

PRINCIPAIS COMENTÁRIOS ÀS ALTERAÇÕES AO CCP CONSTANTES DA PL N.º 41/XIV/1.ª

I. APRECIÇÃO GENÉRICA

Desde logo, verifica-se:

- Uma clara preocupação de execução célere dos projetos cofinanciados por fundos europeus e em áreas de especial prioridade política (habitação pública ou de custos controlados, aquisição de bens e serviços no âmbito das tecnologias de informação e conhecimento, contratos celebrados no âmbito do Sistema de Gestão Integrada de Fogos Rurais e aquisição de bens agroalimentares).

Neste contexto, foram criadas medidas excecionais de contratação, de simplificação, desburocratização, flexibilização e celeridade dos procedimentos contratuais para a celebração daqueles contratos. Aliás, em linha com o PEES (Programa de Estabilização Económica e Social) e que, na generalidade, consideramos positivas.

- O intuito de transferir a responsabilidade do projeto para as empresas, visível em diversas previsões normativas, o que é profundamente negativo na atual ausência de caracterização técnica da aplicabilidade da modalidade de conceção/construção:
 - afastamento da regra atual, que só permite o recurso às empreitadas de conceção/construção, em casos excecionais devidamente fundamentados, onde, designadamente a tecnicidade da obra assim o exija, implica necessariamente uma melhor definição na especialidade do recurso a esta modalidade (ver ponto 1 infra);
 - possibilidade do Dono de Obra, nos concursos limitados por prévia qualificação para as empreitadas de obras públicas, poder apenas disponibilizar o projeto de execução após a realização da fase de qualificação (avaliação da capacidade económica e

1

financeira e técnica) aos candidatos selecionados até ao envio do convite para apresentação das propostas, impacta em outras disposições do DL (ver ponto 2 infra);

- regime de Erros e Omissões que confere maior responsabilidade ao empreiteiro e que constitui um retrocesso inaceitável, em particular quando todos os elementos de projeto são da responsabilidade do Dono de Obra (ver ponto 3 infra).

Destacamos a necessidade imperativa de desenvolver um conjunto de normativos técnicos que completam e clarificam a legislação evitando desta forma sucessivas revisões do Código dos Contratos Públicos.

II. ASPETOS CHAVE COM OS QUAIS SE DISCORDA – PROPOSTA DE SOLUÇÕES

2.1 - Generalização do modelo “clássico” de conceção/construção (revogação do n.º 3 e novos n.ºs 11 e 12 do artigo 43.º; alínea d) do n.º 2 do artigo 57.º)

2

Atualmente, o CCP só permite o recurso à modalidade da empreitada de conceção/construção em casos excecionais devidamente fundamentados, designadamente quando se tenha de utilizar processo construtivo especialmente complexo que implique a sua ligação à conceção.

Ao contrário, a proposta de lei permite que as entidades adjudicantes possam recorrer livremente a esta modalidade de empreitada (conceção/construção), sem necessidade de qualquer justificação.

Assim, perspetiva-se que esta modalidade de empreitada passe a ser a regra, o que em face da falta de um normativo técnico que enquadre e qualifique a aplicação de diferentes modalidades de conceção/construção poderá “limitar” a apresentação a concurso de empresas de construção, que não sejam dotadas de meios técnicos e humanos afetos à conceção (arquitetos, etc).

É neste contexto que, em nosso entender, só deve admitir-se a adoção da tradicional

conceção-construção para obras complexas.

Por outro lado, considera-se ainda que deve ser expressamente prevista no CCP uma modalidade de conceção/construção com desenvolvimento dos projetos de execução pelo adjudicatário a admitir, estabelecendo-se que:

- é sempre obrigatória a apresentação por parte do dono de obra do programa preliminar com estudo geotécnico, definindo os elementos essenciais da empreitada, de acordo com a Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de julho;
- os concorrentes devem apresentar uma proposta de conceção/construção, com soluções que não têm o detalhe da execução, explicitando o preço e prazo para elaborar o projeto de execução, não sendo exigida a apresentação do mesmo em fase de concurso;
- apenas ao adjudicatário é exigida a elaboração do projeto de execução, de modo a evitar o “desperdício” de tempo e recursos por parte de todos os concorrentes em fase de concurso;
- a fim de eliminar dúvidas sobre as propostas e soluções apresentadas em concurso, e evitar que os concorrentes desenvolvam os projetos até ao nível de execução, é admitido ao júri e equipa técnica encetar uma fase de esclarecimentos das propostas apresentadas.
- a “revisão” pelo adjudicatário de um projeto de execução detalhado patentado pelo Dono de Obra, constitui uma parte integrante do momento de compatibilização do plano de segurança, que inclui a apresentação do plano de trabalhos definitivo e a revisão dos métodos de execução, não se configurando por isso como uma conceção/construção.

2.2 – Concursos Limitados por Prévia Qualificação para a realização de empreitadas de Obras Públicas:

Nas empreitadas de construção, o projeto de execução é da responsabilidade do Dono da Obra e constitui uma peça patenteada a concurso, disponibilizada na plataforma eletrónica a todos os interessados no procedimento.

A Proposta de Lei vem estabelecer a possibilidade de que, nos concursos limitados por prévia qualificação para a realização de empreitadas de construção, o projeto de execução só seja disponibilizado/notificado aos candidatos após a realização da fase de qualificação (avaliação da capacidade económica e financeira e técnica) e apenas aos candidatos selecionados até ao envio do convite para apresentação das propostas.

Ora, o projeto de execução é um documento essencial para a avaliação, pelos candidatos, do seu interesse em se candidatar àquela obra em concreto, pelo que se nos afigura que, ao diferir a sua disponibilização para momento posterior, além de, se reduzir a sua capacidade de análise do projeto, com repercussões ao nível da deteção de erros e omissões e respetiva imputação de responsabilidades ao empreiteiro, também poderá conduzir a que os candidatos selecionados, após a notificação do projeto de execução e respetiva análise, decidam não apresentar proposta, em virtude de o considerarem “desinteressante”. Corre-se o risco de se obter o efeito contrário ao pretendido (celeridade e de poupança de recursos), pois se os candidatos selecionados acabarem por não apresentar proposta, o concurso ficará deserto ou com uma “resposta” reduzida de empresas.

