



Novas regras da contratação pública entraram em vigor em janeiro de 2018...

O que mudou para as entidades adjudicantes e os operadores económicos com a entrada em vigor da última revisão do Código dos Contratos Públicos (“CCP”)?

I - Enquadramento geral

II - Principais alterações com impacto nos operadores económicos e nas entidades adjudicantes

- 1. Alargamento do elenco dos princípios da contratação pública**
- 2. Consulta preliminar ao mercado**
- 3. A nova figura do gestor do contrato**
- 4. Novos procedimentos pré-contratuais**
- 5. Tramitação dos procedimentos**
- 6. Aspectos relacionados com a análise das propostas**
- 7. Outras novidades legislativas**

III – Nota Final



I - Enquadramento Geral

O Código dos Contratos Públicos (“**CCP**”), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, foi objeto de várias modificações ao longo dos anos.

A última revisão resultou da obrigatoriedade de transposição, que devia ocorrer até abril de 2016, das seguintes diretivas europeias sobre contratação pública:

- Diretiva n.º 2014/23/EU, relativa à adjudicação de contratos de concessão;
- Diretiva n.º 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos em geral;
- Diretiva n.º 2014/25/UE, relativa a contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, energia, transportes e serviços postais; e
- Diretiva n.º 2014/55/UE, relativa à faturação eletrónica nos contratos públicos.

A transposição das referidas diretivas ocorreu, apenas, no ano passado, com a publicação do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que procedeu à nona alteração ao CCP (“**DL 111-B/2017**”). Este diploma foi sujeito às Declarações de Retificação n.ºs 46-A/2017 e 42/2017, de 30 de outubro e de 30 de novembro, respetivamente.

O legislador português foi além do cumprimento do dever de transposição das regras comunitárias e introduziu outras alterações ao regime vigente, em função da experiência aplicativa de vários anos e do trabalho que foi sendo desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência.

Os objetivos desta última revisão do CCP foram a simplificação, a desburocratização e a flexibilização dos procedimentos de formação dos contratos públicos, com vista ao aumento da eficiência da despesa pública e ao acesso mais fácil a esses contratos por parte dos operadores económicos. Estes objetivos estão presentes no Programa XXI do Governo Constitucional e no Programa Nacional de Reformas, na parte relativa à contratação pública, a que a revisão do CCP também visa dar cumprimento.

As novas regras do CCP entraram em vigor no dia 1 de janeiro de 2018 e aplicam-se aos procedimentos de formação de contratos iniciados após a referida data e aos contratos celebrados ao abrigo desses procedimentos.

Salientam-se, de seguida, as principais alterações com impacte direto na esfera jurídica dos operadores económicos e das entidades adjudicantes.

II - Principais alterações com impacte nos operadores económicos e nas entidades adjudicantes

1. Alargamento do elenco dos princípios da contratação pública

A contratação pública, quer na fase da formação, quer na fase da execução dos contratos, está vinculada aos princípios gerais que regulam a atividade da Administração Pública, previstos na Constituição da República Portuguesa, nas diretivas europeias e no Código do Procedimento Administrativo.

Com a revisão do CCP, o legislador adicionou aos princípios que se encontravam expressamente contemplados no CCP – v.g., princípios da transparência, da igualdade e da concorrência -, uma referência aos princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade, da responsabilidade, da igualdade de tratamento e da não discriminação, aplicáveis à contratação pública.

Apesar de não representar uma inovação relativamente à situação anterior, a menção expressa a estes princípios confirma e esclarece a sua vigência no âmbito da contratação pública. A relevância acrescida dos princípios gerais na prática aplicativa tem vindo a manifestar-se no número progressivamente crescente de decisões dos tribunais administrativos alicerçadas nos princípios da contratação pública.

As entidades adjudicantes ficam, ainda, obrigadas a assegurar, na formação e na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitem as normas aplicáveis em vigor em matéria social, laboral, ambiental e de igualdade de géneros.

