

Data enia

Revista Jurídica Digital

5 Janeiro 2016

Data Venia

Revista Jurídica Digital

Publicação gratuita em formato digital
ISSN 2182-8242

Ano 4 • N.º 05
Publicado em Janeiro de 2016

Propriedade e Edição:
© DataVenia
Marca Registrada n.º 486523 – INPI.

Administração:
Joel Timóteo Ramos Pereira

Internet: www.datavenia.pt
Contacto: correio@datavenia.pt

A Data Venia é uma revista digital de carácter essencialmente jurídico, destinada à publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de legal research e de legal writing, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respectivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da Data Venia nem do seu proprietário e administrador.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respectivos Autores.

A Data Venia faz parte integrante do projecto do Portal Verbo Jurídico. O Verbo Jurídico (www.verbojuridico.pt) é um sítio jurídico português de natureza privada, sem fins lucrativos, de acesso gratuito, livre e sem restrições a qualquer utilizador, visando a disponibilização de conteúdos jurídicos e de reflexão social para uma cidadania responsável.



A URGÊNCIA IMPERIOSA

ENQUANTO FUNDAMENTO MATERIAL DE RECURSO AO AJUSTE DIRETO

— DA CONTROVÉRSIA À IMPORTÂNCIA DA SUA INVOCAÇÃO —

Catarina Custódio Barreiros Alves
Advogada-Estagária
Mestranda em Ciências Jurídico-Forenses

SUMÁRIO

Este estudo nasce de um interesse pelos fundamentos materiais de recurso ao ajuste direto, por serem critérios que se adequam às especificidades das situações com que a Administração Pública se depara, e que lhe permitem tornear certas dificuldades, entre elas, temporais, para prosseguir com o interesse público de uma forma mais célere.

A URGÊNCIA IMPERIOSA

ENQUANTO FUNDAMENTO MATERIAL DE RECURSO AO AJUSTE DIRETO

— DA CONTROVÉRSIA À IMPORTÂNCIA DA SUA INVOCAÇÃO —

Catarina Custódio Barreiros Alves

Advogada-Estagiária

Mestranda em Ciências Jurídico-Forenses

INTRODUÇÃO

A ordem jurídica nacional expressa uma tendencial preferência valorativa pelo recurso a procedimentos concorrenciais e abertos a todos os prestadores no mercado, reconhecendo a proficuidade que a promoção da competição entre os prestadores gera para o alcance das condições contratuais mais vantajosas e idóneas à prossecução do interesse público. No entanto, a simples análise do regime jurídico de formação de contratos públicos permite vislumbrar que a aplicação ilimitada dos princípios da concorrência e da igualdade pode conduzir a resultados inoportáveis para o interesse público, provocando, no limite, a paralisação da própria atividade administrativa.

Justamente por essa razão o legislador deu guarida à contratação por ajuste direto, com sustento no entendimento de que o sacrifício da concorrência é suplantado pelos benefícios que a escolha de um procedimento mais desformalizado oferece à prossecução do interesse público.

A escolha do procedimento pré – contratual de ajuste direto faz-se com recurso a critérios em função do valor do contrato, mas também a critérios materiais, que ultrapassam quaisquer considerações quantitativas e que compensam o valor do benefício económico a auferir.

Este estudo a que nos propomos nasce de um interesse pelos fundamentos materiais de recurso ao ajuste direto, por serem critérios que se adequam às especificidades das situações com que a Administração Pública se depara, e que lhe permitem tornear certas dificuldades, entre elas, temporais, para prosseguir com o interesse público de uma forma mais célere.

Entre esses critérios materiais, despertou-nos particular interesse a urgência imperiosa, por ser um fundamento amiúde invocado junto do Tribunal de Contas, mas cujas decisões, muitas das vezes, não se mostram as mais favoráveis.

Nesta medida, colocam-se as seguintes interrogações: que motivos têm levado o Tribunal de Contas a rejeitar, com alguma frequência, a invocação da urgência imperiosa? Serão os seus requisitos de tal modo exigentes que a sua verificação se torna arriscada para quem os invoca? Ou, pelo contrário, será este um bom meio para facilitar a atuação da Administração Pública? Até que ponto a invocação deste fundamento acelera um procedimento e se adequa às particularidades da realidade contratual? Se é um fundamento tão controverso, por que razão é tão invocado? Terão as novas Diretivas Comunitárias alguma inovação nesta matéria?

São todas questões a que daremos resposta ao longo da dissecação do tema, que veremos à lupa.

Teremos a oportunidade de analisar ao detalhe cada um dos seus requisitos e perscrutar cada uma das suas especificidades, com apoio no direito comunitário, na legislação interna e na jurisprudência existente sobre o assunto.

Apresentados o objeto e estrutura do trabalho, estamos em condições de dar início ao nosso périplo pelo tema.

1. A Urgência Imperiosa

1.1. Traços Gerais

A urgência imperiosa é um dos fundamentos mais reclamados no procedimento de ajuste direto, não descurando a controvérsia existente em torno do mesmo e que tem escrito muitas linhas na jurisprudência portuguesa e comunitária, que veremos paulatinamente.

De acordo com o disposto no artigo 24.º, n.º 1, alínea c), recorre-se ao ajuste direto quando, *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.*¹

A sua invocação recorrente contende, no entanto, com o carácter *multíssimo restritivo* da urgência de que aqui se trata.²

Em rigor, a invocação dos requisitos (taxativos e cumulativos³) para o preenchimento de uma situação de urgência imperiosa deve estar revestida de muita cautela, precisamente para evitar que seja amiúde e imprudentemente invocada na prática administrativa⁴. São eles: a) situação de urgência imperiosa; b) situação essa, imprevisível; c) não imputável à entidade adjudicante; d) não compatível com as demoras dos demais procedimentos e; e) que se confine à medida do estritamente necessário.⁵

¹ NOGUEIRA DE BRITO, Miguel, *Ajuste Directo...*, p. 310.

² Assim, FRIER, Pierre-Laurent, *L'urgence*, Paris: L.G.D.J, 1987, p. 245, ao afirmar tratar-se de uma urgência *extremamente rara*.

³ Ac. Tribunal de Contas n.º 40/2014 de 10 de Novembro, proc. n.º. 1323/2014.

⁴ Nesse sentido, Ac. Tribunal de Contas n.º 27/2014, proc. n.º 1163/2014, 1ª Secção, onde refere "(...) O que decorre do regime normativo do ajuste direto é exatamente a necessidade da sua admissibilidade ser sempre restritiva e, naturalmente, ser muito controlada a interpretação dos requisitos legais que são exigidos quando se recorre ao referido procedimento (...)".

⁵ Na jurisprudência comunitária, além destes requisitos, tem de existir um nexo de causalidade entre o acontecimento imprevisível e a urgência imperiosa decorrente do mesmo. Nesse sentido, *vide* Bovis, Christopher H., *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law series, 2012, p. 407, bem como o Acórdão do TJUE, de 18 de Novembro de 2004, processo n.º C-126/03, caso Comissão/Alemanha, §23, e o Acórdão do TJUE, de 2 de Junho de 2005, processo n.º C-394/02, caso Comissão/República Helénica, §40.

Antes de darmos início à análise de cada um destes requisitos, vejamos o contributo do direito comunitário, através de um brevíssimo cotejo entre o que preveem as Diretivas sobre contratos públicos, de 2004 e as de 2014, estas últimas em processo de transposição para o nosso ordenamento.

Em rigor, atento o disposto no artigo 32.º, n.º 2, al. c) da Diretiva 2014/24/UE, a *ratio* da norma é exatamente a mesma que a contemplada no art. 31.º, n.º 1, al. c) da Diretiva 2004/18/CE.