Sem prejuízo do referido e pretendendo-se avançar, a título excecional e circunscrito à execução das intervenções consideradas prioritárias no âmbito do PEES, esta faculdade deverá ser apenas consagrada em conjunto com uma disposição que confira um prazo adicional após consignação (para além dos 60 dias mencionados no ponto seguinte) para

o estudo e apresentação de Erros e Omissões do projeto.

2.3 - Responsabilização do empreiteiro por erros e omissões (cf. n.º 4 do artigo 50.º e n.º 3 do artigo 378.º)

Verifica-se um retrocesso inaceitável em matéria de responsabilidade por erros e omissões, tornando-se imperioso manter a redação atual do n.º 4 do artigo 378.º.

Atualmente, os interessados têm a obrigação de identificar os erros e omissões cuja deteção seja exigível na fase de formação do contrato:

a) dentro do 1/3 do prazo para a apresentação das propostas, e ainda nos 60 dias a contar da consignação da obra, sob pena de responderem por 50% do seu valor.

O que significa que os erros e omissões que não tenham sido detetados no 1/3 daquele prazo ainda podem ser “invocados” nos 60 dias a contar da consignação da obra.

b) no caso de erros e omissões que só possam ser detetados durante a execução da obra, o empreiteiro tem a obrigação de os identificar no prazo de 30 dias a contar do momento em que é exigível a sua deteção, pois se não o fizer neste prazo, responde por 100% do seu valor.

A Proposta de Lei é claramente prejudicial para o empreiteiro no que se refere aos “erros e omissões” referidos na alínea a), prevendo-se que venha a ser fonte de conflitos, porquanto exige que a mesma “categoria”/tipo” de erros tenha que ser detetada em dois momentos autónomos e só em cada um deles, não sendo tecnicamente possível determinar os que deveriam ter sido reclamados no 1/3 do prazo para a apresentação das propostas e os que teriam de ser detetados nos 60 dias após a consignação.

Este regime constitui não só um retrocesso legislativo ou revogação inexplicável da recente reforma feita ao CCP (em 2017), mas um verdadeiro agravamento da posição dos concorrentes/empreiteiros relativamente ao quadro pré-existente a essa reforma, uma vez que o prazo para invocação dos erros e omissões mantém-se agora no primeiro terço do

prazo fixado para apresentação das propostas (e não no quinto sexto deste prazo, como sucedia nos procedimentos de contratação iniciados até 31/12/2017).

Em rigor, a solução pretendida por este “novo” legislador, para além de sobrecarregar os empreiteiros com uma responsabilidade que não é sua (carece de razoabilidade atribuir ao interessado - candidato ou concorrente - a responsabilidade pela exatidão e fiabilidade das peças patenteadas pela entidade adjudicante, numa solução de acordo com a qual, de uma forma simplista, se desresponsabiliza a entidade pública que as elaborou ou mandou elaborar), apresenta-se como contrária aos princípios enformadores da reforma em análise, constantes do Preâmbulo (página 5) da Proposta de Lei em análise (simplificação e desburocratização).

Na verdade, ao estabelecer-se “três categorias” de erros e omissões: “erros e omissões cuja deteção era exigível na fase de formação do contrato”, “erros e omissões cuja deteção apenas é exigível na fase subsequente à consignação” e “erros e omissões só detetáveis em fase de obra”, torna-se o respetivo procedimento mais complexo, menos linear e escorreito, ao mesmo tempo que se potencia a litigiosidade, com consequências evidentes ao nível do andamento das obras. Assim, com exceção de projetos da responsabilidade do adjudicatário (conceção-construção), reitera-se que deve ser eliminada a responsabilidade do empreiteiro por erros e omissões, pois não deve ser atribuída ao empreiteiro a responsabilidade pela exatidão das peças patenteadas pela entidade adjudicante (cf. Artigos 50.º e 378.º).

Da mesma forma como não seria admissível um idêntico mecanismo de coresponsabilização do dono de obra pelos erros e omissões num projeto de conceção/construção, também não é admissível que o Adjudicatário incorra na responsabilidade por detetar os Erros e Omissões num projeto da responsabilidade do Dono de Obra.

2.4 - Preço ou custo anormalmente baixo (cf. n.º 2 do artigo 71.º)

Persiste a inexistência de critérios obrigatórios e uniformes que, com base na média das

propostas apresentadas, permitam a identificação de propostas de preço ou custo anormalmente baixo, o que conduz a decisões discricionárias por parte dos donos de obra.

Considera-se totalmente inaceitável a possibilidade de o júri vir a identificar propostas como sendo de preço anormalmente baixo, quando não previu qualquer critério para o efeito.

Neste propósito, torna-se especialmente relevante que sejam introduzidos normativos técnicos com metodologias de construção do preço base, conforme é mencionado abaixo.

Quanto ao critério de identificação de preço anormalmente baixo novamente se sugere o seguinte critério, de acordo com o qual *“devem ser consideradas de preço anormalmente baixo: a) Todas as propostas que apresentem um preço total inferior em mais de 25% ao preço base do procedimento; b) Sem prejuízo do previsto na alínea anterior, no caso de duas propostas, a proposta que apresentar um preço total inferior em mais de 20% em relação à outra; c) Sem prejuízo do previsto na alínea a), no caso de três ou mais propostas, as que apresentem um preço total inferior em mais de 10% à média aritmética das propostas admitidas, excluindo do respetivo cálculo o valor das propostas cujo preço seja superior em 10% ao preço médio de todas as propostas admitidas”*.