2. Consulta preliminar ao mercado

Antes da abertura de um procedimento de formação de um contrato público, as entidades adjudicantes passam a poder utilizar um instrumento preparatório intitulado "**consulta preliminar ao mercado**".

Esta consulta preliminar consiste na solicitação de informações e/ou pareceres de peritos, autoridades independentes ou agentes económicos e destina-se, essencialmente, a auxiliar as entidades adjudicantes na preparação das peças do procedimento e na aferição dos preços praticados no mercado em relação ao fornecimento de um determinado bem e/ou prestação de serviço, assim como a confirmar a (in)disponibilidade de um determinado bem e/ou serviço no mercado.

A consulta preliminar ao mercado pode ser realizada previamente à escolha de qualquer procedimento pré-contratual, mas não acarreta uma vinculação da entidade adjudicante a lançar efetivamente um procedimento para contratar.

Todavia, caso a entidade adjudicante decida iniciar um procedimento de contratação pública, todas as informações relevantes trocadas no âmbito da participação de um candidato e/ou concorrente, em sede de consulta preliminar, deverão ser comunicadas aos demais candidatos e/ou concorrentes e incluídas nas peças do procedimento, com vista a evitar qualquer distorção da concorrência.

Em contrapartida, é importante que os operadores económicos consigam aferir adequadamente os potenciais riscos inerentes à sua participação no âmbito de uma consulta preliminar.

De facto, o CCP prevê expressamente que não podem ser candidatos, concorrentes ou integrarem quaisquer agrupamentos as entidades que tenham, a qualquer título, prestado, direta ou indiretamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento, desde que essa intervenção lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência.

Em suma, este é um mecanismo em que os possíveis interessados nos procedimentos contratuais devem participar de forma bastante cautelosa.

3. A nova figura do gestor do contrato

Foi introduzido na revisão do CCP um novo sujeito do procedimento, denominado "**gestor do contrato**".

O gestor do contrato é designado pela entidade adjudicante para, em seu nome, acompanhar permanentemente a execução do contrato. Esta nomeação deve ocorrer antes do início da execução e constar do teor do contrato.

O gestor do contrato deve detetar desvios, defeitos ou outras anomalias na execução do contrato e comunicá-los, de imediato, à entidade adjudicante, propondo, em relatório fundamentado, as medidas corretivas adequadas.

Saliente-se que podem ser delegados no gestor do contrato os poderes para a adoção das medidas corretivas que forem consideradas necessárias, exceto em matéria de modificação e de cessação do contrato.

A atuação do gestor do contrato implica, por conseguinte, uma maior responsabilização por parte da entidade adjudicante em face do adjudicatário, atendendo às funções fiscalizadoras atribuídas e à obrigação de intervenção em caso de deteção pelo gestor do contrato de alguma situação anómala.

Nos contratos com um prazo de vigência mais prolongado, a nova figura pode ter a vantagem de funcionar como um interlocutor de proximidade na relação contratual, agilizando o relacionamento com a entidade adjudicante. Todavia, existem algumas omissões na forma como o gestor do contrato ficou regulado.

Ficam, designadamente, por esclarecer alguns aspetos relevantes, como o sentido da atuação do gestor do contrato em contratos *standard* ou de curta duração, ou a sua articulação com a entidade fiscalizadora do contrato, sobretudo nos contratos de empreitada, e a eventual oposição do cocontratante à nomeação de um determinado gestor, *maxime* com fundamento em impedimento ou suspeição.

4. Procedimentos pré-contratuais: principais novidades

a. Parceria para a inovação

A Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo define a investigação e inovação, designadamente no quadro ambiental e social, como fatores impulsionadores do crescimento. A contratação pública visa precisamente fomentar o eixo da “**inovação**”.

