

OBSERVAÇÕES

PROJECTO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

INTRODUÇÃO

Tendo sido solicitado parecer a esta Federação relativamente à versão final do Código dos Contratos Públicos, que contempla o conjunto das normas referentes aos procedimentos pré-contratuais públicos, absorvendo todo um quadro jurídico, referente à aquisição pelo Estado de bens e serviços, por enquanto constante de diversos normativos, em particular do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, do Decreto-Lei n.º 197/99 e, finalmente, do Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto e que visa assegurar a transposição das Directivas Comunitárias 2004/18/CE e 2004/17/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, as associações representativas do Sector da Construção Civil e Obras Públicas, integrantes da FEPICOP – Federação Portuguesa da Indústria da Construção e Obras Públicas, vêm apresentar os comentários e principais preocupações que a análise do documento suscita.

SIMPLIFICAÇÃO, TRANSPARÊNCIA E RESPONSABILIZAÇÃO

Foi afirmado pelo Senhor Ministro das Obras Públicas, que o novo Código dos Contratos Públicos, para além de um projecto legislativo ambicioso e muito exigente, *“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”.

Não podemos senão concordar com os objectivos assumidos pelo Governo.

Porém, se nos revemos nos objectivos anunciados, várias das soluções adoptadas preocupam-nos, tanto mais que indo para além do que é o conteúdo mínimo e obrigatório das duas Directivas comunitárias supra-referidas, implicam todo um trabalho de concretização o qual, se nalguns casos necessário, noutros segue, porém, opções que se nos afiguram manifestamente desajustadas, não só pelos efeitos profundamente negativos que lhes perspectivamos, mas, de igual modo, por vezes em manifesta contradição com os objectivos essenciais apontados ao projecto de normativo em apreço.

Desde logo, embora se reafirme a bondade de uma solução que vise a criação de um conjunto homogéneo de regras referentes aos procedimentos pré-contratuais públicos, não podemos, todavia, deixar de evidenciar as naturais dificuldades inerentes à efectiva concretização de uma tal intenção.

De facto, se por um lado haverá que garantir um elevado grau de abrangência, aliás denotado pela grande maioria das normas, serão inevitáveis as perdas de regulamentação e conseqüente concretização tida por imprescindível para a correcta identificação e apreensão do regime aplicável à formação dos diferentes tipos contratuais. Neste sentido, questionamos se não teria sido mais ajustada a opção por uma sistematização que, começando pelos grandes princípios aplicáveis, de uma forma genérica, a toda a contratação pública, contemplasse de forma autónoma os diferentes tipos contratuais, respeitando as suas especificidades, não só na fase da execução, mas também no que se refere à formação dos contratos.

Esta nossa preocupação torna-se ainda mais premente, uma vez que, tendo presente todo o património legislativo relativo às empreitadas de obras públicas, é este o sector mais penalizado com a uniformidade de regulamentação que se constata, consoante adiante se irá detalhar.

1. Simplificar soluções e linguagem

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 – tratando-se, em nosso entender, de uma mais valia que é fundamental preservar. Neste sentido chamamos a atenção para a preocupação denotada pelo legislador, identificada já desde o Decreto-Lei n.º 48.871, de 19 de Fevereiro de 1969, em cuja Nota Explicativa se refere que *“o diploma tem de ser quotidianamente interpretado e aplicado por pessoas sem qualquer formação jurídica”* pelo que subjacente ao mesmo estava a intenção de contemplar uma *“linguagem fácil, próxima da realidade, fugindo à terminologia técnica do Direito sempre que daí não pudesse resultar menos nitidez do exacto significado das disposições”*.

Ora neste ponto, a introdução injustificada de novos conceitos e terminologias, representa a nosso ver uma das alterações significativas ao regime aplicável à formação dos contratos de empreitadas de obras públicas, cuja estabilidade reconhecida, pelo menos desde 1969, permitiu a sedimentação de um património legislativo, com o qual as partes se encontram de há muito familiarizadas.

É pois imperioso que as alterações legislativas nesta sede, designadamente para proceder a adaptações às directivas comunitárias, não dificultem a compreensão das soluções propostas, sob pena de se comprometer irremediavelmente o desempenho dos que exercem a sua profissão no Sector da Construção.

Discorda-se assim profundamente da necessidade de publicação de manuais de procedimentos para que o efectivo alcance de normas tão fundamentais como as do modelo de avaliação das propostas (cf. artigo 128º) e da avaliação da capacidade financeira (cf. artigo 148º) seja perceptível, considerando-se aliás que estas normas ilustram bem que a pretendida e desejável simplificação não se encontra efectivamente assegurada.

Por outro lado, entende-se que para efeitos de simplificação e contrariamente ao que se prevê neste projecto (cf. artigo 40º) deve ser mantida a existência de um programa de concurso tipo e de um caderno de encargos tipo que devem ser obrigatoriamente seguidos, ainda que com as adaptações tidas por necessárias face à obra a executar.

No que por sua vez respeita à terminologia e tendo sido referido, pelos autores do anteprojecto, o especial cuidado com a utilização de uma linguagem muito precisa e de uma terminologia rigorosas, certo é, porém, que o anteprojecto adopta 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 *“monotonamente crescente ou decrescente”*, *“factores e sub-factores elementares”*, *“atributo da proposta”* e *“níveis plausíveis de impacto”*.

Acresce que são utilizadas expressões que se nos revelam incorrectas, designadamente a expressão de reduzir prazos *“em até... dias”*. A este último propósito será a nosso ver preferível referir-se que os prazos podem ser reduzidos em dias (cf. nº 3 do artigo 123º).

Sobre esta temática, em termos de legística formal e sobre a clareza do discurso prevê o artigo 14º da Resolução do Conselho de Ministros nº 54/2006, de 18 de Maio, que *“as frases devem ser simples, claras e concisas”* e que *“o nível de língua a utilizar deve corresponder ao português não marcado produzido pelos falantes escolarizados, designado português padrão”*, realidade que a nosso ver não se encontra vertida ao longo de todo o texto deste projecto.

2. Transparência e responsabilização

Já no que respeita à transparência dos procedimentos a situação ainda se nos afigura mais preocupante, na medida em que as grandes novidades do código atentam, sobretudo, contra este princípio fundamental de actuação da administração pública.

A este respeito e a título meramente exemplificativo, lembramos a abertura que é dada ao procedimento por negociação e o alargamento dos motivos em que a escolha do ajuste directo é independente do valor da contrato a adjudicar, entre outros aspectos que adiante teremos a possibilidade de desenvolver.

Já no que se refere à responsabilização, para além da forte preocupação que nos suscita a ausência da previsão de um mecanismo eficaz que previna a prática de preços anormalmente baixos, causa-nos especial apreensão a forma como veio a ser concretizada a matéria relativa aos erros e omissões do caderno de encargos (cf. art. 55º), a qual, por si só é reveladora, de forma evidente, da total e absoluta desresponsabilização dos contraentes públicos em relação aos elementos que patenteiam e que deveriam servir de base aos procedimentos adjudicatórios que protagonizam. De igual forma, a inclusão da revisão de preços entre os parâmetros base a fixar no caderno de encargos, consubstanciando o afastamento do princípio da irrenunciabilidade do direito à revisão de preços, reforça esta nossa preocupação.

3. Predominância de normas de carácter supletivo e tendência desregulamentadora

No que refere ao regime substantivo dos contratos públicos a que se refere a Parte III do Código e que reflecte *“uma filosofia de reforço claro e deliberado da autonomia contratual das partes”* (cf. ponto 3. do preâmbulo), ainda que não contestemos a prevalência que sempre deverá ser dada ao contrato enquanto fonte da relação jurídica em causa, não podemos deixar de evidenciar que a predominância de normas de carácter supletivo irá conduzir a um acréscimo de conflituosidade neste âmbito, pois se actualmente é com grande frequência que já somos confrontados com inúmeras dúvidas decorrentes de contratos mal elaborados e omissos em alguns dos seus aspectos mais fundamentais, o que irá acontecer com um enquadramento jurídico como aquele que nos é proposto? Se o regime jurídico aplicável for omissivo, demasiado genérico, assentando, sobretudo em princípios os quais, embora necessários, nalguns casos, quando aplicados à realidade concreta, pouca utilidade terão, são postas em causa, de forma evidente, a segurança e certeza jurídicas que sempre haverá que salvaguardar.

De igual modo, haverá que ter em conta que se pretende estabelecer a regulamentação de um contrato administrativo, o qual pela própria natureza das partes envolvidas, não permite o seu tratamento em plano de plena igualdade. Não estamos no domínio do direito contratual privado, mas, lembre-se, no âmbito de uma relação de direito administrativo, na qual uma das partes pela sua natureza é um ente público ou equiparado, ao qual, como é sabido, assiste o direito de impor a sua vontade, emanando directrizes quanto ao modo de execução do contrato.

Por outro lado, 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.

Com efeito, a referência a que o Decreto-Lei nº 59/99 “*transformou a lei em «contrato normativo» e retirou aos sujeitos das relações contratuais um espaço de decisão que deveria ser deles por excelência*” e a pretensão de que o conteúdo do contrato de empreitada de obras públicas passe a depender da “*autonomia do dono do concurso*” e “*da liberdade contratual das partes*” (cf. ponto 4 do preâmbulo) esquece, como acima já se referiu, a natureza administrativa da relação em causa, a qual confere ao contraente público importantes prerrogativas inerentes à prossecução do interesse público.

Assim sendo e uma vez que o contrato administrativo é submetido a um regime substantivo de direito público, é inquestionável existir uma desigualdade em termos de poderes contratuais e de liberdade na negociação das cláusulas do contrato a celebrar, a qual é agora fortemente acentuada por muitas das alterações preconizadas.

Importa a este propósito lembrar que a disciplina minuciosa do contrato de empreitada de obras públicas não surgiu por acaso, antes tendo resultado da percepção que o legislador teve em meados dos anos sessenta de que os numerosos e importantes poderes de exercício discricionário e do poder de decisão definitiva que o dono de obra

possuía, esbatiam fortemente o carácter contratual sinalagmático do acordo que era estabelecido com o empreiteiro.

Esta percepção deu origem ao Decreto-Lei n.º 48 871, de 19 de Fevereiro de 1969, em cuja Nota Explicativa se salientava que *“o contrato funda, assim, uma verdadeira instituição, em que a organização do empreiteiro se integra e na qual o poder directivo cabe, dentro dos limites que o contrato e a lei fixam, à entidade adjudicante”*.

Ora, são precisamente tais limites de enquadramento da “autonomia do dono do concurso” que não encontramos devidamente plasmados no projecto em apreço, em especial no que à regulação das empreitadas de obras públicas se refere. Por outro lado, não nos parece adequado, tendo em conta aquilo que são as propostas e caminhos apontados por esta reforma, que em algumas matérias de particular relevância se deixem cair mecanismos e institutos com décadas de positiva aplicação e, ao mesmo tempo, se introduzam artigos de conteúdo tão óbvio que careceriam, de todo, de ser positivamente plasmados.

É altamente preocupante e, ao mesmo tempo, sintomático, que se diga que se pretende atribuir um espaço de decisão aos sujeitos da relação contratual e depois se afirme que muitas das regras actualmente existentes no Decreto-Lei nº 59/99 são agora remetidas para a “autonomia do dono do concurso”.

Daí que em matérias de particular relevância que se encontram previstas no regime vigente, como a que se refere à definição das responsabilidades em matéria de elaboração das peças concursais e execução dos trabalhos (cfr. artigos 36.º a 38.º), a relativa aos elementos necessários para a execução e medição dos trabalhos (cfr. artigo 163.º), aos elementos relativos aos pagamentos a efectuar pelo dono de obra (artigos 202.º e ss.) e aos procedimentos para a vistoria de recepção provisória e definitiva (artigos 217.º e ss. e 229.º e ss.), nos pareça irrealista que se pretenda atribuir todo o poder conformador ao dono de obra, sem a previsão dos necessários limites de enquadramento e, com isso se espere alcançar algum tipo de equilíbrio que seja resultante de uma livre vontade das partes.

Um dos exemplos mais marcantes é o do “*abandono (legal) da tradicional tricotomia “empreitada por preço global, por série de preços ou por percentagem” (cit ponto 4 do preâmbulo)*. No mesmo sentido aponta aliás o facto de deixar de existir um caderno de encargos tipo a dever ser respeitado e passarem a existir tão somente “*formulários de cadernos de encargos*” sem carácter obrigatório (cf. artigo 40º).

Ora e se é certo que há contraentes públicos com adequada ponderação, competência técnica e experiência, também não é menos verdade que tal nem sempre sucede, realidade que importa ter presente e que é apontada pela Ordem dos Engenheiros, nos seguintes termos, como uma das causas dos desvios de custos e de prazos nas empreitadas de obras públicas:

“Os donos de obra sujeitos ao regime jurídico das empreitadas de obras públicas, estimados em mais de 5.000, não estão, na sua maioria, habilitados com técnicos com competências para a definição dos programas preliminares dos projectos, identificação do âmbito dos trabalhos, contratação dos projectos, seu acompanhamento e lançamento dos concursos para contratação das empreitadas. (...)

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.”

(cit. excertos da alínea d) do ponto 2 das “*Recomendações da Ordem dos Engenheiros para redução dos desvios de custos e de prazos nas empreitadas de obras públicas*”, Setembro de 2006).

Salienta-se, ainda e a reforçar a nossa preocupação com o teor minimalista do projecto em apreço, que no direito espanhol já existia e continua a prever-se, no anteprojecto da Lei de Contratos do Sector Público, a aprovação de cláusulas administrativas gerais para entidades públicas estatais e de outras cláusulas administrativas gerais para a administração local, devendo as cláusulas administrativas particulares estar conformes com o quadro geral regulador da actividade e o conteúdo dos contratos ser conforme com as cláusulas particulares (cf. artigos 98º e 99º).

Prevê-se ainda que o órgão de contratação poderá aprovar modelos de cláusulas particulares para determinadas categorias de contratos de natureza análoga (cf. nº 4 do artigo 99º), existindo portanto uma clara preocupação de dotar os contraentes públicos com um enquadramento normativo e operacional bastante completo que assegure o cumprimento da Lei de Contratos do Sector Público.

Ora o acima descrito vai sem dúvida bem mais além do que a solução pensada no actual projecto de Código de Contratos Públicos que retira disposições antes consagradas, prevê formulários de caderno de encargos não obrigatórios e remete para cada contrato a celebrar a totalidade da regulamentação pontual de aspectos e procedimentos de grande relevância para a execução do contrato, ao livre arbítrio do “dono do concurso”.

Face a todo o exposto, uma vez que os poderes das partes envolvidas na celebração de um contrato de direito administrativo não são idênticos e também por razões de segurança e certeza jurídicas, consideramos imperioso que a regulação de aspectos em que deve existir uniformidade de procedimentos e em que a contenciosidade das partes mais se verifica, não passe a estar na disponibilidade da pretensa “liberdade contratual”.

De entre os aspectos que se considera essencial serem previstos neste regime, salienta-se a revisão de preços dos contratos.

Não podemos deixar de referir que a experiência dos últimos anos, em confronto com a situação existente antes de ter sido consagrado o carácter imperativo da revisão de preços, demonstra bem a importância deste factor e a sua relevância para o equilíbrio e estabilidade dos preços das propostas.

Com efeito, o facto de as empresas concorrentes não terem a preocupação acrescida de, na fase de elaboração das suas propostas, preverem eventuais flutuações nos preços dos equipamentos, materiais e mão-de-obra que serão empregues na realização da obra que se propõem, tem permitido a apresentação de propostas que não contêm valores sobreestimados, preservando-se, assim, o interesse público.

Por tais razões e muito embora se reconheça que a actual conjuntura económica é diversa da que existia quando foi consagrada a imperatividade da revisão de preços, pois

os níveis de inflação são manifestamente inferiores, o certo é que o preço pode flutuar independentemente da inflação, pelo que sempre se justifica a manutenção do princípio da obrigatoriedade da revisão de preços.

Na verdade, é fundamental ter presente que o mecanismo da revisão de preços funciona de modo a prevenir que o valor das propostas apresentadas contemple um custo acrescido para uma eventual situação de inflação.

Por outro lado e aspecto este que actualmente assume grande importância, o facto de a situação económica mundial se apresentar difícil, faz com que se torne impossível prever o comportamento dos preços de determinados equipamentos e materiais importados e, designadamente, antever qual as consequências de um conflito mesmo ao nível dos preços praticados no mercado interno.

Neste contexto, não podemos de modo algum aceitar que esse risco seja transferido para os empreiteiros e, de forma a poder igualmente evitar as consequências altamente gravosas que resultariam para o interesse público da apresentação de propostas com valores empolados por previsões impossíveis de efectuar ou com valores deficitários que ponham em risco a própria conclusão das obras, concluiremos salientando uma vez mais a indispensabilidade de manutenção do direito à revisão de preços no âmbito das empreitadas de obras públicas e de acordo com o regime previsto no Decreto-lei n.º 6/2004, de 6 de Janeiro.

Outro aspecto, particularmente gravoso, que não podemos deixar de aqui salientar refere-se à falta de previsão das subempreitadas necessárias o que, em nosso entender, além de atentar frontalmente contra o anunciado esforço de simplificação das soluções vigentes, pela burocratização que representa, consubstancia um total alheamento do que é a realidade do sector da construção.

Com efeito, não encontra previsão no projecto em apreço a possibilidade de os candidatos que não são titulares de alguma das habilitações necessárias para a obra a concurso, se apresentarem com subempreiteiros habilitados, sem que para tal tenham de constituir um agrupamento.