7

2.5 - Valor e liberação da caução (cf. artigos 89.º e 295.º)

Deve prever-se a possibilidade da liberação integral da caução prestada no prazo de 1 ano a contar da receção provisória de obra (cf. artigo 295.º), bem como a redução do respetivo montante para 2% do preço contratual, tal como vigora nas Regiões Autónomas.

É também essencial tornar eficaz o mecanismo de liberação da caução em caso de inércia do dono da obra, prevendo-se a obrigatoriedade de devolução da caução prestada mediante prova do envio e receção do requerimento remetido pelo empreiteiro para a entidade adjudicante, responsabilizando-se, em qualquer caso, não só o dono da obra mas também a entidade emitente, pelos prejuízos decorrentes da mora na libertação da caução.

2.6 - Leilão eletrónico (cf. n.º 1 do artigo 140.º)

Discorda-se da admissibilidade de leilões eletrónicos para a contratação de empreitadas de obras públicas, uma vez que se considera que não se coaduna com a natureza do contrato de empreitada (em tudo diferente de uma aquisição de bens de uso corrente) e questiona-se como se articularia o funcionamento dos leilões eletrónicos e a natural possibilidade de apresentação sucessiva de propostas de valor inferior - aliás a razão de ser dos leilões -, com as limitações impostas pelos condicionalismos decorrentes da aplicação dos critérios referentes aos preços anormalmente baixos.

III. COMENTÁRIOS A OUTROS ARTIGOS DA PROPOSTA DE LEI N.º 41/XIV

3.1 - Contratos reservados (cf. artigo 54.º-A)

Questiona-se a exigência de micro ou PME “devidamente certificadas”. É importante clarificar de que certificação é que se trata, sendo que a exigência de certificação é feita em vários artigos, designadamente no n.º 9 do artigo 81.º e no n.º 4 do artigo 113.º.

3.2 - Caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de empreitada (cf. artigo 43.º)

Sugere-se a manutenção da redação atual para o n.º 1 do artigo 43.º e a seguinte redação para as alíneas b) e c) do n.º 4 do artigo 43.º, relativo ao conteúdo do caderno de encargos nos procedimentos de formação de contratos de empreitada:

«1 - Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo anterior, o caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de empreitada de obras públicas deve incluir um projeto de execução.

(...)

4 - Em qualquer dos casos previstos nos números anteriores, o projeto de execução deve ser

acompanhado de:

- a) *Uma descrição dos trabalhos preparatórios ou acessórios, tal como previstos no artigo 350.º;*
- b) *Uma lista completa de todas as espécies e subespécies de trabalhos necessárias à execução da obra;*
- c) *Um mapa de quantidades de todas as espécies de trabalhos necessárias à execução da obra, desagregadas, quando necessário, em subespécies e respetivas subdivisões.»*

3.3 - Cronograma Financeiro (cf. alínea c) do artigo 57.º)

Considera-se positivo que o cronograma financeiro contenha a “*subdivisão pelas componentes da execução dos trabalhos a que correspondam diferentes fórmulas de revisão de preços*”, previsão que se revela adequada ao mecanismo da revisão de preços e que facilita o seu cálculo.

Todavia, e por esta mesma razão, entendemos que o plano de pagamentos também deverá constituir um documento da proposta, uma vez que este faz uma previsão mensal dos pagamentos, ao passo que o cronograma financeiro nos dá a perspetiva do respetivo acumulado. Tratam-se, pois de dois documentos com diferentes valências, que deverão ser mantidos como documentos da proposta.

3.4 - Critério de adjudicação (cf. artigo 74.º)

N.º 6, alínea c) – Discorda-se da admissibilidade do sorteio como critério de desempate e questiona-se como se coaduna com a norma do n.º 1 do artigo 75.º.

Entendemos que o critério de desempate deve estar ligado ao objeto do contrato e não a um qualquer fator aleatório/irrelevante que não se relacione com os atributos da proposta. Aliás, é este o entendimento do Tribunal de Contas.

3.5 - Documentos de habilitação (cf. artigo 81.º)

N.º 9 – Desconhece-se em que se traduz o plano de prevenção de corrupção e de infrações conexas ora exigido, pelo que se solicita a clarificação do conteúdo do documento.

A respeito da habilitação do adjudicatário cumpre referenciar um aspeto que tem sido fonte de litigiosidade nos procedimentos de formação dos contratos de empreitada e que se prende com a exigência de apresentação de alvará apenas ao adjudicatário e no momento de apresentação dos documentos de habilitação. Ora, entende-se que é necessário tornar expresso na letra da lei que no momento da apresentação da proposta o concorrente deve já encontrar-se habilitado com alvará da classe correspondente.

Tem-se verificado que os concorrentes apenas solicitam a classe necessária no decurso do procedimento, o que a nosso ver contraria o espírito da lei, dado ser indubitável que a apresentação de uma proposta corresponde a uma intenção séria de contratar nos termos em que o procedimento foi lançado, pelo que o concorrente deve avaliar da sua habilitação para cumprir as obrigações decorrentes do contrato a celebrar desde o momento em que apresenta a sua proposta, só assim se garantindo que a concorrência é feita “entre iguais”.

É, aliás, nesse sentido, que o CCP exige que todos os concorrentes instruem as suas propostas com uma declaração na qual indicam os preços parciais dos trabalhos que se propõe executar correspondentes às habilitações contidas nos alvarás (cf. n.º 4 do artigo 60.º do CCP), tendo em vista determinar a adequação do alvará do concorrente para a realização da obra em causa.

Assim, deverão as entidades adjudicantes no momento da análise das propostas, verificar, através da consulta *on line* no site oficial do IMPIC, que as empresas concorrentes detêm a subcategoria determinante e que corresponde aos trabalhos mais expressivos em classe que cubra o valor global da sua proposta (cf. artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho).

Trata-se, pois, de “verificar”, a possibilidade legal dos concorrentes de realizar a obra nos termos do referido preceito da Lei n.º 41/2015.

