



A REVISÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Fernando Batista

Foi recentemente publicado o Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto, que veio proceder à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro. Considerando a extensão desta alteração, foi o mesmo republicado em anexo a este novo diploma legal.

Foi um processo legislativo longo, com a constituição formal de dois grupos de trabalho e com um período de consulta pública alargado (70 dias) do qual veio a resultar o texto final. É interessante recuperar parte do texto da Presidência da República aquando da promulgação do diploma em causa: *“A presente revisão do Código dos Contratos Públicos – porventura a mais estudada e desenvolvida – constituía uma oportunidade singular para a reponderação de quadros conceptuais e para a simplificação de complexidades normativas. Quanto ao primeiro desafio, ele ficou adiado, no essencial. Pelo que respeita ao segundo, houve variadas benfeitorias ou atualizações. Não obstante, persistem soluções juridicamente questionáveis, de que o regime de arbitragem pode constituir um exemplo. E, mais geral, mostrou-se difícil modificar linhas estruturais da sistematização adotada.”*

O presente artigo visa apenas sobrevoar este texto com a finalidade de elencar as grandes alterações face à redação anterior do CCP. Outros artigos se seguirão nas próximas edições deste boletim, com uma abordagem mais cirúrgica sobre alguns dos aspetos de maior relevância.

Vejamos quais as grandes alterações que este diploma vem trazer:

Conforme se pode retirar do preambulo deste Decreto-Lei, as alterações introduzidas sustentam-se em três grandes vetores: (i) Desde logo na obrigação do Estado Português de transpor o pacote de diretivas europeias de contratação pública de 2014 (diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE); (ii) por outro lado na implementação legal de medidas de simplificação, de desburocratização e de flexibilização sobretudo na fase procedimental; e (iii) no estabelecimento de medidas de transparência e de boa gestão pública.

Seguindo esta trilogia de proveniências das alterações, diremos, em linhas gerais, o seguinte:

- (i) O legislador nacional, no sentido de seguir as determinações do legislador comunitário:
 - a) Veio alargar o regime da contração excluída às relações *“in house”* horizontais, também denominadas como *“cooperação administrativa”* (artigo 5º nº 5)¹;
 - b) Relativamente aos procedimentos, foi criado um procedimento designado *“parceria para a inovação”* que será apropriado para as situações em que a

¹¹ Todos os artigos mencionados são do Código dos Contratos Públicos, na versão republicada em anexo ao Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto.



- entidade adjudicante pretenda adquirir algo (um bem, serviço, ou empreitada de obra pública) que não existe no mercado, pelo menos nos moldes pretendidos (artigo 30º-A do CCP, com regulação nos artigos 218º-A a 218º-D);
- c) Com o propósito de potenciar a participação das PMEs nos procedimentos de contratação, incentiva-se a divisão do objeto contratual em lotes, de forma tal que nas aquisições ou locações de bens móveis ou nas de aquisição de serviços de valor superior a 135.000 €, e nas empreitadas de obras públicas de valor superior a 500.000 €, a decisão de não divisão em lotes, quanto tal divisão seja exequível, carece de fundamentação por parte da entidade adjudicante (artigo 46º-A nº 1); Ainda quanto aos lotes, permite-se que a entidade adjudicante limite o número máximo de lotes que pode ser adjudicado a cada concorrente (artigo 46º-A nº 4);
- d) Com vista a prosseguir medidas horizontais de fomento da inclusão social (uma das bandeiras da estratégia Europa 2020), é possível limitar a participação nos procedimentos aquisitivos a entidades que tenham por objeto principal a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, desde que pelo menos 30% dos seus trabalhadores se enquadrem numa dessas categorias. A esta situação dá-se o nome de “contratos reservados” (artigo 54º-A);
- e) Embora se continue a prever um leque de impedimentos que possam inibir a apresentação de candidaturas ou de propostas por determinado operador económico (artigo 55º) vem-se permitir que alguns desses impedimentos (nomeadamente penas criminais e sanções administrativas) possam ser relevados por demonstração por parte desse operador económico de que tomou as medidas adequadas para demonstrar a sua idoneidade (artigo 55º-A), ficando a apreciação da relevação destes impedimento à discricionariedade do órgão competente para a decisão de contratar; Não é possível, contudo, a relevação dos impedimentos resultantes da situação não regularizada perante a segurança social ou perante a administração fiscal;
- f) Com o objetivo de permitir um maior número de candidatos e de concorrentes nos procedimentos concursais, vem-se instituir que a disponibilização das peças do procedimento tem necessariamente de ser gratuita, revogando-se, por isso, o disposto no artigo 133º nº 3;
- g) Ainda com esse propósito, nos procedimentos de duas etapas (a primeira referente à qualificação dos candidatos) não é possível exigir uma capacidade financeira dos operadores económicos que, seja mais do dobro do valor do contrato a celebrar, exceto em casos devidamente justificados (artigo 165º nº 3);
- h) Passa a existir apenas um critério de adjudicação (o da proposta economicamente mais vantajosa) constituído por duas modalidades: melhor relação qualidade/preço e o preço ou custo (artigo 74º nº 1). Esta segunda modalidade constitui uma exceção, devendo-se demonstrar que todos os



