



ASSUNTO:	COVID-19. Contratação pública. Concurso público para aquisição de serviços de transportes escolares.
Parecer n.º:	INF_DSAJAL_CG_5834/2020
Data:	3-07-2020

Pelo Exmo. Senhor Vice-Presidente da Câmara Municipal foi solicitado parecer sobre o seguinte:

“(...) atendendo à ausência de informação sobre a data de início do ano letivo 2020/2021, bem como ao facto de o Município de (...) ter que recorrer a um concurso Público [Transportes Escolares para o ano letivo 2020/2021], face ao valor do preço base do procedimento, pretende-se saber como deve agir o Município de (...) perante esta situação, designadamente:

- 1) Deve ser publicitado de imediato, o concurso Público para esteja finalizado em setembro, ainda que o Município desconheça a data de início do ano letivo, ou se a evolução da pandemia vai permitir as aulas presenciais?*
- 2) O Município de (...) deve aguardar informação do Ministério da Educação, e na eventualidade de o próximo ano letivo iniciar em setembro, pode recorrer a ajustes diretos, ao abrigo do disposto no artigo 24.º, n.º 1 al. c) do Código dos Contratos Públicos?”*

Cumpre, pois, informar:

I

As prestações típicas abrangidas pelo objeto dos contratos de aquisições de serviços, como acontece com o caso dos transportes escolares, estão submetidas à concorrência de mercado, de acordo com o fixado na alínea e) do n.º 2 do artigo 16.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)¹.

¹ Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, na redação conferida pela Declaração de Retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro, retificada e republicada pela Declaração de Retificação n.º 42/2017, de 30 de novembro, sucessivamente alterado pelo Decreto-Lei n.º 33/2018, de 15 de maio e pelo Decreto-Lei n.º 170/2019, de 4 de dezembro, na reação conferida pela Resolução da Assembleia da República n.º 16/2020, de 19 de março.

A escolha do procedimento pré-contratual a adotar é feita, por regra e princípio, em função do valor (cf. artigo 18.º do CCP).²

Todo o espírito da legislação comunitária nesta matéria, que foi transposta para a nossa ordem jurídica pelo CCP, e o do próprio código também (apesar de nele não constar expressamente) assenta no princípio da preferência dos procedimentos de concurso público (e análogos) em detrimento do ajuste direto e da consulta prévia, privilegiando aqueles mesmo quando a escolha dos procedimentos em função do valor permitisse o recurso a procedimentos não concursais. Isto em respeito dos princípios da igualdade e da concorrência, como a defende a jurisprudência nacional e comunitária, e que constituem os pilares do regime de contratação pública instituído pelas diretivas europeias e constante do CCP.

Este primado do concurso público, enquanto procedimento regra no domínio da contratação pública, justifica-se porquanto o concurso público, é aquele que melhor promove os princípios da concorrência, da transparência, da igualdade de tratamento e demais princípios consagrados no artigo 1º-A do CCP^{3,4}

As entidades adjudicantes podem adotar o ajuste direto⁵ como procedimento pré-contratual para a formação de contratos de aquisição de serviços, apenas nos casos em que tal seja admitido por lei, em função do valor do contrato ou, excepcionalmente, com base em critérios materiais (independentemente do valor), enquadráveis numa das situações descritas nos artigos 24.º a 27.º do mesmo normativo.

² Para a formação de contratos sujeitos à concorrência de mercado, as entidades adjudicantes devem adotar um dos seguintes tipos de procedimentos (previstos no n.º 1 do artigo 16.º do CCP): “a) Ajuste directo; b) Consulta prévia; c) Concurso público; d) Concurso limitado por prévia qualificação; e) Procedimento de negociação; f) Diálogo concorrencial; g) Parceria para a inovação.”.

³ Norma introduzida no âmbito da reforma do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, que consagra o seguinte: “Na formação e na execução dos contratos públicos devem ser respeitados os princípios gerais decorrentes da Constituição, dos Tratados da União Europeia e do Código do Procedimento Administrativo, em especial os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade, bem como os princípios da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação.”.

⁴ E como vinha já há longo tempo sendo propalado pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (STA) – veja-se os Acórdão do STA de 21/06/2011 (Processo n.º 011/11) disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf2e1bb1e680256f8e003ea931/a4b5e327c0c9df58802578bc003b6629?OpenDocument&ExpandSection=1> - ; e, em especial, do Tribunal de Contas (TC) - por exemplo os Acórdãos n.º 20/2007, de 20/11/2007, n.º 4/2008, de 12/02/2008, e n.º 6/2008, de 10/03/2008 (disponíveis em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos.shtm>).

