

CLIPPER BOOK MIRANDA			
MEDIA	O JORNAL ECONÓMICO (Especial Contratação Pública)		
Nº PAG.	VI	DATA	15 dezembro 2017

VI | 15 dezembro 2017

ESPECIAL CONTRATAÇÃO PÚBLICA

CCP REVISTO: 2018 TRAZ NOVAS DINÂMICAS PARA AMBAS AS PARTES



PEDRO MATIAS PEREIRA
Advogado Associado da TELLES



PEDRO MELO
Sócio da PLM



PAULA BAPTISTA FERNANDES
Advogada Associada da pbbr
Advogados



SÉRGIO DEUS VIEIRA
AFONSO CHOON
Advogados da UM-PC



DUARTE ABECASIS
Sócio coordenador de Direito
Público da Cuatrecasas

AJUSTE DIRETO FARÁ DIFERENÇA

1. Uma novidade com impacto é relativa aos procedimentos utilizados para a adjudicação de contratos de baixo valor. O já conhecido “ajuste direto” vê os seus limiares reduzidos, emergindo um novo procedimento, denominado de “consulta prévia”, que vem exigir, logo a partir de valores muito baixos, o convite a pelo menos 3 entidades. Antecipam-se, a este propósito, muitas dificuldades na correta interpretação de uma limitação relativa ao valor global de contratos de que uma empresa pode beneficiar ao abrigo desses procedimentos – o denominado “limite trienal”. Outra grande novidade diz respeito ao momento em que as empresas passam a dever identificar eventuais erros e omissões das peças dos procedimentos: isso tem que ser feito logo no primeiro terço do prazo de apresentação de propostas, o que vai obrigar a um trabalho mais intenso logo na fase inicial de preparação das propostas.

2. A celeridade e a concorrência são, na contratação pública, dois objetivos em permanente tensão: não há procedimento mais célere que o ajuste direto, mas ele não é concorrencial. Nesse particular, o legislador vem limitar o ajuste direto e obrigar à participação de pelo menos três entidades a partir de contratos de valor igual ou superior a 20 mil euros. Há também um impulso na celeridade, a começar com o encurtamento dos prazos para a apresentação de propostas, mas a maioria dos atrasos não surge nessa altura, mas com os conflitos que se geram entre os concorrentes mal se percebe qual é o potencial adjudicatário e que acabam, muitas vezes, em Tribunal. De notar é o reforço da posição das obrigações (nomeadamente de comunicação) para com a Autoridade da Concorrência, que passa também a ter acesso direto ao portal dos Contratos Públicos, com vista à mais rápida investigação de indícios de práticas anticoncorrenciais.

EFEITOS POSITIVOS A CAMINHO

Para termos uma ideia da relevância económico-financeira do que está em causa, refira-se que a contratação pública, no seio da UE, tem tido um valor constante em torno dos 16% do PIB da União. Em Portugal, no ano de 2015, foram lançados procedimentos adjudicatórios no valor de 9 mil milhões de euros, sendo que destes foram efectivamente contratados 4,5 mil milhões euros, o que se traduziu, nesse ano, em 2,5% do PIB nacional. São números inequivocamente muito expressivos. Por esta razão, compreende-se a atenção que o legislador comunitário (e, depois, o legislador nacional, por força da obrigatoriedade de transpor directivas comunitárias) tem dedicado a esta temática nos últimos anos. O CCP, que viu a luz do dia no ano de 2008 – embora já há muitas décadas que o nosso país disponha de ampla legislação para regular as adjudicações de contratos públicos de empreitadas, aquisições de bens e serviços e mesmo de contratos de concessão –, foi agora revisto e tal revisão entrará em vigor no dia 1 de janeiro de 2018. Julgo que são prefiguráveis impactos positivos desta revisão do CCP, quer para as empresas, quer para as entidades públicas. Apenas três exemplos: o valor das cações irá provavelmente baixar de forma significativa porque se estabelece que a caução de um contrato terá um valor máximo de 5% do preço contratual (pode, portanto, ser uma percentagem inferior) e não, como sucedia até aqui, um valor inflexível de 5% desse preço. Por outro lado, favorece-se a adjudicação por lotes, o que fomenta a concorrência e permite criar melhores condições para as PME participarem em procedimentos pré-contratuais de contratos públicos. Por fim, realço que foi respigada a possibilidade de serem suprimidas formalidades não essenciais das propostas, permitindo que não sejam excluídas propostas por minudências, como por vezes sucedia. É mais uma alteração muito positiva em prol do interesse público que, por norma, a concorrência favorece.