Porém, isto não significa que seja exigível que os concorrentes instruem a sua proposta com os alvarás/certificados dos subempreiteiros a que eventualmente recorram ou as respetivas declarações de compromisso, os quais deverão ser apenas apresentados pelo adjudicatário em sede de habilitação.

Por outro lado, e ainda a propósito dos documentos de habilitação, considera-se essencial que, seja clarificada, por via de lei, a questão da habilitação exigida aos agrupamentos de empresas que apresentam proposta nos procedimentos de formação de empreitada de obras públicas, uma vez que há uma contradição entre a Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro e a Lei n.º 41/2015, de 3 de junho.

Com efeito, o n.º 6 do artigo 6.º da referida Portaria obriga a que, no caso de apresentação de proposta por agrupamento, uma das empresas que o integra, deverá ser detentora de habilitação (alvará ou certificado de obra pública) contendo subcategoria em classe que cubra o valor global da proposta e respeite aos trabalhos mais expressivos. Por sua vez, o disposto no artigo 19.º da mencionada lei não exige tal habilitação.

Esta contradição normativa tem criado inúmeras dúvidas interpretativas com aplicação de soluções díspares por parte dos Donos de Obra pública.

Assim, a bem da certeza e segurança jurídicas na aplicação do direito e porque se trata da desconformidade entre dois diplomas de diferente natureza e hierarquia, consideramos que a revisão do CCP é uma oportunidade para clarificar em definitivo esta situação, consagrando, por via de lei, a solução específica da obra pública.

3.6 - Modelo de avaliação das propostas (cf. n.º 4 do Artigo 139.º)

A nosso ver, ao permitir-se que a ponderação dos fatores e eventuais subfatores seja expressa na forma de um intervalo, com a variação máxima de 10%, tal vem possibilitar que o júri aplique ponderações diferentes aos diversos fatores ou subfactores, podendo a ponderação ser diferente para cada proposta (desde que seja cumprido o intervalo

previamente estabelecido), o que confere ao júri uma margem de discricionariedade que não se considera positivo.

3.7 - Cessão da posição contratual por incumprimento do cocontratante (cf. n.º 9 do artigo 318.º-A)

No caso de cessão da posição contratual por incumprimento do empreiteiro, poderá haver um “pagamento acrescido” ao cessionário (novo adjudicatário) a título de trabalhos complementares, com referência ao valor da proposta apresentada por este “novo” adjudicatário no procedimento e desde que sejam respeitados os limites dos trabalhos complementares.

Trata-se de uma medida positiva que era há muito desejada pelas empresas, mas que também deverá contemplar necessariamente uma eventual atualização dos preços pelo decurso do tempo.

3.8 - Plano de trabalhos (cf. artigo 361.º)

Não se entende a eliminação da parte final do n.º 3, onde se prevê a possibilidade de ajustamento do plano de trabalhos em caso de prorrogação do prazo de execução, de deteção de erros e omissões reclamados na fase de execução ou quando haja lugar a trabalhos complementares. Deverá, pois, ser mantida a redação atual, que consideramos fundamental ao planeamento e à execução da empreitada.

De igual modo, entendemos que também se deverá prever nesta norma o ajustamento do plano de pagamentos e do cronograma financeiro, uma vez que estes documentos são essenciais para efeitos do cálculo da revisão de preços.

Por outro lado, e ainda a propósito do plano de trabalhos, importa salientar um aspeto que tem sido fonte de enorme conflituosidade e litigância no âmbito dos procedimentos de formação de contratos de empreitada e que se prende com o grau de detalhe que deve ser exigido aos concorrentes na elaboração do plano de trabalhos e a consequente exclusão de

propostas com fundamento na incompletude do plano de trabalhos.

Com efeito, tendo presente a jurisprudência no Supremo Tribunal Administrativo sobre este assunto (cf. Acórdão de 14/06/2018, no processo n.º 0395/18), tem vindo a assistir-se à multiplicação de decisões de exclusão de propostas por alegada incompletude do plano de trabalhos, com base numa interpretação do artigo 361.º no sentido de os trabalhos da mesma espécie serem os identificados em todos e cada um dos artigos do mapa de quantidades associado ao projeto de execução, e da necessidade de serem identificadas as espécies de trabalhos por referência a todos e a cada um dos artigos do mapa de quantidades que acompanha o projeto de execução. Relativamente a este aspeto, têm ocorrido exclusões de propostas com fundamento na omissão ou insuficiência de planos de trabalhos que identificam, por referência ao projeto de execução e ao concreto processo executivo definido pelos concorrentes, as principais (e não necessariamente, todas) atividades (espécie de trabalhos) a executar, impostas pelo projeto de execução e pelo processo construtivo definido.

Importa tornar expresso na letra da lei, por um lado, que o plano de trabalhos deve identificar as principais atividades a executar (não necessariamente, todas as espécies de trabalhos) e, por outro lado, que devem ser analisadas caso a caso as situações em que as omissões e incompletudes do plano de trabalhos podem ser supridas mediante esclarecimento a prestar pelo concorrente ao abrigo do artigo 72.º e dentro dos limites aí estabelecidos.

Neste contexto, e em articulação com a alteração acima proposta para o artigo 43.º (Caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de empreitada), propõe-se a alteração da redação do artigo 361.º (Plano de trabalhos), nos seguintes termos:

1 - O plano de trabalhos destina-se, com respeito pelo prazo de execução da obra, (i) à fixação da sequência das espécies de trabalhos previstas, respetiva duração e prazos parciais de

execução e (ii) à fixação da sequência das subespécies de trabalhos quando sujeitas a prazos parciais de execução de cumprimento obrigatório, e, ainda, (iii) à especificação dos meios com que o empreiteiro se propõe executar, bem como (iv) à definição do correspondente plano de pagamentos”.

3.9 - Entrada em vigor e produção de efeitos (cf. artigos 14.º e 15.º da PL)

Num diploma com alterações tão relevantes, o prazo de entrada em vigor não pode, a nosso ver, ser inferior a 2 meses.