É neste quadro que, por via da Diretiva n.º 2014/24/UE, surge consagrado um novo procedimento pré-contratual, a “**parceria para a inovação**”, que traduz a intenção de mobilizar os instrumentos de contratação pública para a promoção da inovação em domínios estratégicos.

A parceria para a inovação permite reunir, num procedimento único, quer a investigação e o desenvolvimento (“**I&D**”) de um bem, serviço ou obra inovadores, quer a sua posterior aquisição por parte das entidades adjudicantes.

O legislador português não especifica o que se entende por “*bens, serviços ou obras inovadores*” e optou por não transpor a definição de “*inovação*” consagrada na Diretiva n.º 2014/24/UE.

É importante ter ainda em consideração que as entidades adjudicantes apenas podem recorrer a este tipo de procedimento “(...) **quando as soluções já disponíveis no mercado não permitirem o desenvolvimento necessário de um produto, serviço ou obra inovadores nem a posterior aquisição dos fornecimentos, serviços ou obras daí resultantes** (...)”¹.

Por conseguinte, é recomendável que as entidades adjudicantes confirmem, por via de um estudo e/ou consulta preliminar ao mercado, que a necessidade que subjaz ao lançamento deste procedimento não se encontra satisfeita pelas soluções já disponíveis no mercado.

¹ cfr. considerando n.º 49 da Diretiva 2014/24/EU.

O valor estimado do contrato não pode ser desproporcionado em relação ao investimento exigido para o seu desenvolvimento. Por outro lado, os requisitos mínimos e o critério de adjudicação, incluindo os seus fatores e subfatores, não podem ser objeto de negociação.

A entidade adjudicante pode decidir estabelecer **a parceria para a inovação com um só concorrente ou com vários, competindo, neste último caso, a cada um dos parceiros realizar atividades de I&D distintas.**

A entidade adjudicante deve, ainda, assegurar que a parceria é estruturada em fases sucessivas, de acordo com a sequência de etapas e do processo de I&D, onde se pode incluir o fabrico do bem, a prestação do serviço ou a realização da obra. Deve, também, fixar os objetivos intermédios que devem ser alcançados pelos parceiros e prever o pagamento de remuneração em frações adequadas.

A entidade adjudicante é livre, no final de cada fase, de decidir cessar a parceria ou reduzir o número de parceiros, quando sejam vários, podendo terminar os contratos individuais sem custos adicionais (além dos valores já despendidos na tentativa de obtenção de resultados), desde que tal possibilidade e respetivas condições estejam previstas nas peças do procedimento.

b. Ajuste direto e consulta prévia

Passando aos procedimentos mais restritivos da concorrência, deve referir-se que a revisão do CCP **manteve o ajuste direto** (procedimento que sofreu algumas alterações) e **criou a consulta prévia.**

O **ajuste direto** encontra-se reservado para os casos de escolha direta de um único operador económico, que a entidade adjudicante convida para apresentar uma proposta.

Por regra, este procedimento pode ser utilizado para **contratos de empreitada de valor inferior a €30.000,00 e contratos de aquisição de bens e/ou serviços de valor inferior a €20.000,00.**

Permite-se ainda a possibilidade de celebração de **contratos de pequenas empreitadas de obras públicas por ajuste direto simplificado até €10.000,00 e de contratos de prestação de bens e serviços até €5.000,00.**

O prazo de vigência de contratos celebrados na sequência de ajuste direto não pode ser superior a um ano a contar da decisão da adjudicação e não pode ser prorrogado. O preço contratual também não pode ser revisto.

Por sua vez, na **consulta prévia**, a entidade adjudicante deve dirigir o convite a, pelo menos, três operadores económicos, com vista à apresentação de uma proposta, podendo negociar aspetos relativos à execução do contrato se essa possibilidade constar do convite.