Como é sabido e como tem sido amplamente discutido, as novas diretivas comunitárias de 2014 trazem algumas importantes inovações, que aqui não detalharemos. Porém, em rigor, em relação aos procedimentos clássicos de contratação pública, não se verificaram importantes alterações, com exceção de pequenos detalhes que, mesmo assim, em pouco contendem com a regulamentação comunitária antecessora. E em particular, em matéria de urgência imperiosa, enquanto fundamento material de recurso ao ajuste direto, não houve alterações.⁶

1.2. Da situação de urgência imperiosa

Tomemos a dianteira com a análise do tipo de urgência que vem previsto na disciplina legal da alínea c), do n.º 1, do artigo 24.º, do CCP.

O conceito de urgência não é passível de uniformização, porquanto cobre uma variedade de situações. De todo o modo, cremos ser sempre possível descortinar à locução “urgência” duas dimensões: uma temporal, que necessariamente concretiza a aceleração do procedimento administrativo, e uma finalista.⁷

Além disso, o carácter indeterminado da urgência obriga a uma sua avaliação hodierna e no caso concreto, uma vez que comporta uma margem de

⁶ Neste sentido, GARCIA, Julio González, *Classic Procurement Procedures: open, restricted, negotiated*, in *EU Public Procurement and Beyond*, Editors Trybus/Caranta/Edestam, n.º 15, Bruylant, 2014, p. 80. Na opinião do autor, as novas diretivas são uma compilação dos principais princípios que têm sido invocados na jurisprudência do TJUE. Partilhando da mesma opinião, GRAELIS, Albert, *Competition Law and Public Procurement*, 2015, p. 13, disponível em www.papers.ssrn.com

⁷ Cfr. FRIER, Pierre-Laurent, *L'urgence...*, p. 242.

variabilidade de grau de intensidade, que permite distinguir entre as *pequenas e grandes urgências* ⁸.

Deste modo, o grau de urgência aumenta com a gravidade da ameaça e do prejuízo, com a proximidade da ameaça da lesão, com a demora do processo, com as probabilidades de êxito na ação principal e com o caráter irreversível (ou de difícil reparação) dos direitos e interesses em causa ameaçados, diminuindo consoante for menor o grau de gravidade dos danos (susceptível de ocorrer com o decretamento de uma providência administrativa ou judicial), com a natureza reversível e reparável do dano e com a fraca aparência do direito a acautelar.⁹

Sob toda esta lógica, a urgência imperiosa, que aqui nos ocupa, será, então, aquela que é imposta por uma situação a que não se poderá deixar de acorrer com toda a celeridade, em termos tais que a prestação não possa ser adiada, sob pena de não ser mais possível realizá-la, ou de a sua não realização imediata a tornar posteriormente inútil¹⁰. Como bem se compreende, não basta a ocorrência de uma qualquer urgência para se poder recorrer ao ajuste direto. Em causa está uma urgência categórica.¹¹

A profilaxia associada a este tipo de urgência permite reconhecer a existência de uma necessidade absoluta e de uma intervenção imediata, cuja delonga se mostra bastante perniciososa. Por outras palavras, o centro nevrálgico deste tipo de situações está na urgência impreterível, imposta pelas circunstâncias do caso concreto, que exigem aquela contratação naquele preciso momento, sob pena de o interesse público sair sacrificado.

Para um contributo na densificação do conceito de “motivos de urgência imperiosa”, vejam-se as doutas palavras do Tribunal de Contas quando evidencia que “ por imposição do interesse público, se deve proceder à

⁸ Cfr. CELESTE M. FONSECA, Isabel, *Processo temporalmente justo e urgência – contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional da urgência na justiça administrativa*, Coimbra Editora, 2009, p. 159.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 45/11, de 7 de Junho, proc. n.º 348/2011.

¹¹ Sobre a distinção entre a simples urgência e a urgência imperiosa, *vide* com mais detalhe SESTIER, Jean-François, *Urgence et mise en concurrence dans les contrats publics*, in *Contracts Publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, vol. II, Université Montpellier I, 2006, pp. 390-392.

aquisição de bens ou serviços com a máxima rapidez, sem se realizar, quando a lei o prevê, o concurso público (ou outro tipo de procedimento que garanta, de alguma forma, a concorrência). E recorre-se a tal solução, sob pena de, não o fazendo com a máxima rapidez, os danos daí decorrentes causarem ou poderem vir a causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação”.¹²

Questão próxima, mas ligeiramente diferente é a que se coloca no âmbito do estado de necessidade do direito administrativo, onde a urgência também surge como um dos pressupostos.

Em bom rigor, em ambas as situações (urgência imperiosa como fundamento de recurso ao ajuste direto e urgência como pano de fundo do estado de necessidade), a urgência significa “a exigência do imediatamente” e recusa de uma realização diferida¹³.

Mas, na verdade, a urgência associada ao estado de necessidade, previsto no artigo 3.º, n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo, é uma urgência que se justifica com o incumprimento das normas legais,¹⁴ ao invés da urgência a que se reporta o artigo 24.º, n.º 1, al. c, do CCP, a qual surge como realidade autónoma em situação de normalidade legal.¹⁵

Assinalando o contributo de SÉRVULO CORREIA para uma definição do conceito de estado de necessidade, entendido como “a permissão normativa da actuação administrativa discrepante das regras estatuídas, como modo de contornar ou atenuar um perigo iminente e actual para um interesse público essencial, causado por circunstância excepcional não provocada pelo agente, dependendo a juridicidade excepcional de tal conduta da observância dos parâmetros de proporcionalidade e brevidade e ficando a Administração incurso em responsabilidade pelo sacrifício”¹⁶, é visível que o estado de

¹² Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 4/12, de 14 de Fevereiro, proc. n.º 1704/2011.

¹³ Cfr. CELESTE M. FONSECA, Isabel, *ob. cit.*, p. 124.

¹⁴ Note-se, contudo, que a urgência em estado de necessidade não se pauta ao arrepio total da lei. Com efeito, existe uma margem de legalidade que não é passível de compressão, como aflora, por exemplo, a nossa lei constitucional, no artigo 19.º, n.ºs 6 e 7.

¹⁵ Cfr. FREITAS DO AMARAL, Diogo/GARCIA, Maria Glória, *O estado de necessidade e a urgência em Direito Administrativo*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 59, II, 1999, pp. 489-490.

¹⁶ Cfr. SÉRVULO CORREIA, José Manuel, *Revisitando o estado de necessidade*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, 2010, pp. 745- 746.

necessidade rompe com as balizas legais, em que está enquadrado. No entanto, por fazer parte do bloco de juridicidade, ficam validadas as condutas adotadas em sede de estado de necessidade, sendo, portanto, permitidas e não ilegais.¹⁷

Por seu lado, a urgência prevista no artigo 24.º, n.º 1, al.c), do CCP respeita a uma atuação integrada no normal agir administrativo, permitido por lei, não ultrapassadora desse limite, ao invés do estado de necessidade, entendido pela doutrina como uma manifestação de uma atuação excecional da Administração ou praticada em circunstâncias excecionais.¹⁸

Assim, a atuação em estado de necessidade acarreta consigo a obrigação de indemnizar os lesados, contrariamente a uma atuação em sede de ajuste direto pelo artigo 24.º, n.º 1, al. c) que, *em princípio*, não comporta tal obrigação, por se encontrar dentro dos parâmetros legais.

Outra norma relativamente à qual se deve delimitar a urgência a que o artigo 24.º, n.º 1, al. c), do CCP se reporta é a prevista no artigo 155.º do CCP para o concurso público urgente, já que a urgência surge também como um pressuposto da sua utilização.

Contudo, em bom rigor, não provoca grande celeuma a distinção entre as figuras, uma vez que os fundamentos de recurso a um e outro procedimentos são, desde logo, distintos.

O concurso público urgente restringe-se à celebração de contratos de locação ou aquisição de serviços de uso corrente, desde que o valor contratual seja inferior aos limiares comunitários e o critério de adjudicação seja o do mais baixo preço, ao passo que a norma de recurso ao ajuste direto pelo artigo 24.º, n.º 1, al. c), do CCP tem a virtualidade, desde logo, de permitir esta opção independentemente do valor do contrato e para qualquer tipo de contrato, naturalmente sem olvidar que os demais fundamentos cumulativos e taxativos

¹⁷ Parafraseando Sérvulo Correia, *ob. cit.*, p. 723, o efeito de habilitação das condutas permite adotar a lógica de que “o legislador está para a validade dos comportamentos que permite (...), como o Rei Midas para o ouro: o seu toque, traduzido na incidência da norma sobre a situação concreta, exerce o efeito validante (...)”.

