

Parecer N.º	DAJ 166/18
Data	12 de junho de 2018
Autor	Ana Luzia Lopes

Temáticas abordadas	Código dos Contratos Públicos (artigo 113.º, n.º 2, na redação do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31/8); Aplicação das leis no tempo;
----------------------------	---

Notas

Por email, de ... - ... -2018, a câmara municipal de solicita parecer jurídico sobre a aplicação do disposto no n.º 2 do artigo 113.º do Código dos Contratos Públicos, a seguir designado por CCP, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto¹.

É suscitada a seguinte questão:

“- Dever-se-á considerar 1 de Janeiro de 2018, como novo ciclo de contabilização de adjudicações para efeito de limitação de possibilidade de envio de convites, ou se, com referência a essa data, se deve contabilizar o histórico de adjudicações anteriores?”. (...)

Em suma, os serviços de compras necessitam de informação de suporte, que lhes permita ter respostas concretas relativamente às seguintes dúvidas:

- Para efeitos de limites deve-se considerar 1 de janeiro de 2018, com data início de novo ciclo contratual, ou seja, o ano zero?*
- Para efeito de contabilização de limites deverá considerar-se o histórico de adjudicações anteriores?*
- Para efeitos de limites, dever-se-á considerar a acumulação de ajustes diretos com a consulta prévia?*
- Para efeito de contabilização de limites, dever-se-á considerar a segregação por natureza de procedimento?*

Sobre esta questão, temos a informar:

O Decreto-Lei n.º 111-B/2017 introduz significativas alterações ao CCP, nomeadamente, a alteração dos pressupostos de aplicação do n.º 2 do artigo 113.º do CCP, que estabelece limites às entidades adjudicantes no que respeita à escolha das entidades que podem convidar a apresentar proposta no âmbito de procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia adotados nos termos do disposto nas alíneas c) e d) do artigo 19.º e alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 20.º, consoante o caso².

¹ Diploma que procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, tendo em vista, nomeadamente, a transposição de diretivas comunitárias sobre contratos públicos.

² Significa que, para os limites previstos no n.º 2 do artigo 113.º, continuam a não ser aplicáveis adjudicações de contratos na sequência de procedimentos de ajuste direto e, agora também, de consulta prévia escolhidos em função dos critérios materiais previstos no CCP (artigo 23.º e seguintes).

Foi eliminado da norma o pressuposto qualitativo “*prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar*”, deixando de ser relevante o objeto em concreto do contrato e passando a relevar apenas a identidade do operador económico a quem a entidade adjudicante tenha adjudicado, no triénio previsto na lei, contratos de empreitada de obras públicas ou contratos de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços.

Além disso, o disposto no n.º 2 do artigo 113.º do CCP é agora aplicável não só ao procedimento de ajuste direto, mas também ao procedimento de consulta prévia criado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, cujos valores-limite são os previstos nos artigos 19.º e 20.º do CCP.

Devem, assim, ser considerados pela entidade adjudicante, antes de convidar uma entidade a quem tenha adjudicado contratos na sequência de ajuste direto ou consulta prévia, os seguintes

valores-limite, por triénio:

- ✓ “*inferior a € 150 000*” – consulta prévia para a celebração de contrato de empreitada de obras públicas (alínea c) do artigo 19.º);
- ✓ “*inferior a € 30 000*” - ajuste direto para a celebração de contrato de empreitada de obras públicas (alínea d) do artigo 19.º);
- ✓ “*inferior a € 75 000*” - consulta prévia para a celebração de contrato empreitada de obras públicas (alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º);
- ✓ “*inferior a € 20 000*” - ajuste direto para a celebração de contrato de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços (alínea d) do n.º 1 do artigo 20.º).

Resulta, ainda, da nova redação do n.º 2 do artigo 113.º do CCP que devem ser somadas as adjudicações de contratos de locação e aquisição de bens móveis às adjudicações de contratos de aquisição de serviços efetuadas à mesma entidade na sequência do mesmo tipo de procedimento (ajuste direto ou consulta prévia).