Esta realidade está expressamente prevista no regime jurídico das empreitadas de obras públicas em vigor, nos termos do qual se permite, e bem, que uma entidade que deseje concorrer a uma empreitada mas não disponha de alguma subcategoria essencial para esse concurso, se apresente com subempreiteiro habilitado com as habilitações em falta (cf. alínea f) do n.º 1 do artigo 73.º e n.º 6 do artigo 266.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março).

Em nosso entender, esta solução não pode deixar de ser acolhida no Código dos Contratos Públicos, uma vez que é totalmente inaceitável que se pretenda obrigar os candidatos a constituírem agrupamentos de empresas sempre que careçam de alguma habilitação necessária para a obra a concurso.

CONSIDERAÇÕES ESPECÍFICAS

PARTE II

CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Tipos de procedimentos (Artigo 10.º)

Não se concorda com a opção do legislador de consagrar no texto legal uma norma relacionada com interpretações feitas pelo Tribunal de Justiça em decisões acerca de questões concretas que lhe foram suscitadas, como é o caso da alínea g) do n.º 3 do preceito em apreço.

De facto, não só a jurisprudência comunitária é susceptível de sofrer alterações como a consagração de uma regra com este alcance pode incentivar as entidades adjudicantes a procurarem soluções que permitam afastar a aplicação do presente Código, desta forma subtraindo à concorrência um grande número de contratos.

Valor do contrato (Artigo 11.º)

A FEPICOP não concorda com a redefinição proposta pelo legislador do Código dos Contratos Públicos para os conceitos de “valor do contrato” (cf. artigo 11.º), de “preço base do procedimento” (cf. artigo 41.º) e de “preço contratual” (cf. artigo 88.º), bem como com o resultado da aplicação conjugada dos referidos conceitos.

Entende esta Federação que o valor do contrato não deve ser entendido como o valor máximo que a entidade adjudicante pode pagar, conforme dispõe o n.º 1 deste preceito, 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. A corroborar este entendimento não podemos deixar de relembrar o teor do artigo 9.º da Directiva 2004/18/CE que cuidou de prever os métodos de cálculo do valor estimado do contrato.

Adiante-se desde já que, tendo o legislador optado por esta definição maximalista do valor do contrato, nos parece de todo incompreensível que a mesma não se encontre acompanhada da previsão de medidas objectivas de efectiva responsabilização das entidades adjudicantes pelo valor máximo que apresentam.

Na verdade, caso vingue esta nova definição do valor do contrato que o projecto propõe, tememos seriamente que – atendendo à incapacidade demonstrada, até agora, pelos donos de obra, para a apresentação de estimativas realistas – não raras vezes, os procedimentos não se concretizem, com todas consequências negativas daí decorrentes, quer para os donos de obra, quer para os concorrentes que neles investiram.

Liberdade de escolha do procedimento (Artigo 12.º)

Discorda-se da formulação do preceito, uma vez que esta Federação considera que é o valor do contrato, entendido enquanto *valor estimado*, que deve condicionar a escolha do procedimento, e não o inverso, como aqui se pretende.

Escolha do procedimento de formação de contratos e empreitada de obras públicas (Artigo 13.º)

Discorda-se frontalmente da possibilidade de os organismos de direito público (onde se podem enquadrar, designadamente, empresas públicas e sociedades anónimas de capitais maioritária ou exclusivamente públicos) e do Banco de Portugal recorrerem ao ajuste directo nas empreitadas de obras públicas de valor inferior a 1.000.000 euros, desta forma subtraindo à concorrência um número muito significativo de obras (cf. alínea a) do preceito).

Com efeito e em nossa opinião, a escolha de ajuste directo deve ser restringida aos casos específicos em função dos critérios materiais previstos nos artigos 18º e 19º, pois não existem quaisquer razões para alargar, de uma forma tão lata e sem fundamento, o recurso a esta figura, como aliás tem sido referido pelo Tribunal de Contas.

Acresce que actualmente tais entidades são considerados donos de obras públicas sujeitos às regras do regime das empreitadas de obras públicas em vigor, apenas podendo ser isentadas da aplicação do mesmo mediante decreto-lei.

Por outro lado, no que se refere ao disposto na alínea b), entende-se ser necessário introduzir uma maior objectividade na definição e concretização dos pressupostos que aconselham o recurso ao concurso limitado por prévia qualificação, uma vez que tratando-se de um tipo procedimental manifestamente mais exigente, não se nos afigura suficiente afirmar-se a maior complexidade associada ao concurso limitado para se concluir que a sua utilização se reconduzirá a situações verdadeiramente excepcionais.

O recurso ao concurso limitado por prévia qualificação deverá em nosso entender reconduzir-se às situações concretas no âmbito das quais se torne imprescindível a prévia avaliação da capacidade técnica e da capacidade financeira dos candidatos, por não bastar a aptidão genérica conferida pela titularidade do alvará do InCI, como entendemos ser o caso de concursos de grande dimensão, de valor superior a 30.000.000€, para os quais consideramos conveniente prever a obrigatoriedade de recurso a esta modalidade.

Não se nos afigura ser esta a forma mais adequada de “*pôr fim à actual banalização dos procedimentos de tramitação mais pesada e complexa*”, conforme se afirma no preâmbulo do projecto em apreço.

Escolha do ajuste directo para a formação de quaisquer contratos (Artigo 18º)

Atento o previsto na parte final do nº 3, torna-se indispensável que essa ressalva passe a constar também do n.º 2 do artigo 103.º, pois que neste último artigo se prevê o limite de 5 convites para apresentar propostas enquanto que no referido nº 3 do presente artigo 18º se prevê que sejam convidados todos os concorrentes cujas propostas tenham sido excluídas.

O n.º 9 do preceito que pretende explicitar quando é que se deve considerar que o caderno de encargos é substancialmente alterado para efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 não se nos afigura compreensível, podendo potenciar dúvidas acrescidas na respectiva interpretação, pelo que se entende que o mesmo deve ser clarificado (também n.º 5 do artigo 23.º).

Escolha do diálogo concorrencial (Artigos 24.º e 174.º a 189.º)

A FEPICOP repudia veementemente a forma como se pretende transpor para a legislação nacional a figura do diálogo concorrencial por entender que a mesma não deve poder ser utilizada de modo generalizado e para obras de qualquer dimensão.

Desde logo se salienta que a introdução da figura do diálogo concorrencial mereceu severas críticas por parte das federações empresariais de todos os Estados-Membros, designadamente pelo facto de se entender que não assegurava de forma satisfatória a transparência das negociações e poderia pôr em risco o carácter sigiloso das soluções técnicas individuais apresentadas pelos concorrentes.

Escolha do procedimento para a formação de contratos mistos (Artigo 26.º)

Desde logo, cumpre questionar a razão de ser da limitação constante do n.º 1 do preceito relativamente à admissibilidade de celebração de contratos mistos, onde se lê: “Só é permitida a celebração de contratos mistos (...)”.

Por outro lado, adianta-se que os conceitos de “funcionalmente incindíveis” e “graves inconvenientes” irão suscitar dúvidas de interpretação, conforme facilmente se demonstra pelo seguinte exemplo: a construção de uma escola com o fornecimento do respectivo material, como mesas e cadeiras, será legítima como contrato misto por as prestações serem consideradas “funcionalmente incindíveis”? E uma sala de operações com o respectivo equipamento?

Anúncio de pré-informação (Artigo 28.º)

O Código não define a noção de “preço contratual estimado” que aqui surge para efeitos de anúncio de pré-informação.

Caderno de encargos (Artigo 36.º)

Relativamente ao n.º 4 da disposição em apreço, repudia-se frontalmente a inclusão da revisão de preços entre os parâmetros base do caderno de encargos.

Entende esta Federação que a revisão do preço das empreitadas de obras públicas não deve ser um parâmetro de avaliação das propostas, manifestando-se totalmente contra

qualquer disposição que afaste o carácter obrigatório do mecanismo da revisão de preços dos contratos de empreitada de obras públicas, designadamente pela valoração da respectiva renúncia em sede de avaliação das propostas, como aqui se pretende.

Conforme decorre expressamente quer do artigo 199.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, quer do artigo 1.º do Decreto-lei n.º 6/2004, de 6 de Janeiro, a revisão dos preços das empreitadas de obras públicas tem, e deve continuar a ter, carácter obrigatório e essa obrigatoriedade não pode, quanto a nós, deixar de ser acolhida no Código da Contratação Pública.

Conforme já se referiu em sede de considerações genéricas, a experiência dos últimos anos, em confronto com a situação existente antes de ter sido consagrado legalmente o carácter imperativo da revisão de preços, demonstra bem a importância deste factor e a sua relevância para o equilíbrio e estabilidade dos preços das propostas.

Com efeito, o facto de os empreiteiros não terem o ónus de, na fase de elaboração das suas propostas, prever eventuais flutuações nos preços dos equipamentos, materiais e mão-de-obra que serão empregues na realização da obra, permite a apresentação de propostas que não contêm valores sobre-estimados ou deficitários, preservando-se, assim, o interesse público.

Assim, muito embora a actual conjuntura económica seja diversa da que existia quando foi consagrada a imperatividade da revisão de preços, o certo é que o preço pode flutuar independentemente da inflação, pelo que sempre se justifica a manutenção do princípio da obrigatoriedade da revisão de preços.

Por outro lado, o facto de a situação económica mundial se apresentar difícil, conduz à impossibilidade de prever o comportamento dos preços de determinados equipamentos e materiais importados e, designadamente, antever qual as consequências de um conflito mesmo ao nível dos preços praticados no mercado interno.

Neste contexto, não podemos de modo algum aceitar que a revisão de preços possa ser um aspecto submetido à concorrência pelo caderno de encargos, tendo em conta as consequências altamente gravosas que resultariam para o interesse público da

apresentação de propostas com valores deficitários que coloquem em risco a própria conclusão das obras.

Concluiremos salientando uma vez mais a indispensabilidade de manutenção do direito à revisão de preços e solicitando que a referência à revisão de preços seja eliminada deste preceito.

Quanto à obrigação prevista no n.º 7 do preceito e sem prejuízo de, em tese, se tratar de uma preocupação louvável em prol do incremento dos níveis de desenvolvimento e investigação tecnológica, entendemos que não se cuidou de solucionar um conjunto de problemas que não deixarão de surgir na prática. Desde logo, entendemos ser de referir que, numa situação de conjuntura difícil, como a actual, as empresas poderão não ter condições para assegurar uma margem, no valor das suas propostas, para cobrir este novo encargo. Por outro lado, nada é dito quanto à forma como será efectuada a gestão desta medida, como e quando será verificado o respectivo mérito e cumprimento, aspectos que entendemos essencial prever com elevado grau de concretização.

Elementos da solução da obra (Artigo 37.º)

Entende esta Federação que a obrigatoriedade de revisão prévia do projecto deveria ser a regra e não estar reservada para situações excepcionais de “*complexidade relevante*” (cf. n.º 2).

Por outro lado, considera-se imprescindível, no caso de apresentação de projecto base pelos concorrentes, a reintrodução de obrigatoriedade de o dono de obra prever a atribuição de prémios aos concorrentes classificados para efeitos de adjudicação, com referência à tabela de honorários dos projectistas de obras públicas fixada legalmente.

Formulários de caderno de encargos (Artigo 40.º)

Entende esta Federação que o Código dos Contratos Públicos deve manter a previsão da existência de modelos de programa de concurso e caderno de encargos, pelo menos para as empreitadas de obras públicas, devendo os mesmos ser de aplicação obrigatória por parte das entidades adjudicantes.

Com efeito, a existência de tais torna mais fácil o conhecimento do conteúdo das normas aplicáveis em tal domínio e aumenta, assim, a certeza e a segurança que se reclamam para esta área legislativa complexa e de forte influência transnacional.

No que respeita aos cadernos de encargos, a ausência de qualquer previsão no sentido da obrigatoriedade de aplicação dos formulários de caderno de encargos, assenta no pressuposto de que as entidades adjudicantes se encontram dotadas de meios humanos e técnicos capazes de “elaborar” “bons cadernos de encargos, com bons projectos acoplados”, o que seria desejável mas que, como já anteriormente foi referido, não corresponde à realidade.

Acresce que, não podemos, de igual modo, deixar de alertar para o total desequilíbrio em desfavor do co-contraente que uma tal previsão encerra, em especial, em alturas de crise ou de conjuntura económica difícil, “compelindo-o” a aceitar as cláusulas jurídicas e técnicas que venham a ser impostas pela entidade adjudicante.

Preço base do procedimento (Artigo 41.º)

Em consonância com o que acima se disse a propósito da definição do valor do contrato, discorda-se da definição do preço base do procedimento com o já criticado valor máximo que a entidade adjudicante pode pagar.

Defende-se, pois, que o preço base do procedimento esteja previsto no caderno de encargos, correspondendo ao custo provável dos trabalhos a executar com base nas medições do projecto, constituindo um valor indicativo mas suficientemente fiável, de modo, a servir de orientação aos concorrentes na elaboração das suas propostas.

Considera-se aliás que nas empreitadas de obras públicas deveria ser obrigatória a fixação e publicitação do preço base, consoante tem vindo a ser defendido pelo Tribunal de Contas (cf. designadamente Acórdão 18/01 – Mar.27 – 1.ªS/PL).

Impedimentos (Artigo 49.º)

Não podemos deixar de referir que é com grande estranheza que encaramos o teor da alínea l) deste preceito, nos termos do qual não podem ser candidatos ou concorrentes as entidades que tenham “*executado obras, fornecido bens móveis ou prestado serviços à entidade adjudicante, a título gratuito, no ano económico em curso ou nos dois anos económicos anteriores*”. Uma vez que se desconhece a *ratio* deste preceito e o mesmo nos parece desproporcionado, solicita-se a respectiva eliminação.

Documentos da proposta (Artigo 51.º)

Consideramos preocupante a possibilidade constante do n.º 2 deste preceito de, sem expressa previsão no Caderno de Encargos, integrarem a proposta “*quaisquer outros documentos que o concorrente apresente por os considerar indispensáveis*” para a concretização dos termos e condições em que se dispõe a contratar e que até podem ser redigidos em língua estrangeira, conforme resulta do n.º 3 do artigo 52.º.

Neste particular não é só a simplificação, mas, de igual modo, a transparência que é posta em causa. Recorde-se que o actual Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, de forma expressa e taxativa enuncia no seu artigo 73º, os documentos que instruem a proposta.

Propostas variantes (Artigo 53.º)

Por não se nos afigurar perceptível, consideramos essencial que se proceda à clarificação do disposto no n.º 3 do preceito em apreço, concretamente quanto ao preciso alcance da

sua parte final onde se refere que as variantes “(...) só podem ser admitidas fora dos limites daquela concorrência.”

Por outro lado, a regra de que cada concorrente só pode apresentar uma única proposta que consta do n.º 7 tem que excepcionar expressamente a situação prevista para o diálogo concorrencial.

Indicação do preço (artigo 54.º)

Parece decorrer do n.º 3 do preceito que esta previsão se passará a aplicar também às empreitadas por preço global, pelo que em última análise será corrigido o valor total da proposta apresentada, o que actualmente não sucede.

Por outro lado, questionamo-nos sobre o que se deve entender por “preços parciais, unitários ou não, mais decompostos”.

Quanto ao n.º 4 é positiva a previsão de que o concorrente indique na proposta os preços parciais dos trabalhos que irá executar, mas este número carece de ser completado com a menção de que o concorrente deverá igualmente indicar os preços parciais dos trabalhos que serão executados por subempreiteiros habilitados, realidade que não pode ser ignorada.

A este respeito impõe-se aliás contemplar a apresentação de declarações de compromisso por parte dos subempreiteiros de cujas habilitações técnicas o empreiteiro careça para se apresentar a concurso (cf. alínea f) do ponto 16 e ponto 16.4 do programa de concurso tipo, aprovado pela Portaria n.º 104/2001, de 14 de Fevereiro).

Esta Federação manifesta, desde já, a sua total oposição a qualquer solução de fundo que não contemple a possibilidade de os candidatos que não são titulares de alguma das habilitações necessárias para a obra a concurso, se apresentarem com subempreiteiros habilitados, conforme se encontra expressamente previsto no regime jurídico das empreitadas de obras públicas em vigor (cf. alínea f) do n.º 1 do artigo 73.º e n.º 6 do artigo 266.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março).

Obrigar a que os candidatos constituam agrupamentos de empresas sempre que careçam de alguma autorização necessária para a obra a concurso é uma solução que não se compadece com a realidade do sector da construção e que, desde já repudiamos.

Assim e de acordo com o exposto, solicita-se a reformulação da disposição em apreço.

Erros e omissões do caderno de encargos (Artigo 55.º)

A FEPICOP manifesta a sua veemente discordância com a substituição do direito do adjudicatário de reclamação quanto a erros e omissões do projecto pela obrigação de identificação dos mesmos pelos concorrentes na fase de concurso.

Entende-se, pois, que o disposto no artigo 55.º do projecto em análise, 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, envolvidos neste tipo de processos, com especial incidência no sector da construção” que o Código dos Contratos Públicos visaria promover, como frisou o Senhor Ministro das Obras Públicas no seu discurso na sessão de apresentação da 1.ª parte do Código, em Maio de 2006.

Não se vislumbra como poderá ser promovida a anunciada responsabilização das entidades adjudicantes pela exactidão e fiabilidade das peças que patenteiam ao transferir para os concorrentes a obrigação de prévia identificação, antes da apresentação das suas propostas, dos eventuais erros e omissões do caderno de encargos. Esta solução é, ao invés do anunciado, uma medida que potencia a total desresponsabilização da entidade adjudicante quanto à correcção dos elementos que patenteia.