⁵ Previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 16.º do CCP.

O Tribunal de Contas considera que o ajuste direto é “*uma exceção ao regime regra da escolha do cocontratante particular na realização de despesas públicas, o concurso público e por isso, a lei, quando a admite ao abrigo do (...), rodeia-a de fortes condicionalismos impondo a verificação de apertados requisitos.*”, concluindo que “*A falta de concurso, quando legalmente exigido, torna nulo o procedimento e o contrato subsequente por preterição de um elemento essencial (...)*”.⁶

Como explica Jorge Andrade da Silva⁷, “*O Tribunal de Contas desde há muito vem prestando particular atenção à utilização que se faz destes procedimentos de adjudicação, recomendando que essa utilização deve cuidar da verificação dos pressupostos legais destes instrumentos excecionais de adjudicar os contratos.*”. Como por exemplo, e bem recentemente concluiu o Tribunal de Contas: “*Resultando também claramente da citada jurisprudência [comunitária] que a interpretação da exceção às regras e aos princípios que salvaguardam a concorrência e a igualdade no acesso aos mercados públicos, deve ser interpretada e aplicada de forma estrita, devendo reservar-se a circunstâncias excecionais e inequivocamente fundamentadas.*”⁸.

II

Assim, a escolha do ajuste direto, enquanto exceção às regras gerais da escolha do procedimento⁹, quando seja feita com base em critérios materiais implica “*cuidados redobrados na aferição dos critérios legais definidos para a sua convocação*”¹⁰.

O que, aliás, é imposto pelo CCP quando faz depender a escolha deste procedimento do preenchimento de exigentes requisitos e restringe-a impondo várias condições.

Deste modo só é possível recorrer aos critérios materiais previstos nos artigos 24.º a 27.º do CCP quando o caso concreto esteja enquadrado numa das situações previstas nesses normativos. O que não impede que, mesmo nessas situações as entidades adjudicantes possam recorrer a outros procedimentos que não o ajuste direto ou a consulta prévia, optando por procedimentos de natureza concursal e mais defensivos dos princípios da concorrência, igualdade de tratamento e transparência.

⁶ Cf. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 20/2007, de 20 de novembro (<https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2007/1spl/ac020-2007-1spl.pdf>).

⁷ Em “*Código dos Contratos Públicos – Anotado e comentado*”, 8.ª edição revista e atualizada, Ed. Almedina, Coimbra, 2019, página 119.

⁸ Acórdão do Tribunal de Contas n.º 10/2018, de 9 de fevereiro (<https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2018/1sss/ac010-2018-1sss.pdf>).

⁹ Previstas nos artigos 17.º a 22.º do CCP.

¹⁰ Como basilarmente defendeu o STA no seu já aqui citado Acórdão de 21/06/2011.

Pois, como entendem Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira¹¹ “os casos em que por fundamentos materiais se permite o recurso ao ajuste directo, estabelecidos nos arts. 24.º a 27.º do Código (e também no art. 31.º/3), assumem carácter excepcional em relação às regras gerais da escolha do procedimento (contidas nos arts. 19.º a 23.º e 31.º a 33.º)”. O que tem como consequência que “as normas respeitantes aos critérios materiais do ajuste directo, porque estabelecem desvios às regras gerais da contratação pública, devem ser objecto de interpretação estrita, de uma interpretação orientada para a subsunção apenas das situações que se integram claramente na previsão da norma, de uma interpretação que «não facilite», digamos assim – como é jurisprudência uniforme do TJUE (...).”.

Por estes dois autores é defendido que são admissíveis como fundamento do recurso ao ajuste directo por critérios materiais quaisquer “razões económicas, financeiras, operacionais ou logísticas.”¹².

Nesta conformidade, a escolha do procedimento pré-contratual de ajuste directo independentemente do valor do contrato só pode ter lugar quando se verificar alguma das situações fixadas no artigo 24.º¹³, para qualquer tipo de contrato, e no artigo 27.º¹⁴ do CCP, quando estiverem em causa aquisições de serviços.

¹¹ Em “Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública”, Almedina, Coimbra, 2014, página 749.

¹² Na referida obra, a página 758.

