

07 de setembro de 2017

Paulo Pinheiro | pp@vda.pt
Francisca Paulouro | fp@vda.pt
Catarina Pinto Correia | cpc@vda.pt
Pedro Fontes | pfo@vda.pt

PÚBLICO | SAÚDE

A REVISÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

No dia 31 de agosto, foi publicado em Diário da República o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, que transpõe várias diretivas europeias, alterando em pontos essenciais o Código dos Contratos Públicos (“CCP”). As alterações ao Código só se aplicam aos procedimentos iniciados a partir de 1 de janeiro de 2018.

Destacam-se de seguida as alterações que nos parecem ter impacto mais importante, imediato e previsível nas empresas que atuam na área da Saúde.

1. Procedimento aplicável

1.1. Criação do Procedimento de Consulta Prévia e a redução de limiares para o Ajuste Direto (arts. 18.º e 20.º)

Nos contratos de fornecimento, ou de aquisição de serviços adjudicados ao abrigo do CCP revisto, o Ajuste Direto apenas pode ser adotado quando o valor do contrato seja inferior a € 20.000.

Nos contratos desse tipo com valor entre € 20.000e € 75.000, permite-se apenas a Consulta Prévia, um procedimento semelhante ao Ajuste Direto, mas no qual é obrigatória a consulta a pelo menos três entidades.

1.2. Divisão em Lotes (art. 46.º-A)

Em procedimentos de formação de contratos de fornecimento de bens ou aquisição de serviços de valor superior a € 135.000, a Entidade Adjudicante é obrigada a fundamentar a decisão de não contratar por lotes. A Entidade Adjudicante pode ainda limitar o número máximo de lotes que podem ser adjudicados a cada concorrente.

Existe assim um incentivo à divisão dos contratos mais valiosos e à sua contratação em vários lotes, a adjudicar – em princípio – a vários concorrentes distintos. Só não será assim quando a Entidade Adjudicante justificar a adjudicação de um só contrato.

2. Dinâmica do Procedimento

2.1. Proibição de participação decorrente de anterior incumprimento (art. 55.º, 55.º-A, e 464.º-A)

Entre outros novos impedimentos, passam a poder ser impedidos de contratar, pelo prazo de um ano, os concorrentes que, nos últimos três anos, tenham incumprido um contrato público anterior, quando esse incumprimento tenha dado origem a resolução do contrato, ao pagamento de indemnização por incumprimento, ou a sanções equivalentes.

O impedimento pode ser afastado se o concorrente demonstrar à entidade adjudicante que tomou medidas suficientes para evitar futuras infrações ou faltas.

2.2. Critério e factores de adjudicação (arts. 74.º e 75.º)

No CCP revisto, desaparece formalmente a dicotomia “preço mais baixo” e “proposta economicamente mais vantajosa”.

A adjudicação passa, invariavelmente, a fazer-se em função do critério da proposta economicamente mais vantajosa.

Contudo, o CCP admite expressamente que a proposta economicamente mais vantajosa pode ser determinada em função da “melhor relação qualidade-preço”, ou da “avaliação do preço ou custo”. No segundo caso, o preço ou o custo são os únicos atributos da proposta avaliados.

Os factores de adjudicação podem incorporar aspectos ambientais ou sociais, bem como o serviço e assistência técnica pós-venda e condições de entrega.

Quando o custo seja calculado com base no ciclo de vida, o modelo de avaliação pode abranger custos acessórios do contrato, ainda que não suportados pela entidade adjudicante. É o caso dos custos de utilização (energia, consumíveis e outros recursos), dos custos de manutenção e assistência técnica, os custos de fim de vida, tais como custos de recolha e reciclagem, e custos imputados a externalidades ambientais ligadas ao bem.

Estes últimos aspectos podem assumir grande importância nos concursos para fornecimento de dispositivos médicos. Factores como o ciclo de vida útil, o custo da revisão, o consumo energético ou a factura ambiental do dispositivo podem agora ser equacionados na adjudicação.

2.3. Suprimento de irregularidades das propostas e das candidaturas (art. 72.º)

De acordo com o CCP revisto, o júri deve solicitar aos candidatos e concorrentes que, no prazo máximo de cinco dias, procedam ao suprimento das irregularidades das suas propostas e candidaturas. As irregularidades a suprir apenas podem corresponder a preterição de formalidades não essenciais que careçam de suprimento, incluindo a apresentação de documentos que se limitem a comprovar factos ou qualidades anteriores à data de apresentação da proposta ou candidatura, e desde que esse suprimento não afete a concorrência e a igualdade de tratamento.

2.4. Preço anormalmente baixo (art. 71.º)

O preço anormalmente baixo deixa de ser aferido por referência a uma percentagem do preço base.

No CCP revisto, o preço anormalmente baixo passa a mera possibilidade, a prever pelas entidades que pretendam definir o respetivo limiar nas peças do procedimento.

Ainda que o limiar do preço anormalmente baixo não esteja previsto nas peças do procedimento, a entidade adjudicante continua a poder excluir propostas com fundamento em preço ou custo anormalmente baixo, desde que essa decisão seja fundamentada e o concorrente tenha tido oportunidade de sobre ela se pronunciar.

2.5. Dispensa da obrigação de adquirir ao abrigo de um Acordo Quadro (art. 256.º-A)

As entidades adjudicantes vinculadas a sistemas de compras ao abrigo de um Acordo Quadro ficam dispensadas da aquisição ao abrigo desse instrumento se demonstrarem que o melhor preço oferecido no Acordo Quadro é pelo menos 10% superior ao preço oferecido fora do Acordo Quadro para o mesmo produto ou serviço.

Esta norma enfraquece a proteção conferida aos co-contratantes nos Acordos Quadro, e facilita a entrada no mercado de novos concorrentes – ou concorrentes que tenham ficado de fora do Acordo Quadro – que se disponham a apresentar preços mais baixos.

3. Execução do contrato

3.1. A arbitragem como meio de resolução de litígios (art. 476.º)

O CCP revisto admite o recurso à arbitragem para resolver litígios suscitados pela aplicação do Código, tanto em fase contratual como pré-contratual.

Quando a entidade adjudicante optar pela sujeição de tais litígios a arbitragem, deve obrigatoriamente determinar, no programa de concurso, que os interessados estão obrigados a aceitar a jurisdição de um centro de arbitragem institucionalizado.

O modo de constituição do tribunal e o regime processual a aplicar realiza-se por remissão para as normas do regulamento do centro de arbitragem institucionalizado. A submissão do litígio a tribunal arbitral não integrado em centro de arbitragem institucionalizado é excepcional e tem de ser justificada.

Quando a entidade adjudicante opte pela sujeição de litígios a arbitragem, cabe necessariamente recurso da decisão arbitral para o tribunal administrativo competente nos litígios de valor superior a € 500.000.

3.2. Modificações objetivas do contrato (art. 313.º)

Os limites às modificações do contrato foram especificados e desenvolvidos, determinando-se que o aumento de preço originado por uma modificação não pode ser superior a 25% em caso de alteração anormal e imprevisível de circunstâncias, e a 10% em caso de modificação por razões de interesse público.

Esclarece-se que a modificação do contrato não pode alterar o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante em termos que o coloquem em situação mais favorável do que a proporcionada pelo equilíbrio inicial do contrato.