Este procedimento pode ser utilizado, por regra, para **contratos de empreitada de valor inferior €150.000,00 e contratos de aquisição de bens e/ou serviços de valor inferior €75.000,00.**

É preciso ter em consideração que existem sérias limitações na escolha das entidades convidadas quando a entidade adjudicante recorre aos procedimentos do ajuste direto e da consulta prévia.

A celebração de contratos públicos com recurso ao procedimento do ajuste direto ou da consulta prévia tem de ser publicitada no portal dos contratos públicos, sendo essa publicidade condição de eficácia do respetivo contrato.

A violação das regras legais de escolha dos procedimentos pré-contratuais implica a ilegalidade da decisão de adjudicação, bem como do contrato que vier a ser celebrado, nos termos gerais.

5. Tramitação dos procedimentos

Os prazos para a apresentação de candidaturas e propostas pelos candidatos/concorrentes foram reduzidos.

Embora deste modo se promova uma maior rapidez na conclusão dos procedimentos, a desvantagem é que os operadores económicos passam a dispor de um período de tempo mais curto para a preparação das suas candidaturas e/ou propostas, aumentando a probabilidade de erros e falhas na elaboração das mesmas.

O prazo para a **apresentação dos erros e omissões passou a ser de 1/3 do prazo para a apresentação das propostas**, sendo doravante igual ao prazo para a apresentação dos pedidos de esclarecimento sobre as peças procedimentais.

O órgão com competência para a decisão de contratar pronuncia-se sobre os erros e omissões identificados pelos interessados, considerando-se rejeitados todos os que, até ao final do prazo concedido para o efeito, não sejam por ele expressamente aceites.

Outra novidade relevante é a **possibilidade de suprimento ou de correção de irregularidades detetadas aquando da apresentação das propostas e candidaturas.**

Os concorrentes têm, pois, o prazo máximo de **cinco dias para suprir o incumprimento de formalidades não essenciais**, desde que tal não afete a concorrência e a igualdade de tratamento. O suprimento destas irregularidades pode consistir na correção de erros materiais ou de cálculo, desde que seja evidente para qualquer destinatário a existência do erro e os termos em que o mesmo deve ser corrigido.

O legislador pretendeu deste modo **evitar exclusões desproporcionadas e prejudiciais para o interesse público**, com o **intuito de incentivar a concorrência nos procedimentos pré-contratuais e garantir a adjudicação da proposta que seja substancialmente mais satisfatória.**

Todavia, esta é uma solução que tem vindo a levantar alguns protestos por parte da doutrina – atendendo à discricionariedade que a mesma envolve na interpretação do conceito de “irregularidades” ou “formalidades não essenciais”. Será necessário aguardar a jurisprudência dos tribunais estaduais e arbitrais.

6. Aspetos relacionados com a análise das propostas

As entidades adjudicantes passam a ter de **definir o preço base nas peças do procedimento** – entendendo-se por preço base o preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato público.

A fixação do preço base deve ser fundamentada em critérios objetivos e respeitar os limites de valor até aos quais pode ser utilizado um tipo de procedimento, assim como os limites para a autorização de despesa do órgão competente. **Esta obrigação de fundamentação tem particular relevo nos contratos com valor superior a cinco milhões de euros.**

Por outro lado, **o limiar do preço mais baixo deixa de estar indexado a uma percentagem do preço base**, passando a ser estar fixado nas peças do procedimento. **Esta alteração implica uma maior sobrecarga das entidades adjudicantes na elaboração das peças do procedimento**, desde logo porque as entidades adjudicantes têm de fundamentar o que entendem por propostas com um preço ou custo anormalmente baixo.

Adicionalmente, é vedada de forma expressa a possibilidade de utilização do momento de entrega das propostas pelos concorrentes como **critério legal de desempate entre as propostas em toda e qualquer circunstância**.

Prevê-se, também, que o elenco de **impedimentos de natureza criminal seja aplicável às pessoas coletivas e não apenas aos titulares dos órgãos sociais**.