PRODUTOS E SERVIÇOS INOVADORES

1. O DL 111-B/2017 terá um impacto direto junto dos agentes económicos face ao alargamento do regime dos contratos por forma a abranger mais formas de cooperação entre entidades públicas. As alterações ao CCP deixam clara uma especial atenção com os produtos e serviços inovadores, designadamente com consagração do novo procedimento: “parceria para a inovação”. Há também um claro incentivo a que as PME participem em procedimentos de contratação, mediante adjudicação de apenas alguns lotes. Simplificam-se as regras de lançamento de procedimentos, especialmente nas empreitadas de obras públicas e dos contratos para serviços de saúde, sociais e outros relacionados com estes serviços administrativos. Destacamos a alteração dos preços anormalmente baixos, que passam a ser aferidos considerando um desvio percentual da média dos preços apresentados, o que permite aproximar os valores apresentados do real valor de mercado, evitando o dumping e fraudes.

2. O encurtamento dos prazos de duração dos procedimentos, assim como a consagração da caução até 5% permite que as adjudicações sejam feitas de forma mais célere e que os pequenos e médios players tenham condições de acesso e oportunidades iguais. Volta a ser possível corrigir os erros de uma proposta que não cumpriu alguma formalidade não essencial, sem a excluir, evitando exclusões desproporcionadas e que prejudiquem o interesse público. A possibilidade de as entidades poderem consultar informalmente o mercado para preparar o procedimento e a consagração da consulta prévia, com consulta a 3 fornecedores permite aumentar a concorrência e diminuir a adoção do ajuste direto. Criam-se medidas para prevenir e eliminar conflitos de interesses dos vários intervenientes, incluindo membros do júri e os peritos. Estabelece-se um regime que promove a resolução alternativa de litígios, permitindo o descongestionamento dos tribunais.

DIFICULDADES ACRESCIDAS

1. As alterações agora introduzidas ao CCP afiguram-se suscetíveis de gerar dificuldades acrescidas para todos os operadores, em virtude da falta de clareza, dos lapsos e do desacerto de algumas das soluções encontradas. Não obstante, do ponto de vista dos operadores económicos, e sobretudo tendo presente a composição do tecido empresarial português, duas alterações poderão revelar-se positivas: a adjudicação de contratos por lotes no mesmo procedimento, visando esta medida, confessadamente, estimular a participação das PME; e a reintrodução do procedimento de consulta prévia, com a imposição de convite a pelo menos três operadores económicos, para contratos de valor entre 20 mil e 75 mil euros, no caso das aquisições de bens e serviços, e entre 30 mil e 150 mil euros, no caso de empreitada de obras públicas. Estas alterações, suscetíveis de concorrerem para a participação de um universo mais alargado de empresas nos procedimentos tramitados à luz das novas regras, poderão implicar para as entidades adjudicantes preocupações adicionais: por um lado, são suscetíveis de incrementar a litigiosidade; por outro, a adjudicação por lotes, poderá gerar uma dificuldade acrescida decorrente da gestão de vários contratos. Introduzem-se também novas regras quanto à prestação e liberação de cações, que se traduzirão numa diminuição dos custos para os operadores económicos. Finalmente, a densificação dos fatores que devem intervir na avaliação das propostas poderá auxiliar as entidades adjudicantes na tarefa de construir modelos de avaliação de propostas, sobretudo nos procedimentos em que se pretenda avaliar aquelas à luz de uma multiplicidade de fatores.