Por outro lado, parece-nos de todo irrealista que, num prazo tendencialmente curto, se exija que os concorrentes “*complete*m” as suas propostas com a identificação dos termos do suprimento dos erros ou omissões aceites, mesmo que se tratem de erros identificados por outros concorrentes.

Por todo o exposto se reafirma que não podem ser os empreiteiros, a suportar os riscos e consequentes encargos pela inexactidão de peças que não são da sua responsabilidade, devendo, sim, ser previstas soluções que, sem bulir com o direito do adjudicatário a reclamar quanto a erros e omissões, efectivem a responsabilização dos autores dos projectos e as entidades adjudicantes pela correcção dos elementos que patenteiam.

Recorde-se o que, a este respeito, já era afirmado na Nota Explicativa do Projecto do Decreto-Lei n.º 48 871, de 19 de Fevereiro: “Exigir dos concorrentes que, por si próprios, revejam e rectifiquem o projecto e as suas medições (colhendo inclusiva e inevitavelmente os dados de campo necessários, refazendo os cálculos, ponderando, até, a finalidade e a conveniência das soluções técnicas adoptadas, etc.) e analisem, completem e, onde necessário, corrijam o caderno de encargos, não se harmoniza nem com a sua posição natural na relação pré-contratual estabelecida, nem, na maioria dos casos, com as suas qualificações, nem, ainda, com a curteza do prazo do concurso, nem, por último, com os interesses da economia nacional, atento o volume de despesas que determinaria a inútil multiplicação dos mesmos estudos (tantos quantos os concorrentes).

Fazemos nossas as palavras do citado legislador.

Assim, nesta matéria, a FEPICOP defende a consagração da possibilidade de o adjudicatário reclamar quanto a erros ou omissões do projecto, conforme tem constado dos regimes jurídicos das empreitadas de obras públicas desde o já referido Decreto-Lei n.º 48 871, até ao vigente Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, devidamente acompanhada de medidas que promovam a efectiva responsabilização das entidades adjudicantes pela qualidade e exactidão das peças que patenteiam.

Modo de apresentação das propostas (Artigo 56.º)

Não estão previstos modelos de propostas, os quais se consideram necessários, nomeadamente atento o previsto nas disposições transitórias em termos da sua apresentação em papel.

Prorrogação do prazo para apresentação das propostas (Artigo 58.º)

O princípio da concorrência efectiva é susceptível de ser posto em causa, ao possibilitar-se a prorrogação do prazo de apresentação das propostas pelo período considerado adequado, bastando para tal um pedido fundamentado de qualquer interessado que tenha adquirido as peças do procedimento (cf. n.º 3 do preceito e igualmente o n.º 3 do artigo 158.º referente à prorrogação do prazo para apresentação de candidaturas).

Por um lado, temos de questionar quais serão os fundamentos capazes de justificar um tal pedido, uma vez que o anteprojecto não diz quais os motivos que serão tidos por atendíveis para a referida prorrogação do prazo.

Por outro lado, por mais meritórios que sejam os fundamentos do pedido de prorrogação, este até pode só ser formulado no último dia do prazo para a apresentação das propostas, ou seja, quando já todos os demais interessados investiram tempo e dinheiro na elaboração atempada de uma proposta e, eventualmente, até já a apresentaram. Uma tal situação parece-nos atentatória do princípio da igualdade.

Competência (Artigo 62.º)

A composição do júri é decalcada do que se encontra previsto no Decreto-Lei nº 197/99, não existindo a preocupação de distinguir entre os membros que procederam à verificação da aptidão dos concorrentes e os que procederão à análise das propostas, realidade que a nosso ver importará ter presente nos concursos limitados por prévia qualificação (cf. artigo 60º do Decreto-Lei nº 59/99).

Com efeito e em tais concursos, temos por fundamental consagrar-se uma previsão idêntica à actualmente expressa no nº 3 do artigo 100º do Decreto-Lei nº 59/99, de acordo com a qual “na análise das propostas a comissão não poderá, em caso algum, ter em consideração, directa ou indirectamente, a aptidão dos concorrentes já avaliada...”

Ora e para se conseguir garantir que “a verificação da aptidão dos empreiteiros e a atribuição do contrato constituem duas operações distintas no âmbito da celebração de um contrato” (cit ponto 6. 1 do Guia da Comissão Europeia sobre as regras relativas aos processos de adjudicação dos contratos públicos de obras) entendemos que o júri que procede à análise das propostas não deve poder ser constituído, pelo menos em mais de 1/3 dos seus elementos, pelos membros que tenham feito parte do júri que procedeu à qualificação dos candidatos (cf. n.º 4 do artigo 60.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março).

Preço anormalmente baixo (Artigo 64.º)

Tal como é unanimemente reconhecido, a prática reiterada de preços anormalmente baixos, por parte de muitas empresas empreiteiras, para além de traduzir uma prática concorrencial anómala, é responsável pelo desencadear de consequências de extrema gravidade, em especial, resultantes dos consequentes incumprimentos que daí decorrem.

Trata-se de uma prática que está associada a situações de conjuntura económica difícil ou de mercados públicos deprimidos, de que resultam, quase sempre, alarmantes baixas na composição das carteiras de encomendas das empresas, muitas das quais, apenas preocupadas com o curto prazo, procuram contornar a situação, ganhando obras a qualquer preço, sem cuidarem dos reflexos que, tais práticas, originarão.

Em concreto, verifica-se que os dados estatísticos revelam que o mercado se ressent, cada vez mais, da prática de preços anormalmente baixos. Os indicadores relativos a 2005 demonstram que nunca nos últimos 10 anos os valores médios de adjudicação estiveram tão abaixo das médias dos concursos, atingindo os -12%. De notar que em 2005, 43,9% dos concursos foram adjudicados por mais de 15% abaixo dos respectivos valores base.

A actual legislação é omissa a este respeito, não dispondo de quaisquer mecanismos de protecção contra a prática de preços anormalmente baixos, os quais já estiveram legalmente consagrados, no âmbito do Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro, de

acordo com o qual eram considerados como preços anormalmente baixos, aqueles que se afastassem em mais de 15% da média das propostas apresentadas, para a qual não são considerados os valores das propostas mais alta e mais baixa. Esta era, de facto, uma solução que, como é reconhecido, permitiu, de uma forma eficaz, o combate à prática de preços anormalmente baixos.

De notar que a introdução de medidas de prevenção contra a prática de preços anormalmente baixos sempre terá o mérito de proteger o dono de obra pública contra os riscos de sub-orçamentação e dos perigos decorrentes da má execução dos trabalhos, fruto de uma efectiva insuficiência de meios.

É pois de saudar a intenção de ver consagradas tais medidas (cf. artigo 64º), não obstante a solução, em concreto apresentada, nos mereça as maiores reservas por entendermos que não permitirá combater de forma eficaz a prática de preços anormalmente baixos.

De facto, como regra geral estipula-se que quando o preço base do procedimento for fixado no caderno de encargos, uma proposta apresenta um preço total anormalmente baixo quando este seja 50% inferior ao preço base, permitindo-se, ainda, que, caso a caso, cada entidade adjudicante indique no convite, no âmbito de um procedimento por ajuste directo ou de um concurso limitado por prévia qualificação, ou no programa do procedimento no âmbito de um concurso público, um valor a partir do qual o preço total apresentado por uma proposta é considerado anormalmente baixo, ainda que por referência ao preço base do procedimento.

Se o critério dos 50% proposto é, por si só, desajustado, sobretudo tendo em conta a falta de rigor que se tem constatado na definição por parte dos donos de obra, dos preços base dos concursos, peca, ainda, por ser um critério cego, aplicável em situações muito díspares, que nada têm a ver com a realidade de cada concurso. Se nuns casos pode traduzir um preço anormalmente baixo, noutros, fruto da maior complexidade da obra, pode não configurar tal situação. Ou seja pode significar tudo ou pode não significar nada.

Por outro lado, passa a ser admissível o livre arbítrio das entidades adjudicantes na fixação do que entendem como valor a partir do qual o preço total apresentado é

considerado como anormalmente baixo. Isto significa que cada dono de obra poderá estabelecê-lo de forma e com base em critérios muito diferentes. Em casos extremos até poderá nem existir um qualquer critério a que obedeça uma tal decisão. Sem quaisquer outros mecanismos que possam ser utilizados para o seu preenchimento, nunca poderemos aceitar que a sua definição fique ao livre arbítrio da entidade adjudicante. Uma tal solução conduzirá a uma mais que previsível discricionariedade e falta de uniformidade na definição daquele critério por parte de cada dono de obra pública.

A FEPICOP, em exposição remetida ao Senhor Secretário de Estado das Obras Públicas e das Comunicações, datada de Fevereiro de 2006, defendeu a consideração, como de preços anormalmente baixos, das propostas que se encontrem numa das seguintes situações:

a) no caso de só uma proposta, se esta apresentar um preço total inferior em mais de 25% ao preço base do procedimento;

b) no caso de duas propostas, se uma apresentar um preço total inferior em mais de 20% em relação à outra;

c) no caso de três ou mais propostas, aquelas que apresentem um preço total inferior em mais de 10% à média aritmética das propostas admitidas, sem prejuízo de, se entre elas existirem propostas que sejam superiores à média em mais de 10%, se proceder ao cálculo de uma nova média apenas com as propostas que não se encontrem nessa situação e, no caso de as demais propostas serem em número inferior a 3, a nova média ser calculada com as 3 propostas que ofereçam preço total de menor valor.

Nestes dois últimos casos será sempre considerada como anormalmente baixa a proposta que apresente um preço total inferior em mais de 25% ao preço base do procedimento.

Trata-se a nosso ver de uma solução equilibrada, que procura corresponder aos interesses de todos os parceiros envolvidos na contratação de obras públicas, cujo objectivo comum é realizar os trabalhos contratados nos exactos termos e condições

fixadas, afastando os agentes manifestamente sem condições para cumprir uma tal tarefa.

A este respeito cf. igualmente o n.º 3 do artigo 104º, o n.º 2 do artigo 122º e o n.º 3 do artigo 172º.

Esclarecimentos sobre as propostas (Artigo 65.º)

Temos sérias reservas ao princípio constante do n.º 1, sob o ponto de vista do respeito pelos princípios da igualdade, transparência e não discriminação entre os concorrentes, considerando-se de eliminar todo este artigo.

De facto e a nosso ver, as propostas devem ser perceptíveis por si próprias e não carecerem de esclarecimentos solicitados pela entidade adjudicante. Acresce que um tal pedido de esclarecimento poderá vir a favorecer uns concorrentes em detrimento de outros.

Factores e sub-factores (Artigo 68.º)

Mais uma vez se insiste para a necessidade de reformular todo um léxico que surge amiúde ao longo deste anteprojecto e de que expressões como “factores e sub-factores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa”, ou conceitos como os de “factores e sub-factores elementares” são apenas alguns paradigmáticos exemplos. Temos por essencial que no futuro código dos contratos públicos se privilegie a utilização da linguagem natural, usual, “amigável”, perceptível e clara que evite a necessidade de recurso a técnicos especializados, muitas das vezes em diversas áreas, para completa apreensão do conteúdo da lei.

Documentos de habilitação (Artigo 71.º)

Não se vislumbra qualquer justificação para se exigir ao adjudicatário de um contrato de empreitada de obras públicas a apresentação dos documentos comprovativos de que não se encontra nas situações previstas nas alíneas b) e i) do artigo 49.º (cf. alínea b) do n.º 1 e 2).

De facto, já actualmente, de acordo com o disposto no vigente RJEOP, as empresas detentoras do competente alvará, pela presunção de idoneidade subjacente ao mesmo, estão dispensadas de apresentar aqueles documentos. Num momento em que tanto se fala de simplificação é, no mínimo, contraditório o retrocesso que esta exigência representa.

Em todo o caso, questiona-se quem irá emitir o documento comprovativo das situações das referidas alíneas b) e i) do artigo 49º: *“sentença que afecta a honorabilidade profissional”, “sentença por crime de participação em actividade de uma organização criminosa, corrupção, fraude e branqueamento de capitais”*.

No que se refere ao n.º 2 do preceito, entendemos ser essencial contemplar expressamente a hipótese do adjudicatário que, não dispondo de todas as habilitações necessárias para a execução da obra, se apresenta com subempreiteiro habilitado com as habilitações em falta (cf. alínea f) do n.º 1 do artigo 73.º e n.º 6 do artigo 266.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março).

Como já se referiu a propósito do artigo 54.º, esta Federação manifesta a sua veemente discordância com qualquer solução que obrigue que os candidatos constituam agrupamentos de empresas sempre que careçam de alguma autorização necessária para a obra a concurso, pelo que se solicita a reformulação da disposição em apreço, de modo a contemplar expressamente a possibilidade do adjudicatário aproveitar das habilitações do subempreiteiro.

Por outro lado e referindo-nos agora ao disposto no n.º 5 do preceito, discorda-se da possibilidade de ser feita toda e qualquer exigência, ao permitir-se que

“independentemente do objecto do contrato a celebrar” sejam solicitados outros “documentos de habilitação que o programa de procedimento especificamente exija”.

Ora, ainda que estes documentos possam ser de apresentação apenas por parte do adjudicatário não podemos concordar com uma tal possibilidade, que poderá ser criadora de uma enorme incerteza quanto ao nível de exigência documental, a qual variará, em função de critérios tão subjectivos, como seja a mera vontade da entidade adjudicante.

A respeito do disposto no n.º 7, entende-se que todos os documentos comprovativos da titularidade das habilitações legalmente exigidas para a execução das prestações objecto do contrato devem ser exigidos no programa do procedimento, a bem da transparência e da sã concorrência.

Valor da caução (Artigo 82.º)

Em articulação com a proposta desta Federação quanto à identificação de propostas de preço anormalmente baixo constante do comentário ao artigo 64.º do projecto em apreço, a FEPICOP tem vindo a defender que quando a empreitada for adjudicada a um concorrente cuja proposta tenha sido identificada como sendo de preço anormalmente baixo mas cujos esclarecimentos hajam sido considerados pelo júri, o valor da caução deve ser de valor correspondente a 30% do preço contratual.

Nestes termos, entende-se que a caução de 10% prevista no n.º 2 do preceito em apreço é manifestamente insuficiente não tendo o cariz dissuasor e de responsabilização que se pretende face às graves consequências que poderão resultar dos eventuais incumprimentos contratuais decorrentes da prática de preços anormalmente baixos. Assim, insiste-se para a necessidade de, nestes casos, o valor da caução ser agravado para 30% do preço contratual.

De igual modo e tendo presente os objectivos que se pretendem ver acautelados com o aumento do valor da caução a prestar, deverá ficar salvaguardado, caso o adjudicatário opte pela apresentação de seguro de execução do contrato e tratando-se de uma

proposta que tenha sido considerada de preço anormalmente baixo, que sempre deverá ser exigida uma caução em conformidade com o aqui disposto, sendo certo que o valor da mesma não deverá corresponder a 10% do preço contratual, mas sim a 30%, tal como já referido.

Modo de prestação da caução (Artigo 83.º)

Questiona-se qual o entendimento a ter da previsão constante da parte final do n.º 1 do presente artigo. De facto, quando se diz que o adjudicatário deverá comprovar a prestação da caução junto da entidade adjudicante no “dia imediatamente subsequente”, pretender-se-á, com isto significar que, caso aquela tenha sido prestada ao quinto dia, o adjudicatário poderá apresentar prova da mesma no sexto dia a contar da notificação prevista no n.º 2 do artigo 70º? Parece-nos que o entendimento não poderá ser outro, sendo certo que a presente previsão será fonte de alguma incerteza e potencial contenciosidade.

Considera-se igualmente essencial que se continue a consagrar expressamente que o modo de prestação da caução é da escolha do adjudicatário, de forma a evitar situações de imposição de um ou outro modo por parte do dono da obra. Assim, preconiza-se que este número seja completado com a expressão “conforme escolha do adjudicatário”, a qual consta do n.º 1 do artigo 114º do Decreto-Lei n.º 59/99, actualmente em vigor.

No mesmo sentido deverá a nosso ver ser alterada a alínea o) do n.º 1 do artigo 122º que prevê a indicação no programa do concurso do modo de prestação da caução.

Conteúdo do clausulado contratual (Artigo 87.º)

Considera-se essencial incluir uma referência à revisão de preços no n.º 2 do preceito, à semelhança do que actualmente dispõe a alínea j) do artigo 118º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

Em nossa opinião é ainda fundamental a consagração de outras regras de interpretação dos documentos que regem a empreitada, à semelhança do que consta actualmente do ponto 1.3. do caderno de encargos tipo aprovado pela Portaria nº 104/2001, de 21 de Fevereiro. De facto, para suprir mais esta ausência regulativa, não basta afirmar-se que as partes podem extrair das regras gerais sobre a interpretação e integração dos negócios jurídicos constantes do Código Civil, as orientações necessárias. Na verdade, embora seja admissível e se aceite a aplicação daqueles preceitos no âmbito do direito administrativo, mais uma vez haverá que ter em conta as especificidades da relação contratual aqui em causa e os vários elementos que deverão integrar e ser tidos em conta para a determinação do regime aplicável.

Por outro lado, discorda-se da faculdade constante do disposto no n.º 4 do preceito, sobretudo atentando que não resulta inequivocamente do n.º 1 do artigo 93.º a possibilidade do adjudicatário reclamar contra a minuta do contrato por discordar da exclusão, pela entidade adjudicante, de termos e condições que constavam da sua proposta.

Preço contratual (Artigo 88.º)

Sem prejuízo do que acima se expôs a propósito da noção de “valor do contrato” (cf. artigo 11.º), não podemos deixar de manifestar a nossa discordância com o disposto na alínea a) do n.º 2 deste preceito, nos termos do qual o *preço contratual* inclui o preço a pagar pelas prestações objecto do contrato na sequência de qualquer prorrogação contratual do respectivo prazo, disposição que entendemos dever ser eliminada.

