

FEPICOP - FEDERAÇÃO PORTUGUESA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO E OBRAS PÚBLICAS

Associações Filiadas :

AECOPS – Associação de Empresas de Construção e Obras Públicas e Serviços

AICCOPN – Associação dos Industriais da Construção Civil e Obras Públicas

ANEOP – Associação Nacional dos Empreiteiros de Obras Públicas

Exmo. Senhor
Vice-Presidente do Conselho Directivo do InCI, I.P.
Dr. Fernando Silva

Ex.mo Senhor:

Na sequência da comunicação de V. Exa de 28 de Julho findo, serve o presente para remeter, conforme solicitado, a resposta da FEPICOP à proposta de alteração do Código dos Contratos Públicos, tendo em vista a transposição da Directiva 2007/66/CE, também designada por “Directiva Recursos”.

Como questão prévia, insiste-se na posição discordante desta Federação quanto à introdução sistemática de alterações ao Código dos Contratos Públicos, bem como quanto à repetida criação de regimes excepcionais que afastam a aplicação das regras gerais do Código.

Nessa medida, causa-nos grande estranheza que se aproveite o diploma em apreço para clarificar a aplicação das regras do CCP aos acordos realizados no âmbito da Rede Nacional de Cuidados Integrados e às empreitadas destinadas a dar execução aos projectos no âmbito do Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural – matérias que em nada se relacionam com a transposição da “directiva recursos” – deixando de fora outras matérias que há muito carecem de ser corrigidas e que muito têm penalizado a actividade das empresas de construção, como seja, designadamente, a ausência de uma fase conciliatória prévia e extrajudicial que permita às partes resolver os litígios surgidos no âmbito de um contrato de empreitada, sem necessidade de recurso aos tribunais.



Assim, não podemos deixar de reiterar que esta alteração ao Código deveria, em nosso entender, ser aproveitada, sim, mas para introduzir as alterações que o Sector vem reclamando e que constam de documentos que esta Federação tem feito chegar ao MOPTC e ao InCI e que constam, em grande medida, do documento com a “posição do “INCI” quanto à alteração do Código dos Contratos Públicos” sobre o qual a FEPICOP se pronunciou em Agosto de 2009.

Relativamente ao projecto de diploma em apreço, a FEPICOP mantém a opinião que dirigiu ao Presidente desse Instituto, em 27/10/2009, no sentido de ter as maiores reservas de que a transposição da directiva seja cabalmente assegurada apenas com alterações ao CCP e não também ao CPTA. Entendemos, com efeito, que a proposta de transposição em análise fica aquém do que a directiva pretende ver assegurado, pois há aspectos nela consagrados que não resultam a nosso ver transpostos nesta proposta e que era imperioso consagrar.

Na verdade, atendendo a que a Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril, que aprovou o Orçamento do Estado para 2010, veio, no seu artigo 128.º, autorizar o Governo a alterar o Código de Processo nos Tribunais Administrativos no sentido “de transpor integralmente para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro” (cf. n.º 2 do artigo 128.º da LOE 2010), e que as propostas de alteração constantes do projecto em apreço não correspondem às que constam da referida lei de autorização, permitimo-nos concluir que o projecto cuja apreciação nos foi solicitada não traduz a transposição “integral” da referida directiva, circunstância que dificulta em muito a respectiva análise, uma vez que o projecto em apreço é omissivo quanto a matérias relativamente às quais entendemos ser essencial pronunciar-nos.

Consideramos, com efeito, particularmente gravoso o facto de não se assegurar que o contrato só possa ser celebrado após a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias quer sobre o pedido de recurso, desde que o recurso da decisão de adjudicação tenha sido interposto antes de decorrido o prazo previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 104º do CCP.

Pese embora o projecto em apreciação ser omissivo no que se refere à previsão de um prazo suspensivo mínimo autónomo que não termine antes da instância de recurso ter tomado uma decisão sobre o pedido (cf. considerando 12 e nº 3 do artigo 2º da Directiva), não pode esta Federação deixar de manifestar a sua posição, no sentido de ser necessário assegurar que as alterações a efectuar no CPTA garantam uma resposta célere por parte da instância de recurso e obstem a que a suspensão da celebração do contrato, enquanto a instância de recurso não toma uma decisão, não tenha lugar por um período demasiado longo. Na verdade, a não ser assim, poderemos vir a assistir a uma verdadeira paralisação da actividade do Sector da Construção.