IV. LAPSOS A CORRIGIR NA PROPOSTA DE LEI 41/XIV

- Artigo 64.º, n.º 5 – não se entende a referência a “convidados”;
- Artigo 276.º - epígrafe incorreta;
- Artigo 283.º-A – falta a epígrafe;
- 70.º, n.º 2, alínea b) não se percebe remissão para os n.ºs 11 e 12;
- Artigo 132.º - menciona-se os n.ºs 6 a 10 quando deveriam mencionar-se os n.ºs 1 a 5.

V. ALTERAÇÕES QUE SE CONSIDERAM FUNDAMENTAIS E QUE NÃO CONSTAM DA PL

5.1 - Enquadramento da situação de pandemia

Verificou-se que o CCP não consagra a possibilidade de o empreiteiro ser ressarcido pelos encargos decorrentes de circunstâncias a que é totalmente alheio, mas que implicam custos acrescidos na execução na obra, como está a suceder na atual pandemia.

Com efeito, este fenómeno não está devidamente acautelado no regime da alteração das circunstâncias, constante dos artigos 311.º e seguintes do CCP, o que se impõe alterar.

Na verdade e a nosso ver, não pode deixar de existir uma repartição dos custos acrescidos que o empreiteiro suportou em virtude da ocorrência de uma situação a que é totalmente

alheio e que não podia ter previsto.

5.2 - Processo de formação do preço base da empreitada

A regulamentação contida no CCP de um conjunto de figuras que estão funcionalmente interligadas gera problemas práticos que enviesam o funcionamento “saudável” da contratação pública. Estes problemas devem, desde logo, ser identificados de forma global para que seja compreendida a urgente necessidade da sua alteração a nível da respetiva regulamentação específica.

A prática corrente (de usar como referência apenas as contratações de serviços análogos anteriores) conduz ao sistemático aviltamento de preços, inviabilizando a contratação por preços adequados que permitam a garantia de qualidade dos serviços a produzir.

A elevada conflituosidade que se verifica na execução de empreitadas de obras públicas e o também elevado risco de incumprimento dos contratos tem, em nosso entender, origem remota no processo de formação do preço base da empreitada, que é de fundamental importância para que o desenvolvimento de todo o processo concursal e de execução da empreitada decorra de forma a permitir a realização do interesse público, em geral, e, em particular, que se reúnam os seguintes requisitos indispensáveis a tal objetivo:

- fixação de um preço base que acomode efetivamente “todas as prestações que constituem o objeto do contrato” (cit. n.º 1 do artigo 47.º do CCP);
- lançamento do procedimento com um preço base que viabilize a apresentação de propostas realistas e bem estruturadas de empresas responsáveis, organizadas e experientes;
- lançamento do procedimento com um preço base que não “esmague” os preços praticados pelo mercado para os trabalhos envolvidos no contrato, o que aumenta exponencialmente os riscos de incumprimento do contrato dada a sua

insustentabilidade;

- balizar em fase de projeto a dimensão, qualidade e complexidade desejada para a obra em função do valor de investimento disponível, utilizando rácios de custo de obras similares obtidos de base de dados centralizada alimentada pelos valores resultantes dos relatórios finais de empreitada entregues pelo gestor de contrato.

A experiência observada nos últimos anos de aplicação do CCP revela problemas sérios nesta matéria, sendo a nosso ver de apontar como principais características da presente realidade os seguintes aspetos:

- concursos de aquisição de serviços para elaboração de projetos cujo único critério de adjudicação é, na esmagadora maioria das vezes, o preço mais baixo. Esta realidade está na origem direta de projetos insuficientes, mal estimados e deficientemente elaborados, o que por sua vez origina o lançamento de concursos públicos cujo preço base se encontra estimado por defeito e não reflete o valor de todos os trabalhos necessários à completa execução da obra;
- o cálculo do preço base é muitas vezes baseado nos “custos médios unitários resultantes de anteriores procedimentos” (cf. n.º 3 do artigo 47.º do CCP). Sucede que não pode ser esquecido que até muito recentemente podiam ser adjudicados contratos até 40% abaixo do preço base, o que necessariamente desvirtua o contributo deste indicador. Acresce que a utilização de “custos médios unitários” num contexto de adjudicações a propostas de preços anormalmente baixos reduz ainda mais o valor deste indicador, retirando-lhe a possibilidade de constituir um indicador válido para novos procedimentos;
- o preço base mal estimado está muitas vezes na origem de concursos que ficam desertos, com manifesto prejuízo para o interesse público pois gera grande atraso e na concretização das empreitadas necessárias à sua satisfação ou, até e em certas

situações, o seu adiamento com eventual perda de financiamentos com prazos de utilização imperativos e inadiáveis;

- outras vezes os concursos são adjudicados por um preço que não reflete todos os trabalhos necessários envolvidos na execução da obra em causa, o que origina, no decurso da empreitada, a invocação de erros e omissões de valor elevado e a necessidade de execução dos correspondentes trabalhos complementares, os quais ascendem a montantes que nem sempre podem ser realizados no âmbito do contrato dados os limites constantes do artigo 370.º do CCP. A necessidade de lançamento de novos procedimentos para permitir a execução dos trabalhos complementares que excedem os limites admitidos geram mais atrasos, despesas e prejuízos para a realização do interesse público;
- o grau de conflituosidade e o risco de incumprimento pelo empreiteiro é muito elevado nos casos de adjudicação de empreitadas por valores mal estimados, dada a impossibilidade que demonstram, na fase de execução, de suportar os preços propostos.

17

É imperioso e urgente criar condições para que os concursos lançados sejam efetivamente adjudicados e que a proposta escolhida seja economicamente coerente e sustentável, o que apenas se conseguirá se o preço base definido para os procedimentos for realista e o mais rigoroso possível.

