

A advogados RSA alertam

**Impacto da pandemia nos procedimentos de contratação pública é inevitável**

Joaquim Miranda Sarmento

**Portugal não tem um historial de contratação pública de elevada qualidade**

# Vida Judiciária



Nº 218 - bimensal - janeiro/fevereiro 2021 - 7,50 €

De acordo com a docente **Fernanda Paula Oliveira**

**Pandemia levou a uma imensidão de procedimentos e normas aplicáveis à gestão urbanística**



## NOTA DE ABERTURA

por João Luz Soares

**Contratação Pública em tempos de desafios**

## OPINIÃO

Rui Moreira de Resende  
António Cardoso  
Ana Robin de Andrade  
Fabrícia de Almeida Henriques  
Miguel Catela  
João Lamy Fontoura  
Isabel Celeste M. Fonseca  
João Amadeu Araújo  
Ana Rita Carneiro  
Hugo Correia

Mafalda Teixeira de Abreu  
Francisco Pinheiro Catalão  
Oswaldo da Gama Afonso  
Henrique Rodrigues da Silva  
Francisca Mendes da Costa  
Catarina Pita Soares  
Joana Mata  
André Batoca  
Pedro Costa Gonçalves  
Nelma Vieira Pires

# O efeito suspensivo automático no contencioso pré-contratual: um “bicho papão” para o interesse público?

**Henrique Rodrigues da Silva**  
Advogado  
Sócio da Sêrvulo & Associados



Desde a reforma do CPTA de 2015 que temos assistido a várias intervenções no espaço público, oriundas de diversos setores, criticando fortemente o efeito suspensivo automático que a lei processual associa, desde então, à impugnação contenciosa dos atos de adjudicação prolatados em alguns (hoje, desde a entrada em vigor da Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro bastante menos) procedimentos de contratação pública. O tom varia, mas o sentido de tais intervenções é quase sempre o mesmo e assenta nas ideias de que o efeito suspensivo automático paralisa a atividade da Administração Pública e de que os particulares (concorrentes preteridos) recorrem abusivamente aos Tribunais só para beneficiar do efeito suspensivo, tudo com graves e irreparáveis prejuízos para o interesse público. Recorrendo a uma linguagem infantil, mas ilustrativa, o efeito suspensivo automático tem sido por muitos “pintado” como um autêntico “bicho papão”, que põe em causa o interesse público e é responsável por enormes prejuízos para o bem comum.

Trata-se, na minha perspetiva, de uma ideia manifestamente errada.

Em primeiro lugar, nunca é de mais recordar que o efeito suspensivo automático associado à impugnação dos atos finais de procedimentos de contratação pública não é uma invenção do legislador português, correspondendo, antes, à inevitável e já tardia transposição da Diretiva

Recursos (Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, com as alterações introduzidas pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007). Sem pretender fazer aqui uma análise técnico-jurídica das disposições do referido instrumento, é pacífica a constatação de que a principal intenção da Diretiva Recursos é evitar que contratos públicos (pagos, portanto, com o dinheiro dos contribuintes europeus) sejam celebrados e executados em violação das regras europeias e nacionais reguladoras dos procedimentos de contratação pública. Ou seja, o desiderato prin-

quer hesitação em responder afirmativamente. Prosseguir o interesse público não é apenas celebrar e executar contratos rapidamente, mas também (ou sobretudo) celebrar e executar contratos de acordo com as regras legais aplicáveis, designadamente com os princípios essenciais da igualdade e da concorrência entre operadores. Além do mais, sem o efeito suspensivo, uma adjudicação ilegal produzirá os seus normais efeitos e, caso venha a ser anulada, a entidade adjudicante não apenas terá consumido ao erário público o valor correspondente ao preço, como incorrerá ainda na despesa correspondente à indemnização necessária a ressarcir o concorrente

**O efeito suspensivo automático associado à impugnação dos atos finais de procedimentos de contratação pública não é uma invenção do legislador português**

cipal da Diretiva Recursos, e do efeito suspensivo automático que nela encontra fundamento, é possibilitar a correção em tempo de útil da violação de regras de contratação pública, assegurando, por essa via, que a despesa associada ao contrato se concretiza no plano material de acordo com a legalidade. Ora, não será esse também um objetivo que salvaguarda o interesse público? Será que um mecanismo processual que assegura de modo eficaz que, ao invés de celebrar e executar um contrato ilegal, a entidade (pública) adjudicante tenha ainda oportunidade de corrigir a ilegalidade e celebrar um novo contrato de acordo com as regras não é também um instrumento que serve o interesse público?