¹⁸ Vide FREITAS DO AMARAL, Diogo /GARCIA, Maria Glória, *ob. cit.*, p. 494; CELESTE M. FONSECA, Isabel, *ob. cit.*, p. 141; GONÇALVES PEREIRA, André, *Erro e ilegalidade do acto administrativo*, Ática, 1962, p. 75.

aí previstos em pouco ou nada se imiscuem com os do concurso público urgente.¹⁹

Ademais, a urgência prevista para o ajuste direto e a prevista para o concurso público urgente parecem ter uma aproximação perfunctória, encontrando significativo eco na doutrina a ideia de que o critério da urgência no concurso público urgente está no facto de os bens e serviços serem *de uso corrente*, isto é, que estão sempre a ser necessários, o que justifica a premência na sua aquisição²⁰, ao invés da urgência prevista para o ajuste direto, cujo teor tem um pendor bastante mais intenso, assente em circunstâncias dominadas pelo risco ou perigo iminente de que o interesse público prioritário não seja satisfeito. Aliás, sendo o ajuste direto um procedimento fechado, fará todo o sentido que a lei imponha mais requisitos e mais exigentes para a sua utilização, ao invés do “caso de urgência” a que se refere o artigo 115.º do CCP, já que a urgência aí patente sofre de um aligeiramento por estar ancorada num procedimento que é aberto a qualquer interessado.²¹

Propugnamos, porém, o entendimento segundo o qual não é suficiente a invocação do uso corrente dos bens e serviços para uma justificação automática

¹⁹ Cumpre refletir sobre a hipótese em que a entidade adjudicante se arroga da faculdade de recorrer ao ajuste direto com fundamento em critérios de valor, até ao mesmo limite do valor imposto para o concurso público urgente. Assim, mostra-se questionável a utilidade do concurso público urgente, se a lei, *a priori*, permite a adoção de outro procedimento mais célere, onde a entidade adjudicante pode escolher os convidados nele participar.

LUCAS PIRES, Miguel, *O concurso público urgente - o regime do Código dos Contratos Públicos o o posterior alargamento do seu âmbito de aplicação*, in *Revista dos Contratos Públicos*, CEDIPRE, nº 4, Janeiro-Abril 2012, p. 167, parece ter uma justificação plausível para o problema, considerando que a utilidade do concurso público urgente, nestes casos, está na impossibilidade do lançamento do ajuste direto nas situações em que já foi ultrapassado o limite imposto pelo n.º 2 do artigo 113.º do CCP, e a entidade adjudicante pretenda seleccionar mais entidades para o contrato a celebrar.

²⁰ Assim, OLAZABAL CABRAL, Margarida, *O concurso público no Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra Editora, 2008, p. 221, que, concluindo pela não obrigatoriedade da invocação de uma situação de urgência como condição de uso do procedimento de concurso público urgente, sugere a alteração da nomenclatura utilizada para uma espécie de concurso abreviado ou simplificado (nas suas palavras “condensado” ou “sintético”); BRITO, Miguel Nogueira de, *Ajuste Directo...*, p.311; RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação...*, p. 971

²¹ LUCAS PIRES, Miguel, *O concurso público urgente...*, p. 168, recorta um efeito útil ao “caso de urgência” a que se refere o artigo 115º do CCP, entendendo que se está ante uma “celeridade prioritária (enquanto necessidade de prontidão especial de actuação administrativa) (...) que extravase do âmbito do dever geral de celeridade imposto às entidades que conduzem um procedimento administrativo (cf. artigos 5.º e 59.º do Código do Procedimento Administrativo, mas sem que, em qualquer caso, tal demonstração exija a verificação dos apertados requisitos (...) constantes do artigo 24.º, n.º1, alínea c), do Código”.

da existência de urgência na sua aquisição. Se assim fosse, bastaria a opção por outros mecanismos que têm a potencialidade de racionalizar a aquisição desse tipo de bens e serviços de uso quotidiano, como acontece com os sistemas de aquisição dinâmicos, previstos no artigo 237.º, n.º 1 do CCP, ou com os acordos quadro.

Deste modo, ou o concurso público urgente padeceria de sentido, não se diferenciando dos outros mecanismos, ou, pelo contrário, alcançaria um nível tal de banalização que teria como efeito uma visível diminuição da concorrência.

Todavia, estes mecanismos pecam por não abdicarem das formalidades de que o concurso público urgente prescinde.²²

E essa *desformalização* que caracteriza o concurso público urgente só é possível pela existência de uma situação de atual ou iminente carência desses bens e serviços, ou seja, só com base na urgência que a letra da lei expressamente refere.

Creemos, por isso, e na senda do defendido por MIGUEL RAIMUNDO, que a urgência na aquisição daquele tipo de bens e serviços, prevista no artigo 155.º do CCP, não se basta com a ideia de que os bens e serviços são de necessidade diária e constante.²³

Discordamos também do defendido por algumas vozes da doutrina quando afirmam que a disciplina legal do artigo 24.º, n.º 1, al. c) se distingue da prevista no artigo 155.º pelo simples facto de no primeiro caso haver necessidade de justificar as razões do recurso ao ajuste direto, ao invés do previsto para o concurso público urgente, onde essa necessidade se encontra dispensada, bastando a simples verificação dos requisitos aí mencionados.²⁴

²² A título exemplificativo, a redução de prazos para a prática de atos pelos concorrentes (arts. 158.º e 161.º do CCP); dispensa da audiência prévia (art. 156.º, n.º 2 do CCP); e a eventual desnecessidade de redução do contrato a escrito (art. 95.º, n.º 2, al. b) do CCP)

²³ Vide, RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação...*, p. 972.

²⁴ Neste sentido, OLAZABAL CABRAL, Margarida, *ob. cit.*, p.221; BRITO, Nogueira de, *ob. cit.*, p. 311; LUCAS PIRES, Miguel, *ob. cit.*, p. 168

Creemos, sim, que a urgência prevista para o concurso público urgente também carece de justificação.²⁵

Em suma, a distinção entre as figuras aqui em análise passa, em primeiro lugar, pelo papel do valor do contrato; em segundo lugar, pelo tipo de contratos a que se destinam; em terceiro lugar, pelo grau de urgência prevista para cada um dos procedimentos²⁶; e, em quarto, pela verificação dos remanescentes requisitos exigidos para cada um deles, *quod estis demonstrat*.

Reveste-se de interesse apurar a razão pela qual o legislador nacional não aproveitou a possibilidade, garantida pelo Direito Comunitário, no artigo 38.º, n.º 8 da Diretiva 2004/18/CE, de, em sede de procedimentos concursais e perante situações de urgência, se encurtarem os prazos para apresentação das propostas.

Ora, como se compreende, antes de recorrer ao ajuste direto com fundamento em urgência imperiosa, haveria a possibilidade de, não prescindindo da concorrência, se recorrer a prazos de propostas mais curtos, quer no concurso público, quer no limitado, quer ainda no procedimento por negociação.

A opção do legislador nacional em não ter transposto essa possibilidade para o nosso Código, coloca a dúvida sobre se, perante uma situação de urgência que inviabilize o cumprimento dos prazos fixados para a apresentação de propostas, este deve atuar em conformidade com o Direito Comunitário, recorrendo a uma primeira solução do “mínimo dano à concorrência”²⁷ ao encurtar os prazos de apresentação de propostas nos procedimentos concorrenciais, ou se, pelo contrário, deve optar pela solução que ele próprio transpôs para o direito nacional, abolindo com essa possibilidade e lançando mão do ajuste direto.