Ajustamentos do conteúdo do contrato a celebrar (Artigo 90.º)

Não podemos deixar de contestar a possibilidade de, depois de adjudicado, ser ainda admissível a introdução de ajustamentos ao conteúdo do contrato a celebrar. De facto, ainda que conste da letra do preceito que tal só será possível desde que justificado por

exigências de interesse público e caso seja objectivamente demonstrável que a respectiva classificação não seria alterada se os ajustamentos acordados tivessem sido introduzidos em qualquer uma das propostas analisadas, sempre será de questionar a bondade de uma tal solução, sobretudo dada a dificuldade de exercer um efectivo controlo no que se refere ao respeito pelos descritos condicionalismos e em particular na aferição da existência legitimadora da satisfação do mencionado “interesse público”, tanto mais que estes ajustamentos ocorrem à posteriori, depois de estar concretizada a adjudicação e, portanto, já depois de ouvidos os demais concorrentes.

Em nosso entender, uma tal possibilidade não cumpre os requisitos gerais em termos de garantias de imparcialidade e igualdade dos concorrentes, pelo que deve ser eliminada.

A manter-se uma norma sobre esta matéria entendemos que a mesma deve ser enunciada de modo a que o princípio seja o da impossibilidade de acordar ajustamentos ao contrato salvo situações excepcionais e com as restrições já constantes deste artigo.

Reclamação da minuta do contrato (Artigo 93.º)

Relativamente ao n.º 1, questiona-se se entre os fundamentos para a reclamação da minuta não deveriam constar os previstos no n.º 4 do artigo 87.º, caso o adjudicatário discorde da sua não inclusão no contrato.

Defende-se a manutenção da regra do deferimento tácito, conforme consta actualmente do n.º 2 do artigo 109.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, pelo que o n.º 2 do preceito deve ser alterado nesse sentido.

Não outorga do contrato (Artigo 95.º)

Tem-se por essencial a previsão de um mecanismo que, facilmente e sem necessidade de aguardar pela prática de qualquer acto por parte da entidade adjudicante, permita a

libertação automática e imediata da caução nos casos em que a entidade adjudicante não outorga o contrato no prazo devido (cf. n.º 3).

AJUSTE DIRECTO

Escolha das entidades convidadas (Artigo 102.º)

Atentando ao disposto no n.º 2 do preceito, considera-se necessário concretizar o conceito de “contratos cujo objecto seja idêntico ou abranja prestações do mesmo tipo”.

Número de entidades convidadas (Artigo 103.º)

Tal como se referiu a propósito do artigo 18º, a parte final do presente artigo tem de ser adequada à previsão consagrada no aludido artigo 18º.

Esclarecimentos sobre as peças do procedimento (Artigo 106.º)

Na parte final do nº 2 consideramos que se deverá antes prever que os esclarecimentos podem ser prestados até ao dia anterior ao termo do prazo para apresentação das propostas, conforme previsto no nº 2 do artigo 105.º

Audiência prévia (Artigo 113.º)

A possibilidade de encurtamento do prazo até aos 5 dias não se nos afigura aceitável. Deverá ser mantido o prazo geral de 10 dias previsto no CPA, tanto mais que a audiência é sempre escrita.

CONCURSO PÚBLICO

Programa do concurso (Artigo 122.º)

Chama-se uma vez mais a atenção para a necessidade de se privilegiar a utilização de linguagem comum e perceptível pela generalidade dos aplicadores do código, concretizando-se a referência a “níveis plausíveis de impacto relativos a cada um dos factores ou sub-factores elementares” (cf. alínea n) do n.º 1).

No que concerne ao disposto no n.º 2 do preceito em apreço, cumpre reafirmar que em circunstância alguma a FEPICOP poderá aceitar que a definição do mecanismo de identificação das propostas de preço total anormalmente baixo seja legada ao livre arbítrio da entidade adjudicante como, cremos, sucederia, se a indicação do valor a partir do qual é considerada anormalmente baixa fosse feita, caso a caso, pela entidade adjudicante, sem qualquer critério genérico de suporte.

Reitera-se, pois, que consideramos que uma tal solução conduzirá a uma mais do que previsível discricionariedade e falta de uniformidade na definição daquele critério por parte de cada dono de obra pública.

Nesta medida, ainda que se admita que a entidade adjudicante indique, no programa do concurso, o valor a partir do qual o preço total apresentado por uma proposta é considerado anormalmente baixo, consideramos que tal valor deve ter como limite o intervalo de 25% relativamente ao preço base do procedimento, de forma a uma proposta de preço total inferior em mais de 25% ao preço base do procedimento nunca possa deixar de ser considerada como anormalmente baixa. Assim, admitir-se-ia apenas a possibilidade de a entidade adjudicante indicar, no programa do concurso, um valor que não violasse aquele limite ou um intervalo, referenciado ao preço base do procedimento, inferior àquele. O valor indicado no programa do concurso teria sempre que ser mais exigente que o regime geral a prever no artigo 64.º

Consulta e fornecimento das peças de concurso (Artigo 123.º)

Embora seja de saudar o aditamento do n.º 3 ao artigo em apreço, defendemos que a devolução do preço pago pelos concorrentes deverá suceder em qualquer situação. Com efeito, por razões de elementar justiça aquele valor deverá ser devolvido, mesmo em casos de exclusão ou de retirada das respectivas propostas. Acresce que, atendendo ao que é a prática habitual, em situações similares, deverá ser previsto um prazo máximo para que a referida devolução ocorra.

Prazo mínimo para a apresentação das propostas em concursos públicos sem publicidade internacional (Artigo 124.º)

Não obstante para a sua fixação sejam reafirmados critérios de razoabilidade e de adequação do mesmo em função da natureza e complexidade das prestações objecto do contrato a celebrar (cf. artigo 57º), considera-se essencial a previsão de um prazo não inferior a trinta dias para a apresentação de propostas para um contrato de empreitada de obras públicas, sobretudo atendendo à exigência formulada no artigo 55.º (erros e omissões do caderno de encargos).

Modelo de avaliação das propostas (Artigo 128.º)

A FEPICOP considera inaceitável esta opção do legislador de se limitar a enunciar o modelo de agregação aditiva através da expressão geral $V(p) = \sum_{i=1}^n k_i \cdot v_i(p)$ que não se apresenta clara nem, tão pouco, facilmente apreensível para a generalidade das entidades – empresas e donos de obra – que aplicarão quotidianamente o Código dos Contratos Públicos e o referido modelo.

Na verdade, não obstante se reconheça que o modelo de agregação aditiva poderá introduzir alguma transparência aos procedimentos concursais, sempre haverá que

questionar se a mesma deve alcançar-se à custa da maior complexidade que a enunciação do referido modelo denota.

De facto, se o mesmo pode ser perceptível para técnicos, não nos podemos abstrair de todos os demais agentes do sector aos quais, sem dominarem a terminologia técnica empregue, o mesmo não é, de imediato, atingível.

Não se trata, pois, de sugerir a substituição do “modelo de agregação aditiva” constante do anteprojecto em apreço, cujo conteúdo, diga-se, não apresenta qualquer novidade substancial e assinalável face ao que é a prática do Sector. Compete-nos, ao invés, propor uma “tradução”, para a linguagem comum, daquilo que o anteprojecto optou por contemplar apenas matematicamente, opção que se nos afigura, de todo, inaceitável.

Assim, onde, no texto do anteprojecto, se lê (artigo 128.º, n.º 2):

2 – A forma de cálculo da pontuação global de cada proposta deve respeitar o modelo de agregação aditiva, de acordo com a seguinte expressão geral:

$$V(p) = \sum_{i=1}^n k_i \cdot v_i(p)$$

em que:

$V(p)$ é o valor global a atribuir à proposta p ;

n é o número de factores e sub-factores elementares, tal como definido no n.º 2 do artigo 67.º;

k_i é o coeficiente de ponderação do factor ou sub-factor elementar i ;

Deve, simplesmente, ler-se: «2 – A pontuação global de cada proposta deve respeitar o modelo de agregação aditiva, devendo ser apurada pela média ponderada das valorações atribuídas a todos os factores e sub-factores elementares.»

De todo o modo, caso não se prescindia da inclusão da expressão matemática, entendemos ser sempre imprescindível que a mesma se encontre acompanhada da respectiva enunciação em linguagem comum de forma a ser fácil e imediatamente perceptível por todos.

Na mesma linha de tentar tornar claro para todos o que é inteligível apenas para alguns, entendemos que a expressão “(...) monotonamente crescente ou decrescente” constante

do n.º 4 do artigo 128.º deve ser substituída por outra que, de forma clara e simples, expresse que a ordem deve ser crescente ou decrescente.

A este respeito cf. igualmente o ponto i) da alínea l) e a alínea o) do n.º 1 do artigo 147.º.

Audiência prévia (Artigo 136.º)

Conforme já referido, a possibilidade de encurtamento do prazo até aos 5 dias não se nos afigura aceitável. Deverá ser mantido o prazo geral de 10 dias previsto no CPA, tanto mais que a audiência é sempre escrita.

CONCURSO LIMITADO POR PRÉVIA QUALIFICAÇÃO

Programa do concurso limitado por prévia qualificação (Artigo 147.º)

A respeito da alínea j) do n.º 1, cumpre questionar quais os documentos que poderão ser exigidos pela entidade adjudicante para comprovar a aptidão técnica e financeira dos candidatos para a execução da obra, nas situações em que haja lugar a qualificação.

A lógica seguida pelo projecto terá sido a de não fixar qualquer elenco de documentos, permitindo, por um lado, à entidade adjudicante a sua fixação caso a caso e, por outro lado, deixando eventualmente a respectiva definição exemplificativa para sede própria – o programa de concurso. Contudo, uma vez que o projecto não prevê a existência de programas de concurso tipo, logo, considera-se essencial a previsão de um elenco indicativo dos documentos que podem ser solicitados para comprovação da valia técnica e financeira dos candidatos, por forma a evitar a arbitrariedade da entidade adjudicante nesta sede.

No que se refere ao n.º 2, do preceito em análise, não podemos deixar de insistir na inexistência de uma qualquer obrigatoriedade de prévia certificação, designadamente, no âmbito dos sistemas de gestão da qualidade. Desta forma, entende esta Federação, que qualquer exigência, para efeitos de qualificação, de cumprimento de normas de garantia de qualidade ou de gestão ambiental, deverá limitar-se no âmbito das actividades para cujo exercício, um tal requisito seja imprescindível, sob pena, de ser posta em causa a necessária igualdade entre empresas devidamente habilitadas, de acordo com a legislação aplicável ao ingresso e permanência na respectiva actividade.

Por outro lado, entende esta Federação que a possibilidade de a qualificação dos candidatos ser feita só com base na respectiva capacidade técnica ou só com base na respectiva capacidade financeira para contratos abaixo do limiar não deve ser aplicável aos contratos de empreitada de obras públicas nos quais, sendo escolhido o concurso limitado, a capacidade dos candidatos deve ser avaliada no seu todo. Este princípio é aliás o que decorre das directivas comunitárias e não se vê razão para o afastar nos concursos abaixo do limiar que obriga ao respeito das mesmas, pelo que se defende a eliminação do n.º 5 do preceito em apreço.

Teme-se aliás que uma norma deste tipo aplicada a contratos de empreitada possa vir a restringir a concorrência pela possibilidade de os donos de obra passarem a optar, de forma sistemática, pelo concurso limitado apenas porque pretendem proceder ao controlo da capacidade financeira, menosprezando a apreciação de uma capacidade técnica específica para a obra, a qual se nos afigura essencial.

Requisitos mínimos (Artigo 148.º)

No que se refere ao n.º 1, em nossa opinião é basilar a referência à proporcionalidade feita pela Directiva 2004/18/CE, no n.º 2 do seu artigo 44.º, pelo que se sugere a seguinte redacção: “Os requisitos mínimos de capacidade técnica a que se refere a alínea h) do artigo anterior devem ser adequados e proporcionais à natureza das prestações objecto do contrato a celebrar (...)”. É, pois, fundamental que o Código dos Contratos Públicos preveja expressa e claramente que se trata, aqui, de verificar a capacidade técnica dos

candidatos para, no caso dos contratos de empreitada de obras públicas, a execução de uma dada obra em concreto, logo, os requisitos mínimos cujo cumprimento se deve exigir aos candidatos têm de estar relacionados e ser proporcionais ao objecto do contrato, à obra que se pretende executar, pelo que, reitera-se, tal deverá constar expressamente da letra da lei.

Considera-se imprescindível que os requisitos mínimos de capacidade técnica cujo cumprimento pode ser exigido pela entidade adjudicante sejam definidos de forma clara e com elevado grau de concretização, o que nos parece não ser feito de forma satisfatória pelo projecto em apreço, desde logo, por apresentar uma enumeração meramente exemplificativa, enumerando com recurso a formulações genéricas algumas das “situações, qualidades, características ou elementos de facto” que poderão servir para qualificar os candidatos. Ora, esta falta de concretização é agudizada pela ausência, no texto do projecto, dos meios documentais que poderão ser solicitados no programa do concurso para comprovação de tais requisitos mínimos.

É certo que a entidade adjudicante terá sempre que especificar, no anúncio e no programa do concurso, quais os documentos que deverão ser apresentados com vista ao juízo de qualificação, mas entendemos que deverá constar da lei uma enumeração exhaustiva dos meios de comprovação que poderão ser solicitados, conforme consta da legislação vigente.

Atentando novamente no elenco exemplificativo de requisitos que poderão servir para a aferição da capacidade técnica dos candidatos e que constam das alíneas a) a d) do n.º 1 do preceito em apreço entendemos que, sempre que se trate de contratos de empreitada de obras públicas, os mesmos terão necessariamente que reportar-se, em concreto, aos elementos a afectar à obra, não deverá deixar-se ao arbítrio da entidade adjudicante a determinação dos elementos que pretende obter, independentemente da sua adequação à empreitada em questão, assim:

- A referência à “experiência curricular dos candidatos”, deve ser reformulada de modo a esclarecer quais os critérios que permitirão avaliar a experiência dos candidatos e respectivos meios de comprovação;

- Relativamente aos recursos humanos, deve ser esclarecido que apenas relevam os quadros técnicos de que o candidato poderá dispor para a execução da obra posta a concurso, não relevando, no caso dos agrupamentos, os recursos humanos dos membros cuja actividade não careça de alvará do InCI, pois a não ser assim, seria subvertida a finalidade da avaliação da capacidade técnica;
- Quanto aos recursos tecnológicos, deve salvaguardar-se que os mesmos apenas poderão servir para qualificar os candidatos se e na medida em que sejam necessários e ou relevantes para a execução da obra posta a concurso;
- No que se refere ao equipamento deve esclarecer-se que releva aquele de que o candidato poderá dispor para a execução da obra, ou seja, o equipamento a afectar à obra posta a concurso.
- Por fim, não podemos deixar de evidenciar que no nosso país é ainda reduzido o número de empresas de construção certificadas pela norma da qualidade, inexistindo, mesmo, qualquer obrigação de prévia certificação. Esta é a actual realidade do nosso sector, a qual o legislador não poderá ignorar na construção legal a que dê corpo.

Por outro lado, não podemos ainda deixar de manifestar a nossa total discordância com a inclusão da informação constante da base de dados do InCI relativa a empreiteiros entre os requisitos que poderão servir para a aferição da capacidade técnica dos candidatos.

O dispositivo constante da alínea e) do n.º 1 em apreço, em tudo idêntico ao que consta actualmente do n.º 2 do artigo 98.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março e que deste sempre mereceu a crítica das associações que integram esta Federação, suscita-nos as maiores reservas na medida em que continua a não esclarecer com clareza e objectividade os termos em que tal informação será ponderada e valorada.

Em nosso entender é inaceitável que pura e simplesmente se permita que os requisitos mínimos de capacidade técnica dos empreiteiros se reportem à informação registada pelo ICI (cf. artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 12/2004), sem cuidar de definir com rigor o modo como essa informação será utilizada em sede de qualificação concursal. A patente falta

de densificação deste preceito introduz um factor de arbitrariedade na avaliação da capacidade técnica dos empreiteiros com o qual não nos podemos conformar.

De todo o modo, cabe alertar para a grave desigualdade que representa esta disposição, dado que os candidatos estrangeiros que não sejam detentores de alvará do InCI não podem ser prejudicados num concurso em virtude da aplicação deste inciso uma vez que nunca podem constar da base de dados do ICI quaisquer inscrições a seu respeito.

No que concerne à capacidade financeira (cf. n.º 2 do preceito em apreço), discorda-se da necessidade de realização de operações matemáticas de elevado grau de dificuldade, tendo-se por imperioso consagrar-se um mecanismo simples que, por um lado salvguarde os interesses dos donos de obra mas, por outro, seja de fácil aplicação e interpretação por parte dos empresários. A estipulação de mecanismos demasiadamente complexos induz maior incerteza no mercado, sem que tal se traduza em ganhos para os donos de obra.

Entende esta Federação que os meios de prova da capacidade financeira dos candidatos para a execução da obra posta a concurso devem ser transparentes e, na medida do possível, objectiváveis, evitando-se a discricionariedade das várias entidades adjudicantes e as “assimetrias de informação” entre candidatos. O conhecimento antecipado e a clareza das regras dos concursos públicos é um factor de competitividade para as empresas intervenientes.