Pela minha parte, não tenho qual-

pelos prejuízos em que este venha a incorrer em consequência da ilegalidade praticada (cfr. artigo 7.º, n.º 2, do Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas). Por outro lado, o efeito suspensivo automático é um poderoso e eficaz instrumento de prevenção de despesas ilegais que não só protege o interesse público (que, como vimos, só ganha em evitá-las), mas também acautela os próprios titulares dos órgãos competentes para a respetiva autorização. Isto porque, como é sabido, a violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública consubstancia infração financeira sancionatória, à luz do disposto no artigo 65.º, n.º 1, alínea l), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas,

cominada com multa a fixar entre €2250,00 e €18 360,00, além de que, em determinadas circunstâncias, o Tribunal de Contas tem considerado que o pagamento de despesas que correspondem, materialmente, ao preço de contratos celebrados com fundamento em atos de adjudicação ilegais, pode dar lugar a responsabilidade financeira reintegratória, com fundamento do n.º 3 do artigo 59.º da LOPTdC e o mesmo acontecerá quando a entidade pública haja sido condenada ao pagamento de indemnizações por violação de normas de contratação pública, ao abrigo do n.º 5 do mesmo preceito.

É preciso ainda não esquecer que, apesar de consagrado como regra, hoje com um âmbito de aplicação circunscrito ao mínimo admissível à luz da Diretiva Recursos, o efeito suspensivo automático é suscetível de ser levantado a requerimento de qualquer dos demandados. E, a este propósito, cabe mencionar outro plano em que assenta a qualificação do efeito suspensivo automático como um “bicho papão” para o interesse público, que é o alegado atraso dos Tribunais Administrativos na prolação da decisão dos pedidos de levantamento do efeito suspensivo automático apresentados pelas entidades públicas demandadas. Na ausência de dados estatísticos públicos, não posso valer-me de mais do que da minha própria experiência como advogado em muitos processos de contencioso pré-contratual e da experiência de outros colegas e de magistrados com quem tenho tido oportunidade de trocar ideias sobre estas matérias. Sem escamotear um indesejável, e muito indesejável, atraso na tramitação das ações de contencioso pré-contratual, no que concretamente diz respeito aos incidentes de levantamento do efeito suspensivo, posso testemunhar que os Tribunais têm demonstrado particular sensibilidade e atuado com rapidez e eficácia nas situações em que se impõe, verdadeiramente, à luz dos critérios fixados no artigo 103.º-A do CPTA e da realidade do con-

trato, uma decisão de levantamento urgente. É que, convenhamos, não é a mesma coisa estar em causa um procedimento com vista à celebração de um contrato sem o qual o interesse público, simplesmente, não pode, pura e simplesmente, ser prosseguido (v.g. um concurso para a contratação de meios de combate a incêndios à beira do Verão, de serviços de segurança essenciais à abertura de estabelecimentos públicos, ou de fornecimento de refeições a Escolas ou outras instituições) ou, ao invés, um contrato sem o qual o interesse público apenas não é tão bem prosseguido (v.g. uma mera atualização do software em uso, a aquisição de

risprudência, for duvidoso (gerando um incidente adicional no processo, muitas vezes carecido de produção de prova, e atrasando, inevitavelmente, a prolação da sentença na ação propriamente dita), as entidades adjudicantes devem reservar esse mecanismo para as situações em que verdadeiramente ele se mostre imprescindível, assim contribuindo para uma mais rápida decisão do processo. Nessa circunstância, se a ação for julgada improcedente, poderão sempre requerer a atribuição de efeito meramente devolutivo ao recurso ao abrigo do n.º 3 do artigo 143.º do CPTA – pretensão a que o Tribunal, confortado com o sentido