²⁵ Nesse sentido, acórdão do Tribunal de Contas n.º 18/201, de 29 de Março de 2011, processo n.º 65/2011, que recusa o fundamento de recurso ao concurso público urgente invocado no caso *sub judice*, com suporte em urgência porque “a entidade adjudicante não especifica ou concretiza os factos em que assenta o invocado risco e o perigo da falta ou insuficiência de abastecimento público de água (...)”.

²⁶ A expressão “urgente”, tal como referem BOTELHO, José Manuel Santos/ESTEVES, Américo J. Pires/PINHO, José Cândido de, in *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, Almedina, 2002, sendo um conceito indeterminado, envolve uma definição normativa imprecisa que, em sede de aplicação, adquirirá significação específica.

²⁷ Expressão utilizada por RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação...*, p. 971.

Vislumbramos como melhor opção aquela que dá prioridade ao princípio da concorrência, já que é com base nele que se rege o mercado da contratação pública. Deste modo, apresentando-se a possibilidade de não prejudicar ou, no limite, de não afetar consideravelmente a concorrência, cremos que esta é mais uma opção benéfica ao dispor da Administração Pública, com a potencialidade de aceleração dos procedimentos concorrenciais.

Assim, aproveitamos o ensejo para propor uma correta transposição das novas Diretivas Comunitárias²⁸, cujo prazo se vislumbra até dia 18 de Abril de 2016, sem desvirtualizar, naturalmente, a *ratio* do recurso ao ajuste direto e, concomitantemente, consolidando no direito nacional mais um caminho em busca da melhor concorrência de mercado.

Outra situação que merece atenção é a sustentada na Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho (Lei de Bases de Proteção Civil), designadamente no artigo 28.º.

Segundo o n.º 1, *a contratação de empreitadas de obras públicas, fornecimento de bens e aquisição de serviços que tenham em vista prevenir ou acorrer, com carácter de urgência, a situações decorrentes dos acontecimentos que determinaram a declaração de situação de calamidade ficam sujeitos ao regime especial nele previsto.* Além disso, de acordo com o n.º 2 do mesmo artigo, as entidades que pretendam recorrer ao ajuste direto dos contratos mencionados no n.º 1, não só necessitam de despacho prévio e conjunto dos Ministros da Administração Interna e das Finanças que as autorize a proceder nesse sentido, como ainda o recurso ao ajuste direto só será possível se a estimativa do custo global por contrato for inferior aos limiares previstos para aplicação das diretivas comunitárias sobre compras públicas.

Posto isto, facilmente se repara que, comparando o âmbito de aplicação das duas disposições aqui em análise, o artigo 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP permite a opção por ajuste direto em mais casos do que os abarcados pelo artigo 28.º da Lei de Bases de Proteção Civil, o que se observa desde logo porque, neste último diploma, o ajuste direto encontra-se confinado aos contratos de valor inferior aos limiares comunitários.

²⁸ Atente-se, nesta matéria em particular, nos artigos 27º, nº. 3, 28º, nº. 6 e 29º, nº. 1 da Diretiva 2014/24/UE.

NOGUEIRA DE BRITO afirma que não obstante as diferenças aqui avançadas, “o certo é que, em virtude do alcance da norma revogatória constante do artigo 14.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, é possível sustentar que o Código operou a revogação do citado artigo 28.º da Lei n.º 27/2006”.²⁹

MIGUEL RAIMUNDO, por sua vez, não está inteiramente de acordo com a revogação total do artigo 28.º da LBPC, apologizando que “o artigo 14.º, n.º 2 apenas teria a virtualidade de fazer uma revogação parcial” do dito artigo, com justificação na ideia de que os preceitos do artigo 28.º da LBPC representam uma concretização do ajuste direto relacionado com a proteção dos interesses essenciais do Estado, presente no artigo 24.º, n.º 1, al. f), do CCP, norma essa que expressamente permite que leis que concretizam interesses essenciais do Estado regulem especificamente esses interesses.³⁰ Dito de outra forma, não faria sentido desvirtualizar uma norma cujo sentido é precisamente o de regular de forma específica certos casos onde existam interesses essenciais do Estado.

Perscrutadas as diferenças entre algumas das disposições legais onde a urgência assume recortes semelhantes, detemo-nos agora sobre os valores que estão por detrás de uma situação de urgência qualificada.

O fundamento de ajuste direto aqui em análise obriga ao sacrifício da publicidade e da concorrência no procedimento, para poder dar guarida a um valor que assume uma relevância superior, assente na situação de urgência inadiável.³¹

Por norma, a existência de situações de urgência qualificada ou imperiosa vem associada à proteção de bens especialmente sensíveis, em grande parte direitos fundamentais. Aponte-se, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal de Contas n.º 17/2014, de 21 de Outubro de 2014, 1ª seção/PL, proferido no recurso ordinário n.º 8/2014, que revogou o anterior Acórdão n.º 4/2014, de 28 de Janeiro de 2013, processo n.º 1829/2013, onde o Tribunal de Contas

²⁹ NOGUEIRA DE BRITO, Miguel, *Ajuste Directo...*, p. 312.

³⁰ RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação...*, p. 959.

³¹ Sobre quais as necessidades que têm carácter prioritário vide CELESTE M. FONSECA, Isabel, *Processo temporalmente justo...*, pp. 140-141 e SÉRVULO CORREIA, José, *Revisitando...*, p. 736.

considerou justificar-se o recurso ao ajuste direto fundamentado no critério da urgência imperiosa.

Em causa estava o contrato celebrado entre a *Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais* e a *I.A. Patrício-Prestação de Serviços de Saúde, Lda.* para a aquisição de serviços de saúde em meio prisional.

Com efeito, após a recusa do visto operada no referido Acórdão n.º 4/2014, a Recorrente veio alegar e requerer a anulação da decisão e sua substituição por outra que concedesse o visto.

Foram apreciadas várias questões, entre elas, a existência de interesse público relevante na assistência médica ininterrupta aos reclusos, tendo o Tribunal concluído que “ a prestação de cuidados de saúde em meio prisional é de interesse público fundamental e a exigência da sua não interrupção deriva de ser: *uma necessidade permanente, que deve ser objecto de uma sistemática monitorização, por forma a evitar situações da carência médica e medicamentosa (...)*”.

No entanto, sublinhe-se que as situações de urgência imperiosa não se cingem apenas a direitos com uma natureza pessoal. Em rigor, os valores da concorrência e publicidade também cedem perante circunstâncias passíveis de criar perigo sério para elementos do património público ou privado, designadamente para o património cultural e ambiental.

Como referido, as situações de urgência imperiosa estão reféns de ocasiões de fragilidade extrema, nomeadamente, catástrofes naturais ou de origem humana³², guerras e terrorismo.³³

Afigura-se, por isso, plausível que a declaração do estado de calamidade dispense a entidade adjudicante de fazer prova da verificação da urgência imperiosa que serve de base ao ajuste direto, invertendo-se o ónus da prova,

³² Veja-se a definição de catástrofe presente no artigo 3.º, n.º 2 da LBPC, entendida como o(s) acidente(s) grave(s) suscetível(eis) de provocar elevados prejuízos materiais e, eventualmente, vítimas, afetando intensamente as condições de vida e o tecido sócio-económico do país.

³³ Referindo-se aos ataques do 11 de Setembro de 2001 e aos furacões Katrina e Rita, DRABKIN, David /THAI, Khi, *Emergency Contracting in the US Federal Government*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 7, 2007, p. 84, disponível em www.ipppa.org.

de modo a que o mesmo passe a recair sobre quem queira demonstrar a não existência da situação de urgência categórica.

Não se nos afigure, no entanto e de modo algum, que a entidade adjudicante se possa esquivar da invocação da situação de calamidade sem fundamentar o nexo de causalidade entre a situação de urgência e o contrato a celebrar.³⁴

1.3. Da imprevisibilidade dos acontecimentos e da probabilidade do perigo

Vimos que a urgência exprime uma inquietação perante um futuro imediato, caracterizado pela incerteza e pelo risco, que se faz acompanhar de uma insuperável necessidade de obter imediatamente uma resposta técnica.

