

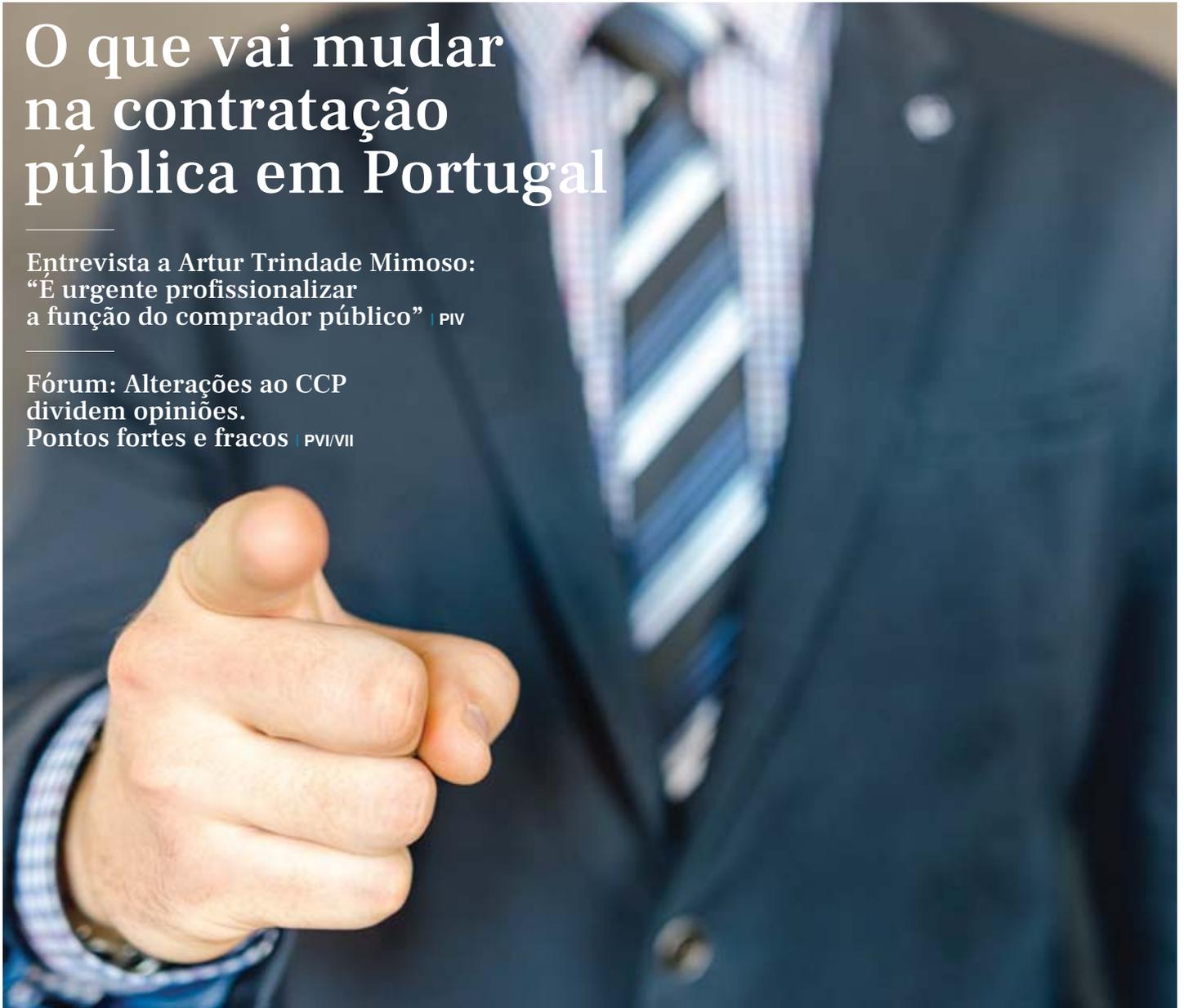
ESPECIAL

CONTRATAÇÃO PÚBLICA

O que vai mudar na contratação pública em Portugal

Entrevista a Artur Trindade Mimoso:
“É urgente profissionalizar a função do comprador público” | PIV