**Os Tribunais têm feito uma triagem invisível dos processos e, quando existe verdadeira urgência, a decisão de levantamento do efeito suspensivo aparece em tempo útil**

novos equipamentos para substituir outros iguais com algum desgaste ou a renovação de frotas automóveis). Quero com isto dizer que a maior parte dos contratos públicos adjudicados pode aguardar meia dúzia de meses até à decisão judicial para que se corrija, se for o caso, a ilegalidade cometida, sem comprometer com gravidade o interesse público. A minha perspetiva empírica é que os Tribunais têm feito uma triagem invisível dos processos e, quando existe verdadeira urgência, a decisão de levantamento do efeito suspensivo aparece em tempo útil. É claro que aqui cabe também um papel às entidades adjudicantes que, por um lado, devem procurar planear a sua atividade contratual de forma mais atempada e antecipar, desde logo, a possibilidade de haver impugnação do ato de adjudicação com efeito suspensivo automático; por outro lado, ao invés de deduzirem incidentes de levantamento de efeito suspensivo quando o preenchimento dos critérios para tal, à luz da ju-

da decisão de mérito, se predisporá mais facilmente a atender, especialmente se não tiver sido chamado a decidir desfavoravelmente um pedido de levantamento do efeito suspensivo infundado; caso a ação seja julgada procedente, a entidade adjudicante poderá acatar a decisão de imediato, fazendo jus à urgência, e se o contrainteressado recorrer, pode usar da faculdade atrás mencionada, que me parece ser igualmente aplicável nestes casos.

Não há, assim, razões para que o efeito suspensivo automático seja considerado o “bicho papão” do interesse público, mas antes um instrumento que tantas vezes o serve bem melhor do que a apressada corrida à execução de contratos sobre os quais recai uma suspeita de ilegalidade, e que, bem vistas as coisas, podem ser executados, sem consequências de maior, uns meses mais tarde, já com a garantia de que um órgão jurisdicional, independente e imparcial, apreciou a validade dos atos que os antecederam.



## A Contratação Pública no atual contexto pandêmico



**Francisca Mendes da Costa**  
Advogada e sócia da Sêrvulo & Associados

**Catarina Pita Soares**  
Advogada-estagiária da Sêrvulo & Associados



No dia 2 de março de 2020 foi identificado o primeiro caso de Covid-19 em Portugal. No dia 18 foi decretado, pela primeira vez, o estado de emergência. Praticamente um ano volvido, apesar do esforço do legislador em fazer face aos desafios decorrentes da situação de calamidade vivida em Portugal, a execução dos contratos públicos permanece sem regulação legal específica.

Logo após os primeiros sinais do surgimento do surto de Covid-19, o Governo adotou um conjunto de medidas excepcionais em matéria de contratação pública por forma a garantir “a possibilidade de 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” (preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10-A/2020). A criação daquele regime excepcional materializou-se na aprovação do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, através do qual foi genericamente autorizada a adoção do procedimento de ajuste direto para a celebração dos contratos ali tipificados, independentemente do respetivo valor e “na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa”, bem como alargada a possibilidade de recurso ao ajuste direto simplificado previsto nos n.ºs 1 e 3 do artigo 128.º do CCP para a celebração de contratos de locação/ aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços, de valor igual ou inferior a € 20.000.

Em rigor, as medidas de flexibilização instituídas pelo Decreto-Lei n.º 10-A/2020 não consubstanciaram uma ampliação do âmbito do procedimento de ajuste direto, mas sim

uma simplificação e aceleração da sua tramitação, bem como uma derrogação das limitações de base estritamente nacional. O que se procurou com aquelas medidas foi, justamente, habilitar todas as entidades adjudicantes de instrumentos de contratação ágil para responder à situação pandémica. Por outro lado, ao delimitar o âmbito objetivo de aplicação do diploma aos contratos destinados “à prevenção, contenção, mitigação e tratamento de infeção epidemiológica por Covid-19” (cf. n.º 2 do artigo 1.º), o legislador procurou prevenir eventuais abusos na adoção dos procedimentos não concorrenciais previstos, sendo certo que dificilmente se compreenderia que aquele regime excepcional pudesse ser aproveitado para a celebração de contratos que nenhuma conexão apresentassem com a situação pandémica.