É indubitável a ligação de uma situação de urgência imperiosa, que fundamente o ajuste direto, ao conceito da imprevisibilidade do momento da ocorrência da urgência.

Entende-se, portanto, em abstrato, que a ocorrência possa ser possível, mas não o momento em que de facto se vai concretizar.^{35 36}

A jurisprudência do Tribunal de Contas tem utilizado amiúde um padrão de diligência na apreciação do pressuposto da imprevisibilidade: são

³⁴ BOVIS, *ob. cit.*, p. 407. A jurisprudência comunitária evidencia a exigência do nexo de causalidade entre a situação e o contrato. Vide a este propósito, Acórdão do TJ, de 2 de Agosto de 1993, processo n.º C-107/92, caso Comissão/Itália, §12; e Acórdão do TJ, de 26 de Março de 1996, processo n.º C-318/94, caso Comissão/Alemanha, §14.

³⁵ Vide CELESTE M. FONSECA, Isabel, *ob. cit.*, p. 139, quando se refere a “acontecimentos não temporalmente esperados mas previsíveis” e FREITAS DO AMARAL, Diogo/GARCIA, Maria da Glória, *ob. cit.*, p. 455.

³⁶ A doutrina francesa elabora uma distinção mais minuciosa e que se mostra bastante profícua, que contrapõe *acontecimentos imprevisíveis a imprevistos*. O critério de distinção entre ambos está no grau de probabilidade da sua ocorrência num determinado setor de atividade. Assim, as circunstâncias imprevisíveis são aquelas que frustram todas as expectativas das partes, ao passo que as circunstâncias imprevistas são aquelas que excedem apenas as vicissitudes da vida económica.

Deste modo, o facto imprevisto respeita a acontecimentos comuns ou ordinários, onde o grau de probabilidade de ocorrer é maior, ao invés dos factos imprevisíveis, que consubstanciam aqueles factos extraordinários, cuja probabilidade de ocorrência é bastante menor, derivada da anormalidade da situação. Para o efeito, vide LLORENS, François/COUTEAUX, Pierre Soler, *Code des Marchés Publics*, Lexis Nexis, 2014, comentário ao artigo 35º, p. 667, §84.

imprevisíveis os acontecimentos que um decisor público normal, colocado na posição do real decisor, não podia nem devia ter previsto.³⁷

Entendam-se, portanto, todas aquelas situações que surgem de *forma inopinada*³⁸, para as quais um normal decisor não tenha a exigível capacidade para as prever e prevenir.

Nesta sede, é inelutável falar-se da existência do perigo e da ameaça do dano, associada à necessidade de agir.

A atuação preventiva da entidade adjudicante no ajuste direto tem o seu ponto nevrálgico assente num conceito de perigo, que surge associado aos conceitos de perigo do direito administrativo de polícia, designadamente ao perigo objetivo, entendido como o perigo “suportado por uma proposição empiricamente comprovada, de acordo com as teorias das ciências naturais ou sociais”³⁹, e ao perigo subjetivo onde “ a atuação pública é justificada quando, de acordo com juízos de *probabilidade* e *razoabilidade*, se represente a existência de perigo para o bem jurídico que caiba à entidade pública proteger”.⁴⁰

Deve dar-se, por isso, enfoque à *probabilidade do perigo*, que se deve arquitetar com base num *juízo razoável*, isto é, não se pode exigir que o perigo exista realmente, sendo suficiente que a entidade adjudicante represente de forma razoável a probabilidade de um perigo para um bem jurídico, ainda que posteriormente se revele que esse perigo não existia.⁴¹

Parafraseando ISABEL CELESTE FONSECA, “a *situação-de-urgência* é normalmente aferida ou valorada) num contexto de normalidade, mas que se

³⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 37/2006, processo n.º 1125/05 e 1126/05 e Acórdão do Tribunal de Contas n.º 7/2008, processo n.º 1439/2007.

Quanto a jurisprudência mais atual, veja-se o Acórdão do Tribunal de Contas n.º 17/2014, de 21 de Outubro de 2014, proferido no recurso ordinário n.º 8/2014, que explora a definição de *acontecimento imprevisível*, ao evidenciar que esta “tem por referência não um decisor omnisciente mas um *decisor público normal*, que é um decisor financeiro prudente e avisado, dotado de grau mediano de inteligência, cultura, educação e preparação profissional exigíveis para o exercício do cargo público em que está investido”.

³⁸ Expressão utilizada no Acórdão do Tribunal de Contas n.º 45/2011, de 7 de Junho de 2011, processo n.º 348/2011.

³⁹ NOGUEIRA DE BRITO, Miguel, *Direito Administrativo de Polícia*, in *Tratado de Direito Administrativo Especial - Volume I*, Almedina, 2013, p. 362.

⁴⁰ RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação...*, p. 956.

⁴¹ *Idem*, p. 957.

destaca por fugir à normalidade, em termos que, nesse quadro de normalidade, ela corresponde a uma situação em relação à qual se espera que, de acordo com as regras de probabilidade, aconteça um prejuízo - um prejuízo que vulgarmente é qualificado como sendo irreparável ou de muito difícil reparação”.⁴²

O perigo atual e iminente, que se encontra no âmago da situação de urgência, configura-se como um perigo grave, atenta a natureza dos interesses ameaçados, cujo afastamento obriga a uma intervenção sem demora.

Aproveita-se o ensejo para abordar um Acórdão do Tribunal de Contas que, nesta sede, se mostra bastante pertinente.

Trata-se do Acórdão n.º 40/2014⁴³, que concluiu pela inexistência de fundamentos legais justificativos do recurso ao procedimento pré - contratual por ajuste direto, com base no artigo 24.º, n.º 1, al. c) do CCP, abordando, em particular, a matéria da (não) imprevisibilidade dos acontecimentos.

No dia 13 de Junho de 2014, a Autoridade Nacional de Proteção Civil (ANPC) celebrou um contrato de consórcio constituído pelo agrupamento INAER PT-INAER ES (INAER), para a aquisição de serviços de manutenção, operação e locação de aviões anfíbios pesados complementares, com o fim de assegurar os meios aéreos necessários ao combate dos incêndios, para o período de 15 de Junho de 2014 a 15 de Outubro do mesmo ano.

A ANPC esclareceu que dois dos helicópteros se encontravam inoperacionais, um deles em virtude de um acidente ocorrido em 2012, não tendo sido possível, até à data, a sua reparação; o outro encontrava-se igualmente inoperacional, desde 2013, devido a avaria. Fundamentou, contudo, que “ a escassa disponibilidade no mercado deste tipo de meios aéreos anfíbios em períodos homólogos e (...) as condições meteorológicas expectáveis no período de verão (...)” justificavam a urgência imperiosa no recurso ao ajuste direto.

Tomando posição, o Tribunal de Contas concluiu que a urgência imperiosa invocada não resultava de acontecimentos imprevisíveis porquanto

⁴² CELESTE M. FONSECA, Isabel, *ob. cit.*, p. 131.

⁴³ Acórdão de 10 de Novembro de 2014, 1ª seção, processo n.º 1323/2014.

a inoperacionalidade das aeronaves persistia desde 2012 e 2013. Assim, em virtude de os factos alegados como fundamento para o ajuste direto serem “perfeitamente conhecidos da entidade adjudicante há muitos meses”, o Tribunal não deu guarida à justificação apresentada, devendo, pelo contrário, ter sido dado cabimento ao concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação.⁴⁴

1.4. Da não imputabilidade à entidade adjudicante das circunstâncias invocadas

Não basta que se conclua que o interesse público em avançar com a contratação com a máxima urgência seja superior ao interesse público a realizar através de um procedimento concorrencial, sendo ainda necessário, como visto *supra*, que essa urgência imperiosa seja resultante de acontecimentos *ab initio* imprevisíveis pela entidade adjudicante, e não sejam, em caso algum, a ela imputáveis⁴⁵. Por outras palavras, que sobre essas circunstâncias a entidade adjudicante não disponha de controlo efetivo quanto à sua ocorrência.

