

Jornadas UCP sobre a revisão do CCP

30 de Setembro de 2016

Dois tópicos: AD e consulta prévia;
contratação excluída e “regime mínimo”

Miguel Assis Raimundo
Professor da FDUL

miguelraimundo@fd.ulisboa.pt



- **1º tema: ajuste directo e consulta prévia**
- Proposta anteprojecto (cf. arts. 19º ss., 112º ss.) de autonomização (de novo) da consulta prévia a partir de certos valores:
 - AD bens e serviços até 20.000€, consulta prévia até 75.000€;
 - AD empreitadas até 30.000€, consulta prévia até 150.000€
 - AD: convite a um; consulta prévia: mínimo é convite a três

- A objecção da **irrelevância para a concorrência** na chamada de mais do que uma proposta; entre outras razões, é invocada a possibilidade do conluio, etc.
- Mas a objecção:
 - Parece basear-se apenas em suspeições, não apoiadas em factos
 - É desmentida por opções do ordenamento, e também pela prática, noutros domínios (se a crítica fosse verdadeira, por exemplo, o “mini-concurso” nos acordos quadro abertos seria redundante)
 - Revela insensibilidade às representações sociais

- Alguns dados (fonte: IMPIC):
 - AD sem critério material comunicados ao Base (2014 e 2015):
32%-34% pelas plataformas electrónicas; restante pelas entidades adjudicantes
 - **2015:** AD sem critério material e sem AD simplificado,
comunicados pelas PE:
 - **Com convite a 1:** 45% do nº de procedimentos, 41% do valor adjudicado; valor total adjudicado 248M€
 - **Com convite a pelo menos 2:** 55% nº de procedimentos, 59% valor; valor total 365M€

- Alguns dados (fonte: IMPIC) – cont.:
 - Interessante comparar estas percentagens com as relativas ao **nº de propostas apresentadas nesses AD:**
 - **Procedimentos com 1 única proposta: 43%** (contra 45% feitos com convite a 1)
 - **Procedimentos com mais do que 1 proposta: 37%** (contra 55⁰% feitos com convite a mais do que 1)
 - **Procedimentos sem proposta: 19%**



Inquérito Online (15 Agosto – 25 Setembro)



Quem respondeu (60)
Entidades (40):

- Escritórios de Advogados
- Forças Armadas
- Empresas Públicas (Águas, Resíduos, Teatros)
- Plataformas Eletrónicas e de Certificação
- Municípios
- Reguladores
- Direções Gerais/Regionais
- Saúde (Centros Hospitalares, etc)
- Escolas Universitárias
- Operadores económicos (projeto, construção, serviços, sistemas de informação, viagens e utensílios médicos)



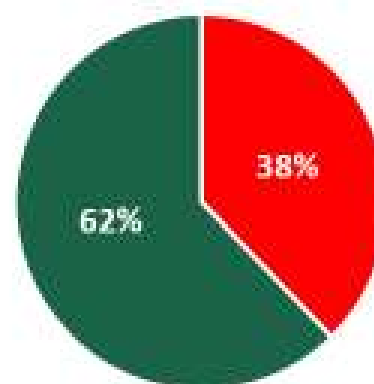
Inquérito Online

Avaliação



B - Opções procedimentais:

B1- Estabelecimento dos procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia para a formação de contratos de menor valor e seus limiares?



■ Positiva ■ Negativa

24%



- Mas a objecção (cont.):
 - Ignora que o sistema tem salvaguardas, *maxime*, 113^o/2, e outras normas que o projecto traz e podem relevar aqui: 35^o-B (consulta preliminar), 47^o/3 (definição do preço base), 62^o-A/3 (utilização de catálogos electrónicos existentes no mercado)...
 - Não tem em devida consideração o direito comparado
 - Esquece o direito europeu sobre os contratos não abrangidos pelas directivas em razão do valor (*sub-dimensional procurement*) – cf. adiante

- Análise OCDE (2011) sobre os vários sistemas de celebração de contratos de baixo valor na UE

([http://www.sigmaweb.org/publications/Threshold Contracts Public Procurement 2011.pdf](http://www.sigmaweb.org/publications/Threshold_Contracts_Public_Procurement_2011.pdf))

- “Other examples of simplified procedures include: (a) the requirement on contracting authorities to request quotations, offers or written tenders from a **specified number of tenderers without prior publication of an advertisement – thus ensuring some level of competition**; and (b) seeking two offers using an advertisement on a national portal but using a simplified procedure – so ensuring transparency and competition but using a process which is proportionate to the nature and value of the contract and avoiding an over bureaucratic approach.”

