

**Diagnóstico da aplicação do Código da
Contratação Pública (CCP) e do Regime
Jurídico dos Contratos Administrativos
(RJCA), e respetivos documentos
standardizados, desde a sua aprovação
até a presente data**

Parceiros:

MLA – menezes, leite & associados
– sociedade de advogados, RL

PLMJ Advogados, SP, RL

Na sequência de procedimento lançado para o efeito, foi celebrado, no dia 4 de Setembro de 2020, entre a Autoridade Reguladora das Aquisições Públicas (ARAP), como uma parte, e a MLA – menezes, leite & associados – sociedade de advogados, RL e a PLMJ Advogados, SP, RL (Consultores), como outra parte, o Contrato de Aquisição de Serviços tendo como objeto a elaboração de diagnóstico da aplicação dos diplomas estruturantes do Sistema Nacional da Contratação Pública (SNCP), tendo em vista proporcionar elementos relevantes para a tomada de decisão relativamente a possíveis intervenções legislativas e operacionais por parte das entidades competentes.

Tendo por base o estabelecido nos Termos de Referência e nos Documentos Contratuais, os trabalhos de consultoria foram desenvolvidos em quatro fases:

- 1ª – Fase Preparatória, em que foram recolhidos, preparados e ponderados os elementos necessários à elaboração de estudo, e que culminou com a apresentação do Relatório Preliminar de Consultoria;
- 2ª – Elaboração da Versão Preliminar do Estudo, em que foi analisada a legislação nacional (e em alguns aspetos relevantes, a legislação comparada), com especial incidência nos pilares e nas grandes linhas de orientação do Código da Contratação Pública e do Regime Jurídico dos Contratos Administrativos, e nos respetivos documentos standardizados, com a finalidade de propor soluções aplicáveis à realidade nacional que contribuam para a prossecução dos objetivos visados neste âmbito, designadamente a estabilidade e a segurança nas aquisições públicas, o equilíbrio e a boa regulação das relações administrativas, a competitividade das empresas, o bom ambiente de negócios e o investimento nacional e estrangeiro.
- 3ª – Apresentação Pública da Versão Preliminar do Estudo, em que este documento foi divulgado e debatido, e em que foram recolhidos subsídios e contributos da ARAP e de outras Entidades que compõem o SNCP;
- 4ª – Elaboração da Versão Final do Estudo, em que foram analisados os contributos e subsídios recebidos na 3ª Fase, revistas e aprofundadas questões, dúvidas e soluções, e consolidado globalmente o documento. Esta fase culmina com a entrega do presente documento à ARAP.

A Versão Final do Estudo, que ora se apresenta, manteve a seguinte estrutura, adotada nos documentos anteriormente entregues pelos Consultores:

- TEMA A) – ÂMBITO OBJETIVO
- TEMA B) – ÂMBITO SUBJETIVO

- TEMA C) – FORMAÇÃO DE CONTRATOS
- TEMA D) – CONTRATAÇÃO ELETRÓNICA
- TEMA E) – EXECUÇÃO DE CONTRATOS
- TEMA F) – REGULAÇÃO, CONTENCIOSO E CONTRAORDENAÇÕES.

No Estudo ora entregue são utilizadas as seguintes siglas: (i) CCP – Código da Contratação Pública, aprovado pela Lei n.º 88/VIII/2015, de 14 de abril, e alterado pela Lei n.º 44/IX/20108, de 31 de dezembro, pela Lei n.º 69/IX/2019, de 31 de dezembro e pela Lei n.º 109/IX/2020, de 31 de dezembro; (ii) RJCA – Regime jurídico dos Contratos Administrativos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 50/2019, de 25 de setembro, e republicado em 17 de novembro de 2019.

A Versão Final do Estudo apresenta, no seu início, as conclusões extraídas no quadro de cada tema tratado, em moldes similares a um “Sumário Executivo”.

Justificam-se breves considerações, numa perspetiva global, quanto aos resultados do Diagnóstico produzido pelos Consultores.

Os Consultores confirmaram, a partir das análises realizadas no âmbito de cada um dos temas em que se desdobra o Diagnóstico, que o CCP e o RJCA representaram uma evolução importante do tecido legislativo cabo-verdiano em matéria de contratação pública, que permitiu alcançar um patamar muito superior ao dos diplomas por eles revogados.

Neste sentido, justifica-se manter o CCP e o RJCA como os diplomas estruturantes no domínio da contratação pública (em sentido amplo).

No entanto, uma análise minuciosa e profunda, desdobrada numa vertente concetual e teórica, e noutra prática e de aplicação concreta, e suportada por várias pronúncias recolhidas em sede de Consulta Pública, revela múltiplos aspetos e questões, identificados especificamente no Estudo, que justificam uma revisão relevante tanto do CCP como do RJCA, relativamente a diferentes temas, disposições e opções.