Veja-se, *cum grano salis*, um caso levado à apreciação do Tribunal de Contas, que aborda esta questão.

No Acórdão n.º 4/2012⁴⁶, o *Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas (IFAP)* remeteu para fiscalização prévia o contrato de prestação de serviços para manutenção do desenvolvimento de novas aplicações de sistemas informáticos, celebrado com a *NLS New Link Solutions – Consultoria e*

⁴⁴ E porque o Tribunal de Contas não é neófito na apreciação de situações semelhantes, atente-se no Acórdão n.º 27/2014, de 4 de Setembro de 2014, 1ª seção, processo n.º 1163/2014.

A ANPC já havia querido celebrar contrato por ajuste direto (com a Agro-Montiar) para aquisição de serviços de manutenção e locação de duas aeronaves complementares (aviões anfíbios *médios*) para um rápido e consistente combate aos incêndios florestais. Porém, o Tribunal, mais uma vez não aceitou a fundamentação apresentada por, não só a inoperacionalidade dos aviões ser conhecida da entidade adjudicante há largos meses, como ainda o processo de combate aos incêndios ser deveras conhecido e previsível pelas entidades responsáveis na matéria, entre elas a ANPC, sobre a qual impendia o dever de conhecimento atempado e atuação antecipada na prevenção deste tipo de riscos.

⁴⁵ Conforme Bovis, *EU Public Procurement Law (...)*, p. 400, o fundamento em urgência imperiosa não imputável à entidade adjudicante, não pode *a priori* basear-se na invocação de motivos de organização interna da entidade adjudicante. Ademais, é compreensível que o ónus da prova de que a situação de urgência extrema não é imputável à entidade adjudicante, recaia sobre ela própria.

⁴⁶ Acórdão de 14 de Fevereiro de 2012, 1ª seção, processo n.º 1704/2011.

Engenharia, S.A. no dia 16 de Novembro de 2011, contrato esse celebrado por ajuste direto ao abrigo do artigo 24º, n.º.1, al. c) do CCP. A prestação de serviços, objeto do contrato, produziu efeitos desde 16 de Dezembro de 2010 a 31 de Dezembro de 2011.

O IFAP justificou a adoção do ajuste direto com base na ocorrência de acontecimentos imprevisíveis que o impediram de providenciar atempadamente a realização de um concurso público.

Fazendo uma síntese dos factos, a preparação do procedimento por concurso público (pelo prazo de três anos) deu início em Setembro de 2010.

Em Janeiro de 2011 fora solicitado o cabimento orçamental do procedimento e em Março de 2011 fora solicitada ao Governo autorização para a abertura do procedimento, aprovação dos documentos concursais e assinatura de portaria de extensão de encargos.

Volvido um mês, obteve-se a resposta da entidade tutelar a informar a não assinatura da portaria de extensão pela circunstância de o Governo se encontrar em gestão, sugestionando, por isso, a abertura do concurso, excecionalmente, pelo prazo de um ano.

Posto isto, o IFAP procedeu a um trabalho exaustivo de reformulação do conceito e das condições que estavam na base do contrato de prestação de serviços. Mas, não se mostrando viável o interregno da prestação de serviços, em Junho de 2011, o IFAP propôs novamente à entidade tutelar a aprovação de um contrato por ajuste direto e pelo prazo de um ano (de 16 de Dezembro de 2010 a 31 de Dezembro de 2011). Porém, o processo veio “devolvido”, com a justificação de que o Governo se encontraria a cessar funções.

Com a formação do novo Governo, o IFAP conseguiu repropor, tendo o Secretário de Estado da Agricultura respondido, subdelegando a competência para essa autorização no CD do IFAP.

A prestação de serviços foi, no entanto, assegurada durante o ano de 2010 mediante a realização, por três vezes, de contratos por ajuste direto com o mesmo objeto, com fundamento na demora dos prazos de abertura de concurso e na não verificação de procedimento regular expectável.

Atento o exposto, o Tribunal pronunciou-se, tendo reconhecido a existência de motivos de urgência imperiosa “dado que não é possível suspender o fornecimento dos serviços de desenvolvimento aplicacional”.

Contudo, sustentou que “pode (...) acontecer que haja motivos de urgência imperiosa resultantes de acontecimentos imprevisíveis e que mesmo assim não se encontre legitimada a escolha do procedimento não concursal. Estão nesta situação tais procedimentos fundamentados em circunstâncias que, de algum modo, sejam imputáveis ao decisor público. É o que acontece, por exemplo, quando a impossibilidade de cumprimento dos prazos exigidos pelo concurso público se devem a inércia ou má previsão da entidade adjudicante”.

De facto, o Tribunal reconheceu a imprevisibilidade dos acontecimentos no plano governativo. No entanto, apontou várias diatribes ao comportamento pouco curial da entidade adjudicante. Entre elas, a lenta capacidade de reação e de adaptação da mesma face às ocorrências⁴⁷, uma vez que a adoção de um concurso público é um procedimento lento, não coadunável com o fim pretendido com o contrato.

Além disso, o Tribunal de Contas evidenciou que a entidade adjudicante já sabia de antemão que “(...) a prestação de serviços que decorria em 2010, terminava em 15 de Dezembro e deveria continuar; (...) que tal prestação era imprescindível” e que “(...) dar os primeiros passos num concurso no mês de setembro, não permitiria obter resultados a tempo de reiniciar uma prestação de serviços em dezembro do mesmo ano”.

Ademais, criticou a adoção dos três contratos por ajuste direto, por considerar terem sido adotados ao arrepio da lei, sem qualquer suporte contratual e à margem dos procedimentos essenciais.

Em suma, considerou que todas estas deficiências eram imputáveis à entidade adjudicante, devido à “deficiente articulação dos dois planos da gestão e de pouca atenção a possíveis adversidades externas”, tendo sido esta uma das razões da recusa do visto.

⁴⁷ Sobre a demora de atuação da entidade adjudicante, incapaz de fazer valer o procedimento por ajuste direto, vide ARROWSMITH, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement; Regulations in the EU and UK*, vol. 1, 3ª ed., Sweet & Maxwell, 2014, pp.1074-1075, §10-20.

1.5. Da impossibilidade de cumprimento dos prazos ou formalidades exigidos para os outros procedimentos

De um ponto de vista estrutural, uma situação de urgência imperiosa impõe a consideração da duração do processo, em termos que a estrutura e demora do procedimento devam ser proporcionais à complexidade e à situação de carência que é objeto de tutela.

Assim, para que se possa utilizar o ajuste direto é exigível que outros procedimentos não absolutamente excludentes da publicidade não se mostrem curiais a satisfazer a necessidade da entidade adjudicante, de tal modo que, nem mesmo seguindo a tramitação urgente dos demais procedimentos, esta necessidade inadiável possa ser satisfeita.⁴⁸ A absoluta necessidade obriga a uma intervenção imediata e sem delongas, não compatível com a morosidade típica dos restantes procedimentos.⁴⁹ Abstratamente, a concorrência poderia funcionar, mas a demora da sua implementação mostra-se pernicioso na eficácia do agir, podendo pôr mesmo termo à contratação, por originar um obstáculo prático ao interesse público.

Reveste-se de interesse apurar qual o critério que permite aferir quando a demora de outros procedimentos se mostra intolerável para a urgência do momento, concorrendo para o efeito a *demora efetiva*, ou seja, a demora real, autêntica e prática de um procedimento concorrencial, e a *demora normativa*, que corresponde ao prazo que a lei estabelece para os possíveis procedimentos a optar, caso não se lance mão do ajuste direto.

Atendendo ao Direito Comunitário, à luz do art. 31.º, n.º 1, al. c) da Diretiva 2004/18/CE, o critério adotado tende a ser o do tempo normativo, por referência aos “prazos exigidos” pelos demais procedimentos. Em sentido

⁴⁸ Por este motivo, RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação...*, p. 968, evidencia que “a habilitação legal do ajuste direto decorre de uma situação de urgência *mais intensa* do que a urgência que permite o recurso a esquemas como a redução de prazos ou o recurso a procedimentos com publicidade mais simplificados”.

