

NO HORIZONTE: ALTERAÇÕES PROFUNDAS AO REGIME DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Foi divulgado em 1 de agosto de 2016, para efeitos de discussão pública, o anteprojeto do diploma que visa alterar o Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

Alterar o Código tornou-se uma necessidade por força da obrigação de transposição dos seguintes atos:

a. Diretiva n.º 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa à adjudicação de contratos de concessão;

b. Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos, que revoga a Diretiva n.º 2004/18/CE; e

c. Diretiva n.º 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, que revoga a Diretiva n.º 2004/17/CE.

O aperfeiçoamento dos mercados públicos a par das restrições orçamentais que a conjuntura tem vindo a impor aos Estados e à própria União Europeia, tornaram necessária a reforma das normas europeias de contratação pública, com o objetivo de as tornar mais simples e eficientes, garantir a melhor relação qualidade/preço das compras públicas, sempre em estrito respeito pelos princípios da transparência e da concorrência. Em simultâneo, estas novas Diretivas assumem um propósito claro na introdução pelos Estados membros de medidas de combate à corrupção, favorecimento ilegítimo e conflito de interesses.

Vejamos quais são as principais alterações e novidades trazidas pelo anteprojeto.

Foi introduzido um conjunto de clarificações com o propósito de facilitar a interpretação das disposições iniciais sobre o âmbito de aplicação do Código. Para além da clarificação destas normas propõe-se a extensão da sua aplicação às entidades reguladoras que passam assim a ser entidades adjudicantes integradas no Estado, prevenindo-se ainda que o regime substantivo do Código seja aplicável aos contratos públicos de direito privado. De relevo, ainda, a extensão do âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos à alienação de bens móveis do Estado.

No contexto do catálogo dos procedimentos pré-contratuais, o ajuste direto simplificado mantém-se para contratos de valor igual ou inferior a €

5.000. Acima desse valor, e até € 30.000 ou € 20.000, consoante esteja em causa respetivamente um contrato de empreitada de obras públicas ou um contrato de prestação de serviços, é permitido o recurso ao ajuste direto. Para contratos até € 150.000 ou € 75.000, consoante se trate de empreitada de obras públicas ou prestação de serviços, é instituída a consulta prévia (ajuste direto concorrencial), onde a entidade adjudicante deverá convidar, pelo menos, três entidades à sua escolha a apresentar proposta, podendo com elas discutir os termos do contrato a celebrar. Sem prejuízo do exposto, o anteprojeto institui como regra que a entidade adjudicante deverá recorrer à consulta prévia sempre que o contexto em que pretende contratar o permita, ainda que o valor do contrato seja inferior aos limites máximos previstos para o procedimento de ajuste direto (cf. artigos 24.º a 27.º do anteprojeto).

É instituído um outro novo procedimento pré-contratual: a parceria para a inovação. Destina-se a favorecer a investigação e desenvolvimento de um bem não existente no mercado e a sua posterior aquisição por parte da entidade adjudicante, desde que os custos e níveis de desempenho estejam previamente definidos (cf. artigo 30.º-A do anteprojeto).

Introduz-se a figura da consulta preliminar ao mercado. Trata-se de um meio facultativo, prévio ao início do procedimento pré-contratual, destinando-se a assegurar uma definição precisa e uma abordagem eficaz do contrato a celebrar (cf. artigo 35.º-B do anteprojeto), devendo a sua utilização ser especialmente prudente e cautelosa de modo a evitar, no contexto do procedimento pré-contratual que venha depois a ser iniciado, a distorção da concorrência e a violação dos princípios da transparência e da não discriminação.

Merece igualmente destaque o novo regime de supressão de irregularidades formais das propostas, inexistente no Código em vigor e que, sobretudo no contexto da contratação eletrónica tem determinado inúmeras exclusões de concorrentes, em manifesto prejuízo de um clima mais abrangente de concorrência (cf. artigo 72.º, n.º 3 do anteprojeto).

No âmbito dos impedimentos, são também introduzidas algumas novidades, das quais se destaca a possibilidade de reabilitação dos candidatos nos casos de crimes que afetem a sua honorabilidade profissional (cf. artigo 55.º do anteprojeto).

Ao elenco dos impedimentos que inibem a consideração de candidaturas mas também a emissão de convites a contratar por via de qualquer das



JOANA MALTEZ
Advogada

Esta newsletter é meramente informativa, sendo gratuitamente disponibilizada a destinatários selecionados pela FALM, estando vedada a sua reprodução e circulação não expressamente autorizadas. A informação nela contida tem caráter geral e não substitui o aconselhamento jurídico para a resolução de casos concretos. Caso não pretenda receber por esta via novas edições desta newsletter, por favor queira comunicá-lo para info@falm.pt

modalidades previstas no Código, o pré-legislador propõe que sejam acrescentados os seguintes:

