

...ESPECIAL REVISÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

O BARÓMETRO LEGISLATIVO

No passado dia 31 de agosto foi publicado em Diário da República, no 2.º Suplemento, o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, que procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos (“CCP”).

Esta revisão surge por força da necessidade de transpor para Portugal o regime das novas Diretivas europeias (que deveriam ter sido transpostas até abril de 2016), tendo o legislador aproveitado para introduzir diversas outras modificações. Esta foi a revisão mais profunda do CCP em toda a sua vigência, tendo implicado a revogação de 35 artigos, o aditamento de 54 artigos e alterações em 155.

Esta revisão visa a melhoria da eficiência na despesa pública e o acesso a contratos públicos por parte de todos os operadores económicos, destacando-se os seguintes objetivos do legislador:

- Simplificação
- Desburocratização
- Flexibilidade
- Transparência
- Boa gestão pública.

Considerando que a revisão do CCP entrará em vigor no próximo dia 1 de janeiro de 2018, passa-se de seguida a apresentar esquematicamente (e de modo não exaustivo, claro) algumas das medidas mais emblemáticas do novo quadro legal, procurando desde já assinalar as suas vantagens mas, também, antecipar potenciais dificuldades na sua aplicação.

PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS (CCP)

- Desdobramento do anterior ajuste direto em dois procedimentos: o ajuste direto propriamente dito e a consulta prévia

No ajuste direto passa a só poder convidar-se uma entidade a apresentar proposta, apenas podendo ser utilizado para contratos de empreitada até € 30.000 e de aquisição de bens ou serviços até € 20.000

Para contratos de valor superior, passa a ter de se adotar a consulta prévia, que obriga ao convite a, pelo menos, três entidades distintas, permitindo a celebração de contratos de empreitada até € 150.000 e de aquisições de bens e serviços até € 75.000

PRÓS

- Promoção da concorrência, reduzindo o número e o valor dos ajustes diretos e fomentando a competição mesmo nos procedimentos sem convite, o que poderá gerar poupanças ao erário público (pois os preços tendem a diminuir quando aumenta o número de concorrentes)

CONTRAS

- Potencial aumento dos riscos de conluio entre concorrentes e entidade adjudicante ou só entre concorrentes, na medida em que a imposição de um número mínimo de concorrentes pode facilitar a sua concertação

A Missão Crescimento

A AMC - ASSOCIAÇÃO MISSÃO CRESCIMENTO é uma associação de direito privado e sem fins lucrativos, políticos ou religiosos, que tem por objeto o lançamento de iniciativas que visem a identificação de ações e medidas concretas para a promoção do crescimento da economia portuguesa.

Tem como associados e patrocinadores a Ordem dos Engenheiros, a Ordem dos Economistas, o Fórum dos

Administradores de Empresas e Projeto Faro/Deloitte.

Esta publicação foi elaborada em colaboração com a Vda Advogados

O Conselho Geral

Jorge MARRÃO (Presidente)
Rui MARTINHO (Vice-Presidente)
Carlos MINEIRO AIRES (Vice-Presidente)
Luís Filipe PEREIRA
Esmeralda DOURADO

Luís MAGALHÃES

Luís BRAGA da CRUZ

JM BRANDÃO de BRITO

Alberto CASTRO

Adriano Gomes PIMPÃO

Daniel PROENÇA de CARVALHO

João SALGUEIRO

António SALVADOR PINHEIRO

António GUERREIRO

O Conselho Geral

Paulo CARMONA (Presidente)

António PINHO CARDÃO (Vice-Presidente)

Álvaro NASCIMENTO

Clemente PEDRO NUNES

Luís SÍTIMA

- Possibilidade de celebração de contratos de empreitada por ajuste direto simplificado (até € 10.000) e por concurso público urgente (até € 300.000)
- Em geral, redução de prazos para apresentação de propostas

PRÓS

- Maior rapidez na conclusão dos procedimentos pré-contratuais
- Maior proximidade entre o momento em que os concorrentes elaboraram a sua proposta e aquele em que o contrato será celebrado e executado

CONTRAS

- Reduzido tempo para os concorrentes prepararem as suas propostas, com potencial aumento de erros e falhas na sua elaboração, conduzindo a um aumento do número de propostas excluídas ou, pelo menos, a propostas (e contratos) com menor qualidade

PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS (CCP)

- Uniformização dos prazos para os erros e omissões e para os esclarecimentos sobre as peças dos procedimentos

O prazo para apresentação dos erros e omissões deixou de ser de 5/6 para passar a ser 1/3 do prazo para apresentação de propostas, passando a ser igual ao prazo para solicitar esclarecimentos sobre as peças procedimentais

PRÓS

- Maior simplicidade, deixam de coexistir dois (sub)prazos a correr simultaneamente dentro do período correspondente ao prazo para apresentação das propostas
- Concentração das fases procedimentais, permitindo à entidade adjudicante recolher os contributos dos interessados num momento prévio e permitindo aos interessados que, a partir do primeiro terço do prazo, se concentrem unicamente na elaboração da sua proposta