Por outro lado, a adjudicação passou a ser realizada de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa. Em termos práticos, a proposta economicamente mais vantajosa corresponde, entre todas as que foram apresentadas e não excluídas, à melhor proposta para a entidade adjudicante.

Outra novidade importante consiste na relevância da **"bad past performance"**, ou seja, do anterior comportamento ilícito dos concorrentes em sede de contratação pública.

A penalização da *bad past performance* é uma reação do legislador ao incumprimento grave e persistente do cocontratante e significa que **os operadores económicos que tenham incumprido um contrato público, pelo menos uma vez, nos últimos três anos poderão ficar impedidos de apresentarem uma proposta no âmbito de um procedimento de contratação pública**.

Concretamente, as entidades adjudicantes passam a poder excluir as propostas dos concorrentes que tenham incorrido em incumprimento contratual conducente à resolução do contrato, ao pagamento de uma indemnização ou à aplicação de sanções que tenham atingido o máximo legal aplicável.

A participação em procedimento de candidato e/ou concorrente nas circunstâncias acima previstas constitui a prática de uma contraordenação muito grave, punível com coima, havendo ainda lugar à exclusão da candidatura e/ou proposta.

7. Outras novidades legislativas

As entidades adjudicantes passam a ter de disponibilizar as **peças do procedimento de forma livre, completa e gratuita**, na plataforma eletrónica da contratação pública, a partir da data em que for publicado o anúncio ou o envio do convite.

Por outro lado, as entidades adjudicantes são **incentivadas a adjudicar os contratos públicos por lotes** de modo a facilitar a participação de pequenas e médias empresas nos procedimentos de contratação pública.

A adjudicação por lotes consiste em uma técnica de divisão do objeto de um contrato (e.g., realização de uma obra, a aquisição de um bem ou a prestação de um serviço) em vários lotes, devidamente autonomizados, possibilitando a adjudicação a vários concorrentes e a celebração de contratos com cada um deles.

A decisão de não contratação por lotes deve ser fundamentada quando se trate da formação de contratos de aquisição ou locação de bens ou aquisição de serviços de valor superior a 135.000,00 euros, assim como nos contratos de empreitadas de obras públicas de valor superior a 500.000,00 euros. As **entidades**

adjudicantes devem, pois, ponderar obrigatoriamente uma adjudicação por lotes e fornecer uma fundamentação para uma eventual não divisão.

Ainda a este respeito, e com o claro objetivo de promover a concorrência, o legislador consagrou a possibilidade de as entidades adjudicantes **limitarem o número máximo de lotes a adjudicar a cada operador económico.** Para tal finalidade, as entidades adjudicantes deverão fixar critérios objetivos e não discriminatórios.

As entidades adjudicantes podem ver-se, assim, na contingência de terem de selecionar propostas que menos vantajosas para o interesse público, por não poderem adjudicar todos os lotes a um único concorrente que tenha apresentado a melhor proposta a todos os lotes.

Outra novidade prende-se com o facto de as entidades adjudicantes poderem reservar a qualidade de candidato e/ou concorrente às entidades cujo objeto principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiências ou desfavorecidas, desde que, pelo menos 30% dos trabalhadores dessas entidades tenham deficiência devidamente reconhecida nos termos da lei ou sejam desfavorecidos. Trata-se dos intitulados "**contratos reservados**".

Também com relevo para os operadores económicos, **o valor da caução passa a ser, no máximo, de 5% do preço contratual,** devendo o valor concreto ser fixado, pela entidade adjudicante nas peças do procedimento, em função da complexidade e expressão financeira do respetivo contrato.

É definido ainda um **novo regime de liberação de caução** para os contratos em que a obrigação de correção de defeitos seja superior a dois anos, promovendo-se a antecipação do momento de liberação da maior parcela do valor da caução.