SEM MUDANÇA DE PARADIGMA

1. A recente alteração ao CCP visou, especialmente, cumprir as obrigações de transposição do Estado face às novas Diretivas de Contratação Pública, pelo que não se tratou de uma alteração de fundo ou de uma mudança de paradigma. Destacam-se, no entanto, pelo seu impacto, na promoção da concorrência algumas alterações: a diminuição dos limiares para a utilização do ajuste direto. A fixação como critério regra de adjudicação, o da proposta economicamente mais vantajosa, e que passa valorar aspetos relativos à sustentabilidade ambiental ou social do modo de execução do contrato, se utilizada pela Administração numa base consistente, poderá obrigar os agentes económicos a procurar novas soluções para tornar as propostas que apresentam mais competitivas num novo contexto de avaliação e poderá permitir que as PME possam competir de forma mais competente com as empresas que, pela sua dimensão, têm uma capacidade de reduzir preços nas suas propostas. A promoção da adjudicação por lotes nos casos das empreitadas de valor superior a 500 mil euros e das locações e das aquisições de bens móveis e de serviços, de valor superior a 135 mil euros, é outra medida que visa potenciar as PME. Especificamente para as empresas da saúde, é também relevante a introdução de um novo regime simplificado.

2. A celeridade na contratação é também uma das linhas seguidas nas alterações. Isso está espelhado, nomeadamente, na diminuição geral dos prazos para a prática de actos ou entrega de documentos; na inclusão das pequenas empreitadas de obras públicas no regime de ajuste direto simplificado (até 5 mil euros) e na possibilidade de aplicar o procedimento de concurso público urgente às empreitadas, cujo valor estimado dos contratos a celebrar não exceda 300 mil euros. O problema de uma diminuição dos prazos como a efectuada para prática de atos pelos candidatos ou concorrentes nos procedimentos pré-contratuais é a de essa redução poder ser cega e poder ter perdido de vista a regra da sua adequação à boa prática do ato em concreto.

CLIPPER BOOK MIRANDA			
MEDIA	O JORNAL ECONÓMICO (Especial Contratação Pública)		
Nº PAG.	VI	DATA	15 dezembro 2017

As alterações ao Código de Contratação Pública, em vigor a partir do próximo dia 1 de janeiro, respondem à obrigatoriedade de transpor as diretivas europeias sobre esta matéria e pretendem operar modificações significativas na dinâmica estabelecida entre entidades públicas e o tecido empresarial português, com as PME a ser, unanimemente, reforçadas e a poder ocupar um lugar de destaque. Em prol da transparência, simplificação e flexibilidade, Portugal passa a ter novos focos: por um lado, a cooperação e, por outro, a inovação em produtos e serviços.

1 QUAL SERÁ O IMPACTO DA NOVA LEGISLAÇÃO?

2 ALTERAÇÕES FAVORECEM A CELERIDADE E A CONCORRÊNCIA?



JOSÉ EDUARDO MARTINS
Sócio Abreu Advogados,
responsável Direito Público



SANDRA TAVARES MAGALHÃES
Advogada da Miranda
& Associados



HUGO CORREIA
Advogado da DLA Piper ABBC



MIGUEL LORENA BRITO
Sócio da FCB Sociedade
de Advogados



DAVID COELHO
Sócio da PRA-Raposo,
Sá Miranda & Associados

OPÇÕES FUNDAMENTAIS MANTIDAS

1. Bem ou mal, a opção do legislador não foi no sentido de elaborar um novo código, mas de rever o existente. Apesar do elevado número de modificações, as opções fundamentais foram por isso mantidas. Aliás, a margem de manobra do legislador encontrava-se ainda balizada pelas diretivas europeias a transpor, que também não introduzem elas próprias cortes radicais com as anteriores. O impacto da nova legislação, embora relevante nalguns pontos, não deve por isso ser sobrevalorizado. Apesar de as matérias ligadas aos procedimentos de contratação terem merecido mais atenção dos comentadores - que sublinham, a nova figura das parcerias para a inovação, a relevância em sede de avaliação da proposta da 'bad past' performance e da organização e qualidade dos meios humanos, assim como os novos impedimentos ou a flexibilização da utilização do acordo quadro -, verificam-se modificações significativas na fase subsequente da execução do contrato. Merecem destaque, entre outras, a consagração do gestor do contrato, o regime da liberação da caução, a cessão obrigatória da posição contratual em caso de incumprimento, a possibilidade de pagamento direto ao subcontratado e as normas sobre arbitragem. O real alcance de outras alterações afigura-se duvidoso, como sucede com os novos procedimentos ou da proposta economicamente mais vantajosa.