Na sequência da aprovação daquelas medidas, verificou-se, naturalmente, um aumento do recurso ao procedimento de ajuste direto simplificado, suportado em normas do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, sendo que, de acordo com o Tribunal de Contas, a quase totalidade dos contratos públicos celebrados na sequência da aprovação do regime excepcional respeitou à aquisição de equipamentos médicos e de proteção individual.

Ora, se a legislação excepcional aprovada teve como principal foco a desburocratização dos procedimentos tendentes à celebração de contratos públicos (dirigindo-se, portanto, à formação dos contratos), a verdade é que, no tocante à **execução dos contratos públicos**, o legislador não cuidou de prever mecanismos igualmente excepcionais de resolução das múltiplas vicissitudes que a situação

pandémica fará certamente surgir no decorrer da execução daqueles contratos.

Refira-se, aliás, que os efeitos decorrentes da atual situação pandémica causada pela Covid-19 já se fazem sentir nos contratos públicos atualmente em vigor, naturalmente firmados em circunstâncias alheias a uma pandemia à escala mundial. Pense-se, por exemplo, nas inúmeras situações de atraso que se têm verificado na entrega de bens produzidos fora de Portugal por força da adoção de restrições à circulação internacional, que deram origem, por sua vez, à impossibilidade temporária ou a atrasos significativos na execução de contratos de empreitada, de fornecimento de bens e de prestação de serviços.

Assim, na falta de um enquadramento legal próprio para estas situações, a solução terá de encontrar-se nas regras e princípios gerais, quer constantes do Código dos Contratos Públicos, quer constantes do Código Civil (aplicável aos contratos administrativos por força da remissão constante do n.º 4 do artigo 280.º do CCP), tendo, naturalmente, em consideração, em cada caso concreto, o regime que decorre do clausulado contratual vigente.

Antes de mais, importa referir que os efeitos causados pela proliferação do vírus e pelas medidas adotadas para impedir a sua propagação têm determinado, pelo menos, o surgimento de **dificuldades ou custos acrescidos no cumprimento dos contratos**. Nesses casos, e na medida em que a onerosidade acrescida em que incorra o contraente privado decorre de uma circunstância *imprevisível*, em virtude da qual este se vê obrigado a suportar um custo *anormalmente* superior ao estimado para o cumprimento do contrato, será possível ao cocontratante invocar o regime da alteração das circunstâncias previsto no artigo 437.º, n.º 1 do CC, solicitando i) a atribuição de uma compensação financeira segundo critérios

de equidade (cf. artigo 314.º, n.º 2, do CCP), ii) a modificação do contrato com esse fundamento (cf. artigo 312.º do CCP), porventura do preço acordado ou do prazo contratual ou, no limite, iii) a resolução do contrato.

Sucedo, porém, que o prolongamento no tempo da situação pandémica causada pela Covid-19 não suscita apenas dificuldades, mas, em muitos casos, consubstancia um impedimento absoluto ao cumprimento dos contratos. Já se verificam, portanto – e verificar-se-ão cada vez mais no futuro – situações de **incumprimento dos contratos por impossibilidade (não culposa) de execução de determinadas prestações por parte dos contraentes privados**.

Face a essas situações, pode suceder, desde logo, que o próprio contrato regule especificamente os casos de força maior, desonerando o contraente privado da responsabilidade decorrente desse incumprimento. Assim, se acauteladas contratualmente, as cláusulas de força maior serão, por via de regra, a chave para a resolução das questões contratuais que possam surgir no decurso da situação pandémica causada pela Covid-19. Ora, por “caso de força maior” entende-se um acontecimento externo às partes, imprevisível e inevitável, isto é, cujos efeitos se produzem independentemente da vontade das partes.