CONTRAS

- Sobrecarga dos interessados, com a concentração, num prazo muito curto, de duas tarefas simultâneas, em detrimento da elaboração da proposta
- Diminuição do número e relevância dos contributos que a entidade adjudicante poderia obter através dos erros e omissões
- Menor clareza na distribuição de responsabilidades pela deteção dos erros e omissões, com reflexos na execução do contrato

- Possibilidade de suprimento de irregularidades nas propostas

Prevê-se a possibilidade de serem corrigidos erros constantes das propostas que derivem do incumprimento de formalidades não essenciais e que devam ser supridas, desde que tal não afete a concorrência e a igualdade de tratamento



PRÓS

- Fomento da concorrência nos procedimentos pré-contratuais
- Maior foco na adjudicação da proposta que seja substancialmente mais satisfatória, evitando a exclusão de propostas satisfatórias com base em motivos puramente formais e burocráticos

CONTRAS

- Insegurança jurídica e casuísmo, por não se saber se e quando é que determinada irregularidade é ou não passível de suprimento ou, ao invés, deve determinar a exclusão da proposta
- Potencial desigualdade de tratamento, se irregularidades idênticas forem tratadas de modo diferente em diferentes procedimentos e por outras entidades adjudicantes
- Previsível acréscimo da litigiosidade

PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS (CCP)

- Incentivo à divisão do objeto dos procedimentos em lotes

Na aquisição de bens e serviços de valor superior a € 135.000 e nas empreitadas de valor superior a € 500.000, as entidades adjudicantes devem prever a adjudicação por lotes, devendo fundamentar a sua opção caso não procedam a essa divisão

Prevê-se, no entanto, a possibilidade de a entidade adjudicante limitar o número máximo de lotes que podem ser adjudicados ao mesmo concorrente, devendo fixar os critérios a seguir

PRÓS

- Diminuição do valor de cada contrato, promovendo uma maior participação das pequenas e médias empresas
- Maior agilidade procedimental, já que os diferentes lotes podem vir a ser adjudicados em momentos distintos, permitindo a celebração de alguns contratos mesmo que ainda não tenha havido adjudicação noutros lotes do mesmo procedimento
- Pelo mesmo motivo, possibilidade de execução de alguns contratos mesmo que a adjudicação noutros lotes seja suspensa por via judicial

CONTRAS

- Relativa indeterminação dos fundamentos que permitem a opção pela não divisão em lotes
- Potenciais problemas na definição e aplicação prática dos critérios de limitação da adjudicação de determinado número de lotes ao mesmo concorrente



- Determinação do “preço anormalmente baixo”

O limiar do “preço anormalmente baixo” passa a não estar previsto na lei e deixa também de estar indexado ao preço base do procedimento, passando a ser fixado nas próprias peças pela entidade adjudicante

PRÓS

- Elimina-se um limite rígido e fixado em abstrato, sem ter em conta as especificidades de cada contrato em concreto
- Reconhecimento legislativo dos efeitos contraproducentes da aplicação do regime anterior, com a prática corrente de apresentação de preços apenas 1 cêntimo acima do limiar legal

CONTRAS

- Potencial falta de defesa das entidades adjudicantes contra propostas irrealistas, no caso de não preverem um “preço anormalmente baixo”
- Maior sobrecarga das entidades adjudicantes na elaboração das peças procedimentais
- Previsível repetição do “efeito-ímã” do limiar desse preço, quando previsto nas peças (levando os concorrentes a apresentar propostas com preços “colados” a esse limiar)



PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS (CCP)

- *Bad past performance* (incumprimentos anteriores)

PRÓS

- Evita que a entidade adjudicante seja obrigada a contratar com entidades que tenham dado provas de falta de fiabilidade no passado

As entidades adjudicantes podem excluir propostas quando os concorrentes tenham incorrido em deficiências significativas ou persistentes na execução de contratos anteriores, nos últimos 3 anos, tendo esse incumprimento conduzido à resolução do contrato, ao pagamento de uma indemnização ou à aplicação de sanções que tenham atingido o máximo legal

CONTRAS

- Os requisitos para a aplicação deste impedimento – circunscrito aos últimos três anos e exigindo a resolução do contrato, o pagamento de uma indemnização ou a aplicação de sanções contratuais até ao limite máximo legalmente permitido – são muito exigentes e de difícil verificação

No entanto, o concorrente pode demonstrar a sua fiabilidade, nomeadamente se tiver todas as providências para corrigir o incumprimento anteriormente verificado



- Critérios de desempate na avaliação das propostas

Passa a proibir-se a utilização do momento de entrega da proposta como critério legal de desempate entre propostas, mesmo no concurso público urgente

Os critérios de desempate passam a ter de ser previstos nas peças, podendo basear-se na ordem de importância dos fatores e sub-fatores de adjudicação (expressa no coeficiente) ou no facto de a proposta ser apresentada por uma pequena e média empresa