Por outro lado, entende esta Federação que deve ser acautelado o uso abusivo e de má fé da suspensão da celebração do contrato como expediente dilatatório. Trata-se de uma prática que pode condicionar o regular desenvolvimento da actividade do Sector, com graves inconvenientes para entidades adjudicantes e empreiteiros e que deve ser prevenida e sancionada de forma eficaz, designadamente ao nível do processo de manutenção do alvará junto do InCI.

Outro aspecto adicional com o qual se discorda frontalmente, e que consta explicitado nas observações específicas, respeita às alterações, agora sugeridas pela introdução das alíneas e) do nº 4 do artigo 95º e do nº 2 do artigo 104º, alterações estas às regras actuais de que não se pode dar início à execução de um contrato (que não tenha de ser reduzido a escrito) e não pode ser celebrado contrato antes de “decorridos 10 dias contados da data da notificação de adjudicação da decisão de adjudicação”, independentemente do seu valor.

A este respeito salientamos desde já que, tendo a consagração do “prazo suspensivo” como objectivo o de *“proporcionar aos proponentes interessados tempo suficiente para analisarem a decisão de adjudicação e avaliarem a oportunidade de interpor recurso”* (cit parte inicial do considerando 6 da directiva), consideramos que o mesmo deve ser acautelado independentemente do valor do contrato a celebrar. Com efeito, é imperioso que uma eventual ilegalidade da adjudicação possa ser invocada antes da celebração do contrato e do início da produção dos respectivos efeitos!

Por último, outro aspecto que igualmente não podemos deixar de assinalar refere-se ao disposto nos considerandos 13 e segs e nº 1 do artigo 2º-D da Directiva, quanto às situações que determinam a “privação de efeitos do contrato”.

Consideramos que, de forma a assegurar o conhecimento efectivo pelos interessados e concorrentes dos seus direitos de recurso, seria desejável a inclusão de um artigo autónomo que elencasse claramente as situações que determinam a anulação do contrato, uma vez que o novo artigo 283.º-A não cobre todas as situações previstas na Directiva. Desde logo, o citado artigo 283.º-A nada refere quanto aos casos em que a entidade adjudicante tenha celebrado o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias quer sobre o pedido de recurso, tendo o recurso sido interposto antes de decorrido o prazo previsto na alínea a) do nº 1 do artigo 104º do CCP, nem quanto aos casos em que a entidade adjudicante celebrou o contrato sem respeitar o prazo de suspensão da decisão de adjudicação previsto na alínea a) do nº 1 do artigo 104º do CCP.

Realçados estes vários aspectos, para os quais se solicita a melhor atenção, passamos a elencar as observações específicas que nos merece a proposta que nos veio agora remetida para apreciação:

ARTIGO 1º - OBJECTO

ARTIGO 4º - DISPENSA DE DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO E DE CAUÇÃO

ARTIGO 5º - EMPREITADAS NO ÂMBITO DO FEADER

Uma vez que os n.ºs 2 e 3 do artigo 1º e os artigos 4º e 5º não têm qualquer relação com a concretização da transposição de Directiva 2007/66/CE, a que se reporta este projecto de Decreto-Lei, não se nos afigura curial a sua previsão no mesmo, conforme acima já se referiu.

ARTIGO 2º

ALTERAÇÕES AO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS



Artigo 77º

Notificação da decisão de adjudicação

De acordo com as observações efectuadas de seguida, quanto aos artigos 95º e 104º, consideramos imperioso que do nº 1 seja eliminada a expressão “quando aplicável”, devendo existir sempre a indicação do prazo de suspensão.