Tendo por referência as finalidades visadas pela ARAP, vertidas nos Termos de Referência que parametrizaram a Consultoria, a Versão Final do Estudo indica, relativamente às questões e deficiências suscitadas, possíveis soluções e remédios, sem prejuízo de, relativamente a aspetos em que estão em causa opções de fundo e linhas estratégicas, remeter a tomada de decisões para as entidades competentes.

Tal como previsto na sua Proposta Técnica, os Consultores mantêm-se disponíveis para, no quadro deste Contrato de Prestação de Serviços, introduzir afinações e ajustamentos destinados a enriquecer e a elevar a qualidade do trabalho final.

ÍNDICE

TEMA A – ÂMBITO OBJETIVO	34
I. IDENTIDADE DE ÂMBITO?	34
II. AMPLIAÇÃO DO ÂMBITO?	35
III. CONTRATOS DE TAREFA E AVENÇA	36
IV. CONSULTORIA	37
V. CONTRATOS EXCLUÍDOS	38
VI. CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE ENTIDADES ADJUDICANTES	40
VII. TERMINOLOGIA	42
TEMA B – ÂMBITO SUBJETIVO	43
I. IDENTIDADE DE ÂMBITO?	43
II. SUJEIÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS	44
III. TERMINOLOGIA	46
IV. ENTIDADES QUE EXERCEM FUNÇÕES MATERIALMENTE ADMINISTRATIVAS	46
V. ASSOCIAÇÕES PÚBLICAS	47
VI. EMPRESAS PÚBLICAS	48
TEMA C – FORMAÇÃO DE CONTRATOS	50
I. TIPOS E ESCOLHA DE PROCEDIMENTOS	50
II. FORMAÇÃO DOS CONTRATOS	58
III. TRAMITAÇÃO DO PROCEDIMENTO	70
TEMA D – CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA	79
I. INTRODUÇÃO	79
II. INFORMAÇÕES DISPONÍVEIS	81
III. ASPETOS A TER EM CONTA NO ÂMBITO DA PREPARAÇÃO DO DIPLOMA REFERIDO NO N.º 2 DO ARTIGO 199.º DO CCP	82
TEMA E – EXECUÇÃO DE CONTRATOS	84
E.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS	84
I. ESTRUTURA DO RJCA: N.º 2 DO ARTIGO 228.º	84
II. REGRAS DE CONTAGEM DE PRAZOS	84
III. SILÊNCIO	85
IV. DOCUMENTOS ESTANDARDIZADOS	85
V. MINUTAS DE CONTRATOS	87
E.2. PARTE GERAL DO RJCA	88
I. PRINCÍPIOS	88
II. GESTOR DO CONTRATO	88

III.	INCUMPRIMENTO – CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL _____	88
IV.	PODERES DE FISCALIZAÇÃO _____	89
V.	APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO DIREITO CIVIL _____	90
VI.	EXECUÇÃO DA CAUÇÃO DE BOA EXECUÇÃO _____	90
VII.	ALÍNEA B) DO N.º 1 DO ARTIGO 12.º _____	90
VIII.	REQUISITOS E LIMITE DO ADIANTAMENTO _____	90
IX.	LIBERAÇÃO PARCIAL DA CAUÇÃO EM FUNÇÃO DE GRAUS DE EXECUÇÃO _____	91
X.	REQUISITOS DA MODIFICAÇÃO OBJETIVA DO CONTRATO _____	92
XI.	CONSEQUÊNCIAS DA MODIFICAÇÃO OBJETIVA DO CONTRATO _____	92
XII.	PUBLICITAÇÃO (ARTIGO 24.º) _____	92
XIII.	ARTIGO 27.º - DEFERIMENTOS TÁCITO _____	93
XIV.	PROIBIÇÃO DE SUBCONTRATAÇÃO _____	93
XV.	RECUSA DE POTENCIAL SUBCONTRATADO _____	94
XVI.	PAGAMENTO DIRETO AO SUBCONTRATADO _____	94
XVII.	NOVA SISTEMATIZAÇÃO DO TÍTULO VII (INCUMPRIMENTO DO CONTRATO PELO CONTRATANTE) _____	94
XVIII.	MORA _____	95
XIX.	RESOLUÇÃO PELO CONTRATANTE PÚBLICO COM BASE NA INSOLVÊNCIA _____	95
XX.	MODO DE RESOLUÇÃO PELAS PARTES: INDEMNIZAÇÕES _____	95
XXI.	REDAÇÃO DO N.º 1 DO ARTIGO 42.º DO RJCA _____	96
XXII.	REGIME DO N.º 2 DO ARTIGO 42.º DO RJCA _____	96
XXIII.	REGIME DO N.º 4 DO ARTIGO 42.º DO RJCA _____	97
XXIV.	VIOLAÇÃO DE ELEMENTOS ESSENCIAIS DAS PEÇAS DO PROCEDIMENTO E DA PROPOSTA – ANULABILIDADE? _____	97
XXV.	CONTEÚDO DOS CONTRATOS CELEBRADOS ENRE CONTRAENTES PÚBLICOS _____	98
	E.3. CONCESSÕES _____	98
I.	NOÇÃO DE CONCESSÃO: REGIME _____	98
II.	CONCESSÃO DE OBRA PÚBLICA X CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO _____	98
III.	SOCIEDADE CONCESSIONÁRIA (ARTIGO 49.º DO RJCA) _____	99
IV.	AUTORIZAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES (ARTIGO 50.º) _____	99
V.	PRAZO DA CONCESSÃO _____	99
VI.	OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA _____	99
VII.	PARTILHA DE RISCOS E PRESTAÇÕES DO CONCEDENTE _____	100
VIII.	SEQUESTRO _____	100
IX.	RESGATE – PRAZO E INDEMNIZAÇÃO _____	101
X.	RESOLUÇÃO DO CONTRATO [ALÍNEA G) DO N.º 1 DO ARTIGO 160.º] _____	102

