



COMENTÁRIOS DA AEP SA

**ao anteprojeto de lei de 2016.08.01 referente à nona alteração do
Código de Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º
18/2008 de 29 de janeiro**

SETEMBRO DE 2016



COMENTÁRIOS DA AEPSPA – ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS PORTUGUESAS PARA O SECTOR DO AMBIENTE

ao anteprojeto de lei de 2016.08.01 referente à nona alteração do Código de Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008 de 29 de janeiro.

setembro 2016

- Preâmbulo

Os comentários apresentados de seguida dizem respeito às alterações propostas pelo anteprojeto de lei de 2016.08.01 referente à nona alteração do Código de Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008 de 29 de janeiro. Esta alteração visa a transposição para a legislação portuguesa das diretivas n.ºs 2014/23/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro, relativa à adjudicação de contratos de concessão, a Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva n.º 2004/18/CE e a Diretiva n.º 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, 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, a cuja transposição importa proceder.

Algumas alterações propostas neste anteprojeto de lei, não foram analisadas neste texto de uma forma aprofundada, uma vez que os conceitos propostos carecem de melhor detalhe, definição, rigor e caracterização, o que claramente não foi uma preocupação tida em conta na elaboração deste anteprojeto de lei, a saber:

- Não são novamente apresentadas justificações para as alterações de alguns princípios e processos das fases pré-contratuais e de execução do contrato. Na transposição da Diretiva 2004/18/CE já tinham sido anteriormente modificados alguns processos, sendo que nesta versão são apresentadas novas designações para conceitos existentes, que tiveram e continuam a ter um impacto muito negativo nas prestações de serviços de engenharia. Não é perceptível, por exemplo, a manutenção do conceito de “preço anormalmente baixo” como definido neste Anteprojeto ou mesmo a manutenção do processo de identificação de trabalhos de erros e omissões, que se considera exageradamente desequilibrado.
- Os modelos de avaliação de propostas que têm sido aplicados pelas Entidades Adjudicantes não seguem padrões de referência internacional, como sejam a série de normas ISO 10.845,

Endereço Postal e Sede Social: Av. do Brasil, Nº 101 – 1700-066 LISBOA – Telef: 218 443 050 – E-mail: aepsa@aepsa.pt

Site: www.aepsa.pt – NPC 503 304 891



referente a “Construction procurement”. Neste sentido, mais uma vez, perde-se a oportunidade de caracterizar e auxiliar as Entidades Contratantes neste processo que tem gerado muitas dúvidas e erros de aplicação e que o próprio Tribunal de Contas tem feito inúmeras referências à má prática.

Contrariamente ao que poderia ser feito, manteve-se o processo em aberto, permitindo a continuação de modelos de avaliação “Ah-Doc” em que o fator preço é decisor, praticamente independentemente do critério “Qualidade”. Estes modelos têm destruído o setor da engenharia, construção e serviços, prevendo-se, como consequência a longo prazo, o esvaziar da qualificação técnica e degradação acentuada do tecido empresarial Português.

- As competências, funções e qualificações mínimas do “Gestor do Projeto”, não estão definidas. No entanto, as mesmas são exigidas ao Coordenador de Projeto, ao Diretor da Fiscalização e ao Diretor de Obra, quer no CCP quer pela Lei 40/2015, de 1 de junho. Este interveniente, de extrema importância, acaba assim por ser secundarizado face aos seus interlocutores, quando deveriam ser exigidas competências técnicas e qualificações semelhantes aos dos restantes representantes.
- Deveria igualmente ser materializado um modelo de avaliação do custo do ciclo de vida do projeto tendo como referencial a série de normas ISO 15.686, referente “Buildings and constructed assets - Service life planning”. A simples referência ao custo do ciclo de vida, sem a sua caracterização prática levará à utilização de modelos desadequados ou simplesmente à não aplicação deste tipo de avaliação por inaptidão da Entidade Adjudicante.

Estas são questões fundamentais para a aplicação prática da Diretiva 2014/24/CE, que não se vêm materializadas ou consideradas no anteprojeto de lei agora apresentado. No entanto, como se referiu anteriormente, as questões acima não foram alvo de comentários específicos, uma vez que as restantes propostas de alteração têm impactos muito mais gravosos para a engenharia portuguesa. Nesse sentido, optou-se por fazer uma seleção cuidada dos assuntos que merecem maior destaque. As propostas de alteração do anteprojeto, agora foco de comentários, serão devastadoras para os consultores de engenharia, deteriorando ainda mais a atual situação já de si extremamente crítica que o setor atravessa.

No que diz respeito às alterações propostas pelo anteprojeto de lei, estas continuam a ir ao encontro dos princípios estabelecidos pelo Código dos Contratos Públicos, com um impacto significativo na fase de execução do contrato de empreitadas de obras públicas. Neste contexto foram analisadas as consequências que estas alterações irão trazer à gestão contratual dos restantes intervenientes, muito especialmente aos consultores de engenharia como primeiros interessados e que estão na linha da frente da aplicação do Código dos Contratos Públicos (CCP).

Assim, cumpre-nos primeiramente lembrar que a legislação anterior à publicação do Decreto-Lei 18/2008 de 29 de janeiro, nomeadamente o Regime Jurídico de Empreitadas de Obras Públicas, publicado pelo Decreto-Lei 59/99 de 2 de março, constituía as boas práticas de controlo e gestão contratual em empreitadas de obras públicas.



Apresentava também conceitos, princípios e metodologias que estavam corretamente fundamentados, com base na experiência de quase 40 anos de aplicação, cuja manutenção no CCP poderia ter ocorrido sem que tal conflituasse com as disposições de contratação pública emanadas das Diretivas Comunitárias.

