



António Pires de Andrade
Presidente
(em substituição)



João Dentinho
Vogal

ORIENTAÇÃO TÉCNICA 06/CCP/2020

07, 04, 2020

Assunto: Medidas excecionais e temporárias de resposta à situação epidemiológica provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e da doença COVID-19

No âmbito das competências atribuídas ao Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P. (IMPIC) pelo artigo 454.º-A do Código dos Contratos Públicos (na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto), e pelo artigo 3º, nº 3, al. e) da Lei orgânica do IMPIC, I.P. (aprovada pelo Decreto-Lei nº 232/2015, de 13 de outubro), estabelece-se a seguinte **Orientação Técnica, não vinculativa:**

O surto pandémico provocado pelo SARS-CoV-2, o qual deu origem à doença denominada COVID-19, criou uma situação de emergência de saúde pública, à qual se tornou imperioso a previsão de medidas excecionais e temporárias para assegurar o tratamento da mesma, através de um regime adequado a esta realidade, que permita estabelecer medidas que sejam adequadas à prevenção, contenção, mitigação e tratamento da doença, o que só poderá acontecer se as cadeias de abastecimento fundamentais de bens e serviços essenciais forem asseguradas, agilizando-se os procedimentos aquisitivos, garantindo-se, ao mesmo tempo, uma rigorosa transparência nos gastos públicos.

Este regime excepcional encontra-se materializado no Decreto-Lei nº 10-A/2020, de 13 de março, entretanto alterado pelo Decreto-Lei nº 10-E/2020, de 24 de março, e ratificado pela Lei nº 1-A/2020, de 19 de março, e pela Lei nº 4º-A/2020, de 06 de abril.



É também importante ter presente a Comunicação da Comissão Europeia, com as Orientações da Comissão 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).

1 – Que contratos podem ser celebrados ao seu abrigo?

O âmbito de aplicação objetivo deste regime excecional é definido no artigo 1º, nº 2, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, nos termos do qual *“aplica-se à prevenção, contenção, mitigação e tratamento de infeção epidemiológica por COVID -19, bem como à reposição da normalidade em sequência da mesma.”*

Esta redação, sendo abrangente, deve ser interpretada, como em qualquer regime excecional, de forma restrita, entendendo-se que apenas abrange os contratos que, diretamente, visem dar resposta a uma das cinco situações previstas no artigo 1º, nº 2 (prevenção, contenção, mitigação, tratamento e reposição da normalidade).

Esta necessidade de interpretação restritiva é reforçada pela Comunicação da Comissão (2020/C 108 I/01).

Este regime aplica-se aos contratos de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição de serviços, e às empreitadas de obras públicas, independentemente das entidades adjudicantes serem entidades prestadoras de cuidados de saúde do SNS, ainda que o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, aponte para os contratos celebrados por entidades prestadoras de cuidados de saúde do SNS para a *“aquisição, com a máxima celeridade, dos equipamentos, bens e serviços necessários à avaliação de casos suspeitos e ao tratamento de sintomas e complicações associadas ao COVID -19”*.

A esta luz, podem ser considerados os seguintes exemplos de contratos abrangidos pelo regime excecional agora aprovado:

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

De forma diversa, devem ser considerados como estando excluídos do regime excecional previsto no Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março – e sem prejuízo da aplicação do CCP - os seguintes contratos:

- Aquisição de um estudo sobre o impacto económico-financeiro do surto epidémico;
- Aquisição de equipamentos que não prossigam tarefas relacionadas com a prevenção, contenção, mitigação e tratamento de infeção epidemiológica por COVID -19;
- Empreitada de obras públicas para assegurar a contenção de um muro que ameace derrocada.

Deve observar-se que a circunstância de existirem contratos que não se circunscrevem no âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 , de 13 de março não invalida que possam ser considerados eventuais critérios materiais para a formação destes, nomeadamente de harmonia com o disposto no artigo 24.º, n.º 1, alínea c), do Código dos Contratos Públicos (CCP).

2 – A que entidades adjudicantes se aplica?

Ainda que este regime, como vimos, seja, sobretudo, direcionado para as entidades adjudicantes que se enquadrem no sistema nacional de saúde, o regime excecional pode ser utilizado por qualquer entidade adjudicante prevista no artigo 2º, do CCP, quer as que constam no seu n.º 1 (Administração pública tradicional), quer as que constam no seu n.º 2

(organismos de direito público), enquadrando-se nestas últimas, por exemplo, as Misericórdias, as IPSS e o setor empresarial do Estado, regional ou local. Este âmbito da aplicação consta da redação dada ao nº 3, do artigo 2º, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março e pelo Decreto-Lei n.º 10-E/2020, de 24 de março.