- Código italiano 2016 (art. 36):
 - **“Affidamento diretto”** até 40.000€;
 - **Consulta prévia a 5 operadores**, para obras entre 40.000€-150.000€, e 40.000€-limiares comunitários, para bens e serviços
 - **Consulta prévia a 10 operadores**, para obras entre 150.000€-1.000.000€

- Artigo 34/I/1º/a) do *Décret 2016/360* francês:
- « I. - Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée en vertu de l'article 27 :
1º L'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements procèdent à une publicité dans les conditions suivantes :
a) **Lorsque la valeur estimée du besoin est inférieure à 90.000 euros HT, l'acheteur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause ; »**

- Abaixo dos 25.000€ dispõe-se apenas (artigo 30/I/8º do *Décret 2016/360* francês):
- « 8º Pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros HT. **L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin ; »**

- A objecção da existência de **alternativas**:
 - Melhor seria que o regulador monitorizasse os procedimentos de ajuste directo?
 - mas com que propósito? E como poderá isso ser genericamente eficaz?
 - Melhor seria que acima dos valores de AD se fizesse concurso público?
 - mas porquê rejeitar soluções médias na “escala” da abertura ao mercado? Porquê partir logo para um procedimento com chamada genérica ao mercado, anúncios, programa de concurso, modelo de avaliação, etc.?

- A objecção dogmática: o AD e a consulta prévia são, no anteprojecto, **um ou dois procedimentos?**
 - A pergunta já poderia ser feita actualmente...
 - A mera semântica permite concluir que a expressão “ajuste directo” deveria ser reservada para procedimentos só com um convidado
 - AD e consulta prévia formam um subconjunto unido por um traço relevante: *a chamada é feita por convite*, e isso torna aceitável o tratamento conjunto
 - o ideal seria, naturalmente, a autonomização em duas secções

- A objecção relativa à **desadequação da consulta prévia nos fundamentos materiais** (art. 27º-A)
 - Não parece difícil encontrar exemplos de aplicação da norma;
 - Deve porém ser bem ponderada a solução, que pode gerar excessivo constrangimento na escolha do procedimento por razões materiais

- **2º tema: o art. 6º**
- Propósito do preceito: identificação do(s) regime(s) dos contratos excluídos e previsão de um “regime mínimo” para alguns deles
- É hoje pacífica a incidência dos princípios dos tratados nos contratos não abrangidos pelas directivas por força de qualquer dos critérios de exclusão:
 - fora dos tipos contratuais abrangidos;
 - dentro dos tipos abrangidos, mas com objectos específicos; e
 - dentro dos tipos abrangidos, mas de valor inferior aos limiares (*below thresholds, sub-dimensional procurement*)

- A aplicação dos princípios em **todos** os contratos excluídos (que é pacífica) não pode ser confundida com a exigência, em todos os casos, de **procedimentos dotados de publicidade e concorrência** (que nunca foi defendida);
 - Não fazendo essa distinção, João Amaral e Almeida/Pedro Fernández Sánchez (2016)
- A jurisprudência sobre a matéria tem sido sucessivamente reafirmada, sem divergências no essencial: TJ 14-11-2013, *Comune di Ancona* (C-388/12); TJ 10-07-2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12); TJ 11-12-2014, «Spezzino» (C-113/13); TJ 18-12-2014, *Generali-Providencia Biztosító Zrt* (C-470/13); TJ 02-06-2016, *Falk Pharma* (C-410/14)
 - Aparentemente em sentido diferente, João Amaral e Almeida/Pedro Fernández Sánchez (2016)

- O limiar de 750.000€ dos serviços sociais e outros serviços específicos (como os outros limiares) não permite automaticamente rejeitar os princípios;
- Isso decorre com clareza do considerando 114, 2º parágrafo, da Directiva 2014/24: “Os serviços à pessoa de valor inferior a este limiar não terão, **em condições normais**, interesse para os prestadores de serviços de outros Estados-Membros, **salvo se existirem indicações concretas em contrário, nomeadamente um financiamento da União para projetos transfronteiriços.**”
 - Em sentido diferente, João Amaral e Almeida/Pedro Fernández Sánchez (2016: 23 ss.);

- Além disso, independentemente dos princípios de direito europeu, *aos princípios da própria ordem jurídica nacional* repugnaria que contratos susceptíveis de concorrência, de elevado valor (mesmo abaixo dos limiares), fossem atribuídos sem qualquer medida de publicidade e concorrência
- Assim se explica a lógica de dois níveis do art. 6º:
 - Aos contratos dos arts. 5º e 5º-A os princípios gerais da actividade administrativa e o dever de fundamentação (para exclusão da parte II);
 - A *alguns* dos contratos excluídos aplica-se um “regime mínimo”, de exigência graduada de acordo com as características do contrato
 - Comparação com o regime actual

- Como seria bom, se tudo no direito dos contratos públicos fosse tão certo, tão matemático, tão linear, tão isento de dúvidas, tão objectivo, como... por exemplo, como o Código da Estrada!

- Artigo 145.º (Contraordenações graves)
- 1 - No exercício da condução, consideram-se graves as seguintes contraordenações:
 - a) O trânsito de veículos em sentido oposto ao estabelecido;
 - b) O excesso de velocidade praticado fora das localidades superior a 30 km/h sobre os limites legalmente impostos, quando praticado pelo condutor de motociclo ou de automóvel ligeiro, ou superior a 20 km/h, quando praticado por condutor de outro veículo a motor; (...)
 - e) O trânsito com **velocidade excessiva para as características do veículo ou da via, para as condições atmosféricas ou de circulação, ou nos casos em que a velocidade deva ser especialmente moderada**; (...)

Obrigado pela vossa atenção

miguelraimundo@fd.ulisboa.pt