

Circular nº 33/2017

20 de setembro de 2017

ASSUNTO: Nona alteração ao Código dos Contratos Públicos

Caros Associados,

Foi publicado o Decreto-Lei nº. 111-B/2017, de 31 de agosto, que procedeu à nona alteração do Código dos Contratos Públicos.

Este diploma procedeu igualmente à transposição da Diretiva n.º 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão; da Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva n.º 2004/18/CE; da Diretiva n.º 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva n.º 2004/17/CE; e da Diretiva n.º 2014/55/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativa à faturação eletrónica nos contratos públicos.

Como se pode ler no preâmbulo deste diploma, as alterações introduzidas agregam-se em três grandes grupos:

- (i) alterações decorrentes da transposição das diretivas;
- (ii) medidas de simplificação, desburocratização e flexibilização;
- (iii) medidas de transparência e boa gestão pública.

De entre as primeiras, destacam-se:

- (i) a criação de um novo procedimento para a aquisição de produtos ou serviços inovadores — a parceria para a inovação;
- (ii) a promoção da adjudicação de contratos sob a forma de lotes com vista a incentivar a participação das pequenas e médias empresas;

- (iii) a possibilidade de reserva, de contratos para entidades que empreguem pessoas com deficiência ou desfavorecidas;
- (iv) a fixação como critério regra de 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, embora sem deixar de permitir a adjudicação pelo preço mais baixo, quando adequado;
- (v) a alteração da regra de fixação do critério do preço anormalmente baixo, eliminando a sua indexação ao preço base;
- (vi) a disponibilização de forma livre, completa e gratuita das peças do procedimento, na plataforma eletrónica de contratação pública, a partir da data da publicação do anúncio;
- (vii) a previsão da emissão da fatura eletrónica em contratos públicos;
- (viii) e, a introdução da noção de trabalhos ou serviços complementares, que substitui os «trabalhos a mais» e os «trabalhos de suprimento de erros e omissões».

No segundo grupo, destacam-se:

- (i) o encurtamento dos prazos mínimos de apresentação de propostas e candidaturas em procedimentos de valor inferior aos limiares europeus, isto é, sem publicidade no Jornal Oficial da União Europeia;
- (ii) a previsão de que o valor de 5% da caução passa a ser um valor máximo, deixando de ser um valor fixo e a consagração de um regime de liberação gradual da caução;
- (iii) a recuperação da possibilidade de sanar a preterição de formalidades não essenciais pelas propostas apresentadas, evitando exclusões desproporcionadas e prejudiciais para o interesse público;
- (iv) a inclusão das pequenas empreitadas de obras públicas no regime de ajuste direto simplificado (até € 5.000) e o alargamento do procedimento de concurso público urgente às empreitadas cujo valor estimado dos contratos a celebrar não exceda € 300.000;
- (v) a inclusão do regime de alienação de bens móveis por entidades públicas; e o encurtamento dos prazos do ajuste direto e da consulta prévia.

Finalmente, no terceiro grupo destacam-se:

- (i) a introdução da consulta preliminar, de modo a que, antes de um procedimento de contratação, a entidade adjudicante realize consultas informais ao mercado a fim de preparar o procedimento,

- fixando mecanismos para que isso não se traduza em perda de transparência ou prejuízo para a concorrência;
- (ii) a consagração de um novo procedimento de consulta prévia, com consulta a três fornecedores, limitando o recurso ao ajuste direto;
 - (iii) e ainda a necessidade de fundamentação especial dos contratos de valor superior a € 5.000.000, com base numa avaliação custo-benefício;
 - (iv) e, a proibição da utilização do critério do momento de entrega da proposta como critério de desempate.

Relativamente à concretização do Programa Nacional de Reformas em sede de contratação pública, limita-se a utilização do procedimento de ajuste direto com consulta a apenas uma entidade e confere-se novamente autonomia ao procedimento de consulta prévia, com consulta a três entidades, previsto para as aquisições de bens e serviços entre os € 20.000 e € 75.000 e para as empreitadas de obras públicas entre € 30.000 e € 150.000. Determinam-se ainda medidas de prevenção e eliminação de conflito de interesses na condução de procedimentos de formação de contratos, por parte dos diversos intervenientes nos procedimentos, incluindo membros do júri e peritos que lhe prestam apoio.

Quanto ao regime de liberação das cauções prestadas pelo cocontratante (alteração do n.º 5 e revogação do n.º 6, do art.º 295.º), nos contratos em que haja obrigações de correção de defeitos pelo cocontratante, designadamente obrigações de garantia, em que o prazo das obrigações de correção de defeitos seja superior a dois anos, o contraente público promove a liberação da caução destinada a garantir o exato e pontual cumprimento das obrigações contratuais, nos seguintes termos: no final do primeiro ano, 30% do valor da caução; no final do segundo ano, 30% do valor da caução; no final do terceiro ano, 15% do valor da caução; no final do quarto ano, 15% do valor da caução; e o final do quinto ano, os 10% restantes.

Vale a pena destacar ainda as seguintes inovações:

A criação da figura do gestor do contrato, com a função de acompanhar permanentemente a execução do contrato, o que se afigura importante como ferramenta de promoção de um desempenho de qualidade de todos os que colaboram no exercício de tarefas de relevância pública.

Ao nível do descongestionamento dos tribunais, o estabelecimento de um regime que promove a resolução alternativa de litígios, com preferência pelos centros de arbitragem institucionalizados, permitindo um julgamento mais rápido e menos oneroso de litígios que oponham cidadãos e empresas às entidades públicas em matéria de contratação pública.

E, ainda, com exceção dos contratos de concessão de obra ou serviço público ou contratos que configurem uma parceria público-privada em que não se aplica, a figura do pagamento direto ao subcontratado, por força da qual o subcontratado pode reclamar, junto do contraente público, os pagamentos em atraso que lhe sejam devidos pelo cocontratante, exercendo o contraente público o direito de retenção sobre as quantias do mesmo montante devidas ao cocontratante por força do contrato principal. Nos termos do regime ora instituído, o contraente público notifica o cocontratante para proceder à liquidação ou apresentar motivo justificativo para o não pagamento, devendo neste caso indicar o prazo, não superior a 30 dias, no qual se propõe liquidar a dívida ao subcontratado. Caso o cocontratante não se oponha nos termos antes referidos, ou não liquide os valores devidos no prazo por si indicado, o contraente público efetua diretamente os pagamentos ao subcontratado, sendo que o pagamento direto aos subcontratados pelo contraente público está limitado ao valor dos débitos vencidos e não pagos ao cocontratante ou, se futuros, por aqueles reconhecidos.

O presente diploma entra em vigor a 1 de janeiro de 2018, e, sem prejuízo do que a seguir se dirá, só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a sua data de entrada em vigor, bem como aos contratos que resultem desses procedimentos. O presente decreto-lei não se aplica a prorrogações, expressas ou tácitas, do prazo de execução das prestações que constituem o objeto de contratos públicos cujo procedimento tenha sido iniciado previamente à data da sua entrada em vigor. Finalmente, o regime de liberação das cauções previsto no artigo 295.º do Código dos Contratos Públicos, na redação dada pelo presente decreto-lei, aplica-se a todos os contratos de empreitadas de obras públicas em vigor, ou que tenham os respetivos prazos de garantia em curso à data da entrada em vigor do presente decreto-lei, ou ainda a contratos a celebrar na sequência de procedimento anterior à data da entrada em vigor do presente decreto-lei.

Com os melhores cumprimentos,

A Direção da APIRAC