Pois na letra da lei “*2- Não podem ser convidadas a apresentar propostas, entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado (...) na sequência de consulta prévia ou ajuste direto adotados nos termos do disposto (...) nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 20.º, consoante o caso*”, ou seja, consoante se trate de consulta prévia ou de ajuste direto (sublinhado nosso).

Por conseguinte, eliminado o pressuposto “*prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar*” e estando previstas no artigo 20.º, quer a locação ou aquisição de bens moveis, quer a aquisição de serviços, as adjudicações destes contratos à mesma entidade devem ser somadas. Salientamos, porém, que a soma dessas adjudicações deve ser feita por tipo de procedimento (ajuste direto ou consulta prévia).

Não devem ser somadas as adjudicações na sequência de ajuste direto às adjudicações na sequência de consulta prévia.

Neste contexto, parece-nos que o legislador tornou ainda mais restritivo o regime de escolha de entidades a apresentar proposta.

Ora, sobre a aplicação temporal de tal regime ao procedimento de consulta prévia, consideramos que sendo este um novo procedimento, não existem, por isso, adjudicações antes de 01-01-2018 na sequência de consulta prévia adotada nos termos do disposto na alínea c) do artigo 19.º ou da alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP.

Por isso não existem adjudicações que possam constituir impedimento ao primeiro convite à apresentação de proposta em 2018 no âmbito de procedimento de consulta prévia.

Significa, portanto, que os limites estabelecidos n.º 2 do artigo 113.º do CCP devem ser aplicáveis “*sem passado*” ao procedimento de consulta prévia, ou seja, são aplicáveis só a partir de 01-01-2018.

Consideramos, também, que tais limites legais são aplicáveis “*sem passado*” ao procedimento de ajuste direto que, embora não seja um novo procedimento, passou a ter novas regras que têm efeitos na aplicação do n.º 2 do artigo 113.º do CCP.

Porquanto, consideramos que assume uma importância determinante o facto de o disposto no n.º 2 do artigo 113.º do CCP deixar de ser aplicado apenas a adjudicações de contratos cujo objeto é constituído por prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar e passar a ser aplicado a todos os contratos adjudicados à mesma entidade.

Pois, a não ser assim, entendemos que, tendo em conta os novos valores-limite do ajuste direto (€ 30 000 e € 20 000), as entidades adjudicantes ficam, provavelmente, impedidas de convidar entidades, não só este ano, mas também no próximo ano, para adjudicação de contratos cujo objeto pode ser constituído por prestações diferentes das prestações de contratos que já lhes foram adjudicados no triénio previsto na lei.

Por isso, só a aplicação “*sem passado*” do regime do n.º 2 do artigo 113.º do CCP ao procedimento de ajuste direto pode não distorcer a concorrência e salvaguardar o interesse

público, uma vez que entidades eficientes não ficam afastadas da contratação pública durante um ou dois anos.

Além do que vem sendo dito no presente parecer, sublinhamos, ainda, que a sucessão das leis no tempo é dirimida por normas de direito transitório ou pela aplicação do princípio geral de não retroatividade previsto no n.º 1 do artigo 12.º do Código Civil³, segundo o qual “*A lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroativa, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular.*”.

Ora, sobre o novo regime estabelecido no n.º 2 do artigo 113.º do CCP nada refere o artigo 9.º “*Norma transitória*” do Decreto-Lei n.º 111-B/2017.

E o entendimento que vimos expressando sobre a aplicação no tempo do disposto no n.º 2 do artigo 113.º do CCP não colide com o referido princípio geral da não retroatividade da lei.

Ainda no âmbito do presente parecer, referimos o artigo de João Amaral e Almeida sobre a interpretação do novo n.º 2 do artigo 113.º do CCP⁴, que propõe outro entendimento quanto ao procedimento de ajuste direto.