3 – Quais os procedimentos a adotar?

Este regime excecional vem permitir que se adote:

1. O **ajuste direto**, independentemente do valor do contrato, previsto na alínea c), do nº 1, do artigo 24º do CCP, como critério material da urgência imperiosa. Este critério material tem os seguintes pressupostos cumulativos: (i) na medida do estritamente necessário, (ii) por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante (iii) não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos e (iv) desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante.

Apesar do nº 3, do artigo 2º, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, determinar que as aquisições ao abrigo deste regime estejam “*isentas do disposto no artigo 27.º -A do CCP*”, ou seja, não tem de se aplicar a consulta prévia, é de todo aconselhável, sempre que possível (designadamente tendo em conta o tempo imposto pela extrema urgência), particularmente quando o valor do contrato for superior aos limiares comunitários, que seja adotada a consulta prévia, por uma questão de alinhamento com a orientação da Comissão Europeia acima referida.

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

2. O **ajuste direto simplificado** (não é tanto um procedimento, mas uma forma simplificada de tramitação), previsto no artigo 128º do CCP, apenas para contratos de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição de serviços até 20.000 €, o que significa que a adjudicação pode ser feita diretamente, sobre uma fatura ou um documento equivalente, e está dispensado de quaisquer outras formalidades previstas no presente Código, incluindo as relativas à celebração do contrato e à publicitação prevista no artigo 465.º.

4 – Qual a fundamentação que deve constar da decisão de contratar?

A fundamentação de direito deve ser sempre o artigo 2º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, concretamente o seu n.º 1 para o ajuste direto, e o seu n.º 2 para o ajuste direto simplificado.

A fundamentação de facto, transversal aos dois procedimentos, deve consistir no enquadramento rigoroso da aquisição no âmbito de aplicação objetiva do presente regime excecional, ou seja, que o contrato a celebrar visa, diretamente, dar resposta a uma das cinco situações previstas no artigo 1º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março.

Concretamente quanto à **fundamentação do ajuste direto**, feito o enquadramento da aplicação do regime, entendemos que não tem de existir uma fundamentação sobre a existência de motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, nem que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante, porque essas já se encontram subsumidas no regime excecional.

Por outras palavras, reitera-se que a aquisição em causa deve circunscrever-se no âmbito de aplicação objetiva do regime excecional, ou seja, dar resposta a uma das cinco situações previstas no n.º 2 do artigo 1º, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março.

No entanto, continua a ser decisivo a existência de uma fundamentação sobre a estrita necessidade da aquisição e sobre o facto de não poderem ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos.

5 – Pode-se convidar a apresentar proposta aquela entidade a quem essa possibilidade estava vedada por força do nº 2, do artigo 113º do CCP?

Sim.

O n.º 3 do artigo 2º, Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, estabelece, claramente que, para as aquisições realizadas ao abrigo do regime em causa, não se aplicam as limitações constantes do nº 2 a 5, do artigo 113.º do CCP.

Assim, no momento do convite, não é relevante analisar o passado contratual que o operador económico tem com aquela entidade adjudicante, através de procedimentos de ajuste direto ou de consulta prévia, adotados ao abrigo do critério do valor (artigos 19º e 20º do CCP, aplicáveis, respetivamente, às empreitadas de obras públicas e às aquisições ou locações de bens móveis e de aquisição de serviços).

Questão diferente é a de saber se as aquisições ao abrigo deste regime são contabilizadas para efeitos da possibilidade de convite em procedimentos futuros de ajuste direto ou de consulta prévia.

Quanto ao ajuste direto, uma vez que é considerado como sendo adotado ao abrigo de um critério material, não tem qualquer relevância para a contabilização constante do artigo 113º, nº 2, do CCP.

O mesmo se diga quanto ao ajuste direto simplificado, uma vez que este é, também, adotado ao abrigo do mesmo critério material, não só porque o n.º 2, do artigo 2º, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, faz uma referência indireta a esse critério (ao utilizar a expressão “*sem prejuízo do no disposto no número anterior*”), como a este “procedimento” deixa de ser aplicável o disposto no nº 2, do artigo 128º, do CCP, o qual considera ser o ajuste direto simplificado adotado ao abrigo de um critério do valor.

6- O operador económico que tenha executado obras, fornecido bens móveis ou prestado serviços à entidade adjudicante, a título gratuito, que não esteja ao abrigo do Estatuto do Mecenato, fica impedido de ser convidado em futuros procedimentos de ajuste direto ou de consulta prévia?

