

MEMORANDO

Foi afirmado pelo Senhor Ministro das Obras Públicas, que o novo Código dos Contratos Públicos, *“visa promover e garantir uma maior simplificação, transparência e rapidez de procedimentos e uma maior responsabilização de todos os agentes públicos e privados, envolvidos neste tipo de processos, com especial incidência no sector da construção”*, inserindo-se, *“portanto, na orientação política do Governo no sentido da modernização e simplificação da administração do Estado, com vista a criar um melhor ambiente para a vida das empresas e demais agentes económicos e a promover uma mais eficiente e rigorosa gestão dos dinheiros públicos”*. Concordamos com os objectivos assumidos pelo Governo.

Estes objectivos do Governo são coincidentes com os defendidos pela FEPICOP. O novo Código deverá poder constituir um verdadeiro instrumento de trabalho ao serviço de todos os agentes do sector, sejam eles as empresas ou os donos de obra.

No entanto, se nos revemos nos objectivos anunciados, não podemos deixar de manifestar a nossa apreensão face a várias das soluções adoptadas, tanto mais que indo para além do que é o conteúdo mínimo e obrigatório das duas directivas cuja transposição se pretende ver assegurada, implicam todo um trabalho de concretização o qual, em muitos aspectos se traduz em opções que se nos afiguram manifestamente desajustadas, não só pelos efeitos profundamente negativos que lhes perspectivamos, mas também pela manifesta contradição com aqueles objectivos.

Este código representa em muitos e importantes aspectos uma ruptura com o vigente Regime Jurídico constante do D.L. 59/99, de 2 de Março. Tendo presente todo o património legislativo relativo às empreitadas de obras públicas (com um regime coerente, já desde 1969), este é o sector mais penalizado com a uniformização e consequente perda de regulamentação que se constata.

As grandes alterações e novidades que nos foram apresentadas são merecedoras das nossas críticas, não permitindo o bom funcionamento do mercado, condição essencial para o desenvolvimento de uma concorrência sã e para potenciar a competitividade das empresas e do sector em geral.

Bem pelo contrário, acentuam o desequilíbrio e serão geradoras de litigiosidade acrescida entre os donos de obra e as empresas de construção.

Tal como a Ordem dos Engenheiros refere no Estudo que divulgou sobre os desvios nas Obras Públicas, “*o aumento significativo dos advogados que acompanham a gestão dos contratos, face aos engenheiros, são o sinal da valorização das disposições jurídicas e a prova da menor atenção prestada por muitos donos de obra pública às matérias de engenharia.*” – este código acentua, precisamente esta realidade, pondo em causa, definitivamente, a simplificação, transparência e responsabilização preconizadas.

Sem prejuízo do parecer que, de uma forma mais detalhada e pormenorizada, foi elaborado pela FEPICOP, destacamos os seguintes aspectos que aqui são abordados, pelas consequências gravosas que lhes perspectivamos:

1 - Desde logo pela técnica legislativa e pela linguagem adoptadas

Entende-se que simplificar significa tornar perceptíveis e acessíveis as soluções constantes num qualquer diploma legal – não só para o técnico intérprete e aplicador da norma, mas sobretudo para os seus reais destinatários: as entidades adjudicantes e as empresas.

Ora, a nosso ver, a introdução injustificada de novos conceitos e terminologias, representa uma das alterações significativas ao regime aplicável à formação dos contratos de empreitadas de obras públicas, cuja estabilidade, permitiu a sedimentação de um património legislativo, com o qual as partes se encontram de há muito familiarizadas.

É o que acontece quanto às normas relativas ao modelo de avaliação das propostas e de avaliação da capacidade financeira, com a adopção de expressões sem qualquer tradição no nosso direito e que, por serem de cariz intrinsecamente técnico, se apresentam de difícil interpretação para o comum utilizador. É o caso da noção de proposta variante e de expressões como “*decomposição arborescente*”, “*monotonamente crescente ou decrescente*”, “*factores e sub-factores elementares*”, “*atributo da proposta*” e “*níveis plausíveis de impacto*”.

2 – Pela filosofia desajustada da realidade do mercado das obras públicas

Em nossa opinião simplificar não se pode confundir com desregulamentar. Assim e ainda que se possa considerar “como uma solução menos boa a disciplina minuciosa do contrato de empreitadas de obras públicas” em sede do presente Código, atento o “objectivo de o construir sobre títulos e capítulos equilibrados e com uma estrutura tão homogénea quanto possível”, discorda-se profundamente da não regulamentação de alguns aspectos chave que agora se pretende deixar à liberdade das partes, bem como da maioria dos caminhos escolhidos para alcançar tal desiderato.

