VAMOS FALAR DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Sessão 1

Alteração ao Código dos Contratos Públicos - # 1

Vamos hoje, de forma muito breve, abordar as alterações ao Código dos Contratos Públicos operada pelo Decreto-Lei n.º 78/2022, de 07 de novembro.

Como sabemos, o Código dos Contratos Públicos é o diploma que regula a formação e a execução da maioria dos contratos celebrados pela Administração Pública, e quando falamos da Administração Pública, referimo-nos às entidades públicas enquadradas na Administração em sentido orgânico, bem como as entidades públicas ou privadas qualificadas como organismos de direito público, ou seja, também estamos a incluir a Administração Pública dita funcional.

O Código dos Contratos Públicos foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro e recentemente, por força do Decreto-Lei n.º 78/2022, de 07 de novembro, foi realizada a sua 12.ª alteração, a qual entrou em vigor em 02 de dezembro de 2022. É importante mencionar que as alterações introduzidas no Código só se aplicam aos procedimentos e aos contratos cujos procedimentos se iniciaram após o dia 01 dezembro de 2022, sabendo nós que o procedimento se inicia com a decisão de contratar praticada pelo órgão competente para tal, pois tal nos é dito pelo artigo 36.º nº 1 do Código dos Contratos Públicos.

Conforme se pode ler no preâmbulo deste novo diploma, esta alteração ao CCP teve três grandes desígnios, que passo a mencionar:

1. Alterar algumas normas existentes para as conformar plenamente com as diretivas europeias de contratação pública;
2. Clarificar e atualizar determinadas normas; e
3. Introduzir normas que se prendem com as garantias de dignidade no acesso ao trabalho.

Nesta sessão vamos abordar, apenas, o primeiro dos desígnios, ficando os outras duas para as sessões seguintes.

Assim, quanto ao primeiro ponto, isto é, relativamente à plena conformação com as diretivas europeias, é relevante destacar quatro tipos de alterações ao Código: A primeira diz respeito aos critérios materiais para escolha do procedimento de ajuste direto previstos no art.º 24.º n.º 1 alíneas a) e b). Como sabemos, os critérios materiais, na verdade, são situações taxativamente previstas nos artigos 24.º, 25.º, 26.º e 27.º, sendo que as que constam do artigo 24.º podem ser utilizadas para a adoção de um ajuste direto para empreitadas de obras públicas, para aquisição ou locação de bens móveis e para aquisição de serviços.

Ora, a alteração às alíneas a) e b) do n.º 1 do art.º 24.º, veio, sem margem para dúvidas, reduzir a possibilidade de se adotar um ajuste direto tendo como fundamento a exclusão de todas as propostas em procedimentos anteriores de concurso público e concurso limitado por prévia qualificação, relativamente aos procedimentos com valor superior aos limiares comunitários (limiares que constam nos nºs 2, 3 e 4 do artigo 474.º do CCP, cujos valores se encontram atualizados no portal BASE).

A pergunta a colocar é: Qual a grande alteração provocada pela nova redação destas alíneas do nº 1 do artigo 24.º?

Na redação anterior, era possível adotar um ajuste direto por critério material quando em anterior concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, todas as candidaturas ou propostas apresentadas tivessem sido excluídas, desde que o caderno de encargos não tivesse sido substancialmente alterado em relação ao daquele concurso. Hoje, com a alteração que estamos a falar, quando estivermos acima dos limiares comunitários, só se pode adotar o ajuste direto se a exclusão de todas as propostas em procedimento concursal anterior tiver como fundamento o disposto na primeira parte da alínea a) do nº 2 do artigo 70.º, ou seja, quando a proposta apresentada desrespeite manifestamente o objeto do contrato a celebrar. Ou seja, todos os motivos de exclusão de carácter formal ou substancial deixam de poder ser invocados, exceto, repito, se o objeto que se pretende adquirir for manifestamente desrespeitado pelo concorrente. Quanto à exclusão de todas as candidaturas em processos anteriores, só se pode adotar o ajuste direto acima dos limiares comunitários, se o fundamento da exclusão constar das alíneas c), j) ou l) do n.º 2 do artigo 184.º

Esta alteração resultou do facto das diretivas distinguirem três tipologias de qualificação para os vícios das propostas: as propostas irregulares, as

propostas inaceitáveis e as propostas inadequadas. Nos termos da alínea a) do nº 2 do artigo 32.º da Diretiva 2014/24/UE, só a exclusão de propostas inadequadas pode constituir fundamento para a adoção do procedimento de negociação sem publicação prévia de anúncio, procedimento que no nosso Código corresponde à consulta prévia e ao ajuste direto. Também nos termos deste preceito da diretiva europeia (e bem assim do artº 50.º alínea a), da Diretiva 2014/25/EU, e do artigo 26.º, n.º 6, da Diretiva 2014/23/EU) uma proposta inadequada é aquela que seja, e agora passo a ler "*irrelevante para o contrato, não permitindo manifestamente satisfazer, sem alterações substanciais, as necessidades e requisitos da entidade adjudicante conforme especificados nos documentos do concurso*". De acordo com os mesmos preceitos, uma candidatura deve ser considerada inadequada caso o candidato se encontre numa situação de impedimento, ou não preencha os requisitos mínimos de capacidade estabelecidos pela entidade adjudicante.

