um critério de valor, o que, como resulta do que se disse acima, não é líquido.

A ampla margem de escolha a que nos referimos e o facto de não serem aplicáveis as normas dos n.ºs 2 e 5 do art. 113.º do CCP à escolha dos agentes económicos a convidar para os procedimentos regulados pelo regime excepcional devem levar a sublinhar aquelas que são as vincula-

(73) Em texto publicado em 2010, escrevemos, de uma forma que, retrospectivamente, surge como demasiado generalizante, que os riscos de parcialidade não ocorrem em ajustes directos em razão de fundamento material (“Escolha das entidades a convidar”, *cit.* p. 894). Essa afirmação parece-nos verdadeira para muitos dos fundamentos materiais de procedimentos por convite (falta de propostas em procedimento anterior, exclusividade, especificidade da prestação, etc.), mas na verdade, no caso da urgência imperiosa, não é bem assim: há, de facto, riscos de parcialidade, como aliás teríamos oportunidade de frisar, um pouco mais tarde, em MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Catástrofes naturais e contratação pública”, p. 219, nota 225.

ções jurídicas a respeitar nessa escolha. Assim, e em primeiro lugar, há que sublinhar que se os impedimentos dos n.ºs 2 e 5 do art. 113.º do CCP não são aqui aplicáveis, são, sem dúvida, aplicáveis os impedimentos previstos no art. 55.º do CCP, cuja vinculatividade não é afectada pela dispensa da apresentação de documentos de habilitação (cf. *infra*), que é apenas uma dispensa da *formalidade de prova* da inexistência de (alguns) impedimentos, e não uma dispensa dos impedimentos⁽⁷⁴⁾. Além desses, também continuam plenamente aplicáveis os impedimentos resultantes de diplomas avulso, com particular relevância para os previstos no art. 9.º da Lei n.º 52/2019, de 31 de Julho (Regime do exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos). Do mesmo modo, permanecem aplicáveis as normas de garantia da imparcialidade, como as normas sobre impedimentos (agora “do lado da entidade adjudicante”), com destaque para os arts. 69.º e seguintes do CPA, e os arts. 8.º e (em parte) 9.º da já referida Lei n.º 52/2019. Todas estas disposições não foram afastadas⁽⁷⁵⁾, e bem, pois elas garantem valores essenciais do sistema, e em particular, o princípio da imparcialidade.

É certo que pode, em teoria, colocar-se a necessidade de, em situações absolutamente limite, mesmo algumas dessas normas terem de ceder, como sucede com as normas sobre impedimentos do art. 55.º do CCP, se ocorrer que um agente económico impedido seja o único que pode fornecer uma entidade adjudicante em situação de urgência imperiosa. Nesse caso, para além do apoio que se poderia encontrar na figura geral do estado de necessidade (art. 3.º, n.º 2, do CPA), a norma do art. 57.º, n.º 3, da Directiva 2014/24 ofereceria apoio insuspeito, apesar da sua não transposição para o direito português pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017 (uma opção que, porventura, a presente situação de pandemia sugere repensar). Porém, salvas essas situações limite, é necessário reafirmar a importância do rigor na aplicação das normas sobre impedimentos, e outros aspectos que devem ser essenciais, como o cumprimento de especificações e requisitos de segurança. A presente pandemia foi, mais uma vez, uma impressionante ilustração de como agentes económicos menos idóneos procuraram defraudar as entidades públicas e privadas na aquisição de bens de primeira necessidade no

(74) PEDRO COSTA GONÇALVES/LICÍNIO LOPES MARTINS, “Regime excepcional de contratação pública no âmbito da epidemia da doença do covid-19”, *cit.*, n.º I, ressaltando os impedimentos, ainda antes do aditamento do n.º 9 ao art. 2.º; JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 109, já perante essa norma.

(75) PEDRO COSTA GONÇALVES/LICÍNIO LOPES MARTINS, “Regime excepcional de contratação pública no âmbito da epidemia da doença do covid-19”, *cit.*, n.º I.

combate ao surto; tais factos apenas comprovam a essencialidade de um crivo rigoroso, designadamente à luz dos impedimentos.

Apesar do seu largo alcance, as normas sobre impedimentos (quer “do lado dos concorrentes”, quer “do lado das entidades adjudicantes”) não esgotam ainda o tema das razões para a escolha das entidades a convidar. A situação que se vive, de grande utilização do ajuste directo, para contratos, por vezes, de valores muito elevados, traz visibilidade à omissão, no CCP, de uma norma que obrigue expressamente a entidade adjudicante a realizar um discurso de fundamentação específico e dedicado no que diz respeito à identidade dos agentes económicos que convida para os procedimentos de ajuste directo e consulta prévia. O dever de fundamentar a decisão de escolha do procedimento (art. 38.º do CCP) e, a partir da revisão de 2017 do CCP, o dever de fundamentar a decisão de contratar, que foi tornado explícito (art. 36.º, n.º 1, do CCP), já permitem, *de jure condito*, considerar exigível que, no ajuste directo e na consulta prévia, se fundamente também a identidade de quem é convidado, atenta a relevância desse elemento nesses específicos procedimentos — mas seria de toda a conveniência que, em futura alteração ao Código (já anunciada, de certo modo, como se disse na Introdução), se incorpore esta exigência, que pode contribuir grandemente para a transparência e para a imparcialidade nestes procedimentos.