¹³ “Artigo 24.º Escolha do ajuste directo para a formação de quaisquer contratos

I - Qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode adoptar-se o ajuste directo quando:

a) Em anterior concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, nenhum candidato se haja apresentado ou nenhum concorrente haja apresentado proposta, e desde que o caderno de encargos e, se for o caso, os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira não sejam substancialmente alterados em relação aos daquele concurso;

b) Em anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas, e desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento;

c) Na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante;

d) As prestações que constituem o seu objecto se destinem, a título principal, a permitir à entidade adjudicante a prestação ao público de um ou mais serviços de telecomunicações;

e) As prestações que constituem o objeto do contrato só possam ser confiadas a determinada entidade por uma das seguintes razões:

i) O objeto do procedimento seja a criação ou aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico;

ii) Não exista concorrência por motivos técnicos;

iii) Seja necessário proteger direitos exclusivos, incluindo direitos de propriedade intelectual.

(...)”

¹⁴ “Artigo 27.º Escolha do ajuste directo para a formação de contratos de aquisição de serviços

I - Sem prejuízo do disposto no artigo 24.º, no caso de contratos de aquisição de serviços, pode adoptar-se o ajuste directo quando:

III

A entidade consulente equaciona a hipótese de recorrer ao procedimento de ajuste direto por critérios materiais para adquirir os serviços de transportes escolares para o ano letivo 2020/2021 ao abrigo do previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP: “Na medida do estritamente necessário e por **motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante**, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante;”.

No caso em concreto, estando em causa a incerteza sobre a data da retoma das atividades letivas presenciais no próximo ano letivo de 2020/2021 devido à situação da pandemia da doença COVID-19, e

a) Se trate de novos serviços que consistam na repetição de serviços similares que tenham sido objeto de contrato anteriormente celebrado pela mesma entidade adjudicante com o mesmo adjudicatário, desde que, de forma cumulativa:

i) (revogada)

ii) Aquele contrato tenha sido celebrado, há menos de três anos, na sequência de concurso público, de concurso limitado por prévia qualificação, de procedimento de negociação, de diálogo concorrencial ou de parceria para a inovação;

iii) O anúncio do procedimento tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia, no caso de o somatório do valor estimado do contrato e do preço contratual relativo ao contrato inicial ser igual ou superior ao valor referido, consoante os casos, nas alíneas b) ou c) do n.º 3 do artigo 474.º; e

iv) A possibilidade de adoção do ajuste direto tenha sido indicada no anúncio ou no programa do concurso;

b) A natureza das respetivas prestações, nomeadamente as inerentes a serviços de natureza intelectual, não permita a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam definidos os atributos qualitativos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação, nos termos do disposto no artigo 74.º, e desde que a definição quantitativa dos atributos das propostas, no âmbito de outros tipos de procedimento, seja desadequada a essa fixação, tendo em conta os objetivos da aquisição pretendida;

c) Se trate de serviços relativos à aquisição ou à locação, independentemente da respetiva modalidade financeira, de quaisquer bens imóveis, ou a direitos sobre esses bens, salvo os contratos de prestação de serviços financeiros celebrados simultânea, prévia ou posteriormente ao contrato de aquisição ou de locação, seja qual for a sua forma;

d) Se trate de serviços de arbitragem, conciliação ou mediação;

e) Se trate de serviços de investigação e desenvolvimento não excluídos pela alínea j) do n.º 4 do artigo 5.º, desde que o valor estimado do contrato seja inferior aos limites estabelecidos nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 474.º;

f) (revogada)

g) Se trate de contrato que, na sequência de um concurso de conceção, deva ser celebrado com o concorrente selecionado ou com um dos concorrentes selecionados nesse concurso, desde que tal intenção tenha sido manifestada nos respetivos termos de referência e de acordo com as regras neles estabelecidas;

h) Se trate de adquirir serviços ao abrigo de um acordo-quadro nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 252.º;

i) Se trate de adquirir serviços, em condições especialmente mais vantajosas do que as normalmente existentes no mercado, a entidades que cessem definitivamente a sua atividade comercial, a curadores, liquidatários, administradores de insolvência ou ainda no âmbito de acordo judicial ou procedimento da mesma natureza previsto na legislação aplicável.

2 - (revogado)

(...)”

pretendendo a entidade consulente proceder à aquisição de serviços de transportes escolares no cumprimento das suas atribuições nesse âmbito, consideramos que o exposto pelo município não constitui justificação passível de servir de fundamento para adotar o ajuste direito com base naquele critério material, nos termos da alínea c) do n.º I do artigo 24.º do CCP.