Não obstante, a racionalidade económica da avaliação da capacidade financeira das empresas não se compadece com a aplicação de “soluções administrativas” e com a exclusão automática de empresas candidatas com base no não cumprimento de uma fórmula ou rácio. Uma visão burocrática/administrativa que subordine a avaliação da capacidade financeira de uma empresa ao cumprimento de uma qualquer fórmula, para além de irracional, na prática, poderia implicar acréscimos desnecessários nos custos de funcionamento das empresas, com resultados desfavoráveis no preço final das obras e numa menor competitividade do conjunto do tecido empresarial.

Entendemos, neste contexto, que a solução baseada na inequação, tal como está formulada, é inaceitável.

Acresce que, a definição do parâmetro “f” não tem regra, podendo variar conforme o dono de obra, mesmo para obras iguais, o que se considera incompreensível. Salienta-se ainda que quanto menor, mais restritiva é a avaliação, mas tal só deveria suceder quando a complexidade da obra o exigisse.

Ao atribuir esta discricionariedade à entidade adjudicante, a inequação contraria os “bons princípios” que, se acredita, estariam subjacentes ao espírito do preceito, sendo, quanto a nós, de todo inaceitável.

Entendemos que, tal como se encontra formulada, a proposta constante do projecto em apreço é inadmissível, conduzindo, na prática, à “obrigatoriedade” de exigência da a declaração bancária prevista na alínea a) do n.º 3 do artigo 162.º aos candidatos.

Em face de todo o exposto, propõe-se a eliminação do modelo de avaliação da capacidade financeira baseada no requisito mínimo traduzido pela inequação, devendo o mesmo ser substituído pela fixação de um valor mínimo para a relação entre o valor base da proposta posta a concurso (V) e o volume de capitais próprios das empresas (CP), traduzindo-se num rácio do tipo: $CP/ V \geq 0,25$ – atendendo a que, no limite, a situação patrimonial das empresas é a melhor garantia de que a empresa dispõe dos meios financeiros para fazer face aos compromissos inerentes à execução das obras.

Para o efeito e a nosso ver, a empresa deveria poder ter em consideração o valor do capital próprio do último exercício fiscal ou, em alternativa, o valor decorrente da média dos 3 últimos anos.

Candidatura (Artigo 151.º)

No que se refere ao n.º 4 deste preceito questiona-se se as subempreitadas necessárias só serão admitidas para efeitos de qualificação. A ser assim, esta Federação manifesta a sua discordância com a opção do legislador, uma vez que se considera essencial prever a possibilidade dos candidatos que não são titulares de alguma das habilitações necessárias para a obra a concurso, se apresentem com subempreiteiros habilitados.

Obrigar a que os candidatos constituam agrupamentos de empresas sempre que careçam de alguma autorização necessária para a obra a concurso é uma solução que não se compadece com a realidade do sector da construção e que, desde já repudiamos.

Apresentação por agrupamentos dos documentos destinados à qualificação (Artigo 154.º)

Deverá haver uma remissão expressa para a obrigatoriedade de cumprimento do disposto no n.º 2 do artigo 165.º.

Prazo mínimo para apresentação das candidaturas em concursos limitados por prévia qualificação sem publicidade internacional (Artigo 156.º)

Considera-se 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, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 59/99).

Modelo simples de qualificação (Artigo 162.º)

No que se refere ao n.º 2 deste preceito, reitera-se o exposto a propósito do n.º 4 do artigo 151.º que aqui se dá por reproduzido.

Modelo complexo de qualificação: sistema de selecção (Artigo 164.º)

De acordo com o estabelecido no projecto em apreço, em todos os casos em que é legítimo o recurso ao concurso limitado por prévia qualificação a entidade adjudicante poderá optar, indistintamente, pelo modelo simples de qualificação (cf. artigo 162.º), no qual serão convidados a apresentar proposta todos os candidatos qualificados, ou pelo

modelo complexo de qualificação, fazendo assentar a qualificação num sistema de selecção segundo o critério da maior capacidade técnica e financeira.

Se o recurso ao referido sistema de selecção dos candidatos é causador da maior apreensão pelas limitações que decorrem para o desenvolvimento de uma concorrência que se pretende sã e aberta, não podemos, de forma alguma, concordar que a escolha do concurso limitado com prévia qualificação e sistema de selecção fique na inteira disponibilidade da entidade adjudicante. Com efeito, o projecto não estabelece qualquer baliza para o recurso a esta modalidade de selecção dos candidatos, podendo ser usada apenas com a delimitação genérica do recurso ao concurso limitado por prévia qualificação.

Ora entendemos que, caso se opte pela manutenção da possibilidade de recurso ao modelo complexo de selecção, o esquema proposto no projecto deve ser profundamente reformulado, de modo a 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.

Assim, por um lado não se nos afigura aceitável a generalização dos concursos limitados por prévia qualificação com sistema de selecção, entendendo-se que estes só deverão ser admissíveis para contratos de empreitada de obras públicas cujo valor o justifique.

Por outro lado, entende-se dever ser introduzida uma disposição idêntica ao actual artigo 122.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, prevendo a possibilidade de recurso ao concurso limitado por prévia qualificação e sistema de selecção dos candidatos com base em critérios materiais, apenas quando a complexidade (técnica) do objecto do contrato a celebrar aconselhe maior exigência de qualificação dos candidatos, designadamente experiência anterior reconhecida em domínios específicos que, de algum modo, justifique a limitação do número dos candidatos convidados a apresentar uma proposta aos que demonstrem possuir as melhores aptidões, de acordo com os critérios de selecção qualitativa, previamente fixados e publicitados.

Na verdade, poderá até fazer-se algum paralelismo com o previsto no Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, nos termos do qual o concurso limitado por prévia qualificação é

aplicável quando o valor do contrato seja igual ou superior a um determinado montante e a complexidade técnica ou o montante envolvido exijam uma pré-avaliação das capacidades técnicas, comerciais, financeiras e administrativas dos concorrentes.

Neste sentido, afigura-se-nos ajustada a previsão de uma regra de delimitação da escolha do concurso limitado com prévia qualificação e sistema de selecção apenas para contratos de valor superior a 5.278.000,00 €.

Audiência prévia (Artigo 168.º)

Consoante já referido, a possibilidade de encurtamento do prazo até aos 5 dias não se nos afigura aceitável. Deverá ser mantido o prazo geral de 10 dias previsto no CPA, tanto mais que a audiência é sempre escrita.

Prazo mínimo para apresentação das propostas em concursos limitados por prévia qualificação sem publicidade internacional (Artigo 173.º)

Considera-se essencial a previsão de um prazo não inferior a trinta dias para a apresentação de propostas para um contrato de empreitada de obras públicas, sobretudo atendendo à exigência formulada no artigo 55.º (erros e omissões do caderno de encargos).

PROCEDIMENTO DE NEGOCIAÇÃO

Remissão (Artigo 183º)

Este artigo determina que à negociação e à apresentação final das propostas é aplicável o disposto nos artigos 108º a 111º (normas procedimentais respeitantes à figura do ajuste directo). Desde logo, no que se refere à técnica legislativa, a solução poderá ser discutível, considerando-se preferível que, as normas específicas do procedimento de negociação estivessem devidamente discriminadas.

Porém, não obstante aquela remissão, cumpre-nos assinalar a falta de referência aos meios pelos quais os concorrentes poderão ser notificados pelo júri. Consequência, ainda, da aplicação das regras referentes ao ajuste directo, é o facto de o júri poder agendar as restantes sessões de negociação nos termos que tiver por convenientes, deixando assim de estar prevista a notificação destas novas sessões com a antecedência de 2 dias, como na referida versão anterior.

DIÁLOGO CONCORRENCIAL

Diálogo (Artigo 194º)

Entendemos que deve ser fixado um prazo máximo para o início do diálogo.

Formalidades a observar (Artigo 195º)

De acordo com a versão do presente anteprojecto datada de 08/06/2006, verificava-se que o júri deveria notificar simultaneamente todos os candidatos qualificados, por correio

registado, por telecópia ou por qualquer meio de transmissão electrónica de dados e com uma antecedência mínima de 8 dias, da data, hora e local da primeira reunião do diálogo, acrescentando-se que, de cada reunião mantida individualmente com um candidato, seria lavrada uma acta.

Na versão em análise, não só foi abolida referência à notificação simultânea dos candidatos qualificados, como de igual modo foram omitidas as formas admissíveis para se proceder à notificação, o prazo de antecedência dessa notificação foi reduzido para 3 dias, foi retirada a obrigatoriedade de lavrar acta de cada reunião realizada e a obrigação de o júri de garantir igualdade de tratamento de todos os candidatos.

Todas estas alterações, cujas razões não vislumbramos, são causadoras de alguma apreensão.

ACORDOS-QUADRO

Artigos 227.º e ss

Entende-se que a previsão da figura do acordo-quadro para a execução de empreitadas de obras públicas, deve ser acompanhada de mecanismos que potenciem o cabal acolhimento das regras da concorrência e promovam a participação das pequenas e médias empresas. Uma tal necessidade é, aliás, afluída pela Comissão Europeia, na nota explicativa que divulgou sobre a matéria, a 17 de Janeiro de 2006.

Tendo por base a solução defendida pelas associações integrantes da FEPICOP em Abril de 2003, a respeito da proposta de revisão do RJEOP então apresentada, preconiza-se a possibilidade de celebração de acordos-quadro apenas para a realização de obras qualitativamente delimitadas, como sejam obras de manutenção de infra-estruturas e de reabilitação urbana com acentuado carácter de repetição e, ainda, para projectos com

elevado grau de complexidade ou integração, envolvendo diversas componentes que concorram decisivamente para a obtenção do produto final.

De igual modo, entende-se dever ser previsto que apenas podem ser celebrados acordos-quadro quando o seu valor ultrapasse 15 milhões de euros e seja imposta a obrigatoriedade de subempreitar uma determinada percentagem de trabalhos.

Por outro lado, não se nos afigura clara a previsão constante do n.º 2 do artigo 229.º do projecto. Contudo e sem prejuízo da necessária reformulação do preceito, adianta-se desde já que se entende que à obrigação dos adjudicatários executarem as empreitadas de obras públicas nas condições previstas no acordo-quadro (cf. n.º 1 do artigo 229.º), deve corresponder idêntica obrigação da entidade adjudicante de celebrar os respectivos contratos, ao invés do que nos parece estar previsto no já referido n.º 2 do artigo 229.º.

CENTRAIS DE COMPRAS

Centrais de compras (Artigo 236.º)

Tendo presente a filosofia subjacente às centrais de compras questiona-se se será vantajoso centralizar a contratação da realização de empreitadas, tendo em conta que se tratam de contratos cujo objecto, pela sua própria natureza, não é passível de padronização uma vez que cada obra é um protótipo.

Nessa medida, vemos com sérias reservas a possibilidade conferida pelo n.º 1 deste preceito (também artigo 237.º, n.º 1, alínea a)).

REGIME SUBSTANTIVO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM GERAL

Proporcionalidade e conexão material das prestações contratuais (Artigo 259º)

Não desconhecendo a correspondência que existe entre este preceito e o disposto no n.º 2 do artigo 5º Código do Procedimento Administrativo, bem como as referências jurisprudenciais e doutrinárias que lhe estão subjacentes, afigura-se-nos de maior razoabilidade e justiça a sua redacção tendo por base uma lógica de efectiva reciprocidade entre as partes contratuais, a qual, diga-se, nos parece estar presente na epígrafe proposta. Com efeito, se ao contraente público não é permitida a assumpção de direitos ou obrigações desproporcionadas, de igual forma e por igual motivo, deveria carecer de legitimidade a exigência de contra-prestações exageradas.

Partilha de benefícios (artigo 260º)

Identificando no presente artigo algumas das características que reconhecemos do regime jurídico das parcerias público-privadas (cf. Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, com as alterações do Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho), haverá que ter consciência da abrangência do futuro Código dos Contratos Públicos e, como tal, da adequabilidade de uma semelhante previsão, designadamente no âmbito das empreitadas de obras públicas.

De igual forma e reportando-nos, em particular, ao número 3 do preceito em análise, entendemos, de reiterar como princípio, a irrenunciabilidade do direito à revisão de preços nas empreitadas de obras públicas, uma vez que este mecanismo dá uma resposta cabal aos casos em que eventuais benefícios financeiros resultem de decréscimo de preços de materiais a incorporar em obra.

Por outro lado, afigura-se-nos particularmente gravosa a possibilidade de “assumpção, por parte do co-contraente, o dever de prestar ao contraente público o valor correspondente ao acréscimo das receitas ou ao decréscimo dos encargos previstos com a execução do contrato”. Ainda que esta situação possa parecer de aplicação limitada no âmbito dos contratos de empreitada de obras públicas, questionamos se, com base na mesma, uma eventual diminuição de encargos, durante a execução do contrato, decorrente, designadamente, do recurso a um novo processo ou técnica construtiva, que apresente menores custos, estará legitimada a aplicação da norma em apreço. Refira-se que a abertura com que é delineada a parte final desta norma é susceptível de, pelo menos, desencadear uma potencial conflituosidade, nada aconselhável para o normal desenrolar de uma relação contratual.

Note-se, por fim, que a partilha de benefícios que, desta forma, se pretende ver instituída, não deverá ser confundida com os princípios subjacentes à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, pelo que, apenas se nos afigura legítimo que a partilha de benefícios, fruto de um eventual decréscimo dos encargos previstos, só seja possível se para o referido decréscimo tiver contribuído, de alguma forma a actuação do contraente público.

Reposição do equilíbrio financeiro do contrato (Artigo 261º)

A necessidade de reposição do equilíbrio financeiro num qualquer contrato é um pressuposto que em nosso entender é essencial salvaguardar. Haverá que, em nosso entender, salvaguardar que, nem mesmo por estipulação contratual, a reposição do equilíbrio financeiro poderá ser afastada.

Nestes termos, fazer depender a referida reposição do conhecimento por parte do contraente público ou do facto de não dever ignorar a essencialidade dos pressupostos nos quais o co-contraente determinou o valor das prestações a que se obrigou (cf. número 2), afigura-se-nos constituir uma limitação inaceitável, capaz de subverter um princípio que, em nosso entender, deveria constituir a regra. De igual forma, introduz um grau de incerteza e de indeterminação que, por si só, pela potencial litigiosidade a que

poderá dar azo, não deveria constar de um normativo que deveria constituir um exemplo de clareza e de objectividade, enquanto conformador de relações contratuais no âmbito das quais, uma das partes, pela particular posição que ocupa, assume uma posição contratual com maior preponderância, quando comparada com a da sua contraparte.

Também no que se refere ao número 5 do presente artigo, não nos parece admissível que, por estipulação contratual, o valor da reposição do equilíbrio financeiro possa, eventualmente, ser inferior ao necessário para repor a proporção financeira em que assentou, inicialmente, o contrato, pelo que esta situação deverá ser devidamente salvaguardada.

Adiantamentos de preço (Artigo 271º)

Reiteramos a nossa profunda discordância perante a possibilidade de as fórmulas a observar em caso de adiantamentos de preço serem contratualmente definidas, consoante previsto no nº 6 deste artigo. De facto, entende-se que, no caso do contrato de empreitada de obra pública, a lei deve estabelecer as fórmulas para reembolso dos adiantamentos, pelo que se propõe a introdução de um novo artigo no Capítulo I do Título II, com a seguinte redacção:

«Os adiantamentos concedidos nos termos do artigo 271.º [Adiantamentos de preço] deverão ser gradualmente reembolsados, mediante dedução nos respectivos pagamentos contratuais, sendo as quantias a deduzir calculadas com base nas fórmulas:

a) Sempre que o valor acumulado dos trabalhos contratuais executados seja inferior ao valor acumulado dos trabalhos contratuais que deveriam ter sido executados, segundo o previsto no plano de pagamentos em vigor:

$$V_{ri} = \frac{V_a}{V_t} \times V_{pt} - V_{rt}$$

$$V_t$$

b) Sempre que o valor acumulado dos trabalhos contratuais executados seja igual ou superior ao valor acumulado dos trabalhos contratuais que deveriam ter sido executados, segundo o previsto no plano de pagamentos em vigor:

$$V_{ri} = \frac{V_a \times V'_{pt}}{V_t} - V_{rt}$$

Em que:

V_{ri} - é o valor de cada reembolso a deduzir na situação de trabalhos contratuais;

V_a - é o valor do adiantamento;

V_t - é o valor dos trabalhos contratuais por realizar à data de pagamento do adiantamento;

V_{pt} - é o valor acumulado dos trabalhos contratuais que deveriam ter sido executados, até ao mês em que se processa o reembolso, segundo o previsto no plano de pagamentos em vigor;

V'_{pt} - é o valor acumulado dos trabalhos contratuais executados até ao mês em que se processa o reembolso;

V_{rt} - é o valor acumulado dos reembolsos já deduzidos até ao mês em que se processa o reembolso.»

Prazo de pagamento (Artigo 273º)

Não obstante a possibilidade de estipulação contratual de prazos de pagamento superiores ao prazo de 30 dias estabelecido no n.º 1 do presente artigo esteja limitada ao prazo máximo de 60 dias, entendemos que, ainda assim, esta deveria ser uma matéria em relação à qual não deveria ser permitida qualquer negociação.

Deverá, pois, resultar clara e expressamente da letra da lei que o contrato não pode estipular prazos de pagamento superiores ao prazo máximo de 30 dias previsto no n.º 1.

Na verdade, é inaceitável que o prazo de 30 dias possa ser aumentado por estipulação contratual, sob pena de, inevitavelmente, por regra, ser fixado o prazo de pagamento de 60 dias, cuja aceitação por parte do co-contratante, mais do que um acto de livre negociação é, na maioria das vezes, uma imposição da parte que, na relação contratual, ocupa uma posição de clara superioridade e com maior capacidade negocial, como, certamente, será o contraente público.