demais elementos (para além do preço ou custo) do contrato a celebrar se encontram totalmente definidos (artigo 74º nº 3 conjugado com a alínea b) do nº 1 do mesmo artigo);

- i) Na modalidade da melhor relação qualidade/preço, os fatores e eventuais subfactores que constituem o critério devem estar ligados ao objeto do contrato e podem ser, entre outros, os que se encontrem ligados à qualidade (designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, concessão para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras e condições de fornecimento), à organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão (isto é, pode-se avaliar os currículos dos técnicos a afetar ao contrato), ao serviços de assistência técnica pós-venda e condições de entrega, e à sustentabilidade ambiental ou social do modo de execução do contrato Artigo 75º nºs 1 e 2);
 - j) Relativamente ao custo, pode o mesmo ser calculado com base no ciclo de vida, tendo por base os custos relacionados com a aquisição propriamente dita, os custos de utilização, tais como consumo de energia, de consumíveis e de outros recursos; os custos de manutenção e assistência técnica; os custos de fim de vida, tais como custos de recolha e reciclagem; e os custos imputados a externalidades ambientais ligadas ao bem, serviço ou obra durante o seu ciclo de vida (desde que seja possível determinar e confirmar o seu valor monetário, os quais podem incluir o custo das emissões de gases com efeito de estufa e de outras emissões poluentes, assim como outros custos de atenuação das alterações climáticas), conforme dispõe o artigo 75º nº 7;
 - k) Os contratos relacionados com alguns serviços de saúde, serviços sociais e outros serviços específicos (previstos no Anexo IX do CCP), estão excecionados do cumprimento das formalidades previstas na parte II do Código quando o valor do contrato for inferior a 750.000 € (artigo 6º-A) e, quando o valor for igual ou superior àquele montante têm de cumprir essas formalidades mas com um regime mais simplificado (artigos 250º-A a 250º-D).
- (ii) Na implementação legal de medidas de simplificação, de desburocratização e de flexibilização sobretudo na fase procedimental, destacam-se as seguintes alterações:
- a) O ajuste direto no regime simplificado (que se caracteriza por não ter fases procedimentais autónomas), que até agora só podia ser adotado para aquisição de bens e serviços quando o valor do contrato não fosse superior a 5.000 €, pode ser adotado, igualmente, para a aquisição de uma empreitada de obras públicas até 10.000 € (artigo 128º nº 1);
 - b) Na mesma senda de simplificação, no concurso público urgente, que antes desta alteração só era possível para a aquisição de bens e serviços até aos