Fórum: Alterações ao CCP dividem opiniões.
Pontos fortes e fracos | PVI/VII



PUB

**Somos
movidos
por desafios**

Há mais de 50 anos que a PLMJ assume um compromisso com os seus Clientes: entendemos os seus negócios, somos orientados para soluções eficazes e inovadoras e criamos oportunidades de sucesso. Em PLMJ, somos movidos por desafios.

PLMJ
ADVOGADOS, S.I., RL
50
Anos
Consigna

PLMJ
NETWORK

Angola - China/Macau - Moçambique - Cabo Verde - Guiné-Bissau - Portugal - São Tomé e Príncipe
Escritórios de Representação: Suíça - Reino Unido

www.plmj.com

CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS (CCP)

Metas de simplificação e flexibilização por atingir?

A revisão do CCP, fruto da necessidade de alinhar o código português com as diretrizes europeias da contratação pública, entra em vigor a 1 de janeiro.

SÓNIA BEXIGA

sbexiga@jornaleconomico.com

Aquando da publicação em Diário da República do novo Código dos Contratos Públicos, em setembro último, o Governo sublinhava que o diploma - em vigor a 1 de janeiro de 2018 - pretende "simplificar, desburocratizar e flexibilizar os procedimentos de formação de contratos públicos", bem como, "aumentar a eficiência da despesa pública e facilitar o acesso aos contratos públicos".

Evidenciando ainda que, fruto das alterações introduzidas para adaptação às diretivas europeias, o decreto-lei passa a considerar como "critério regra" para adjudicação o da proposta economicamente mais vantajosa, "tendo por base a melhor relação qualidade/preço e o preço ou custo, utilizando uma análise custo-eficácia, nomeadamente os custos do ciclo de vida", o Governo assegurava ainda que "continua a ser possível adjudicar pelo preço mais baixo, quando for esse o critério mais adequado".

Recorde-se que o decreto-lei 111-B/2017 procede à nona alteração ao CCP, aprovado pelo decreto-lei 18/2008, e transpõe as diretivas europeias 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/55/UE sobre adjudicação de contratos de concessão, contratos públicos e faturação eletrónica nos contratos públicos.

Principais metas

Sobre o impacto da nova legislação, João Amaral e Almeida, docente da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e coordenador da pós-graduação em Direito e Prática da Contratação Pública, considera que embora o diploma refira que as inovações se centram, essencialmente, na procura da simplificação, desburocratização e flexibiliza-

ção, "são poucas as alterações que têm esses objetivos ou que os conseguem efetivamente atingir". Por exemplo, na consulta preliminar ao mercado (visando dar agora guarida legal a uma atividade informal que as entidades adjudicantes sempre realizaram) é imposta a obrigação de incluir nas peças procedimentais todas as informações pertinentes que foram trocadas". Por outro lado, acrescenta, estas entidades passam a ter a obrigação de promover procedimentos de contratação em que a adjudicação será feita por lotes, a fim de promover o acesso das PME aos mercados públicos. Porém, "a não divisão do objeto do contrato em lotes implica para a entidade adjudicante a obrigação de fundamentar as razões dessa não divisão, mesmo que essa fundamentação seja a própria incindibilidade do objeto do contrato".

A estes "exemplos paradigmáticos de que os procedimentos não serão mais simples de organizar", João Amaral e Almeida junta ainda a obrigação de as adjudicantes terem de fundamentar o "valor estimado do contrato", a decisão de contratar, o preço base - agora obrigatório no caderno de encargos -; o limiar do preço baixo e os próprios critérios da fixação desse limiar; bem como a ado-

ção de um critério de adjudicação em que não seja submetido à concorrência o preço ou o custo a suportar.

