



Parecer da APMEP sobre a proposta de alteração do CCP (Projeto de LEI nº41/XIV/1ª):

As DEZ PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO CONSIDERADAS PRIORITÁRIAS

I - CONSIDERAÇÕES GERAIS

1. Simplificação Administrativa ou Complexificação e Instabilização Legislativas?

O quadro comunitário das Diretivas de Contratação Pública tem evoluído de forma estratégica e ponderada com as mais recentes alterações ocorridas em 2004 e em 2014, ou seja, com intervalo de uma década.

Infelizmente, o legislador português não tem seguido este calendário pois esta será a 12ª alteração em 12 anos (2008-2020) o que atinge a média de 1 alteração por ano, ritmo não conhecido nos restantes Estados europeus.

Após a aprovação das Diretivas de 2014, teria sido judicioso proceder a uma transposição coerente e sistémica substituindo o Código de 2008 por outro melhor adaptado às novas orientações comunitárias. Infelizmente, tal não foi a opção adotada, tendo-se preferido alterar mais de metade dos artigos o que originou numerosas incoerências e inconformidades com as Diretivas tal como já foi reconhecido. Ora vem agora a confirmar-se que o argumento então apresentado de que tal solução iria contribuir para a estabilização do quadro legal não tem qualquer fundamento pois decorridos pouco mais de 2 anos de aplicação do DL 111-B/ 2017, surge nova alteração adicionando e alterando mais de 80 artigos!

Em suma, o veloz ritmo de alteração do quadro legal dos mercados públicos - sem paralelo na EU - contribui para a incerteza, a complexidade e a instabilidade da jurisprudência interpretativa e não para a desejada simplificação.

2. Alterações Conjunturais ou Fundamentadas em Avaliações Independentes e Substantivas?

O estudo das políticas públicas tem dado especial atenção às metodologias mais aconselhadas para a preparação de novos códigos legais, designadamente sobre os mercados públicos sendo consensual que se devem evitar as alterações apressadas e pressionadas por eventos conjunturais e que, pelo contrário é recomendável, preceder as alterações por estudos de avaliação do desempenho dos quadros legais existentes, os quais devem ser realizados por entidades independentes e tendo em conta o parecer da sociedade civil, nas suas múltiplas morfologias.

Esta tem sido a orientação adotada pelas instituições comunitárias para preparar as Diretivas e também por numerosos Estados para as transpor, mas não por Portugal, aduzindo-se o argumento de que tal pode ser substituído por “consultas públicas” o que apenas demonstra afastamento em relação às orientações modernas e consensualmente defendidas neste âmbito, designadamente por organizações internacionais tais como a OCDE (ver OCDE,2020, Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation a qual vem sendo atualizada desde 1993). Note-se, aliás, que neste caso, embora a proposta de Lei inclui vasta revisão do CCP, não houve consulta pública.

Eis porque se deve indagar sobre:

Quais os estudos de base em que fundamenta esta proposta?

Quais as avaliações independentes que teve em conta?

3. Aceleração dos Procedimentos de Formação dos Contratos Públicos ou a Criação de Período de Pausa para Aprendizagem?

A proposta de Lei em causa inclui, para além de outras alterações, um conjunto de medidas especiais de contratação pública para agilizar os procedimentos de formação dos contratos e uma vasta revisão do CCP alterando quase oito dezenas de artigos.

É consabida a necessidade de todos os agentes dos mercados públicos- entidades adjudicantes, operadores económicos, profissionais do Direito e da Justiça, etc.- disporem de tempo suficiente para analisar e estudar cada novo quadro legal, estabelecendo-se assim um período de “stand still” em que não se iniciam procedimentos até melhor compreender o alcance de cada alteração e até obter os necessários esclarecimentos relativos a cada dúvida colocada, pelo que se presume que, paradoxalmente, esta vasta revisão terá efeito antinómico do pretendido com o primeiro conjunto de medidas. Consequentemente, apresenta-se a proposta seguinte:

PROPOSTA Nº1: No que respeita ao CCP, a proposta legislativa deve cingir-se aos Artigos 1º a 7º suprimindo os restantes pois não estão reunidas as condições para promover a proposta revisão global do CCP.

