

I. Tema cujo tratamento é omissso no Anteprojeto (à semelhança do que ocorria no CCP)

Uma modificação ao CCP com esta dimensão deveria ser acompanhada de uma revisão das regras de despesa pública, pelos seguintes motivos:

- a. A relevância da componente de concorrência da contratação pública deverá ser coordenada com a respetiva relevância financeira;
- b. As referidas regras encontram-se, atualmente, pulverizadas em diplomas avulsos dispersos, de forma desatualizada e pouco coerente (nomeadamente, DL n.º 197/99, de 08 de Junho, Regime Jurídico da Realização de Despesas Públicas e da Contratação Pública, Decreto-Lei 155/92, de 28 de Julho, Lei 8/2012, de 21 de Fevereiro e Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho, Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso e respetivo diploma de regulamentação, etc.), dificultando a sua aplicação;
- c. Os vícios no procedimento de autorização da despesa serão suscetíveis de condicionar e prejudicar o desenvolvimento do procedimento de contratação pública (nomeadamente, dificuldades de obtenção de visto prévio, sempre que tal seja exigido).

II. Artigo 473.º do Anteprojeto

1. A Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014 (doravante, Diretiva) apenas exclui do valor do contrato o IVA (cfr. artigos 4.º e 5.º).
2. O Anteprojeto à semelhança da Diretiva também só prevê a exclusão do IVA. Sucede que o Anteprojecto (à semelhança do que já acontecia no CCP) prevê outros dois conceitos de carácter financeiro relativamente aos quais deverão ser excluídos todos os tributos: o preço base e o preço contratual.
3. Por uma questão de coerência, o artigo 473.º deveria prever também a exclusão de outros tributos que possam acrescer ao preço base e preço contratual, pela seguinte ordem de razões:
 - i. Os tributos, tratando-se de prestações de natureza coativa – portanto, não contratual –, deverão ser segregados destes aspetos;
 - ii. Não correspondendo a um benefício económico tais valores não deverão ser considerados no valor do contrato, desde logo influenciando os procedimentos pré-contratuais aplicáveis;
 - iii. Não correspondendo a um valor que a entidade adjudicante “se dispõe a pagar” pela execução de todas as prestações que constituem objeto do contrato, não se justifica a sua inclusão no preço base;

- iv. A considerar-se incluídos no preço contratual, o seu aumento ou diminuição – coativamente determinado – será suscetível de determinar modificações contratuais objetivas supervenientes, as quais poderiam ser evitadas pela simples previsão, originária, da sua exclusão.
4. A título de exemplo: as aquisições de combustível pelas entidades adjudicantes, que, além do IVA, incluirão ainda o pagamento do ISPP (imposto sobre os produtos petrolíferos).
 5. Assim, ainda que se entenda não excluir o ISPP (ou outro qualquer tributo) do valor do contrato, por questões de harmonização com o Direito da União Europeia – o artigo 4.º da Diretiva relativo ao valor do contrato só prevê a exclusão do IVA –, considerando que o preço base e o preço contratual são conceitos de direito nacional, a respetiva exclusão não será suscetível de violar as Diretivas. Mantinha-se, portanto, a relevância dos demais tributos para a determinação do valor do contrato e, conseqüentemente, para a definição do procedimento de formação a adotar, mas excluir-se-iam os tributos do preço base e do preço contratual.