Como contributo para que se caminhe nessa direção apontam-se as seguintes linhas de intervenção, que deverão ser desenvolvidas e concretizadas com o contributo dos diferentes atores envolvidos em todas as vertentes relevantes:

- Garantir a qualidade dos projetos lançados a concurso:
 - o assegurar que o caderno de encargos do procedimento de formação dos contratos de empreitadas de obras públicas é integrado por um projeto de execução

- consoante determinado pelo artigo 43.º do CCP (exceto nos casos de manifesta simplicidade das prestações que constituem o objeto do contrato a celebrar);
- assegurar que o projeto de execução cumpre o prescrito na Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de julho, quanto ao seu conteúdo obrigatório bem como as instruções para a elaboração de projetos de obras constantes do anexo I desta portaria consoante determinado no n.º 7 do acima referido artigo 43.º do CCP;
 - assegurar o cumprimento da regra de que o projeto de execução deve ser acompanhado de uma “lista completa de todas as espécies de trabalhos necessárias à execução da obra a realizar e do respetivo mapa de quantidades” (cf. n.º 1 e alínea b) do n.º 4 do artigo 43.º) e de que o projeto de execução inclui, designadamente, as “medições e mapas de quantidade de trabalhos, dando a indicação da natureza e da quantidade dos trabalhos necessários para a execução da obra” (cf. alínea c) do n.º 2 do artigo 7.º da Portaria n.º 701-H/2008), impedindo o lançamento de concursos sem a identificação dos trabalhos e respetivas quantidades, ou seja com base em “Valores globais”, “Unidades” ou “Conjuntos”.
- Apurar rigorosamente os preços unitários de cada tipo de trabalho para serem utilizados na formação do preço base:
- recolher informação sobre os preços praticados para cada tipo de trabalho nas propostas apresentadas pelas empresas em concursos similares – solicitar colaboração de entidades adjudicantes de referência como a Infraestruturas de Portugal, a ANA-Aeroportos de Portugal e o Metro;
 - construir, com a colaboração do Portal Base (gerido pelo IMPIC), do LNEC e outras entidades uma base de dados de referência relativa a preços, por tipo ou espécie de trabalho. De notar que o Portal Base já reúne um conjunto extenso e

sistemizado de informação relevante para este efeito (cf. Portaria n.º 57/2018, de 26 de fevereiro, que regula o funcionamento e gestão do portal dos contratos públicos e aprova os modelos de dados a transmitir ao Portal Base);

- complementar com normas técnicas relativas a rendimento e produtividade de mão de obra e equipamentos que atendam à natureza e complexidade dos serviços ou obras a contratar;
 - adotar metodologias de determinação dos preços base que incorporem uma visão prospetiva conferida pela aplicação de indicadores técnica e economicamente fundamentados com projeções da evolução económica do país e do sector, que permitam projetar a evolução dos preços para o período de realização da empreitada.
- Após apuramento de um preço que corresponda de forma o mais rigorosa possível ao montante máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato, calcular uma margem de acréscimo desse valor para fazer face às normais oscilações de mercado conferindo assim alguma flexibilidade ao preço base;
- A construção do preço base resulta de um exercício empírico baseado em preços e pressupostos, pelo que no propósito da transparência deve ser obrigatória a exposição dos preços base utilizados e respetivos pressupostos, mantendo-se assim um fio condutor e uma rastreabilidade que permite uma maior responsabilização sobre o preço base apresentado habilitando ao mesmo tempo o Dono de Obra para uma análise crítica e fundamentada das propostas, nomeadamente na determinação de praticas de dumping e preço anormalmente baixo;
- Para tal torna-se necessário a já mencionada instituição de um conjunto de procedimentos, normativos e orientações técnicas que habilitem um maior numero de

técnicos dispersos por diferentes entidades privadas (projetistas e consultores encarregues da elaboração das estimativas de preço) e entidades públicas (responsáveis pela verificação) para a adoção de um mesmo procedimento que permita determinar e identificar facilmente as variáveis e pressupostos utilizados, contribuindo para a aplicação de critérios uniformes dentro do setor público.

5.3 - Variantes aos processos construtivos e estímulo à inovação (cf. artigo 59.º)

5.3.1 - Verifica-se que a inovação consta como possível subfator em sede do critério de adjudicação, mas não se percebe como é que tal pode ter lugar no caso de não serem admitidas propostas variantes.

Entendemos ainda que a regra a constar do CCP deve ser a da possibilidade de apresentação de propostas variantes pelos concorrentes como instrumento de promoção da inovação.

Com efeito, considera-se imperioso repensar a legislação de contratação pública uma vez que a existente não se adequa às necessidades e oportunidades da revolução digital e tecnológica em curso, nomeadamente ao não permitir a inovação por parte das empresas por sistemática não aceitação de apresentação de propostas variantes (cf. artigo 59.º do CCP) e por não possuir procedimentos legais de contratação que permitam a colaboração entre cliente e empresa, condição essencial para o aproveitamento integral da metodologia BIM.

Verifica-se que nesta revisão do DL além do destaque e apelo à inovação, surge também a preocupação com a descarbonização e o crescente relevo da economia circular. Privilegiar o desenvolvimento de sistemas construtivos mais sustentáveis requer maior participação da indústria. O projeto de execução detalhado da autoria do Dono de Obra será necessariamente específico e direcionado para uma tecnologia, pelo que apenas a admissão de projetos variantes permitirá a criação de um ciclo virtuoso e participativo da

indústria com a apresentação de soluções inovadoras que sejam equivalentes à solução patenteada em termos de desempenho (resistência, durabilidade, funcionalidade).