Em seu entender, "também não é verdade que exista qualquer desburocratização dos procedimentos. Pelo contrário, algumas alterações são tíques burocráticos: a circunstância de os anúncios dos concursos passarem a ser considerados peças do procedimento implicou que as suas minutas tenham de ser aprovadas pelos órgãos decisores, o que dantes não era necessário sem que tal afetasse a regularidade do procedimento".

Em matéria de flexibilização, afirma que "nenhuma das alterações introduzidas a promove, muito provavelmente porque é uma miragem". Salientando que os procedimentos são "formais e obedecem a regras estritas em nome da segurança jurídica e da igualdade de tratamento", acrescenta que "a inovação que consiste na possibilidade de serem supridas irregularidades das propostas não terá sequer aplicação digna de registo, já que as formalidades impostas pelo CCP são, todas elas, essenciais".

Também para Jorge Macara, VP Iberia na Vortal, o CCP revisto não trará "alterações significativas" às relações comerciais entre as empresas e o Estado. Ainda assim, identifica como maior impacto, a introdução do novo procedimento por consulta prévia. "Sendo obrigatório convidar no mínimo três empresas, antecipamos que esta alteração vá obrigar, a que as compras sejam feitas de uma forma mais estruturada com níveis de concorrência superiores. Esta alteração legislativa, conjugada com o facto de também ter sido revisto o critério de apuramento dos montantes adjudicados a uma empresa, a partir dos quais a adjudicante fica limitada a voltar a convidar para um ajuste direto ou consulta prévia, que, deixa de ser por categoria e passa a ser por valor global já adjudicado à



empresa, provocarão certamente uma maior dispersão das adjudicações, e, conseqüentemente uma maior abertura dos mercados públicos às PME". Considera também "muito positivo", a fixação da proposta "economicamente mais vantajosa" como critério de adjudicação.

Celeridade e concorrência

No que concerne a celeridade, João Amaral de Almeida defende tratar-se de "um erro ou uma ingenuidade acreditar que a celeridade dos procedimentos de contratação pública se obtém à custa da redução dos prazos mínimos fixados na lei para a apresentação das propostas". Na sua ótica, "a experiência e a prática ensinam que o 'gargalo' reside sobretudo no relaxe em que sistematicamente incorrem as entidades adjudicantes quando chegam à fase de tomarem a decisão de adjudicação. Por outro lado, se é verdade que esta alteração do CCP reduz os prazos mínimos para a apresentação das propostas, importa prestar atenção à circunstância de a fixação de prazos curtos ser muitas vezes uma forma de reduzir a concorrência. Por outro lado, com prazos curtos para apresentação das propostas e passando os concorrentes a ter apenas o primeiro terço desse prazo para apresentarem as listas de erros e omissões do caderno de encargos, "serão cada vez maiores os casos em que não lhes é exigível que detetem esses erros e omissões, obrigando as entidades adjudicantes a suportar por inteiro os custos financeiros do seu suprimento".

Do ponto de vista estrito da política de *procurement*, considera que a única alteração ao CCP que "pode realmente fazer a diferença" em termos concorrenciais é a permissão para as entidades adjudicantes negociarem o conteúdo das propostas na generalidade dos concursos públicos em que o preço base seja inferior aos limiares europeus. "Mas receio que seja uma alteração sem consequências práticas, tendo em conta a cultura dominante da nossa Administração Pública, pouco habituada às dinâmicas negociais", remata.

Já Jorge Macara considera ser "claro" o impulsionar da celeridade, justificando, desde logo, com o encurtamento de "praticamente" todos os prazos como, por exemplo, na submissão de propostas em concurso público que foi reduzida, a introdução de um prazo para o júri elaborar e disponibilizar o relatório preliminar bem como para a audiência prévia (ambos, três dias na consulta prévia).