Não podemos deixar de concluir por uma errónea percepção da realidade, sobretudo tendo em conta a natureza do contrato administrativo e a desigualdade de direito e de facto, entre contraente público e co-contraente. Na verdade, se se pretende alcançar algum equilíbrio, constatamos que, pelo contrário, é ainda mais acentuada a desigualdade entre ambas as partes.

Neste âmbito a perda de regulação é tão grave que nos parece um retrocesso sem retorno a um *status quo* que se encontrava antes de 1969 – refira-se que foi o próprio legislador a verificar e a criticar o desequilíbrio negocial que na altura existia e que agora se pretende reintroduzir.

De facto, dada a natureza do contrato administrativo é manifesta a existência de uma desigualdade entre ambas as partes, não só no que se refere aos poderes contratuais, mas de igual forma, no âmbito da liberdade na negociação do contrato. Se actualmente poderemos concluir pela existência de alguma uniformidade, no futuro as empresas poderão ser confrontadas com uma diversidade de exigências, o que é agravado pelo facto de deixar de existir um caderno de encargos tipo a observar pelos donos de obra pública. Em suma, poderão ser postas em causa a certeza e segurança jurídicas, bem como a transparência dos concursos.

Desta forma, não deverão ser remetidas para estipulação contratual, designadamente:

- As condições concretas da garantia técnica;
- O objecto, periodicidade e formalidades das medições,
- O modo de retribuição do empreiteiro;
- A estipulação da obrigatoriedade da revisão de preços dos contratos;
- A estipulação dos prazos de pagamento a observar.

3 – Pelas soluções erradas e desajustadas preconizadas que colocam em causa os objectivos definidos pelo Governo

Matérias que há muito carecem de uma efectiva e eficaz regulação permanecem por concretizar ou são-no de uma forma errada, tais como:

- **Valor do contrato (preço base do procedimento)** – O valor do contrato não deve ser definido como o valor máximo que a entidade adjudicante está disposta a pagar, mas sim como o “valor estimado do contrato”, ou seja, o custo total provável dos trabalhos a executar calculado com base nas medições do projecto. Atendendo à incapacidade demonstrada, até agora, pelos donos de obra, para a apresentação de estimativas realistas, não raras vezes, os procedimentos deixarão de se concretizar, com todas consequências negativas daí decorrentes, quer para os donos de obra, quer para os concorrentes que neles investiram.
- **Limitação dos trabalhos a mais** – Manifestamos a total discordância com a previsão do limite de 5% constante para a possibilidade de realização de trabalhos a mais, pois o mesmo é manifestamente insuficiente e, como tal, impraticável, no âmbito dos contratos de empreitadas de obras públicas. Em nosso entender, deverá ser mediante o conceito de trabalhos a mais, que deve ser feita a sua delimitação qualitativa. Esta noção, por si só, deverá garantir uma adequada limitação da extensão e da natureza dos trabalhos que os integram. Assim, sempre haveria que:
 - a) Eliminar o referido limite de 5% por não ser praticável no âmbito de um contrato de empreitada de obras públicas. Caso não seja essa a opção do legislador, o que só por mera hipótese se admite, sempre haveria que aumentar razoavelmente tal valor percentual e reportá-lo apenas ao valor de cada um dos contratos relativos a trabalhos a mais e não a esse valor “somado ao preço estipulado em eventuais contratos anteriores com idêntico objecto”;
 - b) Deduzir o valor dos trabalhos a menos para o cálculo do limite de 50% previsto como limitação absoluta, imposta ao somatório dos preços estipulados no contrato a celebrar e nos anteriores contratos relativos a trabalhos a mais. O que, neste caso deverá ser objecto de consideração é a diferença entre trabalhos a mais e trabalhos a menos.