II - MEDIDAS ESPECIAIS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

1. O Princípio da Concorrência é Inimigo da Eficácia e da Eficiência da Contratação Pública?

Ninguém duvida que as sucessivas gerações de Diretivas sobre os contratos públicos têm como “raison d’être” a necessidade de também fazer prevalecer nos mercados públicos os princípios da concorrência e da livre circulação e de livre estabelecimento em que assenta a própria construção da EU mas, outrossim, esta proposta de Lei parece estar baseada no postulado de que a eficácia e a eficiência dos mercados públicos são melhoradas se se reduzir a concorrência. Com efeito, as medidas especiais consistem principalmente em substituir concursos públicos ou limitados por prévia qualificação por procedimentos por convite e até criar contratos reservados para subconjuntos de operadores económicos, sempre até ao maior valor possível limitado pelos limiares comunitários.

Ora a realidade é bem diferente.

Convém ter presente que para concursos relativos a contratos com valor não ultrapassando os limiares comunitários, os prazos mínimos para apresentação de candidaturas são de 6 dias e de propostas são de 6 dias para aquisições de bens e serviços e 14 dias para obras podendo ser também de 6 dias se o seu objeto for classificável de muito simples.

O legislador estará a prever que em procedimento por convite se adotarão prazos menores? Será tal eventual redução compatível com a seriedade exigível à preparação das propostas?

Serão estes prazos a causa das delongas conhecidas?

É bem evidente que não.

As principais causas de atraso radicam-se no complexo regime financeiro dos compromissos, nas conhecidas dificuldades de gestão orçamental e sucessivas cativações e descativações, nas múltiplas exigências de parecer favorável a colher junto de diversas entidades segundo o modelo de Administração Pública que tem vindo a prevalecer e que se pode designar por “Administração em teia de aranha” e, muito especialmente, na drástica redução das competências especializadas da Administração Pública em resultado das sucessivas políticas governamentais de desvalorização das carreiras especializadas e do evanescimento da formação especializada relevante para os contratos públicos.

Esta manifesta insuficiência de formação em contratação pública contrasta com as políticas seguidas em outros Estados da UE também beneficiários de Fundo Social Europeu e onde se concentraram recursos na formação associada às exigências de “profissionalização” dos “public procurers” respeitando assim as orientações da Comissão Europeia expressas claramente na sua Recomendação (UE) 2017/1805 da Comissão de 3 de Outubro de 2017 sobre a profissionalização da contratação pública.

Com efeito, em Portugal, não se conhecem iniciativas governamentais visando contribuir para a aplicação desta Recomendação.

Todavia, as medidas propostas podem comportar riscos importantes os quais se resumem seguidamente pelo que propões a eliminação ou a mitigação de algumas das alterações propostas.

2. Os Principais Riscos Relativos às Medidas Propostas

2.1 Risco Nº 1: O Desrespeito pelo Princípio da Igualdade

O Artigo 5º propõe a adoção até aos limiares comunitários de procedimento por convite para procedimentos relativos á execução do Programa de Estabilização Económica e Social e que mereçam o despacho favorável do membro do Governo.

Ora este programa (Resolução CM 41/ 2020 de 6 de junho) abrange mais de 100 medidas, muito heterogéneas, com âmbito nem sempre claro e com sobreposições evidentes sendo coordenado por 3 ministérios, MEETD, MPlan. e MAAC o que permite antever diversidade de critérios em relação ao despacho citado. Ou seja, em lugar de um regime unitário do CCP, constitui-se um “**CCP em mosaico**” incluindo regimes de formação dos contratos distintos por área de administração segundo a tutela governamental o que é certamente indesejável.