Relembra-se que o regime que estabeleceu a disciplina jurídica das empreitadas de obras públicas foi o Decreto-Lei n.º 48 871, de 19 de fevereiro de 1969. Este mesmo decreto-lei, tratou da compilação e atualização de práticas jurídicas e de gestão contratual de empreitadas de obras públicas, que tiveram início com a publicação com o Decreto de 9 de maio de 1906. Conclui-se assim, que a transposição das diretivas europeias relativas a esta matéria desde 2008, ignoram mais de 110 anos de existência de conhecimento adquirido.

É importante referir que o atual regime e o anteprojeto de alterações agora comentado padecem dos mesmos defeitos, considerando-se muito confusos e de difícil aplicação pelas Entidade Públicas Contratantes e pelos Operadores Económicos da indústria da construção. Considera-se, por isso, que qualquer alteração deveria ter sido norteadada pela experiência de gestão contratual de empreitadas de obras públicas acumulada ao longo dos anos em Portugal. Esta situação, mais uma vez, não ocorreu.

É ainda de ressaltar, que os concursos não deveriam indicar o preço anormalmente baixo porque afinal esse é que se torna no preço base. Sem a indicação desse valor, o preço base seria a referência pelo menos nesta fase do mercado tão desvirtuado.

É preferível, ter textos mais simples que extensos e complicados que somente dão origem a litigância e desconforto entre os concorrentes (nos trabalhos a mais, etc então é evidente).

Outra medida salutar seria reintroduzir a possibilidade, como já foi em tempo, de que, quando um subempreiteiro não é pago pelo empreiteiro geral, este pode reclamar junto do dono de obra. Esta questão evitou, na altura, muitas dificuldades a pequenas empresas

Deveriam ser sempre previamente conhecidos os critérios e subcritérios de avaliação com a respetiva ponderação

É ainda de realçar o acórdão sobre a concorrência nomeadamente: art. 5.º do Decreto-Lei 166/2013 e à questão do acórdão do STA de 28/01/2016.

O Decreto-Lei aprova o regime aplicável às práticas individuais restritivas do comércio e no art. 5.º proíbe o comumente denominado dumping, venda com prejuízo. Apesar desta previsão legal, a jurisprudência dos tribunais administrativos tem considerado que os júris do concurso apenas têm liberdade para considerar que um preço não é admitido quando é anormalmente baixo.



A jurisprudência, incluindo o referido acórdão (embora seja essencialmente sobre questões de custos com trabalhadores) defendem que as empresas podem ter prejuízos nas propostas que apresentam por uma questão de estratégia empresarial, defendendo este entendimento com o princípio da autonomia da estratégia empresarial (previsto na Constituição). Ora, esta questão pode ser muito prejudicial à concorrência das empresas, nomeadamente à posição das PMEs face às grandes empresas do setor.

- **Comentários às propostas de alteração ao CCP**

Para melhor entendimento dos comentários este documento foi organizado apresentando o texto legislativo em vigor, seguida da proposta de alteração e por fim os comentários e sugestões que se julgam pertinentes.

- **Artigo n.º 3 – Alteração ao Código dos Contratos Públicos**

Indica os 152 artigos que passam a ter a sua redação alterada.

PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO AO CCP

- **Artigo n.º 1 – Âmbito**

Texto em vigor – número 4

4 – À contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência.

Texto proposto

4 – [Revogado]

Comentários

Considera-se que este número não deve ser revogado, apesar do referido no número 1 do Artigo 1.º-A, que lhe é complementar.

O princípio das diretivas europeias de contratação pública é o expresso neste número 4 do artigo 1º. Veja-se o texto do ponto (1) dos considerandos da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Fevereiro, “(1) A adjudicação de contratos públicos pelas administrações dos Estados-Membros ou por conta destas deve respeitar os princípios do Tratado sobre o



Funcionamento da União Europeia (TFUE), designadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como os princípios deles decorrentes, como **os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência**. Contudo, no que se refere aos contratos públicos que ultrapassem um determinado valor, deverão ser estabelecidas disposições que coordenem os procedimentos nacionais de contratação pública, a fim de garantir que esses princípios produzam efeitos práticos **e os contratos públicos sejam abertos à concorrência.**”

- Artigo 43º - Elementos da solução da obra

Texto em vigor – número 2

2 — Quando a obra seja classificada, nos termos do n.º 7, na categoria III ou superior, bem como naqueles casos em que o preço base, fixado no caderno de encargos, seja enquadrável na classe 3 de alvará ou em classe superior, o projeto de execução referido no número anterior deve ser objeto de prévia revisão por entidade devidamente qualificada para a sua elaboração, distinta do autor do mesmo.

Texto proposto – número 2

*2 -Quando a obra seja classificada, nos termos da portaria prevista no n.º 7, na categoria III ou superior, bem como naqueles casos em que o **valor do contrato**, fixado no caderno de encargos, seja enquadrável na classe 3 de alvará ou em classe superior, o projeto de execução referido no número anterior deve ser objeto de prévia revisão por entidade devidamente qualificada para a sua elaboração, distinta do autor do mesmo. (sublinhado nosso).*

Comentários

O texto proposto altera a redação anterior retirando a expressão “Preço Base” e incluindo o texto “Valor do contrato”. Nesta fase do processo a Entidade Contratante não tem definido o Valor do Contrato, pelo que a redação anterior é mais apropriada e menos confusa relativamente aos conceitos de valor previstos no CCP, propondo-se assim que o texto deste número 2 do artigo 43º seja mantido inalterado.

- Artigo 47º - Preço Base

Texto em vigor

1 — Quando o contrato a celebrar implique o pagamento de um preço, o preço base é o preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o seu objecto, correspondendo ao mais baixo dos seguintes valores:



- a) O valor fixado no caderno de encargos como parâmetro base do preço contratual;
- b) O valor máximo do contrato a celebrar permitido pela escolha do procedimento, quando este for adoptado nos termos do disposto nos artigos 19.º, 20.º ou 21.º;
- c) O valor máximo até ao qual o órgão competente, por lei ou por delegação, pode autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar.