III. N.º 3 do artigo 74.º do Anteprojeto

1. Apesar de respeitar a uma previsão expressa da Diretiva (n.º 2 do artigo 67.º), a solução constante do n.º 3 do artigo 74.º do CCP (na redação do anteprojeto) não será inócua do ponto de vista das respetivas consequências financeiras.
2. Com efeito, a solução de fixação de um preço ou custo fixo e de deixar à concorrência apenas factos relativos à qualidade da proposta poderá determinar um desajustamento do valor selecionado relativamente ao preço que seria definido em condições normais de mercado.
3. Isto posto, consideramos que a disposição em análise deverá receber um enquadramento normativo mais desenvolvido.
4. Neste sentido, deverão ser estabelecidos pressupostos/condições dos quais dependerá a aplicação da norma em causa.
5. Relativamente ao n.º 8: O Anteprojeto mantém os denominados “contratos sem valor”.
 - a. A doutrina vem avançando com o enquadramento destes contratos, no sentido de que respeitaria aos contratos de valor indeterminável.
 - b. Contudo, crê-se que tal entendimento levaria a que a indeterminabilidade do valor do contrato fosse suscetível de permitir a adoção de qualquer dos procedimentos previstos.
 - c. Mas a tomar como bom esse entendimento deverá ser adotado para os contratos de valor indeterminável o modelo já adotado pelo legislador italiano, que, consciente, por um lado,

que os contratos de patrocínio têm valor económico, e, por outro lado, da dificuldade em determinar o valor daqueles contratos, previu uma norma específica que permitiu salvaguardar a concorrência e a boa gestão dos dinheiros públicos. O legislador italiano parte do raciocínio inverso daquele que serve de base ao método de cálculo-regra previsto na diretiva (*montante total a pagar*) e no Código dos Contratos Públicos português (*máximo benefício económico do adjudicatário*). Assim, não atendeu ao valor a despendido pela entidade adjudicante (ou terceiro) com a realização da empreitada, fornecimento de bens ou serviços, mas antes ao valor dos serviços que o adjudicatário prestará para a execução daquele contrato, isto é, ao valor da empreitada ou do fornecimento de bens ou serviços. De resto, utilizou o mesmo método que o legislador nacional consagrou para a determinação do valor da caução nos contratos sem preço (n.º 3 do artigo 89.º do CCP) e determinou que o valor da caução fosse definido de acordo com a utilidade económica que o contrato tem para a entidade adjudicante.

IV. N.º 2 do artigo 21.º do Anteprojeto:

1. O Anteprojeto prevê a revogação do n.º 2 do artigo 21.º do CCP, nos termos do qual se dispunha que: “Para a formação de contratos sem valor, excepto se se tratar de um dos contratos mencionados no número anterior, pode ser adoptado qualquer um dos procedimentos nele referidos.”.
2. Seria de clarificar qual o procedimento a adotar no caso de contratos sem valor – isto é, (i.) se o objetivo é manter o que estava previsto e apenas foi retirado por se considerar inócuo, (ii.) se não é necessário seguir qualquer procedimento, ou (iii.) se, à semelhança do que está previsto para os contratos de concessão e de sociedade, tem de ser adotado o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação ou o procedimento de negociação (n.º 2 do artigo 31.º do Anteprojeto/CCP).

V. Artigo 36.º do Anteprojeto:

1. Embora nos pareça francamente positiva a intenção de estabelecer uma obrigação de fundamentação da decisão de contratar, deverá ser reequacionada a solução proposta.
2. Em casos de contratos de valor inferior àqueles limites não deverá deixar de existir fundamentação – em conformidade com as regras que disciplinam a realização de despesa pública –, pelo que aquela previsão expressa poderá acabar por convergir numa cláusula de legitimação do incumprimento do dever de fundamentação da despesa quando se tratar de contratos com valor inferior ao referido na norma.

3. Mais do que justificar cada uma das exigências decorrentes do n.º 3 do artigo, importará justificar (i.) a necessidade da despesa associada ao objeto contratual, no sentido de que é necessário, imperativo ou, pelo menos, útil a contratação da realização da obra, do fornecimento do bem ou da aquisição do serviço, bem como (ii.) o cumprimento dos critérios de economia, eficiência e eficácia da despesa.
4. Acresce que, a utilização da expressão “nomeadamente” poderá constituir um fator de incerteza para as entidades adjudicantes.