5.3.2 – Ainda neste contexto, entende-se que deve estar consagrado que no momento em que o adjudicatário tem obrigação de apresentar um conjunto de elementos interligados (erros e omissões, plano de trabalhos definitivo e a compatibilização do plano de segurança), pode apresentar uma “revisão” ao projeto de execução, através da qual se aplica o seu “saber fazer”, garantindo desta forma a “construtibilidade” da solução final. A tipologia das garantias exigidas ao adjudicatário pela obra no seu conjunto só são compatíveis se lhe for dada a oportunidade para se pronunciar sobre a articulação dos diferentes elementos do projeto levando em consideração a disciplina da execução. A “revisão” do projeto de execução permite incorporar os métodos de execução atendendo à capacidade e competências desenvolvidas em resultado da aposta em tecnologias e sistemas construtivos que resultam em grande medida da aposta na formação e capacitação realizada junto dos seus colaboradores e dos seus parceiros.

21

5.4 - Reintrodução do inquérito administrativo

Deve ser reintroduzida a possibilidade de apresentação de reclamações pelos interessados por falta de pagamento de salários, materiais, indemnizações ou trabalhos que o empreiteiro haja mandado executar, cf. previsto nos artigos 223.º a 225.º do DL 59/99.

5.5 - Reposição do equilíbrio financeiro (cf. artigo 354.º)

Aperfeiçoamento da figura da reposição do equilíbrio financeiro por agravamento dos custos na realização da obra, com previsão de prazo de pedido pelo empreiteiro até à conta final da empreitada e de resposta pelo dono da obra no prazo de 30 dias. É uma solução mais consentânea com a multiplicidade de factos relevantes que ocorrem

diariamente numa empreitada.

5.6 - Interoperabilidade das plataformas eletrónicas

As condições de interligação e interoperabilidade ente plataformas eletrónicas deveria ter sido objeto de regulamentação por portaria dos membros do Governo que tutelam a AMA, a ESPAP e o IMPIC até 16 de novembro de 2015, consoante prevê o n.º 3 do artigo 36.º da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, que regula a disponibilização e a utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública.

De notar que a regulamentação em falta é indispensável para que os operadores económicos possam escolher livremente a plataforma eletrónica, independentemente da que for utilizada pela entidade pública com que pretendem interagir, aspeto que é essencial para se atingir a tão necessária redução de custos na utilização das plataformas eletrónicas.

5.7 - Definição de regras de qualificação

Não existindo no CCP um critério de escolha entre o concurso público e o concurso limitado por prévia qualificação, a nosso ver, é recomendável que seja adotado o concurso limitado por prévia qualificação em obras de especial complexidade técnica ou de elevado montante (preço base acima do limiar comunitário, atualmente 5 350 000 EUR).

Neste tipo de concursos, a experiência recente tem demonstrado que as entidades adjudicantes fixam requisitos de capacidade técnica e financeira manifestamente excessivos e insuscetíveis de cumprimento por parte das empresas nacionais, desde logo pela exigência de experiência na execução de obras de natureza e montante que não tiveram lugar em Portugal nos últimos anos.

Esta prática por parte das entidades adjudicantes tem condicionado muito o acesso das empresas nacionais, razão pela qual deve ser repensada a forma como são definidos os

requisitos de capacidade técnica e financeira, os quais devem traduzir uma maior exigência de capacidade em relação às exigências legais para o exercício da atividade da construção mas não podem deixar de ser requisitos adequados à obra em causa.

É, pois, neste contexto que se propõe a definição dos requisitos de capacidade técnica e financeira dos candidatos nos seguintes termos:

- O requisito do volume de negócios anual exigido nunca poderá ser maior que o resultante do montante da obra a realizar em cada ano previsto da sua execução. Exemplificando se uma obra vale 20 milhões de preço base e se realiza em ano e meio então para se concorrer terá de se ter uma faturação anual de mínimo 15 milhões (20:1,5);
- Na avaliação da experiência curricular dos candidatos, o critério de obras realizadas iguais ou de complexidade idêntica deve ser definido pela natureza dos alvarás solicitados e não por detalhes demasiado específicos. Devem considerar-se “obras de idêntica natureza” as que se enquadrem na subcategoria de alvará exigida em valor global da proposta e que corresponde aos trabalhos mais expressivos da mesma (cf. artigo 8.º da Lei n.º 41/2015);
- Sugere-se a fixação de um período mínimo de 15 anos para demonstração de capacidade técnica relativa à experiência curricular dos candidatos. Verifica-se que os requisitos mínimos de capacidade técnica fixados para apresentação de candidaturas (cf. alínea a) do artigo 165.º do CCP), tornam-se demasiado restritivos para os candidatos, não por estes não terem a experiência curricular, mas sim pela restrição temporal que é comumente utilizada (“*terem realizado nos últimos 5 anos obras da mesma natureza e complexidade daquela que é posta a concurso*”). Face ao decréscimo do volume de trabalhos de setor da construção verificado nos últimos anos (período pós-crise 2008/2011) as empresas, apesar da

experiência acumulada, não conseguem cumprir com o critério temporal definido por falta de obras executadas nesse período, sendo dessa forma penalizadas na admissão/avaliação da sua candidatura.

Ainda a propósito do requisito da capacidade financeira, verifica-se que de acordo com o previsto no CCP no âmbito de um concurso limitado por prévia qualificação, o programa do concurso pode indicar requisitos mínimos de capacidade financeira que os candidatos devem preencher (cf. n.º 4 do artigo 164.º do CCP), não podendo os mesmos exceder o dobro do valor do contrato e devendo reportar-se à aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar (cf. n.º 3 do artigo 165.º do CCP).

Ainda nos termos do previsto no CCP, no caso de um concurso limitado por prévia qualificação de acordo com o modelo simples, a apresentação de declaração bancária conforme modelo constante do anexo VI do Código equivale ao preenchimento do requisito mínimo de capacidade financeira (cf. n.ºs 1 e 3 do artigo 179.º do CCP).