Artigo 95º

Inexigibilidade e dispensa de redução do contrato a escrito

Artigo 104.º

Outorga do contrato

Discorda-se frontalmente do teor das novas alíneas e) do nº 4 do artigo 95.º e do nº 2 do artigo 104.º do CCP, na medida em que as mesmas excepcionam os procedimentos em que “não seja obrigatória a publicação de anúncio do procedimento no JOUE” da obrigatoriedade de respeitar a regra de que não se pode dar início à execução do contrato (que não tenha de ser reduzido a escrito) nem pode ser celebrado o contrato antes de “decorridos 10 dias contados da data da notificação de adjudicação da decisão de adjudicação” (cf. nº 3 do artigo 95º e alínea a) do nº 1 do artigo 104º).

Ou seja: a obrigação consagrada como princípio geral no nº 1 do artigo 104.º (e igualmente expressa no nº 3 do artigo 95º) perderá a grande maioria da sua aplicabilidade no que concerne à contratação de empreitadas de obras públicas, uma vez que, como é sabido, só 10% das mesmas é que tem um valor que obriga à sua publicitação no JOUE!

Ora não se compreende nem aceita que um aspecto tão importante consagrado na directiva dita “recursos” e que é o da previsão de um prazo suspensivo mínimo que interdita a imediata celebração de contrato após o momento de decisão da adjudicação (tendo em vista a eventual interposição de um recurso) fique circunscrito aos procedimentos acima de 4.845.000€ e aos ajustes directos realizados por motivos materiais.



A terminar realça-se igualmente que, a nosso ver, a filosofia constante da introdução das alíneas e) dos artigos 95º e 104º do CCP, cujo teor se contesta, contraria frontalmente o previsto no preâmbulo do CCP no sentido de que o mesmo acolhe novidades introduzidas pelas directivas comunitárias, como sejam os procedimentos de diálogo concorrencial, os leilões electrónicos, os sistemas de aquisição dinâmicos, e não circunscreve a possibilidade da sua aplicação aos casos em que exista obrigatoriedade de publicitação no JOUE. Com efeito, o legislador do CCP considerou que se as soluções são adequadas para a contratação pública acima de um determinado valor, também o são para a mesma contratação abaixo desse valor.

Ora não vemos qualquer razão (salvo a da conhecida demora e congestionamento dos tribunais) para a alteração da filosofia acima descrita e para a alteração da solução inicialmente estabelecida quando da publicação do CCP em anexo ao Decreto-Lei nº 18/2008, o qual consagrou a regra do prazo suspensivo para celebração do contrato, independentemente do valor do contrato em causa e da publicitação ou não do procedimento no JOUE.

Face a todo o exposto consideramos que devem ser eliminadas as novas alíneas e) dos preceitos em referência.

ARTIGO 3º

ADITAMENTO AO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Artigo 283º

Invalidez consequente de actos procedimentais inválidos

Congratulando-nos pelo facto, relativamente ao qual pugnámos, de se ter procurado transpor neste diploma, no novo artigo 283.º-A, os princípios constantes do nº 3 do artigo 2º-D da directiva, que esclarece detalhadamente quais as situações em que o interesse económico pode ser considerado razão imperiosa de interesse geral que exija a manutenção dos efeitos do contrato, temos dúvidas quanto à conformidade do nº 4 do actual artigo 283º com o previsto na directiva.



De facto e de acordo com a directiva, "O interesse económico na manutenção dos efeitos do contrato só pode ser considerado razão imperiosa se, em circunstâncias excepcionais, a privação de efeitos acarretar consequências desproporcionadas" (cit. segundo parágrafo do nº 3 do artigo 2º D da directiva), factualismo a que o nº 4 do artigo 283º actual não se circunscreve.

Artigo 283.º-A

Regime especial de anulabilidade

Nº 1: de acordo com as observações efectuadas aos artigos 95º e 104º, consideramos imperioso que seja eliminada do corpo do artigo a expressão "*cujo preço contratual seja igual ou superior ao referido na alínea b) do nº 1 do artigo 19.º, na alínea b) do nº 1 e nº 2 do artigo 20º ou na alínea b) do nº 1 do artigo 11º*", devendo o princípio constante deste número ser aplicável a qualquer contrato, independentemente do seu valor, desde que devesse ter sido publicitado no JOUE ou cumprido o prazo de suspensão.