2. A celeridade e a concorrência não são interesses coincidentes nem necessariamente harmónicos, podendo inclusive encontrar-se em oposição: por exemplo, a consagração de prazos procedimentais muito curtos - e a revisão aumenta essa possibilidade - pode acelerar a tramitação, mas prejudicar uma efetiva concorrência. E se é verdade que o regime de adjudicação por lotes vem reforçar a concorrência, abrindo a contratação a empresas de menor dimensão, já outras inovações de regime suscitam juízos mais ambíguos ou reservados. É o que se passa com o procedimento de consulta prévia ou com as consultas pré-procedimentais ou ainda com a ampliação das possibilidades de negociação em sede de formação do contrato.

CONCORRÊNCIA É A FORÇA MOTRIZ

1. Apesar das inúmeras alterações, a revisão não rompeu com o Código de 2008. Ao fim de uma década, este era já um diploma enraizado, conhecido por todos, pelo que uma rutura com o mesmo poderia ser suscetível de perigar a segurança jurídica. Contudo, não podiam ser ignorados os contributos da doutrina e da jurisprudência, neste intervalo de tempo, em torno de matérias nele reguladas. As entidades públicas, na veste de entidades adjudicantes, e os operadores económicos podem, assim, contar com aprimoramentos ao regime jurídico que já conhecem, decorrentes da experiência de aplicação e das prestações enunciadas, o que é um fator de estabilidade. De todo o modo, antecipa-se que algumas das novas soluções consagradas, no contexto da transposição das diretivas, suscitem dificuldades no que toca à sua implementação prática.

2. Em geral sim, porém, entendemos que a concorrência é a força motriz da contratação pública, enquanto instrumento de excelência na prossecução de atividades públicas e que será tão ou mais eficiente quanto maior for a resposta do mercado aos reptos lançados tendo em vista aquele fim. Algumas das medidas preconizadas visam, pois, abrir a porta a uma maior concorrência, de que são exemplos, o incentivo à participação de pequenas e médias empresas, a limitação da utilização do ajuste direto ou o fomento da contratação pública transfronteiriça. De facto, seria de estranhar que o legislador, podendo, não tivesse a pretensão de criar condições tendentes a promover um melhor e mais fácil acesso por parte dos operadores económicos. Seja como for, o impacto positivo de tais medidas dependerá muito do modo como forem compreendidas e tratadas pelas entidades adjudicantes. Já quanto à celeridade, espera-se que o encurtamento de prazos na tramitação procedimental seja o mote para ganhos acrescidos com a redução da duração média dos procedimentos, a mais das vezes, demasiado longa para a concretização de objetivos que se desejavam imediatos.

NOVO PARADIGMA, NOVAS EXIGÊNCIAS

1. A nova legislação implicará uma mudança de paradigma em relação a diversas práticas instituídas. As entidades públicas serão confrontadas com novas exigências formais e, em alguns casos, com um regresso ao passado. A possibilidade de aperfeiçoamento das propostas evitando exclusões à mínima irregularidade formal ou a criação dos procedimentos de consulta prévia (nos quais a celebração do contrato é precedida da consulta obrigatória, pelo menos, três concorrentes) são exemplos de soluções tradicionais repentinamente a partir de legislação anterior à aprovação. As empresas assumirão eventualmente os maiores onus com as alterações. Sobre elas incorre um maior esforço de adaptação às inovações previstas, como seja o encurtamento de prazos para apresentação das propostas, o ajustamento a diferentes procedimentos, novas regras e obrigações como aquelas que decorrem do dever de adotar uma faturação eletrónica.

2. A simplificação de procedimentos e o encurtamento de prazos irão tornar mais céleres as fases para apresentação de propostas e candidaturas. Contudo, as maiores exigências de fundamentação na tomada da decisão de contratar e na escolha do procedimento e a maior complexidade introduzida na análise das propostas irão, com alguma probabilidade, tornar mais morosa a fase que precede a abertura dos procedimentos e as fases posteriores entrega das propostas. O que esta reforma nos traz é um reforço do combate a práticas anticoncorrenciais de âmbito concursal como sejam o conluio entre concorrentes ou a fixação concertada de preços. Quanto à concorrência enquanto incremento do número de concorrentes nos procedimentos, parte das alterações poderão até ter efeitos contrários aos pretendidos. O encurtamento de prazos levará as empresas a selecionar os procedimentos em que irão participar sempre que não disponham de RH para preparar propostas em vários concursos em simultâneo.