O n.º 3 do artigo 2º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, à semelhança do que se referiu na questão anterior, estabelece que, às aquisições ao abrigo do regime em causa, não se aplicam as limitações constantes do nº 5, do artigo 113.º do CCP, ou seja, o passado contratual (ainda que por contratos de doação, ou outros gratuitos) não tem relevância para se aferir da possibilidade de convidar, ou não, um determinado operador económico.

Mas, se porventura, no âmbito do atual regime, um operador económico fornecer gratuitamente um bem ou serviço, por exemplo, a uma entidade do setor da saúde, ou a uma entidade do setor social, ao contrário do que defendemos na pergunta anterior, entendemos que tal não deverá ser um impedimento para o convite em procedimentos futuros, atento o espírito de solidariedade social que se consegue vislumbrar em toda a legislação produzida no âmbito da atual situação de emergência.

7 – O contrato tem de ser reduzido a escrito?

O n.º 5 do artigo 2º, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, não isenta a celebração do contrato escrito, ao referir expressamente que os contratos podem ou não ser reduzidos a escrito.

Muitos deles estarão isentos da redução a escrito, por força do artigo 95º, nº 1, alínea c), do CCP:

- (i) o fornecimento dos bens ou a prestação dos serviços deva ocorrer integralmente no prazo máximo de 20 dias a contar da data da notificação da adjudicação;
- (ii) e a relação contratual se extinguir com o fornecimento dos bens ou com a prestação dos serviços, sem prejuízo da manutenção de obrigações acessórias (v.g. garantias). Neste aspeto em particular, não se coloca a questão do preço contratual ser igual ou superior a 350.000 €, porquanto, nos termos do artigo 6º, nº 1, da Lei nº 1-A/2020, de 19 de março, os contratos celebrados ao abrigo deste regime estão isentos da fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

Mas atento o regime excecional de urgência, ainda que não existam situações de isenção de celebração de contrato escrito, este pode ser dispensado por força do artigo 95º, nº 2, alínea c), do CCP, invocando-se, exatamente, a urgência imperiosa.

8 – É necessário pedir os documentos de habilitação ao adjudicatário para a celebração do contrato?

Não.

O n.º 5 do artigo 2º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, vem permitir que o contrato, seja ou não realizado por escrito, possa produzir todos os seus efeitos logo após a adjudicação, o que, implicitamente traduz-se na derrogação, entre outras, as normas constantes dos artigos 96º, nº 3, e 104º, nº 1, alínea b), ambos do CCP, no que diz respeito à impossibilidade de existência do contrato sem que sejam entregues pelo adjudicatário os documentos de habilitação. Questionava-se se esses documentos teriam de ser entregues posteriormente.

A Lei nº 4º-A/2020, de 06 de abril, veio aditar um nº 9, ao artigo 2º, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, nos termos do qual, os documentos de habilitação, previstos nas alíneas a) e b), do n.º 1, do artigo 81.º, do CCP, podem ser dispensados, inclusivamente para efeitos de realização de pagamentos, sem prejuízo da entidade adjudicante os poder pedir a qualquer momento.

Constatamos que este normativo, tem implicações não só no âmbito estrito do CCP, como também estabelece derrogações ao artigo 198.º do Código Contributivo e ao artigo 31º-A do RAFE.

Apesar de não existir a obrigatoriedade da entrega dos referidos documentos de habilitação, nada impede que a entidade adjudicante entenda exigí-los “a qualquer momento”.

9 – É obrigatório pedir caução quando o preço contratual for igual ou superior a 200.000 €?

Não.

Na redação inicial do artigo 2º, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, não se excecionava a exigência da prestação de caução, ainda que na maioria dos casos a caução

pudesse não ser exigida por força da alínea c), do n.º 2, do artigo 88.º, do CCP, se a entrega de bens e serviços ocorresse integralmente no prazo máximo de 20 dias a contar da data da notificação da adjudicação, a relação contratual se extinguisse com o fornecimento dos bens ou com a prestação dos serviços.

No entanto, a Lei n.º 4.º-A/2020, de 06 de abril, veio aditar um n.º 10, ao artigo 2.º, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, que vem permitir que a prestação da caução possa não ser exigida, independentemente do preço contratual, ficando, portanto, claro que nos contratos ao abrigo deste regime excecional, não é obrigatório pedir caução, ainda que estejamos perante contratos com um preço contratual superior a 200.000 €, não abrangidos pela alínea c), do n.º 2, do artigo 88.º, do CCP.