2 — Quando não sejam aplicáveis as alíneas a) e b) do número anterior, não existe preço base sempre que:

- a) O órgão que tenha autorizado a despesa inerente ao contrato a celebrar tenha competência para autorizar despesa sem limite de valor; ou
- b) A entidade adjudicante não esteja abrangida pelo regime da autorização das despesas.

3 — Nas situações previstas no número anterior, quando o procedimento adoptado seja o ajuste directo ao abrigo do disposto nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 25.º e na alínea a) do n.º 1 do artigo 27.º, considera -se que existe preço base, o qual é igual aos valores referidos, consoante o caso, na alínea b) do artigo 19.º, na alínea b) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 20.º

4 — O disposto no número anterior é igualmente aplicável quando o ajuste directo seja adoptado ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º e na alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º e se verifiquem as situações previstas, respectivamente, nos n.os 2 e 3 dos mesmos artigos.

5 — Quando o caderno de encargos fixar apenas preços base unitários, considera -se que o valor referido na alínea a) do n.º 1 corresponde à multiplicação daqueles pelas respectivas quantidades previstas no caderno de encargos.

6 — No caso de agrupamentos de entidades adjudicantes, o valor máximo referido na alínea c) do n.º 1 corresponde à soma dos valores máximos até aos quais os órgãos competentes de cada uma daquelas entidades, por lei ou por delegação, podem autorizar a respectiva fracção da despesa inerente ao contrato a celebrar.

Texto proposto

1 - O preço base do contrato, que deve ser definido pela entidade adjudicante, é o montante máximo que esta entidade se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato, incluindo eventuais renovações do contrato.

2 - Quando o contrato a celebrar não implique o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, o preço base do contrato corresponde ao montante previsível a receber pelas prestações que constituem o objeto do contrato.



3 - A fixação do preço base do contrato deve ser fundamentada com base em critérios objetivos, utilizando, como referência preferencial, os custos médios unitários de prestações do mesmo tipo adjudicadas em anteriores procedimentos.

4 - O preço base deve respeitar os limites de valor até aos quais pode ser utilizado o tipo de procedimento em causa e os limites máximos de autorização de despesa do órgão competente para a decisão de contratar, se aplicáveis.

5 - Em casos excecionais, devidamente fundamentados, a entidade adjudicante pode não fixar preço base, desde que o procedimento permita a celebração de contratos de qualquer valor e o órgão competente para a decisão de contratar não esteja sujeito a limites máximos de autorização de despesa ou ao regime de autorização de despesas.

Comentários

Os conceitos de “preço base” e “preço base do contrato” na diretiva 2014/24/EU são referidas como “valor estimado do contrato”, propõe-se que o termo “Preço Base” seja único e uniformizado no texto do Código dos Contratos Públicos, sendo substituída as expressões “Preço Base do Contrato”, mantendo-se os conceitos atualmente em vigor (“Preço Base” para a fase de procedimento e “Preço Contratual” como referência para a fase de execução do contrato).

Número 1

A definição de preço base do contrato determina que a Entidade Adjudicante não poderá, em circunstância alguma ultrapassar o valor por ela estabelecido nesta fase, sendo que todos os eventuais trabalhos a mais e erros e omissões ou mesmo os montantes para a reposição do equilíbrio financeiro do contrato deverão estar incluídos no preço base do contrato.

A definição anterior para preço base deixa então de ter enquadramento, uma vez que era a referência de valor antes da assinatura do contrato.

Considera-se que a definição do valor disponível que a Entidade Contratante se dispõe a pagar pelas prestações do contrato e que serve de base ao estabelecimento do preço de referência para a contratação está melhor definida no texto atualmente em vigor, através do número 1 do atual artigo 47º.

Propõe-se assim, que a proposta de alteração não seja considerada ou no limite revista para aproximar-se do conceito atual, que já se encontra devidamente sedimentado no mercado de contratação pública Português.

Número 2

Sem comentários à proposta de alteração.



Número 3

A redação proposta é totalmente desajustada e perniciosa, uma vez que conduzirá a uma degradação do tecido empresarial, a deslealdade concorrencial e à destruição de uma economia, que se quer regulada.

Uma das grandes dificuldades das Entidades Contratantes tem sido o estabelecimento do preço base, sendo que os Concursos Públicos onde a técnica referida nesta proposta tem sido utilizada, tem conduzido à destruição de valor. Veja-se o caso da prestação de serviços de engenharia e de obras públicas, onde os preços base propostos em fase de concurso têm-se degradado de forma exponencial, uma vez que são usuais preços de propostas no limiar do atual conceito do “Preço Anormalmente Baixo”.

No caso na prestação de serviços de engenharia, os preços dos contratos têm sido no limite do Preço Anormalmente Baixo.

Assim, se se preços praticados anteriormente vierem a servir de referência à contratação de serviços semelhantes em futuros concursos (como pretende instituir o texto proposto), os preços bases dos concursos seguintes convergirão inevitavelmente para valores sucessivamente mais reduzidos.

É precisamente este processo que tem causado, desde 2008, a destruição do mercado da engenharia Portuguesa, onde são praticados valores de honorários, que vão muitas vezes abaixo do preço que custam os respetivos ordenados, gerando despedimentos, cortes de salários, e perda de quadros, entre outras situações, até à situação atual que se traduz pela degradação do mercado e do conhecimento que era detido pelas empresas nacionais.

Como exemplos da atual situação que se vive no mercado da engenharia e construção vejam-se as peças jornalísticas, uma publicada pelo Diário de Notícias de 25 de Julho de 2016 (<http://www.dn.pt/portugal/interior/ofertas-de-emprego-para-diretores-e-engenheiros-com-salarios-de-500-euros-5304712.html>) e outra emitida no mesmo dia pela SIC Notícias (<http://sicnoticias.sapo.pt/economia/2016-07-25-CGTP-denuncia-proposta-do-IEFP-para-engenheiros-com-salarios-a-rondar-os-530>).