Liberação da caução (Artigo 275º)

Não obstante se reconheça a maior adequação do regime consagrado no presente artigo à realidade que se pretende ver conformada, há aspectos que, em nosso entender, continuam a carecer de aperfeiçoamento. Assim e relativamente ao nº 4, cumpre, desde logo, questionar qual o momento e de que forma será atestado o cumprimento de todas as obrigações contratuais assumidas no âmbito de um contrato de empreitada de obras públicas, tanto mais que, de acordo com a proposta em apreço, haverá vários prazos de garantia a considerar. Impõe-se, pois, em nosso entender, uma melhor clarificação e articulação deste preceito com o disposto a respeito da garantia da obra.

De igual forma e atendendo à versão datada de 15 de Dezembro último, de acordo com a qual no final do segundo ano a caução inicialmente prestada deveria ser liberada em 50%, constata-se, agora, que a referida percentagem foi reduzida para metade, ou seja, para 25%. Acresce ainda, de igual modo, que a percentagem da caução que poderá ser mantida, decorridos cinco anos, aumentou para 25%, ao invés dos 15% previstos na mencionada proposta de Dezembro. Significa, pois, que a redacção agora apresentada representa um manifesto retrocesso, impondo uma penalização injustificada, a qual, atendendo ao prazo de garantia de maior duração (10 anos), imporá, com toda a certeza, maiores restrições e condicionalismos à actividade das empresas.

Por outro lado e sem prejuízo do referido, tendo presente o teor dos números 5 e 6 e a necessária articulação entre os dois, sobretudo no caso de estarmos perante obrigações de correcção de defeitos pelo co-contratante, designadamente obrigações de garantia, sujeitas a prazos superiores a dois e cinco anos, afigura-se-nos que, por forma a uma

melhor clarificação e segurança na interpretação da lei, deverá ser consagrado de forma expressa que, em ambos os casos, o contraente público deverá promover a liberação de 25% do valor da caução prestada após o termo do segundo ano do prazo de garantia técnica, associada à proporcionalidade na liberação do restante, ao longo dos anos seguintes. Neste sentido, o n.º 6 do presente artigo deverá salvaguardar, sem margem para quaisquer dúvidas, a aplicação do número anterior, pelo que se propõe que a redacção seja “Sem prejuízo da aplicação do disposto no número anterior (...)” ao invés da fórmula “Não obstante o disposto no número anterior (...)”.

Cumpre-nos, de igual modo, fazer notar as dificuldades que, na prática, poderão resultar da aplicação do número 8. De facto, embora reconheçamos a razoabilidade da solução aí contemplada, poderá suceder, não raras vezes, a inviabilização da liberação da caução, tão somente, porque é invocada a existência de um defeito, o qual até poderá não existir, o que, aliás, é recorrente. Esta possibilidade apenas seria admissível tratando-se de defeitos reconhecidos pelo co-contratante.

Por outro lado e relativamente ao n.º 9 tememos que venham a existir reservas por parte das entidades bancárias em cumprirem o mecanismo de liberação automática da caução ora estabelecido, o que retiraria todo o efeito útil ao preceito agora contemplado.

Consideramos pois que na minuta do texto de garantia bancária deveria reproduzir-se, ainda que em nota, o teor do n.º 9 deste artigo.

Desta forma, sob pena de o mecanismo que se pretende ver instituído não passar de “letra morta”, torna-se essencial salvaguardar a sua aplicação, sobrepondo-se a mesma ao teor literal do texto da referida garantia. Só desta forma, poderá ser efectivamente concretizada aquela que se nos afigura ser, a intenção dos autores do projecto em análise.

No que se refere ao n.º 10, deverá ficar expresso que uma eventual indemnização, para além de contemplar os custos acrescidos decorrentes da manutenção da caução, deverá ainda incluir, no caso da caução ter sido prestada por depósito em dinheiro ou o seu reforço tenha sido entregue em numerário, os competentes juros calculados desde o momento em que a liberação deveria ter tido lugar.

Execução da caução (Artigo 276º)

Consideramos imperioso que a execução da caução seja precedida da audição do co-contratante, pelo que se remete para os comentários efectuados a propósito do artigo 275º 287º.

Suspensão da execução (Artigo 277º)

Consideramos que o elenco das situações capazes de fundamentar a suspensão da execução do contrato que constava da versão de 18 de Setembro por nós comentada, era mais facilmente perceptível e adequada à realidade. Neste sentido, entendemos ser conveniente prever expressamente o facto de força maior.

Prémios por cumprimento antecipado (Artigo 279º)

Entende esta Federação que por princípio deverá prever-se a atribuição de um prémio por cumprimento antecipado do contrato, não devendo o mesmo ficar na estrita dependência de estipulação contratual.

Direcção do modo de execução das prestações (Artigo 282º)

Se grande parte da regulação da relação entre as partes é remetida para o contrato, sendo com tal pretexto que se justifica a ausência de regulamentação legal, ainda que com carácter supletivo, verifica-se, agora, que, no âmbito dos poderes de direcção que são reconhecidos ao ente público, este poderá emitir, de acordo com o número 2, ordens, directivas ou instruções sobre o sentido das escolhas necessárias nos domínios da execução técnica, financeira e jurídica do contrato que não hajam sido objecto de estatuição.

Se, tal como já antes referíamos, a redacção adoptada não é de fácil integração, permitindo contemplar um sem número de situações, sempre na conveniência do contraente público, acresce que, dada a insuficiência normativa, poderá cair-se no puro arbítrio.

Fiscalização do modo de execução do contrato (Artigo 283º)

Relativamente ao nº 2 e tratando-se de documentos que só deverão dizer respeito ao co-contratante, não se vê qualquer justificação para a possibilidade de aceder a registos informáticos e contabilidade, ou mesmo, genericamente, a qualquer documentação, ainda que se prenda com o modo de execução do contrato.

De facto, mesmo com a salvaguarda do regime aplicável aos segredos profissionais ou comerciais e a outra informação protegida por lei, constatamos que e se na maioria das vezes aquela documentação até poderá não ser objecto de especial protecção jurídica e se de igual modo, em determinadas situações não será fácil a destrinça do que é enquadrável neste âmbito de execução do contrato, entendemos que qualquer possibilidade de aceder a documentos, registos informáticos e contabilidade, deverá ficar na dependência de expressa estipulação contratual, justificada pela particular natureza do contrato celebrado. É inaceitável que se possa impor uma tal possibilidade genericamente, no âmbito de qualquer contrato público e, sobretudo que a respeito de uma pretensa fiscalização o contraente público possa ter acesso e conhecer informação privilegiada que não lhe diz respeito e que muitas vezes é confidencial.

Formação dos actos administrativos do contraente público (Artigo 287º)

Em relação ao n.º 3, de acordo com o qual o contraente público poderá dispensar a audiência prévia quando a sanção a aplicar tiver natureza pecuniária e se encontrar caucionada por garantia bancária à primeira solicitação ou a instrumento equivalente, não se vê motivo que possa justificar uma tal possibilidade. De resto, ainda que se admitisse a existência de um justo receio, sempre existem no nosso ordenamento jurídico meios

processuais adequados à protecção dos interesses do contraente público, sem que para tal seja necessária a criação de uma situação de manifesta desigualdade, no que se refere aos instrumentos ao dispor de ambas as partes.

Se é um facto que o co-contratante se encontra abrangido pelo regime específico das referidas garantias das obrigações, as quais não admitem oposição e carecem de justificação, não se deve confundir uma tal circunstância com a observância de um dos mais elementares direitos que é conferido aos particulares na sua relação com a administração - o direito ao contraditório. Na verdade, tendo presente a delimitação que resulta do n.º 3 do preceito em apreço – sanções que se revistam de natureza pecuniária, caucionadas por garantia bancária à primeira solicitação – mal se compreende que possa existir “*fundado receio de a execução da mesma se frustrar em virtude daquela audiência*”. De facto, dada a natureza e o regime da mencionada garantia, afigura-se-nos não ser admissível uma tal argumentação, afastando-se a audiência prévia e o exercício do referido direito. Não se compreende de que forma possam ser postos em causa ou mesmo prejudicados os fins da garantia prestada.

Por outro lado, em caso de eventual dispensa da realização da audiência prévia, sempre deverá ser salvaguardada a obrigação de fundamentação de uma tal opção por parte do contraente público. Na verdade, se por si só a não realização da referida audiência, em manifesta oposição com o princípio do contraditório, nos merece as maiores reservas, a desnecessidade de qualquer justificação para a sua não concretização, é susceptível de traduzir uma clara ameaça aos mais elementares direitos dos particulares. Esta é, de facto, uma regra que não deverá ser afastada sob pena de se tornar virtualmente incontrolável a decisão do ente público.

Sem prejuízo do referido, sempre seremos do entendimento que, na hipótese de a caução ser prestada mediante garantia bancária ou seguro caução, tal garantia nunca deveria tratar-se de uma garantia autónoma à primeira solicitação, devendo antes o dono de obra ter de justificar o seu pedido, explicitando as razões que entende estarem subjacentes ao eventual incumprimento que invoca. Deverá, pois, assumir a forma de uma garantia bancária simples, figura que permite a salvaguarda dos interesses das entidades adjudicantes.

Limites (Artigo 292º)

Não obstante o presente artigo seja de aplicação genérica, consideramos totalmente inadmissível, no âmbito das empreitadas de obras públicas, a possibilidade de o contrato poder afastar a revisão de preços, remetendo-nos, a este respeito e no que se refere a este tipo contratual, para os comentários tecidos ao artigo 358º.

Âmbito (Artigo 294.º)

Entende esta Federação que, tratando-se de empreitadas de obras públicas, não deve ser admitida a possibilidade de o contrato proibir a subcontratação na fase de formação do contrato, situação que, tendo presente o disposto na Secção VII (Subempreitadas), em nosso entender não está adequadamente acautelada. De facto, mesmo tendo presente o disposto no artigo 361º (Subempreitadas na fase de execução), não se nos afigura estar afastada a possibilidade de, por estipulação contratual, o recurso à subempreitada na fase de formação do contrato ser precludido.

Cessão e subcontratação pelo co-contratante autorizadas no contrato (Artigo 296.º)

No que se refere à alínea b) do n.º 3 tratando-se de empreitadas de obras públicas, discorda-se que a subcontratação, mormente a subempreitada, possa estar condicionada à verificação do preenchimento dos requisitos mínimos capacidade financeira do potencial subempreiteiro.

Uma tal exigência teria como resultado perverso o esmagamento das pequenas e médias empresas a operar na área das obras públicas para as quais a possibilidade de participarem, como subempreiteiras, em obras para as quais não detinham capacidade para concorrer se traduz num importante instrumento de desenvolvimento da respectiva actividade.

Relativamente ao nº 4 não podemos aceitar que o contrato possa proibir a subcontratação de “determinadas prestações contratuais”, para cuja determinação não oferece qualquer critério. Significa, pois, que quaisquer circunstâncias poderão determinar e fundamentar a imposição de tais limitações, o que se nos afigura uma restrição excessiva à liberdade negocial que, fundada, não raras vezes, em opções internas de gestão, não deverá poder ser condicionada. Quanto ao condicionalismo estabelecido por referência ao preço total a pagar pelas prestações objecto do contrato, o mesmo, no caso das subempreitadas de obras públicas, já resulta do estabelecido no n.º 2 do artigo 359º, o qual impõe como limite máximo à subempreitada um valor correspondente a 75% do preço da proposta adjudicada. Neste sentido, o nº 4 não deve ser aplicado às EOP.

Por outro lado, no que se refere ao n.º 7, importa prever que a não autorização do contraente público só poderá ser fundamentada no facto de o novo subcontratado não dar integral cumprimento aos requisitos referentes à capacidade exigida.

Autorização à cessão e subcontratação pelo co-contraente na fase de execução (Artigo 297.º)

Tendo presente a remissão que no mencionado artigo 359º é feita para o regime previsto, designadamente, no número 3 do presente artigo, aplicação com a qual não podemos concordar, entendemos que o prazo de 30 dias para o contraente público se pronunciar é excessivo e verdadeiramente impraticável no âmbito de uma empreitada de obras públicas. Recorde-se que o contrato está a ser executado, pelo que dada a dinâmica e encadeamento próprio de cada uma das fases construtivas é impensável a possibilidade de o co-contratante ter de aguardar o decurso de um prazo tão longo para poder recorrer à subcontratação. De igual modo, dada a omissão do preceito, questionamos qual a consequência de uma eventual ausência de resposta por parte do contraente público. Considerar-se-á legítimo, neste caso, o recurso à subcontratação proposta? Este é, pois, um aspecto que continua a carecer de uma melhor clarificação.

Recusa de autorização à subcontratação (Artigo 298º)

Sem prejuízo do supra referido, consideramos que a fórmula aqui adoptada para justificação de uma eventual não autorização da subcontratação faz uso de conceitos demasiado indeterminados, cujo preenchimento abre as portas à discricionariedade, em detrimento da segurança e objectividade que, em obediência à satisfação do interesse público, haveria que salvaguardar. Com efeito, a redacção proposta, recorde-se, “*o fundado receio de que a subcontratação envolva um aumento de risco de cumprimento defeituoso e incumprimento das obrigações emergentes do contrato*” poderá enquadrar um sem número de situações, de contornos pouco definidos. Neste sentido, este preceito deverá ser clarificado.

Alterações societárias (Artigo 301º)

A necessidade de sujeitar a prévia autorização eventuais alterações ao contrato constitutivo da sociedade co-contratante, afigura-se-nos uma restrição inaceitável, capaz de colidir com o direito à livre constituição e integração de pessoas colectivas. Aliás, em todo o caso, como será compreensível, nem todas as alterações ao pacto social serão relevantes para os interesses que, certamente, aqui se pretendem ver acautelados.

Apenas se nos afigura ser razoável e, como tal, admissível, a eventual necessidade de, depois de concretizadas, dar conhecimento de alterações societárias relevantes ao contraente público.

Excepção de não cumprimento invocável pelo co-contratante (Artigo 305º)

Se a impossibilidade de invocação da excepção de não cumprimento poderá fazer algum sentido tratando-se, designadamente, da continuidade da prestação de um serviço público, antevemos dificuldades dada a abrangência das limitações que decorrem para o co-contratante ao pretender invocar a *exceptio non adimpleti contractus*, em especial no caso de se tratar da execução de trabalhos incluídos numa empreitada de obras públicas.

Com efeito, pela utilização de conceitos pouco densificados e indeterminados, no âmbito dos quais é susceptível de ter acolhimento toda uma diversidade de casos, permite-se que, na prática, em poucas situações possa efectivamente funcionar o referido expediente.

Por outro lado, do n.º 3 resulta ainda mais acentuado o desequilíbrio entre as duas partes contratuais, tanto mais que o exercício do direito de recusa é sempre condicionado à prévia notificação do contraente público. Acresce que a possibilidade de poder ser contratualmente fixado o prazo mínimo para a produção de efeitos da recusa da prestação, podendo, eventualmente, ser condicionada ao cumprimento de um prazo substancialmente superior aos 15 dias fixados no referido n.º 3, é inaceitável e, no extremo, até mesmo inviabilizadora do efeito útil que se pretende acautelar com a invocação da excepção de não cumprimento aqui em causa.

Por fim, verificamos que, por força da regra prevista no n.º 4, o reconhecimento de que a invocação da excepção do não cumprimento não implica grave prejuízo para a realização do interesse público, estará sempre dependente de um juízo de valor efectuado pelo dono de obra, o que conduzirá, na prática, a um esvaziamento material deste meio de defesa invocável pelo empreiteiro aspecto que se nos afigura inaceitável, carecendo de alteração.

Direito de retenção (Artigo 306º)

Igual argumentação à apresentada a respeito do artigo anterior é aplicável ao presente artigo.

Aplicação das sanções contratuais (Artigo 307º)

Em face do elevado valor, não raras vezes envolvido nos contratos que serão objecto do futuro Código dos Contratos Públicos, não podemos deixar de considerar excessivas as percentagens consagradas no artigo em apreço, para efeitos de limitação de eventuais

sanções pecuniárias a estabelecer, tanto mais que as mesmas podem ocorrer em paralelo com uma eventual resolução sancionatória.

Resolução do contrato por iniciativa do co-contratante (Artigo 310º)

Entendemos ser de eliminar o condicionalismo imposto a uma eventual resolução com fundamento em alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, quando a mesma se faz depender da inexistência de grave prejuízo para o interesse público ou, se caso o implique, só a legitimando quando esteja em causa a viabilidade económico-financeira do co-contratante ou se revele excessivamente onerosa. De facto, mesmo nestes casos, o direito à resolução, desde que preenchidos os respectivos requisitos, não deverá poder ficar limitado.

Em todo o caso, mesmo que cumpridas as obrigações em atraso e pagos os juros de mora que sejam devidos, sempre deverá ser conferida ao co-contratante a possibilidade de optar pela resolução do contrato. Com efeito, a confiança, essencial a uma qualquer relação contratual, poderá estar suficientemente abalada, justificando-se, nestes casos, uma tal opção.

Resolução sancionatória (Artigo 311º)

Entendemos que o elenco de circunstâncias previsto no n.º 1, nos termos das quais o contraente público terá legitimidade para resolver unilateralmente o contrato, deverá ser taxativo, não se admitindo que, contratualmente, o co-contratante venha a admitir outros factos como capazes de justificar uma tal consequência. As circunstâncias ali referidas afiguram-se-nos capazes de salvaguardar devidamente o interesse público que aqui se pretende ver acautelado.

Contudo, no que se refere à alínea h) do n.º 1 em apreço, entendemos ser questionável a inclusão no elenco das situações capazes de motivar a resolução sancionatória a

apresentação ou a declaração de insolvência. De facto, esta é uma situação que pode não ocasionar o eventual incumprimento de qualquer obrigação do contrato em execução.