10 – Continua a existir a obrigação de publicitar a adjudicação no portal BASE, sob pena de ineficácia do contrato? Se sim, como fazê-lo?

O n.º 5 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, estabelece que os contratos celebrados ao abrigo deste regime excecional, na sequência de ajuste direto, podem produzir todos os seus efeitos logo após a adjudicação, sem prejuízo da respetiva publicitação, nos termos do n.º 1, do artigo 127.º, do CCP.

Interpretamos esta norma no sentido da publicitação no Portal BASE não ser condição de eficácia do contrato, na medida em que a norma remete expressamente apenas para o n.º 1, do artigo 127.º, do CCP, e não para todo o artigo 127.º, sendo que a condição de eficácia está apenas no n.º 3 desse artigo.

Em todo o caso, nos termos da alínea j) do artigo 8.º da Portaria n.º 57/2018, de 26 de fevereiro (alterada pela Portaria n.º 284/2019, de 2 de setembro), o relatório de formação do contrato deve ser publicitado no prazo de 20 dias úteis após a celebração do contrato.

Na publicação do contrato no portal BASE, no campo “tipo de fundamentação de regime de contratação”, deve escolher o campo “Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13.03”.

Apesar do n.º 4 do artigo 2º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, referir que adjudicações feitas ao abrigo do presente regime excecional são “publicadas no portal dos contratos públicos”, abarcando, portanto, quer o ajuste direto (normal), quer o ajuste direto simplificado, este último não tem de ser publicitado através de um relatório de formação, mas apenas através de um relatório de execução previsto no artigo 8º, alínea n), da Portaria n.º 57/2018, de 26 de fevereiro.

11 – Como comunicar os contratos aos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pela respetiva área setorial?

O n.º 4 do artigo 2º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, exige que as adjudicações feitas ao abrigo do presente regime excecional sejam comunicadas pelas entidades adjudicantes aos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pela respetiva área setorial .

Não se estabelece qual a forma para a realização destas duas comunicações, sendo, portanto, admissível qualquer meio escrito, devendo sê-lo, preferencialmente, por meios eletrónicos.

A comunicação a efetuar para o membro do Governo setorial deve ser encontrada pela entidade adjudicante junto da sua respetiva tutela.

12- Uma entidade vinculada ao sistema nacional de compras públicas pode fazer aquisições sem respeitar os acordos-quadro existentes?

Sim.

O n.º 7 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, vem permitir que as entidades adjudicantes abrangidas pelo Sistema Nacional de Compras Públicas possam adquirir um bem ou serviço sem ser ao abrigo de um acordo-quadro existente, uma vez que tal aquisição fica dispensada de autorização prévia, a exceção para a aquisição centralizada.

13- Podem existir pagamentos antecipados superiores a 30% do preço contratual e sem que seja exigida caução de montante igual ao preço adiantado?

Sim.

O n.º 7 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, dispensa a verificação dos limites previstos no n.º 1, do artigo 292.º do CCP, quer os referentes à percentagem de adiantamentos, quer à exigência de prestação de caução, pelo menos, de igual montante ao preço adiantado.

14 – O atual regime excecional aplica-se desde quando e até quando?

O regime em causa aplica-se aos procedimentos pré-contratuais cuja decisão de contratar tenha sido tomada a partir do dia 12 de março de 2020, por força do disposto no artigo 37.º, do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março e do artigo 10.º, da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março.

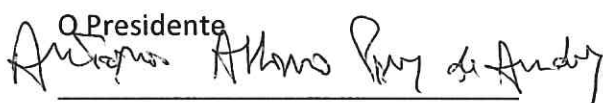
Quanto à cessação de vigência deste regime não foi definido um termo para tal, vigorando, por isso, até determinação legal em contrário.

Considerando as previsões temporais da Direção-Geral de Saúde, e o facto do Diploma em causa também se aplicar à reposição da normalidade em sequência da infeção

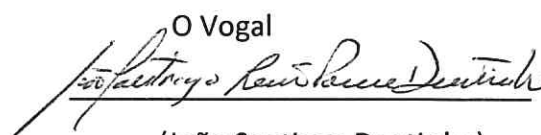
epidemiológica por COVID -19, admite-se que este período venha a ser prolongado e o seu término será sempre fixado por diploma legal.

Lisboa, 07 de abril de 2020

O Conselho Diretivo

O Presidente


(António Albino Pires de Andrade)

O Vogal


(João Santiago Dentinho)