Propõe-se assim que seja eliminada da redação a seguinte parte: “(...) utilizando, como referência preferencial, os custos médios unitários de prestações do mesmo tipo adjudicadas em anteriores procedimentos.”

Número 4

A referência feita neste número é ao “preço base”, não estando definido o seu significado, uma vez que o que está descrito no número 1 refere-se ao “preço base do contrato”. Sugere-se que os conceitos e definições sejam uniformizados.



Número 5

A exceção proposta na alínea a) por esta alteração é muito menos restritiva que a atualmente em vigor, estabelecida pelo número 2 do artigo 47º.

No caso das Empreitadas de Obras Públicas, esta alteração permitirá que as Entidades Contratantes possam lançar procedimentos de valores mais elevados sem definirem preço base, contrariando inclusivamente as alterações propostas aos números 3 do artigo 36º, 4 do artigo 42º e 2 do artigo 43º.

Esta proposta permite ainda que os contratos que envolvam maiores despesas, e conseqüentemente maiores riscos, venham a ser aqueles que são menos estudados e preparados pelas Entidades Adjudicantes, contrariando a definição proposta de alteração ao número 3 do artigo 36º, em que o custo do contrato deverá ter uma fundamentação baseada na avaliação custo/benefício definido pela Entidade Adjudicante.

A redação em vigor é melhor em todos os aspetos à proposta de alteração, sendo clara na identificação das exceções aos procedimentos sem preço base definido e permitindo um maior controlo da despesa pública.

Esta alínea a) do número 5 do artigo 47º contraria o conceito previsto no número 4 do artigo 5º da Diretiva 2014/24/EU (“*Métodos de cálculo do valor estimado do contrato*”) onde vem referido que:

“4. That estimated value shall be valid at the moment at which the call for competition is sent, or, in cases where a call for competition is not foreseen, at the moment at which the contracting authority commences the procurement procedure, for instance, where appropriate, by contacting economic operators in relation to the procurement.” Por questões de correta tradução do sentido deste número 4 optou-se pela versão inglesa deste texto.

Numero 6 – Proposta de um número NOVO

Propõe-se que seja introduzido um número adicional que reflita que, no caso de empreitadas de obras públicas e prestação de serviços de engenharia, a Entidade Adjudicante deva, obrigatoriamente, apresentar a base de custos pela qual determinou o Preço Base, sendo que esta base de cálculo, deverá igualmente ser utilizada para justificar o seu cálculo do “Preço ou Custo Anormalmente Baixo” definido no Artigo 71º.



- Artigo 50º - Esclarecimentos, retificação e alteração das peças do procedimento

Texto em vigor

1 — *Os esclarecimentos necessários à boa compreensão e interpretação das peças do procedimento devem ser solicitados pelos interessados, por escrito, no primeiro terço do prazo fixado para a apresentação das propostas.*

2 — *Os esclarecimentos a que se refere o número anterior são prestados por escrito, pelo órgão para o efeito indicado no programa do procedimento ou no convite, até ao termo do segundo terço do prazo fixado para a apresentação das propostas.*

3 — *O órgão competente para a decisão de contratar pode proceder à rectificação de erros ou omissões das peças do procedimento nos termos e no prazo previstos no número anterior.*

4 — *Os esclarecimentos e as rectificações referidos nos números anteriores devem ser disponibilizados na plataforma electrónica utilizada pela entidade adjudicante e juntos às peças do procedimento que se encontrem patentes para consulta, devendo todos os interessados que as tenham adquirido ser imediatamente notificados desse facto.*

5 — *Os esclarecimentos e as rectificações referidos nos os 1 a 3 fazem parte integrante das peças do procedimento a que dizem respeito e prevalecem sobre estas em caso de divergência.*

Texto proposto

1 - *No primeiro terço do prazo fixado para a apresentação das propostas os interessados podem solicitar os esclarecimentos necessários à boa compreensão e interpretação das peças do procedimento e, no mesmo prazo, devem apresentar uma lista na qual identifiquem, expressa e inequivocamente, os erros e as omissões das peças do procedimento detetados.*

2 - *Para efeitos do presente Código consideram-se erros e omissões das peças do procedimento os que digam respeito a:*

a) Aspectos ou dados que se revelem desconformes com a realidade;

b) Espécie ou quantidade de prestações estritamente necessárias à integral execução do objeto do contrato a celebrar;

c) Condições técnicas de execução do objeto do contrato a celebrar que o interessado não considere exequíveis;

d) Erros e omissões do projeto de execução que não se incluam nas alíneas anteriores.



3 - A lista, a apresentar ao órgão competente para a decisão de contratar, deve identificar, expressa e inequivocamente, os erros e as omissões do caderno de encargos detetados, com exceção dos referidos na alínea d) do número anterior e daqueles que por eles apenas pudessem ser detetados na fase de execução do contrato, atuando com a diligência objetivamente exigível em face das circunstâncias concretas.

4 - O incumprimento do dever a que se referem os números anteriores tem as consequências previstas nos n.ºs 3 e 4 do artigo 378.º.

5 - Até ao termo do segundo terço do prazo fixado para a apresentação das propostas, ou até ao prazo fixado no convite ou no programa de concurso:

a) O órgão competente para a decisão de contratar, ou o órgão para o efeito indicado nas peças do procedimento, deve prestar os esclarecimentos solicitados;

b) O órgão competente para a decisão de contratar pronuncia-se sobre os erros e as omissões identificados pelos interessados, considerando-se rejeitados todos os que, até ao final daquele prazo, não sejam por ele expressamente aceites.

6 - O órgão competente para a decisão de contratar deve identificar os termos do suprimento de cada um dos erros ou das omissões aceites nos termos do disposto na alínea b) do número anterior.