VI. Artigo 47.º do Anteprojeto:

1. Importa promover um conjunto de esclarecimentos relativamente à disciplina do preço base (artigo 47.º do Anteprojeto). Propõe-se que se atente no seguinte:
 - i. Em certos casos, o preço base não deverá ser fixado em função de um valor a pagar pela entidade adjudicante, mas em função de um valor a receber por esta. Em tais situações, não fará sentido a aplicação do conceito de preço base previsto no n.º 1 do artigo 47.º (ou mesmo do n.º 2, o qual como veremos até parece encontrar-se deslocado). Em tais situações, propõe-se que o preço base do contrato corresponda, por exemplo, ao “preço mínimo a receber pela entidade adjudicante”.
 - ii. Relativamente ao n.º 2: A referência ao “montante previsível a receber pelas prestações objeto do contrato” será mais adequada a revelar o valor do contrato do que, propriamente, o “preço base” – basta pensar que podem existir prestações contratuais que não sejam devidas pela entidade adjudicante – caso paradigmático dos contratos de concessão.
 - iii. Relativamente ao n.º 3: A exigência de fundamentação da fixação do preço base não é, a mais das vezes, uma decisão aritmética fácil e evidente, podendo colocar dificuldades às entidades adjudicantes. Tal torna-se, inclusivamente, mais difícil considerando que o Anteprojeto revogou o disposto no n.º 5, no qual estava prevista a possibilidade de serem determinados preços unitários base.

Relativamente ao n.º 5: considera-se que não será feliz a revogação do n.º 5 do atual artigo 47.º do CCP, porquanto se elimina a previsão expressa da possibilidade de definir preços base unitários.

As diretivas de 2014 mantêm a dicotomia entre exclusões obrigatórias e exclusões facultativas constante da Diretiva de 2004/18/CE. Os impedimentos previstos no CCP continuam, no anteprojeto, a ser todos imperativos (contrariamente a alguns Estados membros, que preservaram a dicotomia europeia).

1) As pequenas alterações na alínea b). A sua manutenção em vigor, que contrasta com o entendimento amplo de “falta profissional” por parte do TJUE e com o desaparecimento da sua previsão nas diretivas de 2014;

Artigo 55.º, alínea b) CCP: “Tenham sido condenadas por sentença transitada em julgado por qualquer crime que afete a sua honorabilidade profissional, sem que entretanto tenha ocorrido a sua reabilitação, no caso de se tratar de pessoas singulares, ou, no caso de se tratar de pessoas colectivas, tenham sido condenadas por aqueles crimes a pessoa colectiva ou os titulares dos seus órgãos sociais de administração, direcção ou gerência das mesmas e estes se encontrem em efectividade de funções sem que entretanto não tenha ocorrido a sua reabilitação”;

O anteprojeto acrescenta a parte final “sem que entretanto não tenha ocorrido a sua reabilitação”.

Este motivo de exclusão associado à honorabilidade profissional estava previsto na Diretiva 2004 (artigo 45.º, n.º 2, al. c)), que esteve na origem da actual alínea b) do art. 55.º do CCP.

Contudo, o TJUE tem vindo a adotar, na sua jurisprudência, um entendimento amplo no que toca ao conceito de “falta profissional”, englobando “qualquer comportamento culposo que tenha incidência na honorabilidade profissional do operador em causa e não apenas as violações das regras deontológicas na estrita aceção da profissão à qual pertence esse operador, que sejam constatadas pelo órgão disciplinar previsto no quadro dessa profissão ou por uma decisão jurisdicional com força de caso julgado.”⁹. Estarão por isso abrangidos na “falta profissional” os casos dos “crimes que afetem a honorabilidade profissional” (alínea b) do actual art. 55.º do CCP).

A somar a isto, a Diretiva 2014/24/UE não prevê, ao contrário da sua antecessora, o “crime que afete a honorabilidade profissional” como motivo de exclusão.

Parece, por isso, desnecessário continuar a autonomizar o “crime que afete a honorabilidade profissional” (alínea b) do art. 55.º do CCP) da “falta profissional” (alínea c) do n.º 4 do art. 57.º da

⁹ Ac. do TJUE de 13 de dezembro de 2013, *Forposta*, proc. C-465/11, n.º 27. *Vd.*, no mesmo sentido, mais recentemente, o Ac. do TJUE de 18 de Dezembro de 2014, *Generali-Providencia Biztosító*, proc. C- 470/13, n.º 35.