Consideramos, assim, que, mesmo em face de um quadro que poderia ser mais explícito, as entidades adjudicantes devem dar razões, nos procedimentos de ajuste directo⁽⁷⁶⁾, para a escolha das entidades que convidam para esses procedimentos. Essas razões têm, necessariamente, de passar por motivos aceitáveis, à luz do princípio da prossecução do interesse público; e a imposição de um dever desse tipo deverá servir como um importante incentivo a que não se escolham empresas apenas com base em indicadores de proximidade ou conhecimento pessoal, mas com base em razões objectivamente apreensíveis e controláveis⁽⁷⁷⁾. Nem se alegue que o cumprimento desse dever básico de transparência poderia impedir a contratação com a celeridade necessária: no ajuste directo por urgência impe-

(76) E, naturalmente, também nos de consulta prévia, que continuam a ser possíveis, como se disse, no quadro do regime geral do CCP.

(77) Que até poderão passar, pensamos, pela referência a experiências de contratos anteriores, já que o bom desempenho em contratos anteriores não é, parece-nos, uma razão alheia ao interesse público. Referindo-se igualmente à necessidade de razões para a selecção do co-contratante nestes casos, as quais deverão ser ligadas às características da necessidade, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO/FLÁVIO AMARAL GARCIA, “Desastres naturais e as contratações emergenciais”, p. 43, referindo, com pertinência, que a escolha poderá significar conferir relevância a factos (como a proximidade ao local) que, em circunstâncias de normalidade, não poderiam ser atendidos.

riosa que siga a tramitação “normal”, da parte II do CCP, essa fundamentação é simplesmente mais um elemento das decisões tomadas no momento inicial do procedimento; já no ajuste directo simplificado, é certo que os deveres de formalização dos actos pré-contratuais estão muito mitigados, mas parece que tem de fazer-se uma exigência mínima de formalização, mesmo que ela tenha de ocorrer após o contrato. Na verdade, o presente regime excepcional, mesmo nos casos de ajuste directo simplificado por urgência imperiosa e sem limite de valor (os casos do art. 2.º-A do Decreto-Lei n.º 10-A/2020), oferece um momento óbvio em que tal fundamentação poderá (e por isso, deverá) ser feita, que é o da comunicação aos membros do Governo responsáveis pelas finanças e pela saúde, comunicação essa que, nos termos da lei, já inclui, precisamente, a “fundamentação para a adoção deste procedimento” (art. 2.º-A, n.º 5; cf. igualmente as menções que, nos termos do n.º 6 do mesmo preceito, devem ser incluídas no relatório a publicitar pela SPMS).

d) Modulações a outros aspectos do(s) procedimento(s) de formação do art. 2.º

20. O regime do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 contempla ainda um conjunto de outros aspectos que configuram modulações do regime dos procedimentos de contratação pública conduzidos ao seu abrigo, que cumpre enunciar, ainda que mais topicamente.

Os aspectos que iremos referir parecem ser aplicáveis, apenas, aos procedimentos regulados pelo art. 2.º (e, por essa via, também 2.º-B) do diploma. Com efeito, o regime do ajuste directo simplificado por urgência imperiosa, a que refere o art. 2.º-A, parece ser auto-suficiente, isto é, previram-se aí todas as regras que se pretendeu prever para a formação desses contratos. Isto parece ser confirmado pelo facto de o n.º 4 do art. 2.º-A dispor no sentido de serem aplicáveis aos contratos aí previstos nos n.ºs 3 e 6 do art. 2.º: uma tal disposição não seria necessária, se o art. 2.º, como um todo, fosse aqui aplicável.

21. Assim, prevê-se no art. 2.º a comunicação das adjudicações feitas ao abrigo do regime excepcional aos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pela respectiva área sectorial⁽⁷⁸⁾, bem como a

⁽⁷⁸⁾ Alguns aspectos do regime têm aplicação, apenas, no que diz respeito às entidades da administração estadual; é este o caso. Para os outros sectores da administração pública (mormente,

publicitação no portal dos contratos públicos (Base) — art. 2.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020. Trata-se de um contrapeso essencial para a ausência de publicidade na formação dos contratos, permitindo o escrutínio por parte da comunidade em geral, e também por parte dos potenciais concorrentes dos adjudicatários.

Não obstante essa publicitação, os contratos celebrados ao abrigo do regime excepcional na sequência de ajuste directo, independentemente da sua redução ou não a escrito, podem produzir todos os seus efeitos logo após a adjudicação, sem prejuízo da respetiva publicitação no portal dos contratos públicos (art. 2.º, n.º 5). Esta opção significa o afastamento da norma do art. 127.º, n.º 3, do CCP, o que representa uma importantíssima diferença entre o regime do ajuste directo para “contratos-Covid19”, face ao regime geral do ajuste directo naquele Código. Os contratos podem, assim, produzir os seus efeitos independentemente da publicação no portal Base, a qual, deve, porém, acontecer⁽⁷⁹⁾.

