

Contrato de prestação de serviços: emissão de parecer prévio vinculativo

Questão

Pode o executivo municipal não aprovar a emissão de parecer prévio vinculativo em contrato de aquisição de serviços com o fundamento de que não obstante a adjudicação se enquadrar na esfera de competência do Senhor Presidente da Câmara se pretender que seja lançado um concurso público com a duração do mandato?

Parecer

I - Efetivamente de acordo com o art.º 73.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de Dezembro carece de parecer prévio vinculativo a celebração ou a renovação de contratos de aquisição de serviços independentemente da natureza da contraparte, designadamente no que respeita contratos de prestação de serviços nas modalidades de tarefa e de avença.

O parecer previsto no número anterior depende:

1. Da verificação do disposto no n.º4 do art.º 35.º da LTFP – i.e. a demonstrar que não se trata de trabalho subordinado, sem prejuízo de se garantir o cumprimento do regime legal da aquisição de serviços e da situação fiscal e contributiva do co-contratante - bem como a inconveniência do recurso a modalidade de relação jurídica de emprego público constituída ou a constituir e a inexistência de pessoal em situação de mobilidade especial apto para o desempenho das funções subjacentes à contratação em causa (neste particular aspeto recorde-se que no Acordo celebrado, em 8 de julho de 2014, entre o Governo e a Associação Nacional de Municípios Portugueses ficou assente, e passamos a transcrever o respectivo ponto 22, que “ o Governo entende que no âmbito e para efeitos da Portaria n.º 48/2014, de 26/02, relativa ao procedimento prévio de recrutamento de trabalhadores em situação de requalificação, as autarquias não estão sujeitas à obrigação de consulta prévia à Direção Geral de Qualificação dos Trabalhadores (INA) prevista naquela Portaria”)
2. Verificação de cabimento orçamental;
3. Verificação da redução remuneratória, se aplicável.

Nos termos do n.º II do art.º 73.º o parecer prévio é da competência do órgão executivo e depende da verificação dos requisitos atrás mencionados.

Os termos e a tramitação do parecer prévio vinculativo no que reporta, nomeadamente, à administração central, encontravam-se regulados na Portaria n.º 53/2014, de 3 de fevereiro, mas relativamente à administração local não tendo sido ainda emanada a portaria referida no n.º I do artigo

6.º do Decreto-Lei n.º 209/2009, de 3 de setembro, constata-se a existência de uma lacuna, admitindo-se que os órgãos autárquicos, enquanto subsista o vazio decorrente da não publicação da competente portaria, deliberem recorrer ao nesta estatuído.

Os requisitos constantes dos pontos 2 e 3 não suscitarão, por regra, sequer apreciação de conteúdo já que essa informação é logo patenteada à Câmara Municipal através dos competentes serviços municipais; ou seja, o procedimento normal será o de carrear ao órgão executivo a evidência de que a contratação que se pretende levar a efeito já está devidamente cabimentada no orçamento e que o preço contratual já encerra a devida redução remuneratória quando esta deva, por força desta norma, ser aplicada.

Com o estabelecido no ponto 1, i.e. no que à demonstração na inexistência de subordinação jurídica, o que se pretende acautelar é que não sejam celebrados contratos de aquisição de serviços que camuflam os designados «falsos recibos verdes». Ou seja, perante o conhecido e profícuo historial da administração pública em celebrar contratos de prestação de serviços para situações que configuram verdadeiras relações laborais, levou o legislador a, confrontado com a reiterada violação dos princípios relativos à constituição de emprego público – que envolvem a obrigatoriedade de que tal relação seja precedida do competente procedimento concursal-, a exigir este prévio parecer favorável dos órgãos competentes, que no caso dos municípios, é o executivo camarário. E esta sindicância tem, na nossa opinião, uma dupla função: uma função preventiva por um lado, mas também uma função punitiva, por outro, na medida em que determina a nulidade destes contratos o que, naturalmente, poderá fazer incorrer os responsáveis pela ocorrência de tal vício em responsabilidade civil, financeira e disciplinar.

II - Assim, dúvidas não subsistem de que, em matéria de emissão de parecer prévio, o juízo do órgão executivo apenas e tão-só se poderá circunscrever à análise dos requisitos elencados nos pontos acima referidos.

Neste sentido se pronunciou João Amaral e Almeida (in, Revista dos Contratos Públicos. Janeiro de 2011, em artigo relativo à Lei do Orçamento de 2011 - contratos de aquisição de serviços, reduções remuneratórias e limitações à contratação - que se mantém actual) no qual se refere o seguinte:

“ Esta extraordinária, mas cristalina, abrangência da norma do nº 2 do artº 22º da Lei nº 55-A/2010, revela, porém, que o legislador orçamental terá ido mais longe, tendo em conta... que os pressupostos da emissão de um parecer desfavorável à contratação estão absolutamente limitados pelo nº 3 do artº 22º (que, grosso modo, corresponderão aos elencados no nº 5 do artº 73º da LOE 2014)Referindo-se a lei a um “parecer prévio vinculativo” as suas conclusões têm de ser seguidas pelo órgão competente para contratar (cfr nº

I do artº 98º do CPA).E, neste caso, essas conclusões ou são no sentido de considerar verificados os pressupostos de que depende a contratação ou são no sentido contrário.