7 - Independentemente do disposto nos números anteriores, o órgão competente para a decisão de contratar pode, oficiosamente, proceder à retificação de erros ou omissões das peças do procedimento, bem como prestar esclarecimentos, no mesmo prazo referido no n.º 5.

8 - Os esclarecimentos, as retificações e as listas com a identificação dos erros e omissões detetados pelos interessados devem ser disponibilizados na plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante e juntos às peças do procedimento que se encontrem patentes para consulta, devendo todos os interessados que as tenham obtido ser imediatamente notificados desse facto.

9 - Os esclarecimentos e as retificações fazem parte integrante das peças do procedimento a que dizem respeito e prevalecem sobre estas em caso de divergência.

Comentários

Considera-se que o texto proposto confuso e contraditório com o artigo 61º, uma vez que passa a haver dois períodos para reclamação sobre Erros e Omissões do Caderno de Encargos referentes às alíneas a), b) e c) do número 2 do artigo 50º. O primeiro período é referente aos “Erros e Omissões das Peças do Procedimento” previstos na proposta de alteração ao artigo 50º e o outro referente aos “Erros e Omissões do Caderno de Encargos” previsto no Artigo 61º.



As peças do procedimento são o convite ou programa de procedimento e o caderno de encargos (Artigo 40.º), sendo que os dois primeiros regem as condições para a fase de contratação e o caderno de encargos os elementos a incluir no contrato (Artigo 42.º) e portanto, rege a fase de execução do contrato. Assim, os designados “Erros e Omissões das Peças do Procedimento” passarão a ser os “Erros e Omissões do Caderno de Encargos” na fase de execução do contrato.

Os pedidos de esclarecimentos sobre a totalidade das Peças do Procedimento mantem-se como previsto no artigo 50º em vigor.

Refira-se que a apresentação de Erros e Omissões do Caderno de Encargos pode ser feito, de acordo com o Artigo 61º, até cinco sextos do prazo de apresentação de propostas, como tal o prazo proposto de um terço é inferior daquele, o que faz com que, a proposta de alteração deste artigo 50º, seja uma duplicação no que diz respeito à deteção e apresentação de Erros e Omissões do Caderno de Encargos pelos interessados.

Mais uma vez, considera-se que a uniformidade de termos deverá ser constante em todo o documento, não sendo aconselhável ter designações distintas para conceitos iguais, como sejam os “Erros e Omissões das Peças de Procedimento” e os “Erros e Omissões do Caderno de Encargos”. Deste modo, sugere-se que seja aplicada a designação corrente atualmente em vigor.

Considera-se que todo o texto proposto deverá ser rejeitado, mantendo-se o texto do artigo 50º atualmente em vigor.

Com a eventual rejeição desta proposta de alteração, deverão ser revistas ou rejeitadas as as propostas de alteração das alíneas t) do número 1 do artigo 164º e alínea l) do número 2 do artigo 189º.

- Artigo 71º - Preço ou custo anormalmente baixo

Texto em vigor

Artigo 71.º

Preço anormalmente baixo

1 — Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 115.º, no n.º 2 do artigo 132.º e no n.º 3 do artigo 189.º, quando o preço base for fixado no caderno de encargos, considera -se que o preço total resultante de uma proposta é anormalmente baixo quando seja:

a) 40 % ou mais inferior àquele, no caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada de obras públicas;



b) 50 % ou mais inferior àquele, no caso de se tratar de um procedimento de formação de qualquer dos restantes contratos.

2 — Quando o caderno de encargos não fixar o preço base, bem como quando não se verificar qualquer das situações previstas no n.º 3 do artigo 115.º, no n.º 2 do artigo 132.º e no n.º 3 do artigo 189.º, o órgão competente para a decisão de contratar deve fundamentar, para os efeitos do disposto no número seguinte, a decisão de considerar que o preço total resultante de uma proposta é anormalmente baixo.

3 — Nenhuma proposta pode ser excluída com fundamento no facto de dela constar um preço total anormalmente baixo sem antes ter sido solicitado ao respectivo concorrente, por escrito, que, em prazo adequado, preste esclarecimentos justificativos relativos aos elementos constitutivos da proposta que considere relevantes para esse efeito.

4 — Na análise dos esclarecimentos prestados pelo concorrente nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 57.º ou do número anterior, pode tomar -se em consideração justificações inerentes, designadamente:

a) À economia do processo de construção, de fabrico ou de prestação do serviço;

b) Às soluções técnicas adoptadas ou às condições excepcionalmente favoráveis de que o concorrente comprovadamente disponha para a execução da prestação objecto do contrato a celebrar;

c) À originalidade da obra, dos bens ou dos serviços propostos;

d) Às específicas condições de trabalho de que beneficia o concorrente;

e) À possibilidade de obtenção de um auxílio de Estado pelo concorrente, desde que legalmente concedido.

Texto Proposto

Artigo 71.º

Preço ou custo anormalmente baixo

1 -As entidades adjudicantes podem definir, no programa de concurso ou no convite, as situações em que o preço ou o custo de uma proposta é considerado anormalmente baixo.

2 -A entidade adjudicante deve fundamentar a necessidade de fixação do preço ou do custo anormalmente baixo, bem como os critérios que presidiram a essa fixação.

3 -Quando o preço ou o custo anormalmente baixo não tenha sido definido nos termos dos números anteriores, o órgão competente para a decisão de contratar deve fundamentar a decisão de exclusão



de uma proposta com essa justificação, solicitando previamente ao respetivo concorrente que preste esclarecimentos, por escrito e em prazo adequado, relativos aos elementos constitutivos relevantes da proposta.

4 - [...].