Outra diferença importante reside na mais ampla possibilidade de adiantamentos por conta do preço contratual, por contraponto ao regime geral do art. 292.º do CCP. Como se sabe, no regime geral, os adiantamentos de preço estão limitados a 30% do preço contratual, dependem de prestação de caução e exigem previsão contratual (n.ºs 1 e 4 do art. 292.º do CCP), embora os dois primeiros requisitos possam ser afastados em casos excepcionais, com a devida fundamentação (n.º 3 do art. 292.º). No Decreto-Lei n.º 10-A/2020, a entidade adjudicante pode efetuar adiantamentos do preço “com dispensa dos pressupostos previstos no art. 292.º”, embora isso seja feito depender de um pressuposto que parece estar associado a declarações e comportamentos do potencial fornecedor: “sempre que estiver em causa a garantia da disponibilização, por parte do operador económico, dos bens e serviços a que se refere o presente artigo” (art. 2.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020). A hipótese mais verosímil será a de, em sede de negociações preliminares, o fornecedor fazer depender a própria celebração do contrato da realização de adiantamentos de preço sem sujeição a caução e a limites de preço⁽⁸⁰⁾. O facto de o legislador de emer-

para a administração autárquica), não tem sentido aplicar esta norma. Estamos, assim, perante uma das “adaptações” a que alude o art. 1.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 — neste sentido, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 98.

⁽⁷⁹⁾ Conforme reforça o IMPIC na Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020, n.º 10.

⁽⁸⁰⁾ A hipótese de o fornecedor que já está vinculado contratualmente a fornecer sem adiantamento, vir a invocar, durante a execução contratual, que só fornece mediante adiantamento, será, à partida, potencial incumprimento do contrato, pelo que não deveria permitir o adiantamento; porém, não se pode excluir que isso aconteça, de forma legítima, se existir impossibilidade ou alteração de cir-

gência vislumbrar e permitir essa possibilidade traz consigo evidentes riscos, que manifestamente foram considerados justificados face aos interesses em presença.

O art. 2.º, n.º 6, também se refere à produção imediata de efeitos dos actos e contratos, nos casos aí referidos, o que se acrescenta ao já disposto no art. 2.º, n.º 5, já referido: os contratos aí referidos podem, assim, produzir todos os seus efeitos *logo após a adjudicação*, o que significa que podem ser cumpridos, e podem ser pagos. Isto não significa, a nosso ver, que o legislador esteja a dispensar a redução do contrato a escrito. Na verdade, parece-nos que a única excepção à redução a escrito de contratos contida no Decreto-Lei n.º 10-A/2020 veio a ser a que resultou do aditamento dos contratos a que se refere o art. 2.º-A. De resto, para os contratos sujeitos ao art. 2.º, continuam a aplicar-se (apenas) as causas de inexigibilidade ou dispensa dos contratos a escrito previstas no CCP, em concreto, no seu art. 95.º. O que resulta do regime excepcional é apenas que os contratos podem produzir os seus efeitos logo com a adjudicação, e consequentemente, *antes da outorga* do contrato. A disposição não viola a obrigação de cumprimento do prazo de *self-cleaning*, pois o mesmo não se aplica, designadamente, quando só exista uma proposta no procedimento (art. 95.º, n.º 4, alínea *d*), do CCP), o que naturalmente é o caso do ajuste directo⁽⁸¹⁾.

Tendo em conta este regime de produção imediata de efeitos logo após a adjudicação, suscitou-se a dúvida sobre se isso afastava a necessidade de apresentação dos documentos de habilitação e de prestação de caução, exigidos nos termos gerais (arts. 77.º, 81.º, 88.º, 95.º, n.º 3, e 104.º, n.º 1, do CCP)⁽⁸²⁾. Em resposta a essa dúvida, o legislador veio (sempre com efeitos retroactivos: v. *infra*) aditar os n.ºs 9 e 10 ao art. 2.º, por via dos quais os documentos de habilitação podem ser dispensados, “inclusive para efeitos de pagamentos”, sem prejuízo de a entidade adjudicante os poder pedir a qualquer altura; e a caução pode também ser dispensada, independentemente do preço contratual⁽⁸³⁾. Compreendendo-se,

cunstâncias na própria obtenção, por parte do co-contratante, dos bens com que iria cumprir (imagine-se que ficou impedido de os trazer de um armazém no estrangeiro). Em rigor, a própria lei geral já admite, implicitamente, situações desse tipo (art. 292.º, n.º 4, 2.ª parte, do CCP).

⁽⁸¹⁾ Estamos, obviamente, a pressupor casos de utilização *válida* do procedimento de ajuste directo.

⁽⁸²⁾ Referindo a questão, veja-se a Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020 do IMPIC, n.º 8.

⁽⁸³⁾ Contrastando, assim, com o regime geral, nos termos do qual a caução é exigida, em regra, para contratos com preço contratual igual ou superior a 200.000€ — art. 88.º, n.º 2, alínea *a*), do CCP.

mais uma vez, a razão de ser desta opção, a mesma cria riscos de celebração de contratos com agentes económicos afectados por impedimentos (no caso da dispensa de documentos de habilitação)⁽⁸⁴⁾, ou de falta de garantias perante eventuais incumprimentos (no caso da falta de prestação da caução).

IV. Entrada em vigor e produção de efeitos (retroactivos) do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 e das alterações ao mesmo, em especial

22. Conforme referido acima, reveste-se de grande especificidade o regime de entrada em vigor e produção de efeitos do regime consagrado pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020, e subseqüentes alterações.