Isto na medida em que a situação indicada pela entidade consulente não se trata de uma circunstância imprevisível. Pelo contrário todos os municípios têm consciência dessa incerteza e da necessidade de adequarem os seus procedimentos de contratação pública, de modo a acautelarem a essa realidade nas respetivas peças procedimentais, mormente o caderno de encargos.

Acresce que, de facto, a entidade adjudicante já tem perfeita consciência desta condicionante em particular, pelo que não pode futuramente invocar que a mesma era imprevisível para justificar não ter lançado concurso público em devido tempo. Também não pode alegar urgência imperiosa em assegurar a aquisição dos serviços pretendidos, uma vez que, não se verifica a imprevisibilidade e a urgência imperiosa é-lhe diretamente imputável.

IV

A questão suscitada pela entidade consulente prende-se essencialmente com o planeamento que deve estar subjacente, de forma essencial, à contratação pública e que passa não só pela programação a nível económico e financeiro, mas também pela previsão dos termos que devem nortear e condicionar a execução do contrato, estabelecendo as correspondentes regras que permitirão à entidade adjudicante conseguir uma execução do contrato sem percalços e sem deixar margem para dúvidas ao adjudicatário.

Os normativos comunitários em matéria de contratação pública assentam todos nesse carácter fundamental do planeamento.

A Comissão Europeia no seu Guia Prático sobre Contratação Pública, sobre a preparação e planeamento dos contratos públicos, refere o seguinte:¹⁵

*“Esta fase tem por objeto a conceção de um processo sólido para a execução das obras, dos serviços ou dos fornecimentos necessários. De um modo geral, um processo de concurso público **executado de uma forma***

¹⁵ Editado em 2015 e que se encontra acessível para consulta em:

https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_public_proc_pt.pdf

aberta, objetiva e transparente deve obter a melhor relação qualidade/preço em matéria de contratos públicos, em consonância com os princípios do Tratado da União Europeia e da Diretiva 2004/18/CE. (...)

Esta primeira fase do processo **é fundamental e influenciará todas as atividades futuras relacionadas com o contrato**. Se esta parte do concurso for efetuada corretamente, as restantes devem decorrer sem dificuldade, mas o inverso também se verifica. Sucede frequentemente a entidade adjudicante (EA) subestimar a fase de planeamento do processo ou nem sequer a realizar. (...)

Consoante a dimensão e a complexidade do contrato, esta fase do processo pode levar meses até o anúncio de concurso poder ser publicado.”¹⁶ (os negritos são nossos)

Como tal, a Comissão Europeia indica que “Um **bom planeamento deve minimizar o risco de necessidade de alterações ou variações do contrato**. Os erros maiores (e potencialmente mais dispendiosos) e mais comuns dos contratos resultam de um planeamento deficiente.”, alertando que “O planeamento é fundamental. Se a entidade adjudicante errar nesta parte do processo, é muito provável que venham a seguir-se erros e problemas. Muitos erros podem dever-se a um planeamento deficiente.”.¹⁷

Por isso, cabe às entidades adjudicantes realizar um “estudo de exequibilidade” do contrato, o que lhes permitirá conceber um caderno de encargos com cláusulas estabelecidas de forma objetiva e clara, mas especialmente que abranjam todas as circunstâncias que devem ser contempladas no âmbito da execução desse contrato e todas aquelas eventualidades que a possam condicionar.

V

Assim, deve a entidade adjudicante, precaver-se e antever todas as vicissitudes e condicionantes que podem surgir e acautelá-las no caderno de encargos do procedimento¹⁸ que deverá ser lançado atempadamente, como se impõe.

Nos termos do artigo 42.º do CCP, o caderno de encargos é a peça do procedimento fundamental para efeitos da execução do contrato, uma vez que contém as cláusulas que nele serão inseridas, e ainda porque as cláusulas dos cadernos de encargos devem fixar os parâmetros base a que as propostas estão vinculadas relativamente aos aspetos da execução do contrato.¹⁹

¹⁶ Op. cit., página 11.

¹⁷ Idem.

¹⁸ No caso de concurso público, em função do valor.

¹⁹ Cf. n.ºs 1, 3 e 5 do artigo 42.º do CCP.

Acresce que, todos os aspetos da execução do contrato que se encontrem submetidos à concorrência, devem ser regulados no caderno de encargos com a fixação de parâmetros base densificados e detalhados. Tais como “o **prazo de execução das prestações objeto do contrato ou as suas características técnicas ou funcionais**”, mas também, e com especial relevância para o caso concreto as “**condições da modificação do contrato**”²⁰ (cf. n.º 4 do artigo 42.º do CCP).²¹

Tal como entende Jorge Andrade e Silva, “o caderno de encargos é o instrumento no qual a entidade adjudicante estabelece os precisos termos, de ordem técnica, económica e jurídica, em que está disposta a contratar”²².