Como decorre do Decreto-Lei n.º 200/2004, de 18 de Agosto – que alterou o Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março – o actual Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), *“a insolvência não se confunde com a falência, tal como actualmente entendida, dado que a impossibilidade de cumprir obrigações vencidas, em que a primeira noção fundamentalmente consiste, não implica a inviabilidade económica da empresa ou a irrecuperabilidade financeira postuladas pela segunda”*.

Assim e face ao teor do n.º 3 do artigo 119º do citado CIRE, afigura-se-nos questionável perspectivar-se esta possibilidade de resolução como resolução sancionatória.

Resolução por imperativo de interesse público (Artigo 312º)

Antes de mais não podemos deixar de notar a excessiva liberdade que este preceito permite na conformação do que deverá integrar o conceito de interesse público e com ele na concretização de uma resolução que poderá ter efeitos gravosos para o co-contratante, em especial caso o fundamento invocado se reconduza a uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias.

Desta forma, para além de assinalarmos os perigos que esta solução encerra, devendo a mesma ser alterado no sentido de lhe ser conferida uma maior objectividade, em benefício da certeza e segurança jurídicas, questionamos a razão de ser da exclusão do pagamento de uma qualquer indemnização quando a resolução seja determinada por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias.

EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS

Representação das partes (Artigo 322º)

Não se vê razão para substituir a expressão “fiscal da obra”, desde há muito utilizada e também prevista no projecto de revisão do Decreto 73/73, pela de “director de fiscalização da obra” (cf. nºs 1 e 2). Por outro lado, também importa ter presente que no mencionado projecto de revisão a representação do empreiteiro é feita pelo “técnico de obra”, expressão que terá de ser adoptada neste Código se o legislador mantiver a opção por uma nova terminologia, preferindo-se porém a actual designação de “director de obra”.

Garantias administrativas do empreiteiro relativamente a eventos que devam ser formalizados em auto (Artigo 323º)

No nº 6 apenas se prevê a hipótese de ser o empreiteiro a recusar-se assinar o auto. Ora e havendo autos que podem ser da iniciativa do empreiteiro (ex. as situações previstas no nº 2 do artigo 342º, conjugadas com a obrigatoriedade de elaboração de auto por sua vez consagrada no artigo 344º), entende-se ser essencial que o princípio do referido nº 6 seja também aplicado quando o dono da obra se recuse a assinar o auto.

Menções obrigatórias no local da obra (Artigo 326º)

A epígrafe do artigo deve ser alterada, uma vez que o mesmo não se circunscreve às menções obrigatórias e prevê igualmente elementos que devem ser mantidos em obra.

Trabalhos preparatórios ou acessórios (Artigo 328º)

Insiste-se que importa prever, num novo número e tal como acontece no quadro legal actualmente em vigor (cf. n.º 3 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 59/99), que os encargos relativos à montagem, construção, desmontagem e demolição do estaleiro são da responsabilidade do dono da obra e constituirão um preço contratual unitário.

Na verdade, o facto de o custo referente a tais encargos deixar de ser indicado como um custo unitário a suportar pelo dono de obra fará com que o mesmo seja diluído em todos os outros preços unitários da obra, o que provoca a distorção de tais preços, agravada quando se verifica a necessidade de realização de trabalhos a mais e tanto é assim que foi o próprio legislador quem entendeu ser necessário introduzir tal previsão no Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro, tendo-a mantido no subsequente Decreto-Lei n.º 59/99.

A este respeito é particularmente elucidativo do exposto o teor do seguinte acórdão do Tribunal de Contas: *“A não previsão autonomizada dos custos do estaleiro, com a consequente diluição deles em outros custos da obra, viola o disposto no n.º 3 do art.º 24 do Dec-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e, empolando necessariamente estes custos, é apta a agravar o resultado do contrato, nomeadamente em casos de eventuais “trabalhos a mais” ou de revisão de preços, integrando assim o fundamento de recusa do visto referido na alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.”* (cit. Acórdão 42/2001, de 22 de Maio; Processo N.º: 4541/2000; Recurso Ordinário 29/2000, publicado na Revista do Tribunal de Contas n.º 35 – Janeiro/Junho de 2001, pág. 305).

Reforço da Caução (Artigo 331º)

A possibilidade da substituição da retenção de uma percentagem dos pagamentos a efectuar ao empreiteiro, por outras garantias previstas no n.º 2 deste artigo deveria ser um direito do mesmo e não uma mera faculdade sujeita à boa vontade do dono de obra. Neste sentido, propõe-se a seguinte redacção *“A dedução prevista no número anterior pode a todo o tempo ser substituída pelo empreiteiro por (...) (restante texto).”*

Indemnização por agravamento dos custos na realização da obra (Artigo 332º)

Carece de total fundamento a possibilidade de, no decurso de uma empreitada, o empreiteiro ver precludido o seu direito de indemnização, quando, muitas vezes o impacto do agravamento de custos só é perceptível a final.

Ainda assim, sempre se considera que o prazo de 15 dias para exercer o direito de indemnização, sob pena de caducidade, é manifestamente exíguo, não devendo a nosso ver ser inferior a 30 dias.

Consignação total e parcial (Artigo 334º)

A previsão do nº 4 deste artigo de que o contrato pode prever a possibilidade de o dono da obra comunicar ao empreiteiro “um plano final de consignação, total ou parcial” deve ser alterada, de forma a que o dono de obra tenha sempre de apresentar um plano final desde que o mesmo seja diferente daquele que foi patenteado ao abrigo do nº 6 do artigo 37º.

Por outro lado, consideramos que caso haja alteração no plano final deve assistir ao empreiteiro a possibilidade de proceder a ajustamentos no plano de trabalhos, não devendo esta possibilidade estar dependente da sua previsão no contrato.

Prazo e auto de consignação (Artigo 335)

Relativamente ao nº 1 considera-se que o mesmo não é claramente perceptível e que o previsto na sua parte inicial deve ser o princípio formulado como regra geral.

Quanto à alternativa “ou logo...”, constante da parte final deste número, consideramos que a mesma carece de ser explicitada, sob pena de o empreiteiro não ter qualquer

previsão de quando irá ocorrer a consignação. É que “logo que o dono da obra tenha acesso legítimo aos prédios” é uma expressão de conteúdo manifestamente vago.

Por outro lado, afigura-se-nos que não houve o cuidado de excepcionar os casos em que o empreiteiro tenha a obrigação contratual de elaborar o programa ou o projecto de execução. Em tais casos não se torna possível concluir a consignação “em prazo não superior a trinta dias após a entrada em vigor do contrato”. Com efeito, após tal entrada em vigor o empreiteiro ainda tem de elaborar os elementos acima referidos e sujeitá-los a aprovação, sendo descabida a previsão de um prazo 30 dias para a consignação.

No tocante ao número 3, a referência, na sua parte final, à alínea b) do nº 1 do artigo 382º pode suscitar uma interpretação no sentido de ser possível a resolução do contrato pelo dono de obra logo que o empreiteiro falte à primeira convocatória para a consignação. Não podendo ser esse o sentido da previsão, entendemos de eliminar esta parte final, uma vez que as situações de resolução encontram-se detalhadas no referido artigo 382º.

Modificação das condições locais e suspensão do procedimento de consignação (Artigo 336º)

No nº 3 consideramos totalmente inaceitável que a suspensão do prazo de consignação por ser necessário um projecto de alteração em razão da modificação anormal e relevante das condições locais existentes face às previstas no projecto signifique igualmente uma suspensão no prazo que possibilita ao empreiteiro resolver o contrato pela demora na consignação. Efectivamente e neste caso nada justifica que o empreiteiro partilhe com o dono da obra os prejuízos por um facto a que é totalmente alheio e que compete ao dono da obra controlar.

Acresce que a nosso ver o direito a resolver o contrato pelo decurso de um prazo de 6 meses sem consignação deve existir independentemente do direito de resolução motivado por alteração anormal das circunstâncias.

Plano de trabalhos (Artigo 337º)

Não se discorda que o empreiteiro tenha de proceder a ajustamentos no seu plano de trabalho antes da consignação, mas consideramos que o nº 3 deste artigo deve ser alterado, de forma a que o empreiteiro disponha de um prazo mínimo para tal. De facto e a manter-se esta previsão o empreiteiro fica sem saber de quanto tempo é que dispõe para o efeito, uma vez que a consignação pode ter lugar num prazo de dez, quinze, vinte dias,... após a assinatura do contrato, só não podendo exceder 30 dias após tal acto (cf nº 1 do artigo 336º).

Por outro lado, pelo nº 5 deste artigo constata-se que o prazo para ajustamentos nunca poderá no limite ser superior a 25 dias após a assinatura do contrato.

Início dos trabalhos (artigo 339º)

Não se compreende o alcance da segunda parte do nº 2 deste artigo quando se reporta ao início dos trabalhos de concepção, e a sua respectiva conjugação com a data do início dos trabalhos de execução prevista no nº 1. Com efeito, o princípio deve ser o de que o início dos trabalhos de concepção é anterior ao início dos trabalhos de execução.

Suspensão pelo empreiteiro (Artigo 342º)

No nº 1 torna-se a nosso ver imprescindível prever igualmente a possibilidade de suspensão da execução dos trabalhos para contratos com prazo de execução menor do que um ano. Com efeito e muito embora se admita que o período de suspensão seja inferior do que o previsto para contratos com maiores prazos de execução, o certo é que não é admissível que por exemplo num contrato de 10 meses o empreiteiro não disponha da mesma possibilidade de gerir, sem quaisquer sanções, um tempo de suspensão dos trabalhos.

Por outro lado, discorda-se profundamente do facto de se limitar a possibilidade de suspensão pelo empreiteiro a um único período por ano, não superior a dez dias seguidos. Com efeito e dado ser aceite que uma suspensão de dez dias por ano não coloca em risco, em regra, o normal desenvolvimento dos trabalhos, é imperioso que se admita que esses 10 dias sejam “seguidos ou interpolados”, tal como se encontra actualmente previsto.

No que toca à alínea b) do n.º 2, considera-se inaceitável que o empreiteiro tenha que aguardar dois meses para ter a possibilidade de suspender os trabalhos, nos casos de não pagamento. Nada o justifica, tanto mais que não é curial que o empreiteiro continue por mais dois meses a suportar custos decorrentes do cumprimento do contrato. Nesta medida sugere-se a redução deste prazo para um mês apenas.

Considera-se também importante recuperar o mecanismo que se encontrava previsto no nº 2 do artigo 169º do Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto, nos termos do qual, nos casos de falta de pagamento em que o empreiteiro não opte pela suspensão dos trabalhos, os prazos contratuais se consideravam automaticamente prorrogados por período correspondente à proporção do valor dos pagamentos em atraso relativamente ao valor da empreitada.

Suspensão por período excessivo (artigo 343º)

Não se prevendo expressamente qualquer tipo de indemnização resultante da paralisação dos trabalhos por facto imputável ao dono de obra, a mesma resultará do previsto no artigo 332º referente à “indemnização por agravamento dos custos na realização da obra”?

Trabalhos a mais (Artigo 345º)

No que ao regime substantivo aqui previsto se refere, cumpre-nos reiterar aquela que tem sido a posição da FEPICOP manifestada nos comentários às anteriores versões deste

anteprojecto, e que se traduz no facto de considerarmos que a execução de trabalhos a mais deve ser delimitada qualitativamente mediante o conceito agora constante do n.º 1 deste preceito e cujo preenchimento garante, por si só, uma adequada limitação da extensão e da natureza dos trabalhos que os integram.

Entendemos que, ao invés de se estabelecerem as limitações quantitativas constantes das alíneas c) e d) do n.º 2, se deveria atender apenas ao preenchimento dos pressupostos elencados no n.º 1, os quais impedem, designadamente, que a seu pretexto se faça mais ou outra obra do que aquela que foi posta a concurso.

A não ser assim, subsistirá sempre a hipótese de não se encontrar resposta para a indispensabilidade de realização de trabalhos a mais necessários à conclusão da obra, tendo como consequência a frequente e desnecessária interrupção das obras para abertura de novo procedimento, sem que com isso se consiga uma assinalável melhoria no controlo de custos das empreitadas de obras públicas. Muito pelo contrário, a interrupção das obras é sinónimo de aumento exponencial do seu custo e do seu prazo de execução, com grave prejuízo para o interesse público por todos reconhecido.

Insiste-se, pois, que em nosso entender a consagração legal de uma definição de trabalhos a mais como a que consta do n.º 1 do artigo 345º em apreço representa, por si só e sem a necessidade de previsão de um valor máximo, uma adequada limitação da extensão e natureza dos trabalhos que a integram.

Contudo, caso não venha a ser essa a opção do legislador, o que se espera não venha a suceder e só por mera hipótese se admite, não podemos deixar de referir que sempre haveria que:

- Eliminar o limite de 5% constante da alínea c) do n.º 2 do preceito em apreço por não ser praticável no âmbito de um contrato de empreitada de obras públicas. Contudo, a manter-se a previsão de um limite, sempre haveria que aumentar razoavelmente o valor de 5% e reportá-lo apenas ao valor de cada um dos contratos relativos a trabalhos a mais e não a esse valor “*somado ao preço total de anteriores trabalhos a mais*”;

- Deduzir o valor dos trabalhos a menos para o cálculo do limite de 50% previsto na alínea d) do n.º 2 do preceito em apreço. Com efeito, é incompreensível que numa obra em que sejam retirados determinados trabalhos que se tenham revelado inadequados e como tal tenham sido substituídos por outros que se mostram indispensáveis, apenas se tenha em conta o valor destes últimos para apuramento do limite máximo de celebração de contratos para a realização de trabalhos a mais, esquecendo-se o valor dos trabalhos que se deixou de realizar e que representa uma economia que não estava inicialmente prevista. De facto, da solução preconizada pelo projecto em apreço, hipoteticamente, até poderia resultar que havendo, simultaneamente, trabalhos a mais e trabalhos a menos, representando os primeiros 51% do valor do contrato inicial e os segundos 46%, uma vez que este segundo limite (50%) era alcançado, não poderiam ser realizados. Ora, uma tal conclusão e consequência resulta incompreensível, quando, na realidade, o que está em causa é apenas a necessidade de realizar trabalhos correspondentes a 5% do valor do contrato inicial. Questiona-se, pois, se nestas circunstâncias é justificável a necessidade de recurso a um novo procedimento a fim de contratar a execução daqueles trabalhos. Se assim for, certamente que será o interesse público o maior prejudicado.

Não podemos deixar ainda e a este respeito de referir que o limite de 50% do valor do contrato inicial (com a eliminação do limite de 5%), para além de ser o consagrado na directiva comunitária e que tem sido acolhido nas legislações de diversos estados-membros, é o limite que se mostra mais adequado à execução do contrato de empreitada de obras públicas, um contrato que, como é amplamente reconhecido, está muitas vezes sujeito a deslizes orçamentais que decorrem da falta de qualidade dos elementos patenteados a concurso ou das próprias exigências do dono de obra e do interesse público.

Recusa da execução de trabalhos a mais (Artigo 347º)

Relativamente à alínea b) do nº 3 discorda-se da margem de apreciação do dono da obra no sentido de ajuizar se o empreiteiro manifestou ou não “de forma peremptória a intenção de não executar os trabalhos a mais”. Considera-se assim de eliminar tal alínea, procedendo sempre o dono de obra à notificação do empreiteiro para que execute os trabalhos a mais (cf alínea a) e passando o conteúdo da parte final da actual alínea b) do nº 3 para o texto da alínea b) do nº 4 deste mesmo artigo.

Preço e prazo de execução dos trabalhos a mais (Artigo 348º)

Não se concorda que o preço a pagar pelos trabalhos a mais e o respectivo prazo de execução aqui fixado possa ser afastado pela vontade das partes, pelo que deverá ser eliminada do corpo do artigo a referência a “*na falta de estipulação contratual*”. Com efeito, atendendo aos interesses em causa e à desigualdade de posições entre empreiteiro e dono de obra no âmbito dos contratos administrativos, entendemos que esta regra deverá ser imperativa.

Procedimento para fixação de preço e de prazo de execução dos trabalhos a mais (Artigo 349º)

Quanto ao nº 1, na parte final refere-se “data da notificação da ordem”, quando, por sua vez e para a mesma realidade, o nº 1 do artigo 347º refere “recepção da ordem”. Como a preocupação subjacente é a de uma uniformidade de terminologia que não ocasione interpretações diversas, convém, também neste caso, uniformizar.

Relativamente ao nº 4, não se concorda que por estipulação contratual possa ser afastado o direito do empreiteiro a juros de mora, sob pena de se verificar um injusto locupletamento do dono de obra à custa do empreiteiro, pelo que tal possibilidade deverá ser eliminada.

Com efeito, atendendo a que o juro moratório visa reparar o prejuízo do credor que resulta da privação do seu capital durante certo período de tempo até integral liquidação, não se nos afigura justificável que seja coarctado tal direito, ainda que por estipulação contratual, dado o desequilíbrio de posições na relação jurídica em causa e que não podemos ignorar.

Prorrogação do prazo de execução da obra (Artigo 350º)

Discorda-se totalmente do teor do nº 2 deste artigo e sugere-se a sua eliminação, pois o mesmo poderá traduzir-se numa fonte de conflitualidade, consistindo em saber se a execução dos trabalhos a mais prejudica ou não o normal desenvolvimento dos trabalhos.

Acresce que se torna inquestionável que quaisquer que sejam os trabalhos a mais, designadamente quanto à sua eventual repercussão no desenvolvimento dos trabalhos, o certo é que os mesmos significam sempre uma alteração ao que foi inicialmente previsto e que esteve na base da celebração do contrato, pelo que devem dar sempre lugar a uma prorrogação contratual automática cuja utilização deve ficar exclusivamente dependente da decisão do empreiteiro.