De acordo com o art. 36.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, o diploma entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação. Dado que ele ainda foi publicado em suplemento ao Diário da República de dia 13 de Março, o diploma entrou em vigor às 00h00 de dia 14 de Março. No entanto, como é sabido, entrada em vigor e produção de efeitos não se confundem, e este diploma estabelece, expressamente, que “produz efeitos no dia da sua aprovação” (art. 37.º, com excepções que aqui não relevam). Essa aprovação, em Conselho de Ministros, ainda aconteceu no dia 12 de Março, conforme se alcança pela data indicada no diploma. Deve entender-se que o momento procedimental relevante para que certo procedimento fique abrangido pelo regime é o da decisão de contratar, momento que inicia o procedimento (art. 36.º do CCP)⁽⁸⁵⁾.

Articulando todas as afirmações anteriores, depreende-se que o Governo, com esta norma sobre produção de efeitos, salvaguardou (ou tentou salvaguardar) todos os procedimentos cuja decisão de contratar tenha sido tomada nos dias 12 e 13 de Março, e que se tenham conformado com o regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020. Note-se que o que isto significa é que um procedimento que, em 12 e 13 de Março, não fosse conforme ao regime geral da contratação pública (leia-se, o regime do CCP), mas tenha sido conforme ao regime aprovado, em 12 de Março, pelo Conselho de Ministros (por exemplo, um ajuste directo simplificado

⁽⁸⁴⁾ Recorde-se o que frisámos acima: apesar da dispensa de documentos de habilitação, não estão dispensados os impedimentos à contratação.

⁽⁸⁵⁾ No mesmo sentido, Orientação Técnica n.º 06/CCP/2020, p. 12.

para bens e serviços no valor de 15.000€, ilegal à luz do regime geral, mas permitido pelo regime excepcional), foi, de certo modo, sanado ou convalidado, por força do novo regime.

Repare-se que a mesma metodologia, mas com alcance ainda mais incomum, foi adoptada a partir do aditamento do art. 2.º-A a este regime. Esse aditamento, como se viu, foi operado pelo Decreto-Lei n.º 18/2020, de 23 de Abril, que entrou em vigor a 24 de Abril (cf. o seu art. 4.º). Não obstante, o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 18/2020 veio prever, não apenas, que o artigo agora aditado produzia efeitos a 13 de Março⁽⁸⁶⁾, mas também que “[o]s procedimentos promovidos antes da publicação do presente decreto-lei que não tenham observado, no todo ou em parte, o regime previsto no art. 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, consideram-se realizados, para todos os efeitos, ao abrigo do regime previsto no art. 2.º-A do mesmo decreto-lei, na redação dada pelo presente decreto-lei” (cf., respectivamente, os dois números do art. 3.º).

Estas opções deixam entrever aquilo que deverão ter sido, seguramente, dias difíceis de gerir, no início da fase mais aguda da pandemia em Portugal, na tentativa de assegurar a aquisição, em especial, de medicamentos e dispositivos médicos (como ventiladores), material clínico e de protecção individual, no quadro de um mercado internacional que se caracterizava por um grau de agressividade competitiva inusitado, não apenas do lado da oferta (entre os agentes económicos), mas também do lado da procura (já que os diferentes Estados e entidades públicas e privadas do sector da saúde competiam igualmente entre si para obter recursos que eram escassos no mercado). Isto compreende-se se se considerar o conteúdo do art. 2.º-A, o qual, como se viu, consiste essencialmente na extensão do procedimento de ajuste directo simplificado, que é praticamente isento de *qualquer* formalidade, a aquisições de urgência imperiosa. Deste modo, o que resulta do Decreto-Lei n.º 18/2020 é que o legislador veio, retroactivamente, depois de ter passado mais de um mês de vigência do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, promover a sanação de procedimentos e contratos que tenham sido realizados, no limite, sem qualquer formalidade⁽⁸⁷⁾. Por esse motivo, pode dizer-se que, embora já tivessem ocorrido

⁽⁸⁶⁾ Mas não, estranhamente, a 12 de Março — ou seja, existe um desalinhamento de um dia entre a data de produção de efeitos do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 e a data de produção de efeitos do art. 2.º-A que lhe foi aditado.

⁽⁸⁷⁾ Com isso, abrangidos pela sanação terão ficado procedimentos que não tivessem cumprido o regime do CCP, mas também procedimentos que já tivessem sido tramitados ao abrigo do regime aprovado pelo próprio Decreto-Lei n.º 10-A/2020, na sua redacção anterior, e que tivessem incumprido algum dos aspectos desse mesmo regime.

situações de sanação, convalidação ou ratificação legislativa de procedimentos em situação de emergência⁽⁸⁸⁾, essa intenção de convalidação, no regime excepcional de resposta à pandemia de Covid-19, vai bem mais longe: no âmbito desses outros regimes, não só a aprovação do regime tem sido, normalmente, mais rápida, como, sobretudo, o aligeiramento de formalidades não é tão intenso como ocorreu aqui.

23. A situação acabada de descrever estabelece um curioso diálogo com alguns tópicos argumentativos, que devem ser aqui convocados e através dos quais acedemos a uma perspectiva mais ampla e a algumas das grandes questões do direito dos contratos públicos, e até, do direito administrativo em geral.

Em primeiro lugar, não há que duvidar, pelas razões acima apontadas, da possibilidade de serem celebrados contratos, mesmo de valores muito significativos, com total ou quase total ausência de formalidades. Como vimos, é possível compreender as razões *substantivas* de um regime como o do art. 2.º-A do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, que estende o modo de contratar completamente desformalizado do ajuste directo simplificado (impressivamente designado na gíria como “ajuste directo sob factura”) a aquisições de valores potencialmente muito elevados. Seria mais difícil aceitar a sanação ou convalidação, se os procedimentos a sanar ou convalidar se apresentassem, de algum modo, como contrários a valorações essenciais do sistema; mas na verdade, não é assim: a melhor interpretação do próprio direito europeu confirma que este, para os procedimentos sem concorrência, não prevê formalidades procedimentais específicas, com o que pretende deixar espaço às necessidades que a situação-de-urgênci colocue.