O "peso" da faturação eletrónica

A revisão do CCP estabeleceu a transposição da Diretiva Comunitária 2014/55/UE para a legislação nacional, vinculando a obrigatoriedade da Faturação Eletrónica para contratos de natureza pública. As alterações irão alicerçar a desmaterialização integral do processo de compras na Administração Pública, desde o pedido interno, passando pela tramitação e adjudicação do procedimento público, celebração de contrato, até à receção da fatura.

Tendo por base a experiência al-



IMPACTO NO SETOR SEGURADOR

Alterações ao CCP trazem credibilidade ao sistema

As alterações ao CCP terão um impacto positivo para o setor segurador, potenciando o surgimento de mais players especializados em concursos públicos, sendo que persistem procedimentos a melhorar.

Atendendo ao peso do setor segurador na economia nacional, importa aferir que impacto terá o CCP revisito nesta esfera. Segundo Luis Arruda, diretor e coordenador do departamento de Contratação Pública da Willis Towers Watson, alterações como a redução do limiar do valor do ajuste direto para 20 mil euros; a criação de um novo procedimento (consulta prévia), com consulta obrigatória a pelo menos três entidades até 75 mil euros; e a promoção e incentivo à formação de contratos por lotes como modelo regra, mudam, desde logo, o cenário atual.

“Relativamente aos dois primeiros pontos vêm trazer mais credibilidade e confiança ao sistema de compras públicas no seu todo, ao reduzir o nível da discricionariedade e número de contratos com eventual possibilidade de favorecimento de alguns operadores económicos, enquanto o último ponto vai permitir e facilitar a intervenção de mais players seguradores (num mercado em que maioritariamente nos concursos só respondem um ou dois concorrentes, e em que se assiste a uma elevada percentagem de concursos desertos)”, explica o responsável.

Luis Arruda identifica ainda, com impacto positivo, a alteração do critério de adjudicação das propostas, antes baseado quase exclusivamente no critério do preço, passando agora a ser “estribado em modelos multifatoriais, fundamentados na proposta economicamente mais vantajosa, deixando assim que as entidades concorrentes sejam apreciadas apenas e exclusivamente com base nos “serviços mínimos”, reforça.

Quanto aos desenvolvimentos em matéria de celeridade e concorrência, considera que as alterações conduzirão “necessariamente à abertura e disponibilidade para a Contratação Pública de novos seguradores especializados em determinado tipo de seguros (aumento da concorrência), o que antes lhes era vedado numa lógica de concurso global, trazendo também vantagens para os corretores de seguros, uma vez que estes novos players seguradores habitualmente delegam esta tarefa nos distribuidores de seguros/corretores de seguros que também sejam especialistas em contratação pública”.

No entanto, ressalva, a celeridade e a concorrência dos procedimentos concursais estão principal-

mente dependentes de alguns pressupostos, nomeadamente, da melhoria do planeamento dos procedimentos por partes entidades públicas contratantes. “Hoje numerosos concursos públicos são lançados com prazos para apresentação de proposta muito reduzidos (só na primeira semana de dezembro foram publicados 10 concursos para aquisição de seguros que fixavam prazos iguais ou inferiores a 10 dias seguidos para apresentação das propostas), que inviabilizam à partida o sucesso e promove a desconfiança sobre a intencionalidade de tal propósito – favorecer o atual adjudicatário que já está no contrato”, elucida.

Outro dos pressupostos que aponta é a qualidade e exigências dos



LUIS ARRUDA
Diretor e Coordenador
da Willis Towers Watson

Em matéria de celeridade e concorrência, “as alterações conduzirão necessariamente à abertura e disponibilidade para a Contratação Pública de novos seguradores especializados”

cadernos de encargos, sobretudo em áreas de elevada especialização que, em seu entender, deviam levar as entidades públicas “a evoluir quanto à sua capacitação técnica, devendo apoiar-se cada vez mais em especialistas para áreas tão específicas, como é o caso da atividade seguradora, com as suas características técnicas próprias (na definição de riscos, coberturas, capitais e franquias adequadas a cada tipo de entidade contratante)”. Luis Arruda aponta ainda a capacidade de resposta em tempo útil das entidades adjudicantes aos pedidos de esclarecimentos, uma vez que cada vez mais estas deixam normalmente as respostas para o último dia do prazo, “o que depois penaliza o tempo de resposta disponível”, conclui. ● SB