Por essa razão, os cadernos de encargos devem prever todas e quaisquer circunstâncias que possam condicionar de alguma forma a execução do contrato e estabelecer os mecanismos que permitirão ao adjudicatário dar cumprimento ao objeto do contrato nos exatos termos em que a entidade adjudicante necessita, fruto das circunstâncias práticas conexas com os serviços que constituem o objeto contratual.

Como explica a Comissão Europeia, no referido guia prático, “**O caderno de encargos é o documento mais importante no processo de concurso. Deve descrever o serviço/fornecimento/obra a executar, os níveis, as normas e os contributos, em conjunto com os efeitos ou os resultados requeridos. (...) O caderno de encargos tem de ser redigido com exatidão. (...) Uma elaboração deficiente do caderno de encargos é frequentemente a causa principal de alterações subsequentes ao contrato, devido ao facto de não ter refletido a verdadeira dimensão do contrato proposto. (...) É aconselhável que a entidade adjudicante defina prioridades para cada projeto e disponibilize tempo suficiente para considerar todas as questões e riscos, (...)**”^{23,24}

VI

Em conclusão,

²⁰ Os negritos são de nossa autoria para destaque.

²¹ Dispõe o n.º 11 do artigo 42.º do CCP que “Para efeitos do disposto nos n.ºs 3 e 5, consideram-se aspetos submetidos à concorrência todos aqueles que são objeto de avaliação de acordo com o critério de adjudicação, e aspetos não submetidos à concorrência todos aqueles que, sendo apreciados, não são objeto de avaliação e classificação.”

²² Na obra citada, página 167.

²³ Op. cit., a páginas 37 e 38.

²⁴ Daí que recomende que um caderno de encargos bem preparado deve, nomeadamente, “ser exato na forma como descreve os requisitos; ser facilmente compreendido pelos concorrentes e por todos os intervenientes; ter contributos, efeitos e resultados claramente definidos, alcançáveis e mensuráveis; (...) fornecer informações suficientemente pormenorizadas que permitam aos concorrentes apresentar propostas realistas;”.

1. *“Deve ser publicitado de imediato, o concurso Público para esteja finalizado em setembro, ainda que o Município desconheça a data de início do ano letivo, ou se a evolução da pandemia vai permitir as aulas presenciais?”*

1.1. Sim, mas o município deve, no âmbito do planeamento desta contratação pública elaborar um caderno de encargos que espelhe a realidade exposta, estabelecendo cláusulas que contemplem essas possibilidades, enquanto condicionantes à execução do contrato, nomeadamente através da fixação de parâmetros base que acautelem essas eventualidades e da consagração de outras cláusulas jurídicas e técnicas que lhe permitam garantir que o contrato seja executado de forma adequada à finalidade a que se destina e no bom cumprimento do seu objeto.

2. *“O Município de (...) deve aguardar informação do Ministério da Educação, e na eventualidade de o próximo ano letivo iniciar em setembro, pode recorrer a ajustes diretos, ao abrigo do disposto no artigo 24.º, n.º 1 al. c) do Código dos Contratos Públicos?”*

2.1. Não, porquanto a situação da pandemia da doença COVID-19 e as eventuais limitações à realização de atividades letivas presenciais no ano letivo 2020/2021 não constituem justificação passível de servir de fundamento para adotar o ajuste direto com base naquele critério material, não se tratando de uma circunstância imprevisível

2.2. O município tem perfeita consciência dessa incerteza e das condicionantes que dela derivam para a execução do contrato, pelo que deve adequar as peças do procedimento de concurso público para aquisição dos serviços de transporte escolar para o próximo ano letivo, particularmente o caderno de encargos, de modo a que o mesmo acautele todas as eventuais condicionantes que possam influenciar a execução do contrato e determinar os termos concretos em que a mesma deve decorrer.

2.3. Por outro lado, e por causa disso, a autarquia não pode no futuro alegar que decidiu não lançar o necessário concurso público em devido tempo, invocando para o efeito urgência imperiosa em assegurar a aquisição dos serviços pretendidos. Desde logo, porque essa urgência imperiosa é-lhe diretamente imputável, uma vez que não se verifica a imprevisibilidade.

Este é, salvo melhor opinião, o meu parecer.

À consideração superior.