▪ **Obrigatoriedade de escolha do concurso limitado por prévia qualificação e escolha do modelo complexo de selecção** – Entende-se ser necessário introduzir uma maior objectividade na definição e concretização dos pressupostos que aconselham o recurso ao concurso limitado. O que se pretende excepcional não se deverá converter na regra. A sua utilização deverá, assim, reconduzir-se a situações delimitadas. Esta questão é ainda mais agradável pelo facto de, em todos os casos em que é legítimo o recurso ao concurso limitado por prévia qualificação a entidade adjudicante poder optar, indistintamente, pelo modelo simples de qualificação (no qual serão convidados a apresentar proposta todos os candidatos qualificados) ou pelo modelo complexo de qualificação (que faz assentar a qualificação num sistema de selecção segundo o critério da maior capacidade técnica e financeira) seleccionando só as empresas com maior capacidade técnica e financeira. Só estas é que serão convidadas a apresentar proposta. Desta forma, caso se opte pela manutenção da possibilidade de recurso ao modelo complexo de selecção, deverá delimitar-se a possibilidade de recurso ao concurso limitado por prévia qualificação e sistema de selecção, quer em função do valor do contrato, quer em função de critérios materiais.

▪ **Leilão electrónico** – A transposição da figura dos “leilões electrónicos”, prevista na Directiva, não reveste carácter obrigatório. Em nosso entender o recurso aos leilões electrónicos para adjudicação de empreitadas de obras públicas poderá determinar efectivos prejuízos para o interesse público, sobretudo num momento em que é essencial assegurar uma real transparência procedimental.

De facto, considera-se que uma tal possibilidade abre as portas à discricionariedade e à apresentação de propostas de valor totalmente irrealista, tendo o exclusivo propósito de ganhar o concurso.

▪ **Preços anormalmente baixos** – Deverá ser estabelecido um mecanismo que permita a exclusão de propostas com preços anormalmente baixos, com respeito pelas regras comunitárias. O mecanismo constante do Anteprojecto do CCP, estabelecido por referência ao preço base do concurso é a nosso ver insuficiente e inadequado, pois a referência a 50% do preço base do concurso, traduz um critério cego. Pode ou não traduzir um preço anormalmente baixo em função da maior ou menor complexidade da obra.

Por outro lado, o livre arbítrio das entidades adjudicantes na fixação do que deverá ser o valor a partir do qual o preço total apresentado é tido como anormalmente baixo, é igualmente preocupante.

- **Caução** – Não é admissível que seja remetida para o contrato a fixação e concretização das condições de liberação das garantias prestadas. Ao remeter para o contrato a concretização de tais condições e ao prever-se a liberação da caução no prazo de 30 dias após o cumprimento de todas as obrigações contratuais, que se presume só venha a acontecer com a recepção definitiva, poderá acontecer que tendo sido objecto de estipulação contratual um prazo de garantia de 15 anos, a caução só venha a ser liberada uma vez decorrido aquele prazo. Poderá significar, pois, que a situação actualmente vivida pelas empresas – encontram-se com os seus plafonds bancários esgotados – venha a ser agravada, com um efectivo e inoportável alargamento do prazo de retenção das garantias prestadas. Seria mais adequado e ajustada a reintrodução do regime vigente no D.L. 405/93 – as garantias mantêm-se pelo prazo de um ano após a recepção provisória.
- **Garantia técnica da obra** - É inaceitável que aspectos concretos da garantia técnica, como o prazo de garantia técnica da empreitada, as obrigações do empreiteiro e as condições referentes à liberação das garantias prestadas pelo empreiteiro possam ser objecto de estipulação contratual. O legislador esquece-se que a posição das partes não é de total igualdade ou equilíbrio, pelo que deverá fixar legalmente prazos máximos de garantia, ao invés de remeter para o contrato e para uma suposta negociação que não existe, a determinação do prazo da mesma.

Com efeito, tendo em vista diminuir o número de conflitos que a este propósito se têm vindo a suscitar e que ocasionam inúmeras situações de recurso às vias judiciais, a FEPICOP entende que deverá ser prevista a possibilidade de exigência dos seguintes prazos máximos de garantia:

1. um prazo de garantia de 10 anos, cuja previsão tem vindo a ser anunciada, relativamente a eventuais defeitos estruturais, designadamente fundações, pilares, vigas, lajes ou paredes resistentes, que comprometam, afectem ou ponham em risco a sua resistência mecânica ou a sua estabilidade;

2. um prazo de garantia de 5 anos relativamente a defeitos em elementos construtivos (como por exemplo fissuras em rebocos ou alvenarias, impermeabilizações, infiltrações) ou em instalações técnicas (cabos, canalizações);
3. um prazo de garantia de 2 anos relativamente à qualidade dos acabamentos do imóvel (pedras, madeiras, pinturas, tectos falsos) ou ao funcionamento dos equipamentos do edifício que sejam dissociáveis deste, como as caldeiras, elevadores, aparelhos electrodomésticos.