PUB

cançada ao longo dos últimos 10 anos, e recordando que em 2008 Portugal foi pioneiro na adoção da Contratação Pública Eletrónica, tornando-se um caso de estudo a nível europeu, Pedro Sepúlveda, business development manager na Saphety, acredita que em 2018 será alcançado igual sucesso na adoção da Faturação Eletrónica. Numa lógica de vantagem não só para a Administração Pública, mas também para as empresas, salienta que “existem números que fazem pensar e que colocam o processo de compras em perspetiva” e dá o seguinte exemplo: de acordo com os estudos efetuados pela Bilitis, para o comprador, o processamento de uma fatura em papel, desde a receção, codificação, validação, comparação, gestão de disputas, pagamento até ao arquivo, custa cerca de 18 euros. Para o fornecedor, o processo de emissão de uma fatura em papel, desde a impressão, envelopeamento, envio, lembretes de pagamento e remessa até ao arquivo, tem o custo aproximado de 11 euros. Com a introdução da componente eletrónica e de automatismos no processamento e emissão de faturas, o recetor obtém assim poupanças na ordem dos 11 euros por fatura e o emissor em cerca de 6 euros por fatura. “Para tornar mensurável esta análise, basta pensarmos numa Entidade que receione em média 50 mil faturas por ano, representando isto uma poupança de cerca de 500 mil euros anuais, ou seja, consegue desta forma uma redução de 60% dos custos”, conclui. ●




O Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos, estabelecendo a obrigatoriedade (art. 299.º-B) da faturação eletrónica na Administração Pública, a partir de 2018.

Procura um parceiro tecnológico especialista em Contratação Pública e Faturação Eletrónica?



Contacte-nos em saphety.com

ENTREVISTA ARTUR TRINDADE MIMOSO Vogal Executivo do Conselho de Administração da SPMS

“É urgente profissionalizar a função do comprador público”

Na ótica de umas das várias entidades adjudicantes, as alterações ao CCP vão traduzir-se em melhorias de gestão, tanto para a Saúde como para os restantes setores da economia nacional.

SÓNIA BEXIGA

sbexiga@jornaleconomico.pt

Artur Trindade Mimoso, vogal Executivo do Conselho de Administração na Empresa Pública do Estado – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, desde 2014, aprofunda o cenário das alterações ao CCP na esfera da Saúde.

Com a Nova Lei da Contratação Pública, de que forma se alteram os processos de gestão no setor da Saúde?

As medidas de simplificação, desburocratização, flexibilização, de transparência, boa gestão pública e melhor interpretação da lei agora introduzidas permitirão já em janeiro de 2018, melhorar a tramitação dos procedimentos de aquisição de bens e serviços no setor da saúde, bem como em todos os outros setores dos Estados. Como é sabido o regime jurídico de contratação pública é um regime técnico-jurídico de elevada complexidade, uma vez que esgotará o budget de uma programa de saúde, mas chegará a mais pessoas, que na minha opinião na saúde é a melhor forma poupar, prevenindo doenças ou estados mais críticos que oneram mais o país. Por que é impossível destacar todas novidades importantes para a saúde, destaco a novi-



mentará significativamente, o Estado não poupará diretamente, uma vez que esgotará o budget de uma programa de saúde, mas chegará a mais pessoas, que na minha opinião na saúde é a melhor forma poupar, prevenindo doenças ou estados mais críticos que oneram mais o país. Por que é impossível destacar todas novidades importantes para a saúde, destaco a novi-



No início de janeiro, antevejo algumas dificuldades tanto para o Estado como para as empresas, o regime da contratação pública é muitíssimo complexo e existe um enorme deficit na formação dos técnicos”

dade das parcerias para a inovação, que creio que será na saúde onde as mesmas vingarão mais. As mesmas serão utilizadas quando a especificidade dos contratos contêm atividades de investigação para o desenvolvimento de bens, serviços ou obras não disponíveis no mercado, tendo em vista a sua aquisição posterior, por exemplo, medicamentos ou dispositivos médicos inovadores.