Formalização dos trabalhos a mais (Artigo 351º)

A nosso ver deve resultar expresso na lei que é ao dono da obra que compete a iniciativa de proceder à formalização dos trabalhos a mais, pelo que se propõe a eliminação da referência ao empreiteiro e que seja previsto que o dono da obra deve promover, num determinado prazo consagrado legalmente, a respectiva formalização por escrito.

Salienta-se que este é um aspecto fundamental para o empreiteiro, que frequentemente não consegue ver formalizado o adicional ao contrato relativo à execução de trabalhos a mais porque o dono da obra entende não ser oportuno fazê-lo, atentos os aspectos financeiros envolvidos. Trata-se, portanto e sem dúvida, de uma realidade a que importa obstar, contemplando-se prazos para o efeito.

Obrigação de execu o de trabalhos de suprimento de erros e omissões (Artigo 352 )

No que se refere ao n.  2 do preceito remete-se para os comentários tecidos a propósito do artigo n.  347 

Responsabilidade pelos erros e omissões (Artigo 354 )

No que se refere ao n.  3 do preceito e sem prejuízo dos comentários tecidos a propósito do artigo 55. , não podemos concordar com a exclusão da responsabilidade do dono da obra por erros e omissões das peças que patenteou.

Consideramos essencial eliminar-se este número, sob pena de, a manter-se, ter como efeito prático a inaplicabilidade do princípio constante do n.é 2, de acordo com o qual o dono da obra   responsável pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões resultantes de elementos por si patenteados.

Quanto ao n.  6 do preceito relativo   responsabilidade dos terceiros que tenham assumido obriga es de concep o, sem prejuízo de se considerar positiva a introdu o desta norma, entendemos que o limite previsto   exíguo e deve ser revisto por forma a ser alcançada uma soluço justa e equilibrada.

Assim, entendemos que o montante indemnizatório deverá corresponder aos prejuízos que efectivamente se venham a apurar em consequência do erro ou omissão, não devendo ficar sujeito a qualquer limite, ainda que a responsabilidade dos terceiros perante o dono de obra seja fundada em título contratual e ressalvadas que estejam os casos de dolo ou a negligência grosseira no cumprimento das suas obriga es. Considera-se assim, que deverá ser feita altera o consentânea com as observa es tecidas.

Indemnização por redução do preço contratual (Artigo 357º)

Discorda-se do teor deste preceito na medida em que representa, na prática e face ao regime vigente, uma diminuição drástica, totalmente injustificada da indemnização a que o empreiteiro tem direito pela redução do valor global dos trabalhos. Assim, entende-se ser essencial manter a indemnização correspondente a 10% do valor da diferença verificada que consta actualmente do artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março e que melhor se adequa à protecção das legítimas expectativas de lucro do empreiteiro.

Considera-se ainda fundamental salvaguardar que o valor de indemnização correspondente a 10% da diferença verificada é um valor mínimo que não prejudica a possibilidade de o empreiteiro exigir em alternativa a indemnização pelos danos efectivamente sofridos com a redução do valor global dos trabalhos.

Por outro lado, deve resultar expressa e claramente da lei que, no caso de trabalhos a menos inferiores a 20%, a indemnização deverá ser sempre calculada em função dos danos efectivamente sofridos.

Aproveita-se o ensejo para alertar para a imprescindibilidade de se manter a previsão actualmente constante do artigo 30.º do 59/99, de 2 de Março, na qual se prevê a possibilidade do empreiteiro propor alterações ao projecto relativamente a parte ou partes dele ainda não executadas e que, caso se traduzam numa economia conferem ao empreiteiro o direito a metade do respectivo valor.

Revisão ordinária de preços (Artigo 358º)

No n.º 1 do presente artigo deverá ser explicitado que a revisão de preços nas empreitadas de obras públicas não poderá ser contratualmente afastada, como parece resultar da conjugação deste artigo com o n.º 2 do artigo 376º.

Com efeito e perante a actual situação de crise do mercado das obras públicas e ao agravamento anormal e imprevisível dos preços de alguns dos materiais mais significativos, tal como se verificou nos últimos três anos (2004 – aumentos dos produtos

siderúrgicos – 40% a 90%), 2005 – Gasóleo e produtos betuminosos – 20% a 40% e 2006 até à presente data – material eléctrico e cobre de 50% a 65%), é completamente inviável proceder à determinação de margens de risco que prevejam a evolução dos preços a considerar na formação dos valores das propostas.

Não sendo possível aos concorrentes antecipar com justeza a evolução dos referidos preços, face à sua imprevisibilidade em geral e, actualmente, à sua impossibilidade de consideração, dado o significativo aviltamento dos preços das propostas, os valores propostos ficam sem qualquer margem de segurança para suportar os eventuais agravamentos de custos, ocasionando, mais cedo ou mais tarde, prejuízos irreparáveis, que podem levar ao incumprimento dos contratos e, em último caso, à ruína das empresas.

Salienta-se, ainda, que a actual figura da imperatividade da revisão de preços nos contratos de empreitadas de obras públicas, tem permitido, para além do reequilíbrio dos preços dos contratos em geral sem conflitos, assegurar através do cálculo normal da revisão de preços, eventuais alterações anormais e imprevisíveis das circunstâncias em que as partes decidiram aceitar o contrato, sem recurso ao previsto no art 198º (Alteração das circunstâncias) do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março. De igual modo, recorde-se, foi o próprio legislador que reconheceu a importância de salvaguardar uma tal imperatividade.

Forma e conteúdo (Artigo 360º)

No que respeita à previsão de nulidade consideramos importante retomar o previsto no nº 5 do artigo 266º do Decreto-Lei nº 59/99, de acordo com o qual o empreiteiro não poderá opor ao subempreiteiro a referida nulidade. Isto porque deve resultar igualmente expresso na lei que a obrigação de formalizar o contrato compete ao empreiteiro.

Por outro lado também se considera imperioso manter as previsões actualmente constantes da alínea e) do nº 3 do referido artigo 266º e da alínea e) do artigo 268º do Decreto-Lei nº 59/99, as quais determinam, respectivamente, que as formas e prazos de

pagamento “*devem ser estabelecidos em condições idênticas às previstas no contrato entre o dono da obra e o empreiteiro*” e que é obrigação do empreiteiro “*efectuar os pagamentos devidos aos subempreiteiros e fornecedores em prazos e condições que não sejam mais desfavoráveis do que os estabelecidos nas relações com o dono da obra*”. É que tais disposições são absolutamente vitais para um correcto funcionamento do mercado.

Subempreitadas na fase de execução (Artigo 361º)

Consideramos imperioso que o presente artigo seja precedido de um artigo específico tendo por epígrafe “Subempreitadas na fase de formação do contrato”, prevendo que a subcontratação na fase de formação do contrato é sempre admitida.

Com referência aos nºs 2 e primeira parte do nº 3 e para as situações em que é necessária autorização do dono da obra reafirmam-se as observações já efectuadas quanto ao nº 3 do artigo 297º no sentido de que um prazo para resposta de trinta dias não é minimamente compatível com o ritmo de execução de trabalhos que tem de ser assegurado nas empreitadas de obras públicas. Assim, propomos que seja previsto no presente artigo um prazo específico de resposta para o dono de obra aplicável às EOP (não superior a 5 dias), sendo simultaneamente consagrado que a falta de resposta atempada implica a aceitação do subcontratado.

Reclamação do empreiteiro (Artigo 367º)

O nº 2 deste artigo estabelece que a reclamação se considera deferida se o dono da obra não proferir decisão no prazo de quinze dias “após a sua notificação”.

Não se compreende a que “notificação” é que o artigo se reporta, pois trata-se de uma resposta a uma reclamação apresentada pelo empreiteiro, pelo que consideramos que o prazo de quinze dias se deve contar da data da “apresentação” pelo empreiteiro da reclamação prevista no final do nº 1 deste artigo.

Situação provisória de trabalhos (Artigo 368º)

Do confronto do nº1 deste artigo com o nº 1 do artigo 208º do Decreto-Lei nº 59/99 resultam-nos dúvidas que se prendem com as expressões “ até ao fim do mês seguinte” e “trabalhos efectuados no mês em causa”. Questionamos:

- “até ao fim do mês seguinte” reporta-se ao fim do mês em que devia ter sido feito o auto de medição (mês seguinte em relação à execução dos trabalhos) ou ao mês seguinte àquele?

- em termos práticos e relativamente a trabalhos executados em Janeiro até 8 de Fevereiro deve ser feito o respectivo auto de medição; se não for feito a situação de trabalhos provisória é apresentada até ao fim de Fevereiro ou ao fim de Março?

Trata-se a nosso ver de um preceito cujo conteúdo carece de ser explicitado.

Liquidação e Pagamento (Artigo 369º)

Quanto ao n.º 1, entendemos ser fundamental prever expressamente que o prazo de pagamento é de 30 dias (cf. n.º 1 do artigo 273.º) a contar da data do auto de medição, das datas de apresentação dos mapas de quantidades de trabalhos a que se refere o n.º 1 do artigo 368º ou das datas em que os acertos sejam decididos, conforme actualmente dispõe o n.º 1 do artigo 212.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

Ainda neste artigo é de toda a justiça prever-se no nº 3 ou num novo número que o empreiteiro tem direito a juros de mora relativamente às quantias apresentadas cuja reclamação venha a ser atendida.

Vistoria (Artigo 371º)

Discorda-se profundamente do teor do nº 2 na medida em que alarga, a nosso ver de forma totalmente injustificada, o âmbito da vistoria da obra a outros aspectos que não devem ser controlados nesta diligência.

Com efeito a vistoria da obra, tal como o nome indica e assim tem sido entendida em todos os regimes jurídicos das obras públicas, traduz-se na verificação “in loco” dos trabalhos realizados através da visualização da sua total e correcta execução.

Neste contexto, entender-se como prevista na alínea a) que este é o momento para também fiscalizar “todas as obrigações contratuais e legais do empreiteiro” subverte a natureza desta diligência por alargar o âmbito da fiscalização a outros aspectos para além dos relacionados com a boa execução dos trabalhos.

Ora quanto a esses outros aspectos que podem e devem ser fiscalizados pelo dono da obra, entendemos que o devem ser ao longo da realização da obra, como aliás é previsto legalmente. Refira-se a este respeito e a título de exemplo, as situações em que o dono da obra pode aplicar sanções, designadamente pecuniárias, ao longo do desenvolvimento dos trabalhos.

Acresce que o facto de se introduzir esta possibilidade como um dos pressupostos da realização da vistoria traduz-se na criação de um novo e muito grave elemento de conflituosidade num momento já de si muito sensível das relações entre o dono da obra e o empreiteiro como é o da vistoria, pois que é condicionador da recepção da obra.

Neste mesmo sentido, salienta-se concretamente o nosso frontal desacordo designadamente quanto ao conteúdo da alínea b) do nº 2, que consagra a verificação, no âmbito da vistoria, da “correcta execução do plano de prevenção e gestão de resíduos de construção e demolição, nos termos da legislação aplicável”.

Desde logo porque ainda não foi publicada qualquer legislação sobre esta matéria, sendo apenas do conhecimento desta Federação um anteprojecto de diploma do ano de 2005 que não teve seguimento posterior. Assim, torna-se inadmissível que seja consagrado no

CCP qualquer referência a exigências que ainda não foram consagradas sob o ponto de vista legal, desconhecendo-se quais as obrigações e sanções a que as empresas poderão vir a ser sujeitas.

Recordando-se, aliás, o único anteprojecto que conhecemos sobre a matéria, salienta-se que no mesmo se estipulava a obrigação de o dono da obra patentear um Plano de Gestão de Resíduos, pelo que se nos afigura ainda mais absurda a referência no CCP apenas a obrigações do empreiteiro e não do dono da obra.

Consideramos assim que só quando for publicada legislação sobre esta matéria se poderá ponderar como vão ser articuladas as novas exigências, desde já adiantando contudo e em nossa opinião, que aliás e à semelhança do que se passa com o Plano de Segurança e Saúde, este aspecto possa ser controlado pelo dono de obra ao longo da execução da empreitada, mas não como um dos elementos a ser fiscalizados na vistoria.

De facto e tal como já referimos, esta diligência deve ser exclusivamente utilizada para a detecção de eventuais defeitos em obra, não devendo ser realizadas no seu âmbito quaisquer outras fiscalizações que têm uma sede e mecanismos próprios de controlo e sanção.

No nº 5 e à semelhança do referido a respeito do artigo 367º considera-se mais correcto mencionar “apresentação” da solicitação em vez de “notificação”.

Não faz qualquer sentido a previsão constante do nº 7 de um novo prazo de mais trinta dias para o dono da obra poder agendar a vistoria (cf parte inicial deste número conjugada com o prazo previsto no nº 5). Com efeito e a ser assim, o dono da obra passará a dispor de um prazo de 45 dias (20 mais 25 mais os 5 de antecedência do nº 3) para agendar a vistoria, o que é completamente desproporcionado.

Ainda quanto a este número e dado que o mesmo apenas se refere aos prazos em que a vistoria foi solicitada pelo empreiteiro, entendemos que se torna imprescindível estender o mecanismo da recepção tácita à situação em que é o dono da obra a agendar a vistoria por iniciativa própria, mas para prazos manifestamente dilatados.

Acresce que, pelos motivos já atrás explanados quanto à alínea b) do nº 2, deve ser retirada toda a parte final deste número 7.

Auto de recepção provisória (Artigo 372º)

Relativamente ao nº 2, repetem-se as mesmas observações que foram efectuadas quanto ao nº 2 do artigo 371º, na medida em que se discorda frontalmente de no auto de recepção provisória se fazer menção a outros aspectos que não os relacionados com a verificação que deve ter lugar nesta diligência, ou seja a relacionada com os trabalhos executados.

Por outro lado e no que concretamente respeita à alínea c) deste mesmo nº 2, igualmente se discorda da forma abrangente como o mesmo está redigido e isto na medida em que apenas deverão ser admitidas, a nossa ver, as referências relacionadas com os defeitos de execução detectados e o prazo que é dado para a sua resolução.

Insiste-se que devem ser afastadas quaisquer dúvidas de interpretação sobre os aspectos a verificar na vistoria e conseqüentemente no auto de recepção, sob pena de, tal como atrás também se salientou, se criar um momento de permanente confluência entre dono de obra e empreiteiro.

No mesmo sentido do que já foi referido, o nº 4 deste artigo deve ser totalmente eliminado e bem assim a parte final do nº 7.

Garantia da obra (Artigo 374º)

Consideramos fundamental inserir-se uma previsão idêntica à do actual nº 2 do artigo 228º do Decreto-Lei nº 59/99, de acordo com a qual a responsabilidade do empreiteiro não compreende deficiências que constituam “depreciação normal conseqüente desse uso”.

Relativamente à alínea c) do nº 2, entendemos que deverá ser previsto que o prazo de garantia de dois anos se aplica igualmente aos defeitos na qualidade dos acabamentos (pedras, madeiras, pinturas), aspecto que consideramos essencial, para a salvaguarda dos interesses em causa, porquanto é reconhecidamente aceite que tais materiais, pela sua própria natureza e características, estão sujeitos a um desgaste mais rápido que os restantes, decorrente de uma depreciação normal e consequente do uso regular.

Igualmente se deverá estatuir que são excluídos da garantia todos os defeitos que resultarem de má utilização, de uma utilização abusiva ou negligente (cf., neste sentido, o nº 3 do art. 15º da Portaria nº 949/99, de 28 de Outubro, que regulamenta o Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, referente à aquisição de bens e serviços).

Recepção definitiva (Artigo 375º)

Todo este artigo carece de ter presente as alterações efectuadas quanto aos diferentes prazos de garantia (cf. artigo 358º), salientando-se designadamente:

Nº 1 – A expressão “findo o período de garantia da obra” carece de ser concretizada, uma vez que existem prazos de garantia distintos;

Nº 3, alínea a) – em que momento é que se vai verificar a “funcionalidade regular” dos equipamentos ?

Por outro lado, no nº 5 deste artigo também deverá referir-se as “partes da obra” susceptíveis de recepção parcial, em vez da expressão “obras”.

Nº 7- prevê-se que “o empreiteiro fica exonerado da responsabilidade pelos defeitos da obra que sejam verificados após a recepção definitiva”. Sucede que findos os prazos de garantia previstos no nº 2 do artigo 375º o empreiteiro vai ficando exonerado da respectiva responsabilidade, aspecto que importa consagrar.

Ainda no nº 7 discorda-se da manutenção da responsabilidade do empreiteiro para além da recepção definitiva, sob pena de não existir um prazo máximo de responsabilidade

legalmente fixado para as situações em que exista culpa. Temos por imprescindível a eliminação da parte final deste preceito “salvo quando o dono da obra prove que os defeitos lhe são culposamente imputáveis” e consideramos que, caso a mesma se mantenha, terá de ser indicado o prazo máximo da responsabilidade em causa, nunca superior a 15 anos, como sucede no direito espanhol a bem da certeza e segurança jurídica.

Relatório final da obra (Artigo 379º)

Deve prever-se a comunicação pelo dono da obra ao empreiteiro do relatório final da obra, tal como enviado ao INCI.

Atraso na execução dos trabalhos (Artigo 380º)

Sendo esta uma regulação especial relativa aos contratos de empreitada é absolutamente essencial prever no n.º 1 deste artigo que em caso algum a multa contratual poderá exceder 20% do preço contratual total, nos mesmos termos do n.º 2 do artigo 307º, como alias é previsto no actual regime jurídico.

6 de Julho de 2007