⁴⁹ Assim, estamos perante a configuração de um *periculum in mora*, em termos tais que num atraso na contratação, propício a originar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação, a concorrência possa ser dispensada.

semelhante também parece indicar o CCP ao referir-se a “prazos inerentes aos demais procedimentos”.

No entanto, trata-se de um critério não isento de reparos: no Direito Comunitário, a regulação dos prazos no âmbito dos procedimentos pré-contratuais não é exaustiva, nem fechada. Explicando por outras palavras, não só não são taxativos os prazos previstos na Diretiva 2004/18/CE, como acontece em particular com os prazos para a avaliação de propostas que ali não vêm previstos, como ainda os prazos aí mencionados são mínimos e passíveis de prorrogação (art. 38.º n.ºs 1 e 7).

Na mesma linha segue o CCP, que pelo artigo 76.º, n.º1 estabelece prazos para a conclusão do procedimento (prazo esse que só começa a contar a partir do final do prazo de apresentação de propostas) que, porém, também são mínimos e não fixos, admitindo prorrogação (arts. 63.º, n.º 1 e 64.º n.º3 do CCP).

MIGUEL RAIMUNDO mostra-se, por isso, apologista do critério baseado na *duração efetiva, normal, dos procedimentos da mesma natureza, e não a simples agregação dos prazos procedimentais*.⁵⁰

Sufragamos o mesmo entendimento por considerarmos que um contributo temporal puramente normativo acaba por se desviar da duração prática e realista de um procedimento. Naturalmente, não afastamos o critério da demora normativa, sobretudo porque serve de ponto de orientação, já que contribui para uma delimitação prévia da duração do tipo contratual. Pese embora esta perspetiva, mostra-se bastante mais acautelado atentar naquela que é a demora autêntica do procedimento.

No entanto, não deixamos de descortinar a este critério um efeito não tão profícuo quanto o que, aparentemente, se apresenta. A pecha que lhe podemos apontar centra-se na dificuldade em provar o tempo real que o procedimento vai tomar, para posteriormente se poder lançar mão do ajuste direto. Não obstante, não deixa de ser um critério mais razoável e mais focado na situação concreta.

⁵⁰ RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação...*, p. 970.

1.6. Da permissão do ajuste direto apenas na medida do estritamente necessário

O recurso ao ajuste direto deve pautar-se por um rigoroso princípio da proporcionalidade, de tal modo que, só a efetiva medida do exigido pelos acontecimentos imponderáveis e com vista à satisfação imediata do interesse da entidade adjudicante, se possa celebrar o contrato. Nesta conjuntura, o ajuste direto deve ser adotado na “medida certa”.⁵¹

O desiderato deste pressuposto reside, não nos fins que levam a atender à urgência, passíveis de justificar todo e qualquer meio para a sua concretização, mas, sim, nos meios que se mostram necessários e proporcionais ao alcance de tais fins.

Em boa verdade, chegados a este ponto, depois de perscrutados todos os demais pressupostos do recurso ao ajuste direto com base na disciplina legal do artigo 24.º, n.º 1, al. c) do CCP, observa-se que o princípio da proporcionalidade se colocou ao dispor da presente norma sob múltiplas formas: vimos, na análise do pressuposto da urgência imperiosa, que o princípio se evidenciava na premência de ponderação dos bens, valores e interesses em jogo, validando a preclusão da publicidade e concorrência para se poder recorrer ao ajuste direto; adicionalmente, o princípio da proporcionalidade ganhou vulto na questão da morosidade associada aos procedimentos concorrenciais abertos, uma vez que, para se apelar ao ajuste direto, se mostrar essencial a adoção do procedimento mais adequado à complexidade da situação de urgência imperiosa e do interesse a satisfazer; por fim, este é um princípio que se apresenta como balizador dos limites à extensão das prestações que podem ser contratadas com base em urgência, exigindo particular enfoque a duração do contrato celebrado, a quantidade e tipo de bens e serviços adquiridos e a modificabilidade do contrato.⁵²

⁵¹ Conforme expressão de OLIVEIRA FERREIRA, Francisco de, *Procedimentos Pré-Contratuais ao abrigo do Código dos Contratos Públicos, Tipos de Procedimentos e Critérios de Escolha*, Coimbra Editora, 2010, p. 83.

⁵² Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação...*, pp. 968 e ss.

Sob este prisma afiguram-se as vertentes da necessidade e da proibição do excesso, aqui subordinadas ao imperativo de que as prestações contratadas sejam as únicas capazes e necessárias para acorrer à situação de urgência imperiosa, com a virtualidade de potenciarem o mínimo dano possível aos valores da publicidade e concorrência.

Circunscrevendo o campo de análise aos três aspetos *supra* referidos, importa mencionar que:

i) Não se mostra plausível que a duração da contratação por ajuste direto tenha um arco temporal demasiado curto - sob pena de se ter de recorrer novamente a este procedimento - nem desmedido - ao ponto de a entidade adjudicante ficar refém de um contrato do qual, entretanto, deixa de necessitar. A contratação por ajuste direto deve, portanto, estar delimitada de forma estrita e proporcional à situação concreta que se vai satisfazer;

ii) O tipo ou a quantidade de bens e serviços adquiridos confinam-se àqueles que são próprios e adequados para acorrer de imediato à urgência, com exclusão de todos aqueles que, mesmo idóneos a suprir a situação urgente, não lhe consigam dar uma resposta rápida e imediata. Logo, aqui também existe um mecanismo de ponderação de bens e valores que permite destrinçar os casos em que nem sempre uma situação de premência assume o valor qualificado - capaz de abolir com a publicidade e concorrência- dos casos que têm essa natureza;

iii) A modificação do contrato assume-se como algo a evitar, na medida em que a variação dos aspetos mais relevantes do contrato pode vir a quebrar com aquela que foi a situação base que fundamentou o recurso ao ajuste direto. Deste modo, mesmo que essa modificação tenha necessariamente que operar, há que adequá-la ao objeto da contratação em situação de urgência, por forma a não fugir àquilo que esteve no âmago do ajuste direto.

O direito norte-americano, respeitando o postulado pelo critério do mínimo dano à concorrência, prevê, além da existência de autoridades especiais de contratação pública disponíveis para dar (no imediato) resposta à

situação de urgência, a hipótese de existirem contratos já “pré-posicionados” para atender a esse tipo de situações.⁵³

Já à luz do artigo 24.º, n.º 1, al. c) ou, até mesmo, do direito comunitário, essa hipótese não encontra espaço na letra da lei, conquanto seja configurável ao abrigo de acordos-quadro, os quais facultam a celebração do contrato por ajuste direto, conforme dispõe o artigo 258.º, *ex vi*, artigo 252.º, n.º 1, al. a), ambos do CCP.

Por outras palavras, um acordo-quadro, ao configurar-se como um instrumento particularmente apto a reagir a situações de catástrofe, permite a celebração de um contrato de forma diretamente ajustada, mas com outro fundamento que não a urgência.

Além disso, podem sempre existir casos de contratos em vigor, que possam ser utilizados em tempo útil para fazer face à situação de urgência imperiosa, sem obrigar à celebração de um novo contrato por ajuste direto.⁵⁴

CONCLUSÃO

1. O fundamento de urgência imperiosa, ao arquitetar-se em situações de urgência categórica, resultantes de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, que não lhe sejam imputáveis, e não coadunáveis com o cumprimento atempado dos prazos inerentes aos demais procedimentos, permite à entidade adjudicante, na medida do estritamente necessário, recorrer a este fundamento para dar guarida ao ajuste direto.

2. Todavia, este importante motor de recurso à contratação diretamente ajustada, frequentemente invocado junto dos tribunais, não obtém, muitas das vezes, decisões judiciais atreitas à sua pretensão, atento o não cumprimento escrupuloso dos seus apertados requisitos, que são, não inusitadas vezes, levianamente invocados.