Nas palavras deste Autor “*(...) 4. Com a entrada em vigor da alteração ao CCP em 1 de janeiro de 2018, a aplicação no tempo do novo n.º 2 do artigo 113.º é muito simples: como o ajuste direto – que é um procedimento já existente – passa a ter novos limites, os valores a ter em conta para efeito da proibição de convite são, obviamente, esses novos limites, referentes a empreitadas de obras públicas, por um lado, e a locações e aquisições de bens e serviços, por outro. E é irrelevante, para este efeito, que nos ajustes diretos realizados em 2017 e 2016 o respetivo convite tenha sido dirigido a apenas um operador económico ou a mais do que um. Em contrapartida, no que se refere ao procedimento de consulta prévia, a entrada no novo ano (2018) é feita sem passado, pelo que não existe qualquer impedimento aos primeiros convites para apresentação de propostas.*”.

E, ainda sobre esta matéria, não podemos deixar de referir a Orientação Técnica 01/CCP/2018 emitida pelo Instituto dos Mercados Públicos do Imobiliário e da Construção, I.P., (IMPIC, I. P.)⁵. Esta entidade reguladora, que é responsável pela regulação dos contratos públicos⁶, entende que, para a escolha das entidades a convidar nos procedimentos de ajuste

³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966.

⁴ Artigo publicado na Revista de Contratos Públicos, edição CEDIPRE, 16, 2018, e disponível em https://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/01_PUBLICACOES_SERVULO/2017/Updates/Pub_JAA_22.12.2017_O_novo_n.o_2_do_artigo_113.o_do_CCP.pdf

⁵ Disponível em http://www.impic.pt/impic/assets/misc/pdf/OrientacaoTecnicaIMPIC_01CCP2018.pdf

⁶ Artigo 454.º-A do CCP, que foi aditado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017.

direto e de consulta prévia “São contabilizados os contratos celebrados na sequência de ajustes diretos ou de consultas anteriores a 1 de janeiro de 2018.” (Ponto 8 da Orientação Técnica).

O IMPIC, I.P., emitiu, entretanto, um esclarecimento sobre este Ponto 8 da sua Orientação Técnica no sentido de que: “*Todavia, durante este período transitório de 2018 e 2019, sempre que não for possível cumprir a orientação aí vertida, podem não ser contabilizados os contratos celebrados em 2017 e 2016. Reitera-se, no entanto, que todos os serviços, organismos e entidades devem envidar os melhores esforços para cumprir sempre e/ou assim que possível, a orientação em causa.*”⁷.

Deste modo, o IMPIC, I. P., ainda que mantenha o mesmo entendimento, admite, todavia, que durante um período transitório “(...) *podem não ser contabilizados os contratos celebrados em 2017 e 2016.*”.

Portanto, o nosso entendimento não coincide totalmente com os mencionados, uma vez que para nós as adjudicações de contratos efetuadas na sequência de ajuste direto antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 111-B/2017 não se subsumem na proibição legal do n.º 2 do artigo 113.º do CCP.

Em síntese, entendemos que:

- Para efeitos de limites, devem-se considerar as adjudicações de contratos efetuadas por ajuste direto ou consulta prévia a partir de 1 de janeiro de 2018;
- Portanto, para efeito de contabilização de limites, não deverá considerar-se o histórico de adjudicações anteriores àquela data;
- Para efeitos de limites, não devem ser acumuladas adjudicações de contratos por ajustes diretos e consultas prévias;

- Por conseguinte, para efeito de contabilização de limites, deve-se proceder à segregação por tipo de procedimento.

Enquanto entidade pública devemos, contudo, salientar que o entendimento do IMPIC, I. P., não coincide com o nosso.

⁷ Disponível em <http://www.impic.pt/impic/pt-pt/noticias/esclarecimento-sobre-orientacao-tecnica-01ccp2018>.