Como antevê o impacto junto das empresas?

No início de janeiro, antevejo algumas dificuldades tanto para o Estado como para as Empresas, o regime da contratação pública é muitíssimo complexo e existe um enorme deficit na formação dos técnicos da administração pública, que todos os dias trabalham nesta área, e como é óbvio também nas próprias empresas. Por um lado, na Administração Pública é urgente formar os seus quadros e profissionalizar a função do comprador público como já é referenciado em vários diplomas europeus, por outro lado as empresas devem dotar os seus quadros de vendedores de bens e serviços ao Estado. Esta seria a fórmula perfeita. Muitas das

dificuldades existentes na tramitação procedimental acontecem por esta falha em ambos os lados, comprador e vendedor, falta de conhecimento técnico-jurídico do regime. Ultrapassada esta dificuldade inicial de ambos os lados se depa-rem com o novo diploma totalmente revisto, creio que as alterações ao CCP revisto terá um impacto muito positivo para as empresas, na desburocratização, como por exemplo a centralização de todos os documentos de habilitação numa única base de dados centrais de compras, como a SPMS, promoção da concorrência, com a obrigatoriedade de divisão em lotes, permitindo o acesso de pequenas e médias empresas aos mercados públicos, redução dos valores do ajuste direto e introdução da consulta prévia com obrigatoriedade de consulta pelo menos a três entidades, possibilidade de definir um valor de caução inferior a 5% e possibilidade de liberação da caução de forma gradual no decorrer da execução do contrato, maior regulação dos contratos públicos, reforço do recurso a arbitragem como forma de ultrapassar a desonra na resolução de litígios, e sobretudo uma melhoria significati-

va que trará alguma complexidade inicial mas certamente e como aconteceu em 2008, estabilizará e que é a possibilidade do júri do concurso deve pedir aos concorrentes que corrijam irregularidades nas propostas apresentadas, desde que a correção não altere o conteúdo da proposta, evitando assim a exclusão da mesma por motivos ou formalidades não essenciais.

Considera que estas alterações favorecem a celeridade e a concorrência?

A maior prova de celeridade na tramitação procedimental é o encurtamento do prazo de apresentação de propostas ou de candidaturas que em alguns casos e situações reduzem até menos 15 dias nesse prazo. A redução de prazos na fase da outorga do contrato. Não menos importante é a fusão dos dois regimes de esclarecimentos e erros e omissões num “Esclarecimentos, retificações e suprimento de erros e omissões”, simplificado e dotando o procedimento de maior celeridade. Outra medida de celeridade é o alargamento da simplificação procedimental em empreitadas, através do ajuste direto simplificado com um prazo de tramitação muito reduzido. E por último destacar um maior apelo à tramitação eletrónica e digitalização dos procedimentos. Como medidas de promoção da concorrência, para ale das já mencionadas, acrescentaria, o ‘self-cleaning’, ou seja, a relevação de alguns impedimentos desde que o concorrente demonstre que se libertou daquela situação ou está em vias de o fazer, como por exemplo: medidas adotadas pelo candidato ou concorrente para demonstrar que recuperou a sua idoneidade. E também a avaliação da performance da prestação do concorrente em anteriores contratos, premiando desta forma aqueles que executam o contrato com toda a diligência e o cumpre pontualmente daqueles que não o fazem, é uma forma de promoção da concorrência com grande benefício para o interesse público na satisfação do interesse geral e racionalização do erário publico. ●

OPINIÃO

Revisão do Código dos Contratos Públicos: Contratação Pública e Faturação Eletrónica



PEDRO SEPÚLVEDA
Business Development
Manager na Saphety

Portugal encontra-se alinhado com a alteração do Quadro Legal Europeu, em matéria de Contratação Pública e Faturação Eletrónica na Administração Pública.