Temos, pois, que de acordo com o disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 179.º do CCP, a apresentação de uma declaração emitida por uma instituição de crédito (cf. anexo VI), afasta a necessidade de demonstração do preenchimento do requisito financeiro mínimo fixado no programa do procedimento. Através da declaração, a instituição de crédito obriga-se, perante o candidato e a própria entidade adjudicante, a pôr à disposição daquele “todos os meios financeiros previsivelmente necessários ao integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar no caso de a adjudicação recair sobre a proposta a apresentar” (cf. Anexo VI). Essa obrigação traduz-se na atribuição ao candidato, desde o início do prazo de vigência do contrato, de “uma linha de crédito que o habilita a sacar, para o efeito da execução do contrato, os referidos meios financeiros” (cf. Anexo VI).

Ora prevendo-se, no n.º 3 do artigo 179.º do CCP, que a apresentação de declaração bancária conforme modelo constante do anexo VI equivale ao preenchimento do requisito mínimo de capacidade financeira, tal significa que a apresentação de declaração bancária pode ser apresentada como alternativa ao preenchimento do requisito mínimo de capacidade financeira que se encontra fixado no programa do procedimento. Ou seja, cabe à entidade adjudicante fixar o requisito que entende ser mais conveniente, sendo que o CCP prevê que, no caso de impossibilidade de preenchimento desse requisito, a declaração bancária do Anexo VI funciona como uma alternativa.

Contudo, na prática tem-se constatado uma aplicação errada deste normativo por parte de vários donos de obra que não fixam requisitos mínimos de capacidade financeira no programa do procedimento, exigindo a apresentação da declaração bancária como única forma de comprovação da capacidade financeira dos candidatos. Nestas situações não é dada a possibilidade de comprovar a “aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar” (cf. parte final do n.º 3 do artigo 165.º do CCP) por outra via que não seja a da atribuição de uma linha de crédito por uma instituição bancária, sendo que nos termos do CCP esta via constitui uma alternativa à demonstração do cumprimento, por outras vias, dos requisitos de capacidade financeira fixados pela entidade adjudicante. Importa salientar que, mesmo como alternativa, a declaração constante do anexo VI do CCP é escassamente utilizada e tem sido apontada como uma via pouco acessível às empresas, pelas dificuldades levantadas pelas instituições bancárias. Com efeito, consoante tem sido referido pela doutrina e demonstrado pela prática, tal facto deve-se quer à incerteza associada à emissão da declaração, quer às gravosas consequências decorrentes da sua extinção (cf. artigo 180.º), fatores fortemente dissuasores da assunção desse compromisso por parte das entidades bancárias (neste sentido, pode ver-se Débora Melo Fernandes in Revista de Contratos

Públicos, n.º 7, Jan-Abril 2013, p. 104).

Face a estes constrangimentos por parte dos bancos, as empresas têm sido confrontadas com a impossibilidade de obtenção destas declarações, situação que acaba por restringir o respetivo acesso a este tipo de concursos e o leque de candidatos, como resultado de errada aplicação do quadro legal que é urgente corrigir, tornando claro que a declaração bancária só pode ser exigida quando são fixados requisitos de capacidade financeira no programa do procedimento e sempre como alternativa ao cumprimento dos mesmos.

5.8 - Reduzir a litigância e a conflituosidade na fase de formação e de execução do contrato

Sugere-se a adoção de um conjunto de mecanismos adequados a reduzir a litigiosidade entre o dono da obra e os interessados/empreiteiro durante a fase de formação e de execução do contrato:

- previsão de prazos adequados de apresentação de propostas, dado que os atualmente consagrados influenciam a qualidade das propostas e em regra as entidades adjudicantes adotam os prazos mínimos, ignorando a regra do nº 2 do artigo 63º do CCP nos termos da qual a fixação do prazo de apresentação das propostas deve ter em conta *“o tempo necessário à sua elaboração, em função da natureza, das características, do volume e da complexidade das prestações objeto do contrato a celebrar, em especial dos aspetos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, bem como a necessidade de prévia inspeção ou visita a locais ou equipamentos, por forma a permitir a sua elaboração em condições adequadas e de efetiva concorrência”*;
- construção de modelos de avaliação de propostas que cumpram rigorosamente o estabelecido no CCP (cf. artigos 74.º, 75.º, 132.º alínea n), 139.º);
- previsão de prazos máximos para a emissão do relatório preliminar, do relatório final e

da decisão de adjudicação. A demora que habitualmente se verifica na prática destes atos causa perturbações sérias ao planeamento da atividade comercial das empresas e origina, entre outras, dificuldades no planeamento dos recursos necessários ao início dos trabalhos;

- simplificação de linguagem e orientações técnicas - à semelhança do que é feito por exemplo em França, onde são elaboradas fichas interpretativas e explicativas, de modo a facilitar a aplicação prática do Código, devem continuar a ser elaboradas e divulgadas orientações técnicas sobre o CCP pelo IMPIC;
- previsão de prazos máximos para o cumprimento de certos atos e obtenção de resposta pelo dono da obra a pedidos e ou reclamações do empreiteiro designadamente sobre:
 - aprovação do desenvolvimento do plano de segurança, do plano de trabalhos e métodos construtivos associados;
 - esclarecimentos sobre o projeto e aspetos técnicos relevantes para o normal andamento dos trabalhos;
 - reclamação de erros ou omissões do caderno de encargos;
 - pedidos de prorrogação do prazo de execução (graciosos ou legais).
- reforço da utilização do livro de obra enquanto instrumento de gestão do contrato. À semelhança do que sucede no âmbito das empreitadas de obras particulares (cf. Portaria n.º 1268/2008, de 6 de novembro), a utilização do livro da obra pública deveria ser repensada tendo em vista potenciar a sua utilidade na gestão da empreitada, evitando atrasos injustificados na tomada de decisões e conferindo maior celeridade à evolução dos trabalhos. Entre outros aspetos, o livro de obra deveria prever registos com uma periodicidade mínima pelo diretor de fiscalização, diretor de obra e gestor do contrato sobre o estado de execução da obra, apreciação de questões técnicas pertinentes para o bom andamento da mesma, tomadas de decisão conjuntas

sobre a evolução dos trabalhos, etc.

Porto, 28 de setembro de 2020

28