O segundo tópico relevante sugerido por estas disposições sobre produção de efeitos prende-se com um dos institutos mais relevantes para compreender a fundo o que significa a juridicidade administrativa: o estado de necessidade. De facto, esta é uma figura axial do direito administrativo (e do direito, em geral), que apela à aplicação contextual e flexível do direito, reconhecendo que as normas positivas são, em grande medida, pensadas para certas situações, e deixam de aplicar-se quando essas situações são muito alteradas. Não se trata, assim, de dispensar o cumprimento da lei, mas de reconhecer que o respeito pela juridicidade

(88) Cf. o art. 12.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro (medidas de facilitação de investimento público); art. 7.º do Decreto-Lei n.º 85/2018, de 25 de Outubro (furacão *Leslie*); art. 4.º do Decreto-Lei n.º 168/2019, de 29 de Novembro (furacão *Lorenzo*).

exige, em alguns casos, reconhecer que a norma que deve ser cumprida não é a norma positiva (escrita), mas uma norma reclamada pela situação específica⁽⁸⁹⁾.

Assim, e concretizando: no momento em que o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 *ainda não existia*, poder-se-ia dizer que só seria possível celebrar contratos de urgência imperiosa com o formalismo geral do ajuste directo por urgência imperiosa previsto na parte II do CCP; e no momento em que o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 já existia, mas *ainda não existiam* os n.ºs 9 e 10 do seu art. 2.º (que foram aditados pela Lei n.º 4-A/2020), ou o seu art. 2.º-A (aditado pelo Decreto-Lei n.º 18/2020), só podia contratar-se por ajuste directo, no mínimo, com o formalismo, mais reduzido do que o do CCP (mas ainda assim, existente), previsto no Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

No entanto, este parece-nos ser um dos casos que explicam a relevância da ressalva da cláusula geral do estado de necessidade, em contexto de contratação pública de emergência. As normas sobre procedimentos pré-contratuais, mesmo aquelas pensadas para situações de urgência, como já era o caso dos arts. 2.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, têm de entender-se sempre como estando sob condição implícita de não serem afastadas por uma situação-de-urgência que seja incompatível *mesmo com essas regras mais aligeiradas*.

Assim, para dar exemplos que aderem aos elementos do regime que analisamos, é de notar que apenas com o aditamento dos n.ºs 9 e 10 ao art. 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, pela Lei n.º 4-A/2020, passou a estabelecer-se que a entidade adjudicante poderia dispensar a entrega dos documentos de habilitação, ou a prestação de caução. Repare-se que, por força do regime geral da contratação pública, a celebração do contrato, no caso de haver contrato escrito, ou a execução do contrato, em caso de dispensa ou inexigibilidade de redução a escrito, só podem ter lugar após o cumprimento dessas formalidades (cf. arts. 104.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), e 95.º, n.º 3, respectivamente). No entanto, mesmo que não tivessem sido aditados ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020 aqueles preceitos (com efeitos retroactivos: cf. art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 4-A/2020), ninguém poderá negar que, caso a concreta contratação em causa estivesse em vias de se gorar por impossibilidade de entrega atempada dos documentos de habilitação,

(89) MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I — *Introdução e princípios fundamentais*, 2.ª ed., Lisboa: D. Quixote, 2006, p. 175; PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, p. 127. No mesmo sentido, a final, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 4.ª ed. (com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal), Coimbra: Almedina, 2018, p. 49.

ou de prestação de caução, por parte do co-contratante, a entidade adjudicante poderia invocar o art. 3.º, n.º 2, do CPA, e dispensar essas formalidades, por força do estado de necessidade. A vida e a integridade física e psíquica das pessoas são os bens mais importantes para o direito, e quando precisam de ser protegidos com urgência, isso deve sempre acontecer: o direito, longe de ser um empecilho, consagra todas as ferramentas necessárias para esse efeito. E não se fique com a ideia, pelos exemplos utilizados, de que apenas se poderia dispensar *certas formalidades* ao abrigo do estado de necessidade, e nunca todo o procedimento. Com efeito, o advento do CPA de 2015 veio confirmar, em norma positiva, o entendimento segundo o qual o estado de necessidade pode chegar ao ponto de justificar a própria preterição total de procedimento — é o que resulta do art. 161.º, n.º 2, alínea *l*), deste Código⁽⁹⁰⁾.