- a. Condenação por sentença transitada em julgado pela prática do crime de trabalho infantil ou outras formas de tráfico de seres humanos;
- b. Condenação por sentença transitada em julgado pela prática do crime de infrações terroristas ou infrações relacionadas com atividades terroristas;
- c. Tenham os interessados diligenciado no sentido de influenciar indevidamente a decisão de contratar do órgão competente, de obter informações confidenciais suscetíveis de lhes conferir vantagens indevidas no procedimento, ou prestado informações erróneas suscetíveis de alterar materialmente as decisões de exclusão, qualificação ou adjudicação;
- d. Estejam abrangidos por conflitos de interesses que não possam ser eficazmente corrigidos por outras medidas menos gravosas que a exclusão. Para este efeito são avançadas como medidas menos gravosas, a título exemplificativo, a substituição de membros do júri ou de peritos que prestem apoio ao júri, a instituição de sistemas de reconfirmação de análises, apreciações ou aferições técnicas ou a proibição de o concorrente recorrer a um determinado subcontratado;
- e. Tenham sido objeto de sanção acessória de participação em procedimentos pré-contratuais (cf. artigo 55.º do anteprojeto).

A fase da apreciação das propostas, da habilitação e da adjudicação dos contratos sofre também importantes alterações.

Desde logo no que respeita ao critério de avaliação das propostas, que no anteprojeto, e em linha com as Diretivas comunitárias, é o da proposta economicamente mais vantajosa (v. artigo 74.º do anteprojeto). O anterior critério do preço mais baixo constitui no anteprojeto apenas um critério supletivo de avaliação das propostas. Para efeitos de concretização do critério da proposta economicamente mais vantajosa, é introduzido um conjunto de subcritérios orientadores que atendem a vantagens de ordem social e ambiental, mas também ao ciclo de vida do produto a conceber, realizar ou fornecer.

Noutro plano, vem proposto que a habilitação do adjudicatário se veja facilitada não só por via de uma clarificação e simplificação da redação do artigo 81.º, mas sobretudo pela criação de um denominado *Documento Europeu Único*, de que todos os concorrentes deverão ser titulares, permitindo libertar o adjudicatário da obrigação de apresentação de um conjunto significativo de documentos na fase de habilitação.

Amplia-se o elenco das causas de caducidade da adjudicação à ocorrência superveniente de circunstâncias que inviabilizem a celebração do contrato, designadamente por impossibilidade natural ou jurídica, extinção da entidade adjudicante

ou do adjudicatário ou por insolvência deste (cf. artigo 87.º-A do anteprojeto). A este propósito, em respeito do princípio da economia procedimental, prevê-se que, caso a causa de caducidade da adjudicação respeite ao adjudicatário, deva ser adjudicada a proposta ordenada em lugar subsequente, ficando o adjudicatário originário obrigado a indemnizar a entidade adjudicante dos prejuízos que culposamente tenha causado. A propósito da caução a prestar pelo adjudicatário, é também de destacar a introdução de um limite máximo de 5% do preço contratual, sem prejuízo da possibilidade deixada à entidade adjudicante de, caso a caso, fixar a percentagem concreta da caução, sempre em observância do limite máximo referido. De salientar que, no caso de proposta com preço anormalmente baixo, o referido limite é de 10% do preço contratual (cf. artigo 89.º do anteprojeto).

Também ao regime da modificação dos contratos se propõem relevantes alterações, que parecem pretender limitar o recurso a essa via, não só através da limitação dos fundamentos da modificação, mas também da previsão de apertados limites financeiros a essa modificação. Destaca-se a este propósito que, sem prejuízo de outras razões que, em função da natureza do contrato, se encontrem previstas no respetivo regime, o regime geral limita a modificação a razões de interesse público e à alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, sendo que tais modificações apenas poderão ser acordadas caso não determinem um aumento total do preço originado pelas alterações superior, respetivamente, a 10% ou 25% do preço contratual inicial (cf. artigos 312.º e 313.º do anteprojeto).

No que respeita ao regime de invalidade dos contratos, cabe salientar que o mesmo se torna mais exigente, não bastando para que o contrato seja declarado inválido que exista um ato procedimental antecedente inválido. Mostra-se determinante demonstrar que a invalidade desse ato procedimental no qual assentou a celebração do contrato determina, de facto, a invalidade desse contrato, designadamente por implicar a sua modificação subjetiva ou uma alteração do respetivo conteúdo essencial (cf. artigo 283.º do anteprojeto).

A par desta alteração vem proposto um novo elenco de causas de nulidade do contrato, parte das quais constavam já do Código de Procedimento Administrativo. Assim, são nulos os contratos que ofendam o caso julgado, que sejam celebrados em violação de direito fundamental, ou que sejam celebrados sob coação física ou moral. Entre outras causas aditadas, destaca-se ainda a nulidade dos contratos celebrados com alteração dos elementos essenciais das peças do procedimento que devessem constar do respetivo clausulado (cf. artigo 284.º do anteprojeto).

A fase da consulta pública do anteprojeto terminou em 13 de outubro. Veremos em que medida estas propostas se verão confirmadas pelo legislador após a ponderação dos resultados da sua discussão alargada.