Com efeito e a nosso ver, deve ser prevista, com carácter genérico, a anulabilidade dos contratos que não cumpram aquelas duas regras, quando aplicáveis, apenas se admitindo que seja afastado o efeito anulatório na situação do nº 4 do artigo 283º. Consideramos a este respeito que em vez de se mencionar, na parte inicial, "sem prejuízo do disposto nos nºs 2 e 4 do artigo 283º" se deve apenas mencionar "sem prejuízo do disposto no nº 4 do artigo 283º".

Por outro lado, ainda neste n.º 1, no que se refere às sanções alternativas que podem ser aplicadas à entidade adjudicante, entendemos que deve ser previsto um montante inferior mínimo para a sanção pecuniária, correspondente a, pelo menos, 25% do preço contratual, de modo a assegurar expressa e efectivamente que o montante a fixar não pode ser irrisório.

Ainda quanto a este número consideramos imperioso retomar-se a previsão que constava da alínea c) do projecto de diploma recebido do InCI em Janeiro deste ano, de acordo com a qual são igualmente anuláveis os contratos celebrados:



“c) antes de ter transitado em julgado a decisão judicial proferida em processo cautelar em que tenha sido requerida a suspensão da eficácia da decisão de adjudicação, quando for o caso”.

Aliás decorre da alínea b) do nº 1 do artigo 2.º D (“privação de efeitos”) da directiva que os contratos devem ser desprovidos de efeitos na situação do nº 3 do artigo 2º, que determina o seguinte:

*“Caso seja interposto recurso de uma decisão de adjudicação de um contrato para um órgão que decida em primeira instância, independente da entidade adjudicante, **os Estados-Membros devem assegurar que a entidade adjudicante não possa celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso.** A suspensão não pode cessar antes do termo do prazo suspensivo a que se referem o nº 2 do artigo 2º. A e os n.ºs 4 e 5 do artigo 2º.D”.*

Como acima se referiu, trata-se, em nosso entender, de um aspecto essencial da directiva que não resulta transposto para o nosso direito interno através deste projecto, pugnando-se para que seja expressamente acautelado e consagrado o princípio constante da directiva de que a entidade adjudicante não pode celebrar o contrato antes da instância de recurso ter tomado uma decisão quer sobre o pedido de medidas provisórias quer sobre o pedido de recurso.

De igual modo, reitera-se que, em nosso entender, tal previsão deve ser acompanhada de medidas que garantam uma resposta rápida por parte do tribunal, de modo a que a suspensão da celebração do contrato não se prolongue para além do razoável, situação que, a ocorrer, se poderá traduzir na paralisação da grande maioria das obras públicas, com graves inconvenientes para os donos de obra, para os empreiteiros e para o interesse público.

Nº 4: A nosso ver a redacção deste número poderá ser melhorada e clarificada em vários aspectos:

FEPICOP - FEDERAÇÃO PORTUGUESA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO E OBRAS PÚBLICAS

Associações Filiadas :

AECOPS – Associação de Empresas de Construção e Obras Públicas e Serviços

AICCOPN – Associação dos Industriais da Construção Civil e Obras Públicas

ANEOP – Associação Nacional dos Empreiteiros de Obras Públicas

- relativamente às “decisões judiciais ou arbitrais referidas no número anterior” verifica-se que o nº 3 deste artigo não se refere expressamente a essas decisões, as quais se encontram efectivamente expressas no nº 4 do artigo 283.º Neste contexto, sugerimos que a expressão acima citada seja substituída pela seguinte “as decisões judiciais ou arbitrais a que se reporta o número anterior, por remissão para o nº 4 do artigo 283º”;
- em vez de “quando assente” deverá explicitar-se “quando tal interesse assente”, para uma melhor percepção do respectivo teor.

Sendo estes os aspectos primordiais do projecto que nos veio remetido, solicitamos a sua ponderação e ficamos a aguardar uma informação que sobre o respectivo seguimento nos possa ser dada com a maior urgência.

O Representante da FEPICOP na CACCP



(José Tomaz Gomes)

S/00110/04-08-2010