Comentários

A redação proposta não transpõe algumas imposições do artigo 69º da Diretiva 2014/24/EU que auxiliam o processo de avaliação e discriminação de um preço ou custo anormalmente baixo. Assim, deveria ser transposto o seguinte texto da Diretiva 2014/24/EU:

“1. As autoridades adjudicantes exigem que os operadores económicos expliquem os preços ou custos indicados na proposta, sempre que estes se revelem anormalmente baixos para as obras, fornecimentos ou serviços a prestar.

2. As explicações mencionadas no n.º 1 referem-se, designadamente:

a) Aos dados económicos do processo de fabrico, dos serviços prestados ou do método de construção;

b) Às soluções técnicas escolhidas ou a quaisquer condições excecionalmente favoráveis de que o proponente disponha para o fornecimento dos produtos ou para a prestação dos serviços ou para a execução das obras;

c) À originalidade das obras, fornecimentos ou serviços propostos pelo proponente;

d) Ao cumprimento das obrigações a que se refere o artigo 18.º, n.º 2;

e) Ao cumprimento das obrigações a que se refere o artigo 71.º;

f) À possibilidade de obtenção de um auxílio estatal pelo proponente.

3. A autoridade adjudicante avalia as informações prestadas consultando o proponente. Só pode excluir a proposta no caso de os meios de prova fornecidos não permitirem explicar satisfatoriamente os baixos preços ou custos propostos, tendo em conta os elementos a que se refere o n.º 2.

As autoridades adjudicantes excluem a proposta caso determinem que esta é anormalmente baixa por não cumprir as obrigações aplicáveis a que se refere o artigo 18.º, n.º 2.

4. Caso a autoridade adjudicante verifique que uma proposta é anormalmente baixa por o proponente ter obtido um auxílio estatal, a proposta só pode ser excluída unicamente com esse fundamento se, uma vez consultado, o proponente não puder provar, num prazo suficiente fixado pela autoridade adjudicante, que o auxílio em questão foi compatível com o mercado interno na



aceção do artigo 107.º do TFUE. Se a autoridade adjudicante excluir uma proposta nestas circunstâncias, deve informar do facto a Comissão.”

A transposição dos números de 1 a 4 do artigo 69º da Diretiva 2014/24/EU permitirá auxiliar as Entidades Contratantes e os Operadores Económicos na justificação e estruturação das suas propostas favorecendo a concorrência e a transparência do procedimento de contratação, que são a base da contratação pública, tal como estabelecido no número 4 do artigo 1º da atual legislação e dos números 1 e 2 do artigo 1º-A proposto.

Como sugestão deve considerar-se a revisão integral desta proposta de alteração, uma vez que:

1. Não reflete a obrigação do operador económico justificar um preço ou custo anormalmente baixo, sendo esta uma prerrogativa da Entidade Contratante, o que é contrário ao proposto pela Diretiva 2014/24/EU;
2. Deveriam ser, em primeira análise, ser os Operadores Económicos a fundamentar o seu preço, justificando-o tendo por referência as alíneas de a) a f) do número 2 do artigo 69.º da Diretiva 2014/24/EU;
3. A manter-se a proposta de alteração não irá haver grande alteração à atual incapacidade das Entidades Adjudicantes excluírem propostas que ferem a concorrência e o normal funcionamento dos mercados.

- Artigo 313º - Limites

Texto em vigor

1 — A modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato.

2 — Para efeitos do disposto no número anterior, salvo quando a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo o justifiquem, a modificação só é permitida quando seja objectivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação.

3 — Nos contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, o fundamento previsto na alínea a) do artigo anterior não pode conduzir à modificação do contrato por decisão judicial ou arbitral, quando esta interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa subjacente ao mesmo ou implique a formulação de avaliações próprias do exercício da função administrativa.



Texto proposto

1 A modificação de qualquer contrato público, com os fundamentos previstos no artigo anterior, encontra-se sujeita aos seguintes limites:

- a) Não pode conduzir à alteração substancial do objeto do contrato;*
- b) Não pode configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência;*
- c) Não é permitida quando sejam introduzidas alterações que, se fizessem parte do caderno de encargos e desde que objetivamente demonstrável, teriam ocasionado a alteração da ordenação das propostas avaliadas ou a admissão de outras propostas;*
- d) O aumento total de preço originado pelas eventuais modificações não pode ultrapassar 25% do preço contratual inicial, no caso da alínea a) do artigo anterior, e 10% do preço contratual inicial, no caso da alínea b) do artigo anterior;*
- e) Não pode alterar o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante em termos de este ser colocado em situação mais favorável do que a resultante do equilíbrio inicialmente estabelecido.*

Comentários

Relativamente à proposta para a alínea d) deste artigo 313º é importante referir que a limitação proposta poderá não ser compatível com a necessidade real do equilíbrio financeiro do contrato, uma vez que que limita o valor das modificações a percentagens do valor do contrato, não permitindo que outros valores possam vir a ser necessários para o equilíbrio do contrato, em prejuízo do Cocontratante.

A alínea d) deste artigo, também limita as situações de trabalhos imprevistos a 10% do valor do contrato, desde que enquadrados na alínea b) do artigo 312º “b) *Por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes*”, o que também poderá ser incompatível com a real necessidade para atingir-se a equidade no contrato.

A alínea e) deste artigo deverá referir-se às partes e não ao “cocontratante”, uma vez que se trata de uma questão de equidade contratual.

Sugere-se por isso, que seja retirada a proposta de alteração da alínea d), bem como a proposta de redação da alínea e) do artigo 313º seja revista no sentido de prever o equilíbrio contratual para ambas as partes.



- Artigo 370º - Trabalhos a mais

Texto em vigor

Artigo 370.º

Trabalhos a mais

1 — São trabalhos a mais aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato e que:

a) Se tenham tornado necessários à execução da mesma obra na sequência de uma circunstância imprevista; e

b) Não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objecto do contrato sem inconvenientes graves para o dono da obra ou, embora separáveis, sejam estritamente necessários à conclusão da obra.