Foi publicado o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que procedeu à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, visando a simplificação e desburocratização dos procedimentos de forma-

ção de contratos públicos, com vista ao aumento da eficiência e redução da despesa pública.

A revisão do Código dos Contratos Públicos estabeleceu a transposição da Diretiva Comunitária 2014/55/EU para a legislação nacional, vinculando a obrigatoriedade da Faturação Eletrónica para contratos de natureza pública.

A partir de novembro de 2018, os Estados Membros deverão comunicar à Comissão Europeia as disposições legislativas que irão ser aplicadas em matéria de Faturação Eletrónica.

Estas alterações irão alicerçar a desmaterialização integral do processo de compras na Administração Pública, desde o pedido interno, passando pela tramitação e adjudicação do procedimento público, celebração de contrato, até à receção da fatura eletrónica.

Não que Portugal esteja atrasa-

do nesta matéria. Pelo contrário. Segundo dados do Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P. (IMPIC, I.P.), 93% dos contratos celebrados em Portugal no ano de 2015 foram eletrónicos (cálculo do valor do Índice de Manchester - contratação pública acima dos limiares comunitários).

O Estado é o principal comprador de bens e serviços da economia nacional, tendo o consumo da Administração Pública representado 18% do PIB em 2015, de acordo com dados do INE.

Os números foram similares no contexto internacional e em 2015 os consumos situaram-se na casa dos 20% do PIB na União Europeia.

Em virtude da representatividade destes indicadores, todas as medidas, que tornem os processos mais eficientes e permitam

alcançar poupanças, são muito bem-vindas.

As vantagens não serão só para a Administração Pública, mas também para as empresas privadas que estabelecem relações comerciais com o Estado.

Há números que fazem pensar e que colocam o processo de compras em perspetiva.

De acordo com os estudos efetuados pela Billentis - entidade especializada em desmaterialização de processos nas organizações -, para o comprador, o processamento de uma fatura em papel, desde a sua receção, codificação, validação, comparação, gestão de disputas, pagamento até ao arquivo, custa aproximadamente 18 euros. Para o fornecedor, o processo de emissão de uma fatura em papel, desde a impressão, envelope, envio, lembretes de pagamento e remessa até ao arquivo,

tem o custo aproximado de 11 euros.

Com a introdução da componente eletrónica e de automatismos no processamento e emissão de faturas, o recetor obtém assim poupanças na ordem dos 11 euros por fatura e o emissor em cerca de 6 euros por fatura.

Para tornar mensurável esta análise, basta pensarmos numa Entidade que receione em média 50 mil faturas por ano, representando isto uma poupança de cerca de 500 mil euros anuais, ou seja, consegue desta forma uma redução de 60% dos custos.

Em 2008, Portugal foi pioneiro na adoção da Contratação Pública Eletrónica, tornando-se um caso de estudo a nível europeu.

Tendo por base a experiência alcançada ao longo dos últimos 10 anos, acreditamos que em 2018 alcançaremos o mesmo sucesso na adoção da Faturação Eletrónica. ●

PUB

Apoiamos o estudo e desenvolvimento de Planos de Gestão de Riscos de Corrupção e Infracções conexas para entidades públicas.

Identificamos e mapeamos os riscos das organizações públicas, bem como o seu enquadramento posterior num contexto de procedimento público contratual de transferência de riscos.