3. Em rigor, não basta uma qualquer situação de urgência, mas, sim, uma *urgência categórica*, assente numa situação de necessidade absoluta e de uma

⁵³ Assinalando esta previsão, DRABKIN, David /THAI, Khi, *Emergency...*, pp. 86 e 94.

⁵⁴ Fazendo referência a este ponto, RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação...*, pp. 974-975.

intervenção imediata, cuja delonga se mostrará bastante perniciosa para o interesse público.

4. É justamente o tipo de urgência em causa o principal foco de distinção desta figura com outras onde a urgência também se afigura como pressuposto, nomeadamente o estado de necessidade, o concurso público urgente e a urgência prevista na Lei de Bases da Proteção Civil.

5. A urgência exprime uma inquietação perante um futuro imediato, caracterizado pela incerteza e pelo risco. Assim, enquanto a *imprevisibilidade* assenta em acontecimentos que um decisor público, colocado na posição do real decisor, não podia ter previsto, a *probabilidade do perigo* vem vulgarmente associada a um dano irreparável ou de difícil reparação, que não permite à Administração perder tempo algum na tentativa do seu impedimento.

6. Com efeito, uma situação de urgência está inevitavelmente associada à *impossibilidade de cumprir com a normal demora dos demais procedimentos concorrenciais*. A necessidade inadiável obriga a entidade adjudicante a pôr de parte o cumprimento dos prazos e formalidades exigidos para outros procedimentos, enveredando pela celeridade que o ajuste direto lhe permite.

7. Nestes termos, importa que essa necessidade inadiável *não tenha sido provocada pela entidade adjudicante*, ou seja que, no limite, não lhe seja imputável o circunstancialismo urgente encontrado.

8. Contudo, o recurso ao ajuste direto deve pautar-se necessariamente por um rigoroso *princípio da proporcionalidade*, que aqui se mostra a proteção mais fiel do interesse público, balizando a atuação da Administração Pública e norteando-a pelos padrões mais adequados, necessários e razoáveis às necessidades coletivas.

9. Todos estes requisitos são taxativos e cumulativos, e a sua fundamentação deve ser feita com a maior cautela, por forma a evitar a sua precipitada invocação.

10. Se é verdade que optar por esta via se pode mostrar espinhoso, dado o rigor exigido, também é verdade que este é um fundamento adaptado às peculiaridades da realidade social e contratual, permitindo a eficácia e celeridade do agir administrativo, na prossecução do interesse público. ■

BIBLIOGRAFIA**REFERÊNCIAS:**

ARROWSMITH, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement; Regulations in the EU and UK*, vol. I, 3ª ed., Sweet & Maxwell, 2014;

BOTELHO, José Manuel Santos/ESTEVES, Américo J. Pires/ PINHO, José Cândido de, in *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, Almedina, 2002;

BOVIS, Christopher H., *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law series, 2012;

CELESTE M. FONSECA, Isabel, *Processo temporalmente justo e urgência – contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional da urgência na justiça administrativa*, Coimbra Editora, 2009;

DRABKIN, David /THAI, Khi, *Emergency Contracting in the US Federal Government*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 7, 2007;

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário / ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, *Concursos e outros procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011;

FREITAS DO AMARAL, Diogo/GARCIA, Maria Glória, *O estado de necessidade e a urgência em Direito Administrativo*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 59, II, 1999;

FRIER, Pierre-Laurent, *L'urgence*, Paris: L.G.D.J, 1987;

GARCIA, Julio González, *Classic Procurement Procedures: open, restricted, negotiated*, in *EU Public Procurement and Beyond*, Editors Trybus/Caranta/Edestam, n.º 15, Bruylant, 2014

GONÇALVES PEREIRA, André, *Erro e ilegalidade do acto administrativo*, Ática, 1962;

GRAELIS, Albert, *Competition Law and Public Procurement*, 2015, disponível em www.papers.ssrn.com

LLORENS, François/COUTEAUX, Pierre Soler, *Code des Marchés Publics*, Lexis Nexis, 2014;

LUCAS PIRES, Miguel, *O concurso público urgente - o regime do Código dos Contratos Públicos o o posterior alargamento do seu âmbito de aplicação*, in *Revista dos Contratos Públicos*, CEDIPRE, nº 4, Janeiro-Abril 2012;

NOGUEIRA DE BRITO, Miguel,

- *Ajuste Directo*, in *Estudos de Contratação Pública - II*, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2010;

- *Direito Administrativo de Polícia*, in *Tratado de Direito Administrativo Especial - Volume I*, Almedina, 2013;

OLAZABAL CABRAL, Margarida, *O concurso público nos contratos administrativos*, Almedina, 1999;

OLIVEIRA FERREIRA, Francisco de, *Procedimentos pré-contratuais ao abrigo do Código dos Contratos Públicos, Tipos de Procedimentos e Critérios de Escolha*, Coimbra Editora, 2010;

RAIMUNDO, Miguel Assis,

- *A formação dos contratos públicos; uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, 2013;

SESTIER, Jean-François, *Urgence et mise en concurrence dans les contracts publics*, in *Contracts Publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, vol. II, Université Montpellier I, 2006;

SÉRVULO CORREIA, José Manuel, *Revisitando o estado de necessidade*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, 2010.

JURISPRUDÊNCIA:**COMUNITÁRIA:**

- Acórdão do TJ, de 2 de Agosto de 1993, processo n.º C-107/92, caso Comissão/Itália;
- Acórdão do TJ, de 26 de Março de 1996, processo n.º C-318/94, caso Comissão/Alemanha;
- Acórdão do TJUE, de 18 de Novembro de 2004, processo n.º C-126/03, caso Comissão/Alemanha;
- Acórdão do TJUE, de 2 de Junho de 2005, processo n.º C-394/02, caso Comissão/República Helénica.

NACIONAL:**Tribunal de Contas**

- Acórdão do Tribunal de Contas n.º 37/2006, de 6 de Junho de 2006, processo n.º 1125/05 e 1126/05;
- Acórdão do Tribunal de Contas n.º 7/2008, de 8 de Abril de 2008, processo n.º 1439/2007;
- Acórdão do Tribunal de Contas n.º 4/12, de 14 de Fevereiro, processo n.º 1704/2011;
- Acórdão do Tribunal de Contas n.º 18/201, de 29 de Março de 2011, processo n.º 65/2011;
- Acórdão do Tribunal de Contas n.º 45/11, de 7 de Junho, processo n.º 348/2011;
- Acórdão do Tribunal de Contas n.º 27/2014, de 4 de Setembro de 2014, processo n.º 1163/2014;
- Acórdão do Tribunal de Contas n.º 17/2014, de 21 de Outubro de 2014, processo de fiscalização prévia n.º 1829/2013, recurso ordinário n.º 8/2014;
- Acórdão do Tribunal de Contas n.º 40/2014, de 10 de Novembro de 2014, processo n.º 1323/2014.

Catarina Custódio Barreiros Alves

- Licenciatura em Direito, na Faculdade de Direito de Lisboa (2012);
- Pós-Graduação em Direito da Contratação Pública – Direito Internacional e Europeu, Direito Nacional e Concorrência (2015), na Faculdade de Direito de Lisboa, concluída com 17 valores;
- Mestranda em Ciências Jurídico-Forenses na Faculdade de Direito de Lisboa.

Formação complementar:

- Conclusão do Curso Intensivo de Introdução ao Direito Norte-Americano, na Faculdade de Direito de Lisboa, com 17 valores;
- Conclusão do Curso Intensivo de Direitos Sociais como Direitos Humanos e Fundamentais – uma perspetiva transconstitucional, na Faculdade de Direito de Lisboa, com 16 valores;
- Conclusão do Curso Intensivo de Direito Fiscal Europeu - Impostos Indiretos, na Faculdade de Direito de Lisboa, com 14 valores.



Data  **enia**

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242

Ano 4 • N.º 05 • Janeiro 2016