Mais se escreve nesse artigo, com interesse para o assunto que nos ocupa, que “ o requisito da observância do regime legal da contratação pública (na parte pois dos critérios materiais da escolha do ajuste direto ,...) é da exclusiva competência do próprio órgão competente para a decisão de contratar)...Por isso qualquer eventual incumprimento daquele regime legal não pode constituir fundamento da emissão de um parecer governamental desfavorável...”

Ora, de acordo com o artº 18.º do D.L. nº 197/99, de de 8/06, repristinado pela Resol. nº 86/2011, de 11 de Abri – sob a epígrafe ”Competência para autorizar despesas no âmbito das autarquias locais - os presidentes de câmara e os conselhos de administração dos serviços municipalizados são competentes para autorizar despesas com locação e aquisição de bens e serviços até 30000 contos .

Por seu lado, o Código dos Contratos Públicos permite o recurso ao ajuste direto, com ou sem consulta, quando o valor da aquisição de serviços seja inferior a 75.000 euros (vide os artºs 20º e 114º, cominando o nº 1 do artº 113º deste mesmo Código que a escolha das entidades convidadas a apresentar proposta no procedimento de ajuste direto cabe ao órgão competente para a decisão de contratar).

III- Assim, tendo em conta a factualidade apresentada, afigura-se-nos que a deliberação em apreço é inválida por duas ordens de razão, a saber:

I- Conforme acima referido, estando em causa a emissão de parecer prévio vinculativo a apreciação do órgão executivo deveria cingir-se estritamente à apreciação dos requisitos erigidos no nº 5 do artº 73º da LOE 2014; assim, a emissão de parecer negativo apenas poderia sustentar-se num juízo negativo relativo a algum (ou à totalidade) destes pressupostos. Ora tal não sucedeu no caso vertente o que determina, a nosso ver, uma desconformidade entre o deliberado e o normativo em que se deveria ter suportado tal deliberação.

2- Estando o valor da contratação nos limites legalmente previstos como sendo da alçada do Presidente da Câmara Municipal e confinando-se o preço contratual ao estabelecido para recurso ao ajuste direto (e, portanto, conforme normativo acima citado, também é ao Presidente da Câmara Municipal que assiste a faculdade de optar por este procedimento pré-contratual) a deliberação em causa enferma do vício de incompetência relativa, gerador de anulabilidade, nos termos do artigo 135º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

De facto, um dos vícios que pode afectar a validade dos actos administrativos é o vício da incompetência que pode ser definido como o vício que consiste na prática, por um órgão da administração, de um acto

incluído nas atribuições ou na competência de outro órgão da administração, e que pode revestir duas modalidades: a) A incompetência absoluta ou "incompetência por falta de atribuições" é aquela que se verifica quando um órgão da administração pratica um acto fora das atribuições da pessoa colectiva a que pertence. b) A incompetência relativa ou "incompetência por falta de competência" é quando um órgão de uma pessoa colectiva pratica um acto fora da sua competência, porque a mesma pertence a outro órgão da mesma pessoa colectiva (vide (Prof. João Caupers, Direito Administrativo. 186).

Assim sendo, tal deliberação deve, a nosso ver ser revogada, nos termos o artº 141º do Código do Procedimento Administrativo – relativo à revogação dos atos inválidos- a qual se destina a extinguir os efeitos de outro ato administrativo anterior. Com a revogação, ou ato revogatório, extinguem-se os efeitos jurídicos produzidos pelo ato revogado.

A revogação anulatória retroage os seus efeitos jurídicos ao momento da prática do ato revogado; a revogação opera “ex tunc”; aqui tudo se passa, como se o ato revogado nunca tivesse existido – o que, é consequência da ilegalidade que originariamente afetava esse ato.

Conclusão

No caso presente, parecem estar reunidas as condições para que o autor do ato ilegal – a Câmara Municipal - proceda à sua revogação, devendo, concomitantemente, ser novamente submetida a parecer prévio a proposta de contratação em causa. A partir de 1 de janeiro do corrente ano já vigora, em matéria de restrições à contratação de serviços e da redução remuneratória nestes contratos, o artº 75º da Lei n.º 82-B/2014 de 31 de dezembro (LOE 2015), que grosso modo, não diverge da congénere norma da LOE 2014.