Em relação aos subcontratados, o regime previsto no CCP passa a ser-lhes mais favorável, pois **podem reclamar diretamente,** junto do contraente público, **os pagamentos de quantias em atraso que lhe sejam devidas pelo cocontratante privado.**

Nestas situações, o contraente público deve notificar o cocontratante privado para proceder à liquidação ou apresentar motivo para o não pagamento. Na falta de oposição ou de pagamento atempado pelo cocontratante privado, o contraente público efetua diretamente aos subcontratados os pagamentos dos montantes vencidos, após o que o contraente público poderá exercer o direito à compensação entre os valores pagos aos subcontratados e os valores por si devidos ao cocontratante. Este regime não se aplica aos contratos de concessão de obras ou serviços públicos, nem aos contratos que configurem uma parceria público-privada.

Por outro lado, as entidades adjudicantes que estejam ligadas a **centrais de compras** passam a ter de demonstrar que, através de métodos alternativos, conseguem **aquisições de forma mais económica do que aquelas que existem nos acordos-quadro,** nomeadamente ao nível dos preços ou custos contratuais. Esta nova realidade permite que p. ex., uma entidade adjudicante ligada ao setor da saúde, vinculada por um determinado acordo-quadro, possa adquirir um determinado bem a um preço mais baixo, através de uma outra central de compras nacional ou europeia.

Por último, admite-se expressamente o recurso à arbitragem (ou a outros meios alternativos) para a resolução de quaisquer litígios emergentes de procedimentos ou contratos aos quais se aplique o CCP.

As vantagens da utilização da arbitragem podem, todavia, ficar consideravelmente atenuadas pela consagração da existência de recurso da decisão arbitral para os tribunais administrativos sempre que o litígio tenha **um valor superior a quinhentos mil euros.**

III – Nota Final

As alterações descritas, apesar de numerosas e com impacte relevante na atuação das entidades adjudicantes e dos operadores económicos, não parecem corresponder, todavia, a uma fase de estabilização do regime da contratação pública, uma vez que já se anunciam novas modificações, designadamente nas matérias da arbitragem e do contencioso pré-contratual, por força da iminente reforma da legislação do contencioso administrativo.

Em todo o caso, os aperfeiçoamentos já introduzidos ao regime da contratação pública resultantes da entrada em vigor das novas regras do CCP devem ser aproveitados eficientemente pelos operadores económicos, com vista ao reforço da sua intervenção no sector da contratação pública, que apresenta claras perspetivas de crescimento.

Para mais informações sobre o tema, por favor contacte:

Miguel Ribeiro Telles

Tel: + 351 219 245 010

Email: mrtelles@ctsu.pt

Filipa Alves de Botton

Tel: + 351 219 245 010

Email: fbotton@ctsu.pt

www.ctsu.pt

Caso não pretenda rececionar estas comunicações poderá opor-se, a qualquer momento, à utilização dos seus dados para estes fins, devendo para tal, enviar pedido escrito para o seguinte endereço de email: geral@ctsu.pt. A CTSU assegura ainda o direito de acesso, atualização, retificação ou eliminação, nos termos da legislação aplicável, mediante pedido escrito dirigido para o referido endereço de email.

Esta comunicação apenas contém informação de carácter geral, pelo que não constitui aconselhamento ou prestação de serviços profissionais pela CTSU. Antes de qualquer ato ou decisão que o possa afetar, deve aconselhar-se com um profissional qualificado. A CTSU não é responsável por quaisquer danos ou perdas sofridos pelos resultados que advenham da tomada de decisões baseada nesta comunicação.

CTSU - Sociedade de Advogados, SP, RL, SA é uma sociedade de advogados independente, membro da Deloitte Legal network. A "Deloitte Legal" integra as práticas legais das "member firms" Deloitte Touche Tohmatsu Limited e as sociedades de advogados independentes a ela ligadas que prestem serviços jurídicos. Por motivos legais e regulatórios, nem todas as "member firms" prestam serviços jurídicos.