Se assim é, chegamos à conclusão segundo a qual, no fim de contas, a produção retroactiva de efeitos não chega, sequer, a ter efeitos de convalidação, pelo menos naqueles casos que já fossem cobertos pelo estado de necessidade. Com efeito, o principal efeito da aplicação da figura do estado de necessidade é, como se sabe, que a actuação administrativa que, de outro modo, seria ilegal, é considerada conforme à legalidade (entenda-se, conforme à norma de excepção que é convocada pela situação justificativa do estado de necessidade)⁽⁹¹⁾. Os procedimentos que não tenham observado formalidades do CCP, nos dias 12 e 13 de Março, e que foram abrangidos pela produção retroactiva de efeitos do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, na sua redacção inicial; e os procedimentos que não tenham observado as formalidades *do próprio Decreto-Lei n.º 10-A/2020*, e que foram abrangidos pela produção retroactiva de efeitos da Lei n.º 4-A/2020, que aditou os n.ºs 9 e 10 ao art. 2.º, ou do Decreto-Lei n.º 18/2020, que aditou o art. 2.º-A, já eram, assim, procedimentos válidos (isto é, deram origem a actos e contratos válidos), desde que nesses casos se tenha entendido, justificadamente, que a observância do CCP, ou das normas do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 (respectivamente), teria levado a um mal maior, traduzido na impossibilidade de celebrar um contrato imprescindível naquele momento. Para estes actos e contratos, a produção retroactiva de efeitos operada pelas normas do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 e pelas nor-

⁽⁹⁰⁾ Referindo também (em sede geral) este importante argumento de direito positivo dado pelo CPA de 2015, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, p. 82.

⁽⁹¹⁾ JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “Revisitando...”, p. 793; PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, p. 133.

mas que o alteraram, tem apenas o valor de criação de um nível adicional de segurança jurídica: limita-se a uma declaração explícita de validade, que já resultaria da aplicação do art. 3.º, n.º 2, do CPA.

24. A situação mais invulgar e, por isso mesmo, problemática, numa primeira leitura, seria, pois, a dos procedimentos que não pudessem, por qualquer razão, invocar o estado de necessidade; isto é, aqueles em que não se demonstre que o incumprimento de uma determinada formalidade procedimental era imprescindível para proteger um bem de maior relevância. Esses, de facto, são, na sua origem, procedimentos (e contratos) afectados pela invalidade dos actos neles praticados, e que, como tal, só podem deixar de o ser pela intervenção de uma qualquer forma de sanção; e foi exactamente essa sanção que o legislador procurou operar, por via da produção retroactiva de efeitos do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 e, em especial, dos diplomas que o alteraram.

A situação de sanção, por via legislativa, de actos e contratos inválidos, suscita, como é evidente, fundadas reservas. Compreende-se que o edifício da juridicidade administrativa pode ser, em abstracto, profundamente afectado por uma adopção excessivamente liberal de ferramentas deste tipo. Em todo o caso, a nosso ver, há algumas razões que, *nesta específica situação*, diminuem ou mesmo eliminam as perplexidades suscitadas pela ideia de uma “sanção legislativa” de actos e contratos.

A primeira razão prende-se com a necessidade de reconhecer que, embora a produção retroactiva de efeitos da lei não seja a regra (cf. o art. 12.º do Código Civil), não existe, designadamente, ao nível constitucional, um princípio geral de proibição de lei retroactiva⁽⁹²⁾.

A segunda razão prende-se com a natureza dos procedimentos cujos actos procedimentais e contratos são, aqui, objecto de sanção: em concreto, a sua natureza não competitiva. Repare-se que o âmbito da sanção cobre, exclusivamente, procedimentos de ajuste directo, que, além da entidade adjudicante, não têm outro interveniente que não o próprio co-contratante. Além disso, a intervenção legislativa dá-se em aspectos formais e procedimentais, não parecendo ter capacidade para alterar o conteúdo contratual de uma forma que fosse surpreendente (e potencialmente penalizadora) para o co-contratante. A sanção, neste caso, não parece ter potencial

⁽⁹²⁾ Admitindo isso mesmo, a propósito de um outro regime excepcional que então criticavam, JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNANDEZ SÁNCHEZ, *As medidas excepcionais de contratação pública para os anos de 2009 e 2010. Breve comentário ao decreto-lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 47.

para afectar negativamente o co-contratante (pelo contrário)⁽⁹³⁾. Uma eventual sanção “contra” o co-contratante já colocaria evidentes problemas de violação dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da boa fé. Além disso, a ausência de outros competidores abrangidos pela sanção faz com que não se consiga invocar, contra ela, o argumento da frustração de posições desses outros competidores, distinguindo, assim, esta sanção de outras que, no passado, afectaram (ou procuraram afectar) procedimentos competitivos⁽⁹⁴⁾.

A terceira razão que permite relativizar as perplexidades causadas pela sanção em apreço prende-se com a temática do desvalor dos actos e contratos afectados por ilegalidades procedimentais, e com a possível sanabilidade do procedimento, mesmo por força das regras gerais. Cabe sublinhar o óbvio: uma ilegalidade num procedimento pré-contratual tem o regime típico da ilegalidade no procedimento administrativo, que é, em princípio, a mera anulabilidade (art. 163.º, n.º 1, do CPA); a anulabilidade é, também por força das regras gerais, sanável com efeitos retroactivos (arts. 164.º, n.º 5; e 173.º, n.º 2, do CPA). Assim, se a ilegalidade que afectou um procedimento foi, por exemplo, a dispensa dos documentos de habilitação previamente à celebração do contrato, *antes* de a Lei n.º 4-A/2020 ter aditado o n.º 9 ao art. 2.º, já se poderia, por força das regras gerais, sanar esse acto e contrato. Mais complicada, a este respeito, é a situação dos casos em que não tenha existido qualquer procedimento, e que não sejam cobertos pela figura do estado de necessidade — mas parece-nos difícil equacionar uma situação em que não se verificasse estado de necessidade e uma entidade adjudicante tenha agido sem realizar, pelo menos, alguns actos procedimentais⁽⁹⁵⁾. Por último, ainda que se

⁽⁹³⁾ Se se reparar, isto prende-se com um dos pressupostos habitualmente afirmados para que se diga ter existido violação do princípio da tutela da confiança: uma actuação contraditória com as expectativas que frustra o investimento de confiança. De facto, se a actuação posterior não é exactamente igual à que se antecipava, mas não prejudica o investimento de confiança, a situação acaba por não ter relevância suficiente para permitir invocar o princípio.