- limiares comunitários, passa a ser possível também para as empreitadas de obras públicas até ao valor de 300.000 € (artigo 155º alínea a));
- c) Passa a ser previsto que no procedimento de consulta prévia (convite a pelo menos 3 operadores económicos) e no concurso público urgente, o órgão competente para a decisão de contratar possa não designar um júri, conforme permitido pelo artigo 67º (neste caso, são os serviços competentes da entidade adjudicante a analisar as propostas). No ajuste direto nunca há júri, enquanto nos demais procedimentos é sempre obrigatória a constituição de um júri;
 - d) Permite-se que o júri, com o objetivo de aproveitar propostas que padeçam de irregularidades formais não essenciais, suscetíveis de sanção, solicite ao respetivo concorrente que venha ao processo sanar essa irregularidade;
 - e) Verifica-se uma diminuição de prazos nos procedimentos. Por exemplo, num concurso público para aquisição de bens ou serviços o prazo mínimo para apresentação de propostas é de 6 dias de calendário, sendo este prazo de 14 dias para as empreitadas de obras públicas (artigo 135º nº 1). Na consulta prévia o prazo mínimo de audiência prévia passa de 5 para 3 dias (artigo 123º nº 1) e, neste procedimento, a minuta de contrato deve ser aceite pelo adjudicatário no prazo de 2 dias;
 - f) Independentemente do procedimento, mesmo que seja exigida caução, a minuta de contrato é sempre aprovada pelo órgão competente para a decisão de contratar em simultâneo com o ato de adjudicação (artigo 98º nº 1);
 - g) A caução deixa de ser no montante fixo de 5%, permitindo-se que seja a entidade adjudicante a fixar a percentagem da caução desde que não ultrapasse aquela percentagem (artigo 89º nº 1);
 - h) Altera-se a regra da determinação do preço anormalmente baixo, deixando de se utilizar a regra cega da aplicação de uma percentagem ao preço base, para se aferir se um preço é ou não anormalmente baixo. Por outro lado, passa a ser possível considerar anormalmente baixo, não apenas o preço total da proposta, mas também os preços ou os custos unitários (artigo 71º).
- (iii) Por fim, quanto ao estabelecimento de medidas de transparência e de boa gestão pública, salienta-se:
- a) Fica previsto que a entidade adjudicante, antes de lançar um procedimento aquisitivo, possa fazer uma consulta preliminar ao mercado para melhor definir o conteúdo das suas peças procedimentais (programa do procedimento e, sobretudo, caderno de encargos), isto é, obter informações prévias para uma melhor decisão de contratar (artigo 35º-A). Na verdade, esta auscultação do mercado já é feita por muitas entidades adjudicantes, mas a novidade é que esta auscultação passa a fazer parte do processo administrativo da aquisição;
 - b) Nos contratos de grande dimensão (valores superiores a 5.000.000 €), a entidade adjudicante é obrigada a apresentar um estudo onde conste uma



- avaliação de custo/benefício, com a identificação do tipo de beneficiários do contrato a celebrar; a taxa prevista de utilização da infraestrutura, serviço ou bem; a análise da rentabilidade; os custos de manutenção; a avaliação dos riscos potenciais e formas de mitigação dos mesmos; o impacto previsível para a melhoria da organização e o impacto previsível no desenvolvimento ou na reconversão do país ou da região coberta pelo investimento (artigo 36º nº 3);
- c) O procedimento de ajuste direto (por convite a uma ou mais entidades) foi dividido em dois procedimentos autónomos para melhor potenciar a concorrência: o ajuste direto (convite apenas a uma entidade), que pode ser utilizado para aquisição ou locação de bens e aquisição de serviços até 20.000 €, e nas empreitadas de obras públicas até 30.000 €, e a consulta prévia (por convite a pelo menos 3 entidades), que pode ser adotado para aquisição ou locação de bens e aquisição de serviços até 75.000 €, e nas empreitadas de obras públicas até 150.000 € (artigos 19º e 20º);
- d) É criada a figura do gestor do contrato (artigo 290º-A) que fica com a responsabilidade de acompanhar a execução do contrato e informar sobre os desvios, defeitos ou outras anomalias que detete.

Muitos outros aspetos poderiam ser elencados, mas, para já, estes são os que entendo dever ser salientados.