Contacte a nossa equipa de **Contratação Pública** pelo email marta.santos@willistowerswatson.com ou pelo telefone 21 3222 876

willistowerswatson.com

A Towers Watson é representada no Reino Unido pela Towers Watson Limited.
Copyright © 2017 Willis Towers Watson. All rights reserved.
WTW-EU-17-ADV-6459

WillisTowersWatson

CCP REVISTO: 2018 TRAZ NOVAS DINÂMICAS PARA AMBAS AS PARTES



PEDRO MATIAS PEREIRA
Advogado Associado da TELLES



PEDRO MELO
Sócio da PLMJ



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 efetivamente 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 cauções 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 supridas 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 prepararem 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 desencerto 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, confiadamente, 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 cauções, 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 atos 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 a prática de atos pelos candidatos ou concorrentes nos procedimentos pré-contratuais é de essa redução poder ser cega e poder ter perdido de vista a regra da sua adequação à boa prática do ato em concreto.

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?



JOSÉ EDUARDO MARTINS
Sócio Abreu Advogados,
responsável Direito Público



SANDRA TAVARES MAGALHÃES
Advogada da Miranda
& Associados



HUGO CORREIA
Advogado da DLA Piper ABCC



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 inclusivamente 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.

2 ALTERAÇÕES FAVORECEM A CELERIDADE E A CONCORRÊNCIA?

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 a, pelo menos, três concorrentes) são exemplos de soluções tradicionais reaproveitadas a partir de legislação anterior à aprovação. As empresas assumirão eventualmente os maiores ônus 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 à 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 de 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 expedidos, 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 convidados.

MIRANDA
30 ANOS



Uma das alterações ao código dos contratos públicos líquida o sistema nacional de compras públicas?

Por Sandra Tavares Magalhães, Advogada da Miranda & Associados

A agregação das necessidades e a criação de catálogos telemáticos para certas categorias de bens e serviços no âmbito do Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP) têm um histórico de cerca de 10 anos de consolidação, também enquanto modelo de racionalização de recursos e geração de poupanças, por força do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro. O SNCP tem por objeto promover a aquisição, de forma centralizada, de bens móveis e serviços pelas entidades compradoras, integrando entidades compradoras vinculadas (administração direta do Estado e institutos públicos) e entidades compradoras voluntárias (administração autónoma e setor público empresarial). Pelo Decreto-Lei n.º 37/2007, a contratação centralizada é obrigatória para as entidades compradoras vinculadas, salvo autorização prévia expressa do membro do Governo responsável pela área das finanças, precedida de proposta fundamentada da entidade compradora interessada. Como esta competência se encontra delegada, a prestação da autorização cabe à ESPAP, a Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública. A consequência legal da contratação de aquisições no âmbito das categorias de bens e serviços objeto de acordos-quadro celebrados pela ESPAP, em violação desta vinculação é a nulidade do contrato, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar, civil e financeira, nos termos gerais de direito.

Por ser fonte de insegurança jurídica, face ao quadro que antecede, de todas as alterações introduzidas ao Código dos Contratos Públicos, para vigorar a partir de 1 de janeiro, o nosso destaque vai para o inovador artigo 256.º-A, que permite a qualquer entidade adjudicante abrangida por um sistema de compra vinculada ao abrigo de um acordo-quadro libertar-se dessa vinculação caso demonstre que, para dada aquisição de bens ou serviços, a utilização do acordo-quadro leva a um preço por unidade superior em 10% ou mais ao que por ela seja demonstrado para objeto com as mesmas características e nível de qualidade.

Cotejados os regimes, resulta evidente a referida zona de insegurança jurídica, com a qual, quer as entidades compradoras vinculadas, quer o Tribunal de Contas se vão ver confrontadas a muito curto prazo. Tudo isto torna incontornável o questionamento sobre se o artigo 256.º-A tem a pretensão de constituir norma habilitante de decisões de compra fora do SNCP sem escrutínio pela ESPAP. Se assim for, a opção legislativa pode acabar por desvirtuar o sentido do quadro legal em que assenta o SNCP. Por outro lado, teria o efeito virtuoso de forçar os concorrentes na fase dos acordos-quadro a serem mais competitivos logo nos preços que então propõem.