⁽⁹⁴⁾ JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNANDEZ SÁNCHEZ, *As medidas excepcionais*, pp. 44, 51 ss., teciam duras críticas ao regime de produção retroactiva de efeitos do Decreto-Lei n.º 34/2009 por, precisamente, abranger procedimentos de ajuste directo com consulta (hoje, correspondentes à consulta prévia) e mesmo procedimentos concursais, argumentando que tal poderia gerar desigualdades graves entre o adjudicatário e os participantes nesses procedimentos, já que estes tinham confiado numa certa situação procedimental, posteriormente alterada. Mas, precisamente, essa crítica é insusceptível de ser apontada ao regime agora criado.

⁽⁹⁵⁾ Não sendo esta a sede para desenvolver a questão, recorde-se que não é líquida a questão de saber qual o desvalor que afecta um procedimento, e correspondente contrato, que tenham sido levados a cabo com inobservância do procedimento devido, em todas as cambiantes do problema (ausência de procedimento, procedimento indevido, etc.). São conhecidos os termos da discussão: na

entendesse que o desvalor decorrente da violação do regime aplicável seria o da nulidade, também não parece questionável que o legislador possa conformar, por acto legislativo (com efeitos retroactivos), esse desvalor, dando-lhe um conteúdo e regime diferentes do regime-regra da nulidade; nem parece que os valores em causa se oponham, neste caso, à conformação retroactiva do regime da nulidade.

Em suma: a sanção, por via de acto legislativo, de actos e contratos é uma solução que suscita fundadas reservas, à luz do imperativo de juridicidade da actuação administrativa, e há, certamente, muitos contextos em que a mesma não poderia realizar-se (por exemplo, a sanção retroactiva de actos lesivos de direitos, liberdades e garantias, que seria logo vedada pelo art. 18.º, n.º 3, da Constituição; ou a sanção de um acto em violação de expectativas legítimas nele baseadas por um particular, que ofenderia os princípios da segurança jurídica e da boa fé, decorrentes do art. 3.º da Constituição). Também se pode acrescentar que, num plano de política legislativa, a produção retroactiva de efeitos convalidantes de actos e contratos administrativos é um mecanismo a evitar e prevenir a todo o custo, pelas dúvidas que, justificadamente, levanta, e pela desconfortável sensação, que pode criar-se, de ser possível praticar actos ilegais confiando na subsequente cobertura por uma lei. Contudo, o que cabe perguntar é se essa repulsa ou estranheza que, em abstracto, se pode afirmar quanto a tal figura, se concretiza em razões normativas bastantes para afastar, *nos casos aqui em apreço*. E a esse respeito, como se viu, há razões ponderosas para responder negativamente: não só muitos procedimentos e contratos feitos sem respeitar o “direito escrito” estariam ao abrigo da figura do estado de necessidade (e portanto, seriam, na sua origem, válidos), como a sanção em procedimentos só com um participante é completamente diferente de eventual sanção em procedimentos competitivos, devendo ainda acrescentar-se que a sanção retroactiva é uma possibilidade aberta, em geral, em todos os casos de actos administrativos anuláveis.

vigência do CPA de 1991, discutiu-se se o desvalor seria a nulidade, por falta de elemento essencial, com base no art. 133.º, n.º 1, ou a anulabilidade, nos termos gerais. Na vigência do CPA de 2015, a questão permanece, mas agora, eliminada a cláusula geral de nulidade, em torno do art. 161.º, n.º 1, alínea I), que comina com a nulidade a preterição total do procedimento legalmente devido. No presente caso, deve notar-se que não se está a preterir um procedimento concorrencial por um procedimento não concorrencial: a diferença, neste caso, é entre levar a cabo um ajuste directo ao abrigo do regime geral do CCP, ou um ajuste directo ao abrigo do art. 2.º, ou, depois, do art. 2.º-A, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020.

V. Nota conclusiva

A presente situação de pandemia, e em particular o regime excepcional de contratação pública aprovada a seu propósito, suscitam diversas reflexões. Uma delas é a que deve levar a reconhecer, com humildade, que em certas situações, mesmo regimes específicos que, de forma bem intencionada, apelam a uma conciliação entre celeridade e transparência, podem ter de ceder perante a força inelutável dos factos, em homenagem à necessidade de protecção de bens e valores de maior importância. Não pondo em causa essa necessidade, há que saber encontrar, nesses casos, meios de devida compensação: se não é possível assumir o devido formalismo na fase prévia à contratação, há que fazer um reforço sério dos controlos e formalidades *a posteriori*, em especial no que diz respeito às formalidades de transparência e fundamentação, mas também a formalidades que são verdadeiras garantias da sã concorrência e da defesa do interesse público no cumprimento do contrato, como sucede com a habilitação e a prestação de caução.