2 — Não pode ser ordenada a execução de trabalhos a mais quando:

a) Tendo o contrato sido celebrado na sequência de procedimento de ajuste direto ao abrigo do disposto na alínea a) do artigo 19.º, o somatório do preço contratual com o preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, seja igual ou superior ao valor referido naquela alínea;

b) Tendo o contrato sido celebrado na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação e o somatório do preço contratual com o preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, seja igual ou superior ao valor referido na alínea b) do artigo 19.º, o anúncio do concurso não tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia;

c) O preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, ultrapasse 40 % do preço contratual.

d) (Revogada.)

3 — (Revogado.)

3 — (Revogado)

4 — Não são considerados trabalhos a mais aqueles que sejam necessários ao suprimento de erros ou omissões, independentemente da parte responsável pelos mesmos.

5 — Caso não se verifique alguma das condições previstas no n.º 2, os trabalhos a mais devem ser objecto de contrato celebrado na sequência de procedimento adoptado nos termos do disposto no título I da parte II.



Texto proposto

Artigo 370.º

Trabalhos complementares

1 - São trabalhos complementares aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato.

2 - Quando os trabalhos complementares fiquem a dever-se a circunstâncias não previstas, pode o dono da obra ordenar a sua execução ao empreiteiro desde que, de forma cumulativa:

a) Não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves e impliquem um aumento considerável de custos para o dono da obra;

b) O preço desses trabalhos, incluindo o de anteriores trabalhos complementares igualmente decorrentes de circunstâncias imprevistas, não exceda 10% do preço contratual; e

c) O somatório do preço contratual com o preço atribuído aos trabalhos complementares não exceda os limites previstos na alínea d) do artigo 19.º, quando o procedimento adotado tenha sido o ajuste direto, na alínea c) do mesmo artigo quando o procedimento tenha sido o da consulta prévia ou na alínea b) do artigo 19.º quando o procedimento adotado tenha sido o concurso público ou o concurso limitado sem publicação do respetivo anúncio no Jornal Oficial da União Europeia;

d) [...].

3 - [...].

4 - Quando os trabalhos complementares fiquem a dever-se a circunstâncias imprevisíveis ou que uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto, pode o dono da obra ordenar a sua execução desde que, de forma cumulativa:

a) Não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves e impliquem um aumento considerável de custos para o dono da obra; e

b) O preço desses trabalhos, incluindo o de anteriores trabalhos complementares igualmente decorrentes de circunstâncias imprevisíveis, não exceda 40% do preço contratual.

5 - Os trabalhos complementares que excedam os limites previstos no presente artigo e no artigo 313.º devem ser adjudicados na sequência de novo procedimento.



Comentários

A proposta de redação para o artigo 370º altera a forma como devem ser designados os “Trabalhos a mais” e os “Trabalhos de Suprimento de Erros e Omissões”. Assim, e pela leitura estrita da proposta de alteração, a atual designação “Trabalho a mais” passa a chamar-se “Trabalho complementar por circunstâncias imprevistas”. Por outro lado, os “Trabalhos de Suprimento de Erros e Omissões” passam a designa-se por “Trabalhos complementares por circunstâncias não previstas”.

Esta proposta de designações “Trabalhos complementares” alteram processos de gestão de contrato fortemente sedimentados na indústria de construção e contratação pública desde 1906, onde o artigo 37º do Decreto de 9 de maio desse mesmo ano, referia-se pela primeira vez o conceito de Trabalhos a mais e Trabalhos a menos.

Como sugestão considera-se que proposta de alteração a este artigo 370º deverá ser totalmente revista ou mesmo desconsiderada. Propõe-se que, a haver alteração, seja definido, tal como na versão em vigor, o conceito de Trabalho a mais e, eventualmente, o de Erros e Omissões, e seja abolida a designação “Trabalhos complementares”.

A manter-se o texto proposto, perdem-se os conceitos de “Trabalho a mais” e “Trabalhos de Suprimento de Erros e Omissões”, tal como estabelecido ao longo dos anos e em vigor atualmente, devendo ser adaptados todos os artigos que tenham referência a este conceito, designadamente os artigos 371º, número 2 do artigo 372º, 373º, 374º e 375º, entre outros.

Também os artigos referentes ao conceito de “Trabalhos de Suprimento de Erros e Omissões” devem ser alterados em conformidade, designadamente os artigos 376º e 377º, entre outros.

Considera-se que as designações devem ser as mesmas para conceitos iguais, o que não ocorre nas propostas de alteração.

- Artigos 372º - Recusa de execução de trabalhos complementares

Texto em vigor

Artigo 372.º

Recusa da execução de trabalhos a mais

1 — Para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo anterior, bem como quando entenda não estarem verificados os pressupostos constantes do n.º 1 do artigo 370.º, o empreiteiro pode, no prazo de 10 dias a contar da recepção da ordem do dono da obra de execução dos trabalhos a mais, reclamar, fundamentadamente, da mesma.



Texto proposto

Artigo 372.º

Recusa da execução de trabalhos complementares

1 - Para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo anterior, bem como quando entenda não estarem verificados os pressupostos constantes do n.º 2 do artigo 370.º, o empreiteiro pode, no prazo de 10 dias a contar da receção da ordem do dono da obra de execução dos trabalhos complementares dela reclamar, fundamentadamente.

Comentários

A proposta de alteração ao número 1 do artigo 372º deverá ser revista, pois parece ter sido incorretamente redigida. O número 2 do artigo 370º diz respeito a “Trabalhos complementares não previstos”, ou seja, ao conceito atual de Trabalhos de Suprimento de Erros e Omissões, sendo que este artigo 372.º deve dizer respeito a “Trabalhos a mais”, ou na designação proposta pelo número 3 do artigo 370.º “Trabalhos complementares imprevisíveis”, mantendo o princípio em vigor pelo texto atual deste artigo.