Atendendo a que cada tipo de procedimento é fonte de deveres e direitos específicos para os candidatos e concorrentes poderá ser mesmo desrespeitado o princípio da igualdade.

Assim, justifica-se:

PROPOSTA Nº2: Supressão do Artigo nº5 ou sua substituição por outro em que se listem de forma objetiva as classes de contratos a que é aplicado.

2.2 Os Riscos Nºs 2 e 3: A Redução da Concorrência e o Provável Incremento da Corrupção

Tal como já se referiu, os Artigos 1º a 8º propostos visam alargar o âmbito de aplicação do procedimento por convite até aos limiares comunitários agravando-se o risco da redução da concorrência.

Importa também ter presente que a análise dos procedimentos objeto de processos judiciais associados a práticas de corrupção ou de clientelismo político permite concluir que, quase na sua totalidade, foram conduzidos por convite sem recurso a plataforma eletrónica, pelo que a pretendida generalização poderá aumentar tais riscos.

Assim sendo, apresentam-se as propostas seguintes:

PROPOSTA Nº 3: Substituir os limiares comunitários propostos para a generalização do procedimento por convite para valores aquém de limites intermédios entre tais limiares e os da consulta prévia. O Artigo 54º-A deverá ser eliminado pois distorce a concorrência ao estabelecer “contratos reservados”.

Também devem ser suprimidos os Artigos 2º-2 e 6º-2 pois suprimem as restrições relativas ao valor acumulado de contratos anteriores estabelecidas no Artigo 113º do CCP e não as substituem por outras disposições que evitem o “afunilamento” das adjudicações sempre aos mesmos operadores económicos.

PROPOSTA Nº4: Exigir a utilização da plataforma eletrónica certificada para todos os procedimentos por convite salvo os do ajuste direto.

Na verdade, os casos associados a práticas menos transparentes correspondem geralmente à não utilização da plataforma eletrónica por motivos compreensíveis pois a plataforma estabelece elevado nível de garantia no que concerne a replicabilidade, autenticidade, idoneidade e confidencialidade.

Todavia, será possível no respeito pelo princípio da proporcionalidade, vir a simplificar o regime da aplicação dos selos temporais e das assinaturas eletrónicas qualificadas para contratos de baixo valor. Assim, por exemplo, poderá estudar-se a possibilidade de utilizar um único selo temporal por proposta e limitar a adoção da assinatura eletrónica qualificada apenas para os ficheiros que contenham atributos sujeitos a concorrência.

Recomenda-se ainda a proposta seguinte:

PROPOSTA Nº 5: Sempre que se utilize o procedimento por convite além dos limites da consulta prévia, deverá adotar-se o procedimento “de convite com publicação de anúncio” já frequente em numerosos Estados (“Request for Invitation”).

e que se descreve seguidamente:

- a) A entidade adjudicante deve especificar objetivamente as condições que devem ser satisfeitas pelos operadores económicos a fim de que possam ser convidados;
- b) A entidade adjudicante deve divulgar por plataforma eletrónica anúncio de intenção de iniciar o procedimento por convite incluindo as condições referidas anteriormente;

- c) Em prazo reduzido (por exemplo, 72 horas), os operadores económicos interessados em serem convidados podem enviar tal pretensão pela plataforma eletrónica e explicitar o preenchimento das condições estipuladas.
- d) A entidade adjudicante envia o convite pela plataforma aos operadores económicos que considere que satisfazem as condições estipuladas

Como nota positiva, note-se a proposta eliminação do Artigo 74º-6 que suscitava dúvidas de exequibilidade e de constitucionalidade.

Convém ainda observar que o projeto em análise propõe o Artigo 57º-6 o qual corresponde a tratar a falta de assinatura eletrónica qualificada como irregularidade não essencial que desprezita o princípio da confidencialidade essencial ao respeito pela concorrência. Assim, recomenda-se:

PROPOSTA Nº 6: Suprimir o Artigo 57º-6.