Assim, e em síntese, temos atualmente a seguinte situação: Independentemente do valor do contrato, se um procedimento de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação anterior tiver **ficado inicialmente deserto**, isto é, não terem sido apresentadas propostas ou candidaturas, pode-se sempre adotar um ajuste direto com esse fundamento.

Quando todas as candidaturas ou propostas **tiverem sido excluídas**, a possibilidade de adoção do ajuste direto tem contornos diferentes consoante o valor do contrato seja inferior ou igual ou superior aos limiares comunitários: se for inferior, o ajuste direto pode ser adotado independentemente do ou dos motivos invocados para a exclusão. Se o valor do contrato for igual ou superior aos limiares comunitários só pode ser utilizado o ajuste direto se o fundamento da exclusão tiver sido o facto de todas as propostas apresentadas desrespeitarem manifestamente o objeto do contrato a celebrar, ou todos os candidatos estiverem impedidos ou não preencham os requisitos mínimos de capacidade exigidos.

Mantém-se a necessidade de preenchimento de dois requisitos: O primeiro diz respeito ao facto de o convite de ajuste direto não poder alterar substancialmente o que se encontra expresso no programa do procedimento ou o caderno de encargos do concurso anterior. É considerado como uma alteração substancial quando o que foi alterado pudesse estar na base da não apresentação de candidaturas ou de propostas, ou na base da exclusão de todas elas. O segundo prende-se com a obrigatoriedade de a decisão da

adoção do ajuste direto ocorrer no prazo máximo de seis meses após o prazo limite de apresentação de candidaturas ou de propostas (no caso de deserção inicial), ou da data da decisão de revogação de contratar.
Decorrente desta alteração, surgiu uma outra relacionada com a possibilidade de se adotar um diálogo concorrencial ou um procedimento de negociação, podendo estes ser adotados nas situações em que em concurso público ou em concurso limitado anterior, todas as propostas tenham sido excluídas nas situações consideradas pelas diretivas europeias como propostas irregulares ou inaceitáveis. Daí a alteração introduzida ao artigo 29.º do CCP.
Um segundo tipo de alteração respeita ao facto de no caderno de encargos deixar de se poder fazer referências à valorização da economia local e regional, uma vez que a alínea e) do nº 6 do artigo 42º do CCP foi revogada. Na mesma senda, não pode constituir um fator ou um subfactor do critério de adjudicação a característica de os produtos terem uma determinada origem local ou regional, ou serem provenientes de detentores do Estatuto de Agricultura Familiar, pois a alteração à alínea d) do nº 2 do artigo 75º do CCP veio suprimir estas referências. Estas alterações visam ir ao encontro, sobretudo, da jurisprudência de Tribunal de Justiça da União Europeia que tem pugnado pela impossibilidade de normas legais que possam ser discriminatórias tendo em conta a origem dos operadores económicos ou dos produtos a adquirir.
No que respeita aos denominados contratos reservados previstos no artigo 54.º-A do Código dos Contratos Públicos, veio-se estabelecer que só nos setores tradicionais (ou seja, exclui-se da norma os setores especiais) é possível, até aos limiares comunitários, reservar os contratos a micro, pequenas ou médias empresas devidamente certificadas; por outro, estabelece-se que a reserva às entidades com sede e atividade efetiva no território da entidade intermunicipal em que se localize a entidade adjudicante, em procedimentos promovidos por entidades intermunicipais, associações de autarquias locais, autarquias locais ou empresas locais, não é possível de ser efetuada se o valor do contrato for igual ou superior a 215.000 €, ou, ainda que seja inferior a este montante, se porventura existir um interesse transfronteiriço certo, também aqui para ir ao encontro da jurisprudência comunitária.
Por fim, já na parte da execução contratual, quanto aos trabalhos complementares, veio-se acrescentar que os mesmos só são admissíveis

quando a sua realização se revele necessária para a execução da obra, acrescentando-se, igualmente, como possibilidade para a sua ordenação, para além do que já se encontrava previsto relativo à invocação por parte do contraente público de que a mudança do cocontratante provocaria um aumento considerável de custos para o dono da obra, a invocação de que a mudança do cocontratante seja altamente inconveniente. Na verdade, esta alteração veio transcrever o que se encontra previsto no artigo 72º da Diretiva 2014/24/EU.

Estas são as alterações ao Código dos Contratos Públicos decorrentes do Decreto-Lei n.º 78/2022, de 07 de novembro, com o objeto de conformar plenamente algumas normas com as diretivas europeias de contratação pública.

Na próxima sessão, iremos falar das alterações ao CCP introduzidas por este diploma legal com o objetivo de clarificar e atualizar determinadas normas.