PRÓS

- Cessação da prática corrente de “corrida” à apresentação das propostas, com vista a beneficiar do critério de desempate
- Eliminação da escolha de uma proposta com base num fator aleatório e extrínseco ao respetivo conteúdo, como era o do momento da sua apresentação



CONTRAS

- Falta de defesa das entidades adjudicantes em caso de empate, quando incumpram a obrigação de prever o critério de resolução do impasse
- Potencial verificação de empates, mesmo depois da aplicação dos critérios de desempate previstos nas peças, sem que exista um critério legal supletivamente aplicável
- Ao permitir-se que a qualificação como “pequena e média empresa” possa constituir um critério de desempate, a escolha da melhor proposta pode continuar a basear-se em fatores que lhe são alheios (no caso, a dimensão da empresa que a apresentou)

PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS (CCP)

• Caução

O valor de 5% do preço contratual deixa de ser um valor fixo para passar a ser o valor máximo da caução

Prevê-se a liberação progressiva da caução nos contratos com obrigações de garantia superior a dois anos e nos contratos de empreitada atualmente em execução ou cujos prazos de garantia estejam em curso



PRÓS

- Redução dos encargos dos cocontratantes privados com a prestação e manutenção da caução ao longo de todo o período de vigência do contrato, especialmente importante para as empresas com menor capacidade financeira

CONTRAS

- Diminuição das garantias ao dispor do contratante público em caso de incumprimento contratual por parte do cocontratante privado

• Gestor do contrato

Passa a prever-se que a execução do contrato é acompanhada por um "Gestor do contrato", nomeado pela entidade adjudicante e identificado desde logo na minuta do contrato

PRÓS

- O cocontratante privado passa a ter um interlocutor único na relação contratual, que constitui o "rosto" e o ponto de contacto do contraente público
- Permite um acompanhamento mais regular e próximo da execução do contrato pelo contraente público

CONTRAS

- Insuficiente enquadramento legal desta figura, nomeadamente por não se prever expressamente a sujeição do gestor do contrato ao regime geral das suspeições e impedimentos, nem se prever que a escolha do gestor possa constituir fundamento de reclamação contra a minuta do contrato, quando o adjudicatário alegue não ter garantias quanto à imparcialidade do gestor nomeado
- Discutível utilidade da figura em contratos pouco complexos ou de curta duração



PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS (CCP)

- Pagamento aos subcontratados

O subcontratado pode reclamar junto do contraente público o pagamento de quantias em atraso que lhe sejam devidas pelo cocontratante privado

Na falta de oposição ou de pagamento atempado pelo cocontratante privado, o contraente público pode pagar diretamente ao subcontratado o valor dos débitos vencidos (ou os futuros, quando reconhecidos pelo devedor), podendo depois proceder à compensação desses valores

PRÓS

- Pode contribuir para a sobrevivência financeira de pequenas e médias empresas que estejam dependentes do pagamento do cocontratante privado para continuar em atividade
- Devolve ao contraente público um mecanismo – aliás, previsto na legislação anterior ao CCP – de intervir mais ativamente na execução do contrato e atalhar o seu incumprimento

CONTRAS

- Coloca o contraente público no meio de um litígio que diz respeito a dois terceiros: o cocontratante e o seu subcontratado
- Pode constituir um meio de pressão ilegítima ou abusiva do subcontratado e degradar as relações entre contraente público e cocontratante privado

- Arbitragem

Passa a prever-se o recurso à arbitragem como um meio normal (mas não obrigatório) para a resolução de litígios pré-contratuais ou contratuais, com preferência pelos centros de arbitragem institucionalizados

PRÓS

- Pode permitir a resolução dos litígios de modo mais célere e através de árbitros especializados, conduzindo a um descongestionamento dos tribunais administrativos

CONTRAS

- Dúvidas quanto à capacidade efetiva de os centros de arbitragem atualmente existentes lidarem com o volume e complexidade dos litígios que podem suscitar-se neste campo
- Caráter restritivo dos critérios que permitem o recurso à arbitragem não institucionalizada, que se revelam de difícil aplicação prática
- Incerteza sobre a consequência legal da falta de aceitação da arbitragem pré-contratual por parte dos concorrentes: mera impossibilidade de se recorrer a este meio alternativo de resolução de litígios ou exclusão da proposta que não seja instruída com o documento de aceitação (solução que pode ser inconstitucional)
- A possibilidade legal de recurso (mesmo que sem efeito suspensivo) das decisões proferidas em litígios de valor superior a € 500.000 poderá, na prática, desincentivar o recurso à arbitragem em contratos de longa duração e de grande expressão financeira (por o eventual recurso anular a celeridade inerente à via arbitral)

Ficha técnica

Data de publicação: Outubro/2017
Direção: Paulo Carmona
Edição: Filipa Sousa Santos

Contacte-nos através de:

WebPage: www.missaocrescimento.com
Facebook: www.facebook.com/#!/AMCrescimento
E-mail: info@missaocrescimento.com
Morada: a/c FAE Rua da Junqueira, n.º 39 - 2.º Piso | 1300-307 Lisboa
Telefone: +351 21 3618250