Por outro lado, deverá ser previsto que são excluídos da garantia todos os defeitos que resultarem de má utilização, de uma utilização abusiva ou negligência.

- **Erros e omissões** – É impensável a substituição do direito do adjudicatário de reclamação quanto a erros e omissões do projecto pela obrigação de identificação e suprimento dos mesmos por todos os concorrentes nas suas propostas. Entende-se, pois, que o regime agora proposto, para além de representar uma total e infundada inversão do regime actualmente vigente, contraria a anunciada maior responsabilização de todos os agentes públicos e privados.

Não podem ser os concorrentes a suportar os riscos e consequentes encargos pela inexactidão de peças que não são da sua responsabilidade. A obrigatoriedade de verificar aspectos ou dados que “contrariem normas legais ou regulamentares aplicáveis”, exige uma revisão dos elementos patenteados pelo dono da obra por parte de uma nova equipa de projectistas.

- **Revisão de Preços** – É absolutamente inaceitável a introdução do princípio da livre disponibilidade do direito à revisão de preços. O regime da revisão de preços é essencial para a reposição do equilíbrio financeiro nos contratos de empreitadas de obras públicas. Na prática vai acontecer que nunca ou só em raras situações será previsto o recurso à revisão de preços. Trata-se de um retrocesso legislativo e, sobretudo em conjunturas económicas difíceis, inoportável.
- **Reposição do equilíbrio financeiro do contrato e risco de força maior** – A necessidade de reposição do equilíbrio financeiro num qualquer contrato é um pressuposto que em nosso entender é essencial salvaguardar. Neste sentido, é absolutamente inaceitável que tal só seja possível “nos termos contratualmente estabelecidos”, pelo que tal expressão deverá ser eliminada.

Considera-se igualmente inaceitável que os encargos resultantes de eventuais situações de força maior não tenham de ser sempre suportados pelos donos de obra.

- **Prazo de pagamento** – Deve resultar clara e expressamente da letra da lei que o contrato não pode estipular prazos de pagamento superiores ao prazo máximo de 30 dias aqui previsto. Na verdade, é inaceitável que por contrato possa ser afastada aquela regra, sob pena de poderem ser fixados prazos de pagamento manifestamente excessivos
- **Atrasos nos pagamentos** – Deverá ressaltar-se que a taxa de juro de mora a estabelecer no contrato não poderá ser inferior à taxa legalmente fixada. Não poderão ignorar-se a este respeito as imposições comunitárias, constantes do Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro, diploma que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 2000/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de Junho de 2000. Seria pois ilegal a possibilidade de fixação no contrato, casuisticamente, de outra taxa de juro de mora a abonar ao co-contratante em caso de mora no pagamento das quantias devidas.

Tem-se assim por essencial prever que a taxa de juro de mora a abonar ao empreiteiro em virtude de incumprimento de obrigações pecuniárias por parte do dono da obra é a taxa de juro aplicada pelo Banco Central Europeu à sua mais recente operação principal de refinanciamento efectuada antes do 1.º dia de Janeiro ou Julho, consoante se esteja, respectivamente, no 1.º ou no 2.º semestre do ano civil, acrescida de 7 pontos percentuais.

- **Prazo mínimo para a apresentação das propostas:**
 - em concursos públicos sem publicidade internacional (Artigo 117.º)
 - em concursos limitados por prévia qualificação sem publicidade internacional (Artigo 160.º)

É com grande apreensão que constatamos a possibilidade de um excessivo encurtamento dos prazos para apresentação das propostas.

Com efeito, afigura-se totalmente irrealista a previsão de um prazo mínimo de 15 dias para a apresentação de propostas para um contrato de empreitada de obras públicas, sobretudo atendendo à exigência formulada a respeito da apresentação de erros e omissões. Assim, tem-se por essencial a previsão de um prazo não inferior a 30 dias.

- **Prazo mínimo para apresentação das candidaturas em concursos limitados por prévia qualificação sem publicidade internacional (Artigo 142.º):**

Também se considera manifestamente reduzido o prazo de nove dias para apresentação de candidaturas a concursos de empreitadas de obras públicas devendo manter-se o actual prazo de vinte e um dias (cf artigo 123.º, nº 4 do Decreto-Lei nº 59/99).

Porto, 7 de Novembro de 2006.