IMPACTOS PARA AMBAS AS PARTES

1. As empresas e as entidades públicas sentirão o impacto da revisão do CCP. Desde logo, há um alargamento do universo das entidades que ficam sujeitas às regras do CCP aplicáveis ao Estado e ao setor público tradicional, mais concretamente o Banco de Portugal e as entidades administrativas independentes (que incluem os reguladores). Por outro lado, são criados novos procedimentos adjudicatórios e introduzidas diversas alterações na tramitação dos procedimentos (incluindo ao nível do critério de adjudicação, impedimentos, erros e omissões e outros aspetos) que exigirão das empresas e das entidades adjudicantes um esforço de adaptação. Destaca-se ainda a preocupação do legislador em incentivar a participação das PME na contratação pública, promovendo a adjudicação por lotes.

2. O legislador anunciou que a revisão visa promover a celeridade e eficiência, por um lado, bem como a concorrência e transparência, por outro. No domínio da celeridade, destaca-se o encurtamento dos prazos mínimos de apresentação de propostas e candidaturas, bem como o dever que agora recai sobre o júri de solicitar o suprimento de irregularidades das propostas, evitando a sua exclusão com fundamento em faltas que poderiam ser supridas. No campo da concorrência e transparência, o legislador procurou reduzir o âmbito de aplicação do ajuste direto, reduzindo o valor dentro do qual os contratos podem ser adjudicados diretamente após convite enviado a um único operador. Foi criado o procedimento de consulta prévia, que se traduz num ajuste direto com a obrigação de convidar pelo menos 3 entidades. Não obstante a intenção, trata-se de uma alteração de nome que não é expectável que produza um verdadeiro incremento da concorrência. Medida positiva para a transparência é a consagração da nova figura da consulta preliminar, permitindo-se às entidades adjudicantes auscultar informalmente o mercado antes da abertura de um procedimento.

SOLUÇÕES MAIS SOFISTICADAS

1. A revisão do CCP contribui para a adoção de soluções mais sofisticadas e adaptadas às necessidades das entidades adjudicantes. No entanto, a sua utilização vai exigir uma maior preparação destas para explorarem plenamente o potencial dessas medidas. Terão, por outro lado, mais questões para resolver ou opções a tomar no planeamento da contratação, de que são um bom exemplo as relativas à consulta preliminar ao mercado, à avaliação custo-benefício, critério de adjudicação ou novos regimes da adjudicação por lotes, do preço anormalmente baixo ou da aquisição de obras, serviços ou bens inovadores. Por outro lado, ultrapassado esse 'cabo das tormentas', o CCP oferece soluções flexíveis que, corretamente utilizadas, terão um impacto positivo nas aquisições. Para as empresas, as medidas vão no sentido de facilitar o acesso aos concursos, quer na vertente formal e burocrática, quer de execução do contrato com a (re) introdução da possibilidade de serem feitos pagamentos aos subcontratados, por exemplo. Em sentido contrário, uma redução dos prazos mínimos de apresentação de propostas, a antecipação das listas de erros e omissões para o 1/3 daquele prazo e a redução para 3 dias úteis do prazo de audiência prévia nos procedimentos de baixo valor.

2. As alterações visam uma maior celeridade, em particular em matéria de redução generalizada de prazos ou de utilização de instrumentos eletrónicos expeditos, como catálogos eletrónicos e sistemas de aquisição dinâmicos, que pretendem imprimir maior flexibilidade e celeridade, mas esse objetivo não se alcança por mera intervenção legislativa. Tudo depende de como as adjudicantes se vão preparar para responder aos desafios da revisão. Em matéria de concorrência é negável que a intenção do legislador é de a melhorar. Destacáramos, nesse âmbito, a obrigação de convidar pelo menos 3 empresas em procedimentos que até aqui podiam ter apenas 2 convidado.