2.3 O Risco Nº 4: O Desrespeito pelo Princípio da Transparência

O Artigo nº 115º-2 b) do CCP foi redigido admitindo que em geral não haveria mais do que uma proposta ou, mesmo se tal acontecesse, o valor do contrato seria reduzido pelo que não seria necessário estabelecer o modelo de avaliação. Como é evidente, alargando-se agora de forma tão significativa o limite desse valor, grave seria continuara a dispensar o estabelecimento de tal modelo o que poria em causa o princípio da transparência

Consequentemente, recomenda-se a:

PROPOSTA Nº7: Exigir que seja estabelecido o modelo de avaliação das propostas em procedimentos de convite com valor acima do de ajuste direto alterando o Artigo nº 115º-2 b).

III - A PROPOSTA REVISÃO GLOBAL DO CCP

A proposta revisão global também contém riscos adicionais que importa acautelar:

1.O Risco Nº 5: Maior Incerteza na Avaliação das Propostas

O novo Artigo 139º-4 surpreende ao permitir o estabelecimento dos coeficientes de ponderação do modelo de avaliação de propostas por intervalos o que corresponde a um retrocesso de mais de 12 anos em relação aos mercados públicos nacionais e pode comprometer o respeito pelo princípio da transparência e o aumento da litigância contribuindo assim para o alongamento dos processos de formação dos contratos o que parece ser oposto ao pretendido.

Justifica-se assim:

PROPOSTA Nº8: Suprimir o Artigo 139º-4.

2.O Risco Nº6: O Desrespeito pelo Princípio do Mérito

O novo Artigo 70º-6, mesmo após 1ª errata, permite, em certas condições e em razão do interesse público, a adjudicação a proposta violadora do preço base desde que não o ultrapasse em mais de 20% e se for aquela que menos exceder o preço base. Ora esta disposição implica que, sempre que se adotar como critério de adjudicação o critério da proposta economicamente mais vantajosa incluindo não só o preço, mas também outros atributos, poderá vir a adjudicar-se a proposta que não fique, por razão do seu mérito, em primeiro lugar.

Acresce ainda que esta possibilidade exige que não tenha sido aceite nenhuma proposta respeitando o preço base pelo que também é evidente que constituirá incentivo a coligações entre concorrentes violadoras do princípio da concorrência. Eis porque se apresenta a

PROPOSTA Nº 9: Suprimir o Artigo 70º-6.

Por último observe-se que no Artigo 36º-4 propõe-se a manutenção da exigência de avaliação de custo-benefício para fundamentar a decisão de contratar relativamente a contratos de valor superior a certo limite, mas surpreendentemente, tal exigência deixa de existir se o contrato for cofinanciado por fundos comunitários. Ou seja, o grau de exigência em relação ao mérito do contrato é menor se houver o contributo comunitário pelo que se presume que as instâncias comunitárias não acolherão da melhor forma esta inovação que pode por em causa a exigência quanto ao mérito do contrato.

Consequentemente, recomenda-se:

PROPOSTA Nº10: Suprimir o Artigo 36º 4.

Luís Valadares Tavares

Professor Catedrático Emérito do IST e Presidente da Associação Portuguesa dos Mercados Públicos

APMEP, 26 de Setembro de 2020

NOTA 1: Este parecer foi elaborado pelo autor procurando integrar os contributos recebidos de sócios da APMEP e apresentados no debate realizado a 25 de Setembro 2020 devendo citarem-se, pela sua relevância, as intervenções dos Prof. Mário Aroso de Almeida e Prof. Miguel Assis Raimundo, Dr. Gonçalo Guerra Tavares, Dr. Marco Martins, Dr. Luís Verde de Sousa, Dr. David Coelho, Dr. Jorge Macara, Dr. Paulo Linhares e Eng. António Cabaço.

NOTA 2: Todos os estudos e artigos elaborados ou publicados pela APMEP são objeto de revisão independente de acordo com as normas internacionais da produção científica, não tendo este parecer sido exceção a essa regra.