A actuação em emergência convoca, igualmente, uma atitude e uma metodologia específicas para pensar e aplicar a sujeição da administração pública ao direito. Mesmo na actuação em estado de necessidade, o agente administrativo não actua fora do direito, mas actua num contexto em que a validade das suas acções é medida essencialmente pela capacidade para ponderar e equilibrar princípios e interesses divergentes, num quadro mais incerto, quer em termos de dados de facto, quer em termos de clareza das respostas do direito, do que quando se actua sujeito a normas que regulam a sua conduta ao pormenor. Isso deve ser tido em conta, designadamente, quando as entidades de controlo forem avaliar a conduta dos decisores nestes períodos.

A metodologia de abordagem normativa ao problema da emergência na contratação pública ganharia em ser pensada de forma sistemática e, porventura, revista em alguns aspectos. Desde logo, há que ponderar que o sistema jurídico foi mudando e a disponibilidade de meios de contratação pública céleres é hoje bem maior do que no passado. Há que olhar com outra atenção para o regime geral da contratação pública e reconhecer que muitos dos instrumentos gerais são mobilizáveis com rapidez em situações de urgência: a Comunicação de 1 de Abril de 2020 da Comissão Europeia, que criticámos em alguns aspectos, é certa ao notar este ponto em concreto.

O art. 28.º da LBPC, que é aquilo que, no direito português, mais se aproxima de um regime geral de contratação pública em situação de emergência, padece claramente de um problema de desactualização profunda:

oriundo de uma época anterior ao CCP, o seu desajuste torna-se patente, pela sua limitação temática ao ajuste directo, e por ignorar a evolução do entendimento dos princípios gerais mesmo em sede de utilização do ajuste directo (ou outros procedimentos por convite) abaixo dos limiares europeus. Essa desactualização é também evidente no facto de o regime ser constantemente posto de lado quando seria necessário. Porventura, as lições dadas pelas crises recentes e em particular por aquela que atravessamos aconselham que se aproveite para concretizar proposta já feita entre nós⁽⁹⁶⁾ e no estrangeiro⁽⁹⁷⁾, de regular, de forma global, o tema da contratação de emergência, o que, para ser feito com a amplitude devida, não deveria limitar-se a uma revisão do art. 28.º da LBPC, que tem o seu âmbito delimitado pela protecção civil.

Por outro lado, a reacção do legislador através de iniciativas avulso nem sempre apresenta a maior coerência e clarividência: designadamente, seria talvez mais acertado, simples e eficaz, subir, transitoriamente, de modo mais decidido, os limites de contratação por ajuste directo e consulta prévia, ainda que com as devidas cautelas decorrentes da jurisprudência europeia em matéria de contratos de valor inferior aos limiares e da implementação de adequadas ressalvas de transparência e auditoria *ex post*, do que remeter as entidades adjudicantes, sobretudo, para a aplicação do ajuste directo por urgência imperiosa⁽⁹⁸⁾. A criação de regimes jurídicos de carácter excepcional, vigorando, por vezes, por longos meses, ou mesmo anos, assentes no pressuposto de subsunção generalizada de contratos à figura do ajuste directo por urgência imperiosa (ou outro fundamento material qualquer) é problemática. Não nos parece que o principal problema levantado seja de constitucionalidade ou mesmo de desconformidade dos diplomas, em si, face ao direito europeu, já que é duvidoso que os princípios (designadamente, o da proporcionalidade) tenham densidade suficiente para permitir um juízo que diga que o regime *como um todo* é inconstitucional, ou viola direito europeu⁽⁹⁹⁾. O que se passa é que se pode criar um problema de percepção, que induza as entidades adjudicantes em

(96) Cf., por último, JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO, *Direito Administrativo da Emergência*, pp. 84-85.

(97) DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO/FLAVIO AMARAL GARCIA, “Desastres naturais e as contratações emergenciais”, p. 26.

(98) Observação semelhante, a propósito do regime do Decreto-Lei n.º 70/2018, já tinha sido feita por MARCO CALDEIRA, “Os regimes excepcionais de contratação pública”, p. 77.

(99) Deste modo, não conseguimos acompanhar as conclusões relativas a potenciais inconstitucionalidades tiradas por MARCO CALDEIRA, “Problemas de constitucionalidade”, *cit.*, não obstante aderirmos aos pressupostos de que parte.

erro. Como se frisou acima, os fundamentos materiais de ajuste directo, tal como são equacionados pelo direito europeu, são fundamentos a aferir *em concreto*, porque só essa aferição em concreto garante que a sua aplicação se mantém dentro de um quadro de excepcionalidade. Aprovar uma lei dizendo taxativamente, ou sugerindo, que uma série indefinida e abstracta de contratos, a celebrar no futuro, para períodos tão longos como 18 meses (cf. *supra*), preenchem os pressupostos da urgência imperiosa, ou mesmo *alguns* desses pressupostos, não é, por si só, automaticamente gerador de contratos desconformes ao direito europeu, mas cria riscos evidentes de pelo menos alguns desses contratos ficarem fora da cobertura dos pressupostos exigentes do art. 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP e das disposições de direito europeu que lhe correspondem. Esse risco será tanto maior quanto mais o próprio legislador alongue o prazo de vigência dos regimes e/ou os prazos dos contratos celebrados ao seu abrigo, e quanto mais insistir em “sugerir” a utilização do ajuste directo por urgência imperiosa em domínios da actuação administrativa nos quais a imperiosidade da urgência seja pouco evidente.

Junho de 2020