Neste contexto, apesar de não restarem dúvidas de que a situação internacional de saúde pública vivida atualmente pode constituir um evento qualificável como força maior — cuja invocação num caso concreto não dispensa a demonstração da relação causal entre um constrangimento específico causado pela pandemia e a impossibilidade em cumprir pontualmente o contrato —, veio o próprio legislador estabelecer, no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de abril, que a pandemia Covid-19 pode constituir “*causa de força maior*”. A este respeito, cumpre referir que, através daquele diploma, foi estabelecido um “**regime excepcional e temporário de reequilíbrio financeiro de contratos de execução du-**

**radoura, no âmbito da pandemia da doença Covid-19”, aplicável a todos os contratos administrativos de execução duradoura em que o Estado ou outra entidade pública sejam parte. Aquele regime surgiu, em parte, fundado na previsão dos Decretos do Presidente da República n.ºs 17-A/2020 e 20-A/2020, os quais admitiam a possibilidade de serem “*temporariamente modificados os termos e condições de contratos de execução duradoura, bem como limitado o direito à reposição do equilíbrio financeiro de concessões em virtude de uma quebra na respetiva utilização decorrente das medidas adotadas no quadro do estado de emergência*”.**

Por conseguinte, o legislador determinou, por um lado, i) a suspensão das cláusulas de reposição do equilíbrio financeiro e das disposições legais que previram tal reposição ou direito a compensação na sequência de quebras de utilização, durante o período de 3 de abril a 2 de maio de 2020 (cf. n.º 1 do artigo 3.º) e, por outro, ii) a manutenção dos direitos de reposição do equilíbrio financeiro e de compensação por parte dos contraentes privados, relativamente aos factos ocorridos antes de 3 de abril ou depois de 2 de maio de 2020, (apenas) através de uma prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato (cf. n.º 2 do artigo 3.º).

Repare-se que, apesar de o preâmbulo do Decreto-Lei referir que aquelas medidas visam “*limitar os efeitos negativos que decorreriam para o Estado do acionamento, em simultâneo, do exercício de eventuais direitos compensatórios pelos contraentes privados sem qualquer restrição*”, a verdade é que a solução adotada no n.º 1 do artigo 3.º foi a de, pura e simplesmente, eliminar a possibilidade de acionamento do exercício daqueles direitos relativamente a danos ocorridos durante o estado de emergência, sendo certo que parece ser, no mínimo, discutível que a suspensão total por via de lei de direitos indemnizatórios contratualmente previstos tenha respaldo constitucional.

Ora, se as soluções vindas de indicar deixaram por resolver inúmeras dúvidas de interpretação (discute-se, por exemplo, se o artigo 3.º, n.º 1 pretende restringir qualquer pretensão de reequilíbrio financeiro fundada na pandemia e nos seus efeitos ou apenas as pretensões fundadas na diminuição das receitas por “quebra de utilização”), tendo suscitado inclusivamente questões de constitucionalidade, o certo é que aquelas normas estarão certamente na origem de um incremento das divergências entre as partes dada a insegurança que introduziram neste setor. Efetivamente, ao suspender as cláusulas contratuais e disposições normativas, como as previstas no Código dos Contratos Públicos, que estiveram na base da concreta distribuição de riscos acertados entre as partes, privando-as, por via de lei, de uma compensação a que de outro modo teriam direito, o legislador introduziu um fator de grande incerteza e de evidente conflitualidade.

Assim, é inevitável concluir que as medidas aprovadas produziram um impacto negativo na confiança dos agentes privados na contratação com o Estado Português, bem como na confiança que esses agentes depositaram na manutenção do quadro legal existente, sendo certo que, atendendo ao prolongar da pandemia, é evidente que os efeitos desta continuarão a repercutir-se no equilíbrio económico-financeiro dos contratos, podendo implicar um significativo aumento dos encargos a suportar pelos contraentes privados.

Face ao exposto, é inevitável admitir que, num futuro muito próximo, iniciar-se-ão inúmeros processos de negociação dos contratos vigentes, verificando-se um aumento considerável das ações relativas à execução dos contratos públicos. Perante este cenário, faria sentido a definição pelo legislador de mecanismos que facilitassem a busca de soluções consensuais e a paz contratual entre as partes, evitando as disrupções, dispêndios e atrasos inerentes ao recurso massivo à via jurisdicional.