Tal como foi proposto para o Artigo 370.º considera-se que esta proposta de alteração não deverá ser realizada, pelas mesmas razões referidas nos comentários à proposta de alteração do Artigo 370.º

- Artigos 378º - Responsabilidade pelos erros e omissões

Texto em vigor

Artigo 378.º

Responsabilidade pelos erros e omissões

1 — O dono da obra é responsável pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões resultantes dos elementos que tenham sido por si elaborados ou disponibilizados ao empreiteiro, designadamente os elementos da solução da obra.

2 — Quando o empreiteiro tenha a obrigação de elaborar o projecto de execução, é o mesmo responsável pelos trabalhos de suprimento dos respectivos erros e omissões, excepto quando estes sejam induzidos pelos elementos elaborados ou disponibilizados pelo dono da obra.

3 — O empreiteiro é responsável pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões cuja deteção era exigível na fase de formação do contrato nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 61.º, exceto pelos



que hajam sido identificados pelos interessados na fase de formação do contrato mas que não tenham sido expressamente aceites pelo dono da obra.

4 — O empreiteiro é ainda responsável pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões que, não sendo exigível que tivessem sido detetados na fase de formação do contrato nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 61.º, também não tenham sido por ele identificados no prazo de 30 dias a contar da data em que lhe fosse exigível a sua deteção.

5 — A responsabilidade do empreiteiro prevista no n.º 3 corresponde a metade do preço dos trabalhos de suprimento dos erros e omissões executados.

6 — Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, caso os erros ou omissões decorram do incumprimento de obrigações de concepção assumidas por terceiros perante o dono da obra:

a) Deve o dono da obra exercer obrigatoriamente o direito que lhe assista de ser indemnizado por parte destes terceiros;

b) Fica o empreiteiro sub-rogado no direito de indemnização que assista ao dono da obra perante esses terceiros até ao limite do montante que deva ser por si suportado em virtude do disposto nos n. os 3 a 5.

7 — No caso previsto no número anterior, a responsabilidade dos terceiros perante o dono da obra ou o empreiteiro, quando fundada em título contratual, é limitada ao triplo dos honorários a que tenham direito ao abrigo do respectivo contrato, salvo se a responsabilidade em causa tiver resultado de dolo ou de negligência grosseira no cumprimento das suas obrigações.

Texto proposto

Artigo 378.º

Responsabilidade pelos trabalhos complementares

1 - O dono da obra é responsável pelo pagamento dos trabalhos complementares cuja execução ordene ao empreiteiro.

2 - Quando o empreiteiro tenha a obrigação de elaborar o projeto de execução, é o mesmo responsável pelos trabalhos complementares de suprimento dos respetivos erros e omissões, exceto quando estes sejam induzidos pelos elementos elaborados ou disponibilizados pelo dono da obra.

3 — O empreiteiro suporta metade do valor dos trabalhos de suprimento de erros e omissões cuja deteção era exigível na fase de formação do contrato, no prazo referido no artigo 50.º, exceto pelos que hajam sido identificados pelos interessados na fase de formação do contrato mas que não tenham sido expressamente aceites pelo dono da obra.



4 - O empreiteiro é ainda responsável pelos trabalhos complementares de suprimento de erros e omissões que, não sendo exigível que tivessem sido detetados na fase de formação do contrato nos termos do disposto no artigo 50.º, também não tenham sido por ele identificados no prazo de 30 dias a contar da data em que lhe fosse exigível a sua deteção.

5 - [Revogado].

6 - [...].

7 - No caso previsto no número anterior, a responsabilidade dos terceiros perante o dono da obra ou o empreiteiro, quando fundada em título contratual, é limitada ao triplo dos honorários a que tenham direito ao abrigo do respetivo contrato, salvo se a responsabilidade em causa tiver resultado de dolo ou de negligência grosseira no cumprimento das suas obrigações.

Comentários

Mais uma vez, este artigo não define claramente o que são trabalhos complementares por circunstâncias imprevistas e trabalhos complementares por circunstâncias não previstas, englobando “Trabalhos a mais” e “Trabalhos de suprimento de erros e omissões” no mesmo artigo sem distinção de uns e de outros.

Designa ainda um terceiro termo “...trabalhos complementares de suprimento dos respetivos erros e omissões...” no seu número 2, sendo que no seu número 3 vem novamente fazer referência a “...valor dos trabalhos de suprimento de erros e omissões...”. No número 4 volta a fazer referência a “...Trabalhos complementares de suprimento de erros e omissões...” sem os ter definidos claramente no artigo 370.º

A revogação do número 5 é extremamente penalizadora para o Cocontratante. Relembre-se que o prazo de identificação de trabalhos de erros e omissões pelos interessados correspondia a cinco sextos do prazo de apresentação de propostas - o que já era pouco, mas que agora se agrava, ao propor-se reduzir esse prazo para o primeiro terço do prazo para apresentação das propostas - que contrasta fortemente com tempo que a Entidade Contratante tem para identificar esses mesmos trabalhos.

De facto, pode considerar-se que a Entidade Contratante tem praticamente um período ilimitado de tempo para detetar e corrigir o seu Caderno de Encargos, uma vez que é esta entidade que define a estratégia de contratação (veja-se o estabelecido na proposta para o artigo 35-A – Planeamento da contratação). Ou seja, não deverá o Cocontratante sofrer de uma limitação tão rigorosa por uma incapacidade da Entidade Contratante na correção dos Erros e Omissões do Caderno de Encargos por si elaborado.



Como sugestão, considera-se que, tal como os artigos 370.º e 372.º, a proposta de alteração do artigo 378.º não deverá ser realizada, mantendo-se a redação em vigor inalterada.

- Artigos 380º - Inutilização de trabalhos já executados

Comentários

Vejam-se os comentários aos artigos 370.º, 372.º e 278.º