XI.	CONCEITO DE TERCEIROS (ARTIGO 61.º)	102
XII.	OUTRAS CONCESSÕES	102
XIII.	ARTICULAÇÃO ENTRE AS POSIÇÕES DO CONCEDENTE E DAS ENTIDADES FINANCIADORAS	103
XIX.	CONTRATOS DE EMPREITADA CELEBRADOS POR CONCESSIONÁRIAS DE OBRAS PÚBLICAS (ARTIGO 66.º)	103
E.4. EMPREITADAS		103
I.	CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES DE NATUREZA FORMAL	103
II.	AS RECLAMAÇÕES DO EMPREITEIRO: PRAZO DE CADUCIDADE	104
III.	GARANTIAS DE IMPARCIALIDADE	105
IV.	PROJETO	107
V.	CONCURSOS DE CONCEÇÃO/CONSTRUÇÃO	110
VI.	CONSIGNAÇÃO DA OBRA	112
VII.	EXECUÇÃO DOS TRABALHOS	113
VIII.	SUSPENSÃO DOS TRABALHOS	114
IX.	MODIFICAÇÕES OBJETIVAS, MODIFICAÇÃO DO PREÇO E TRABALHOS COMPLEMENTARES	115
X.	TRABALHOS A MAIS (OBRIGAÇÃO DE EXECUÇÃO)	119
XI.	TRABALHOS A MAIS (FORMALIZAÇÃO)	120
XII.	ERROS E OMISSÕES	120
XIII.	REVISÃO DE PREÇOS	123
XIV.	CONTROLO DE CUSTOS	125
XV.	SUBCONTRATAÇÃO	126
XVI.	ADIANTAMENTOS E PRAZO DE EXECUÇÃO	127
XVII.	DA RECEÇÃO E LIQUIDAÇÃO DA OBRA	128
XVIII.	LIBERAÇÃO DA CAUÇÃO	131
XIX.	PRAZO DE GARANTIA	132
XX.	LIQUIDAÇÃO FINAL (EM CASO DE RESOLUÇÃO, REVOGAÇÃO OU CADUCIDADE DO CONTRATO)	133
XXI.	PROCESSO DE RESOLUÇÃO	134
E.5. AQUISIÇÃO DE BENS MÓVEIS		134
I.	INSERÇÃO SISTEMÁTICA	134
II.	FUNDAMENTAÇÃO DE PRAZOS EXCECIONAIS	134
III.	LEI DA DEFESA DO CONSUMIDOR	134
IV.	TESTES X PRAZO DE GARANTIA	135
V.	LIMITAÇÃO RISCO/FORNECEDOR	135

VI.	ERROS E OMISSÕES	136
E.6. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS		136
I.	REDAÇÃO DO N.º 3 DO ARTIGO 201.º	136
II.	OBRIGAÇÕES DE REPARAÇÃO E DE MANUTENÇÃO	136
III.	CONSEQUÊNCIAS DA MORA	136
IV.	REGIME SUBSIDIÁRIO	136
E.7. AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS		137
I.	SERVIÇOS DE CONSULTORIA	137
II.	NÚMEROS 2 E 3 DO ARTIGO 221.º - FORMAÇÃO DO CONTRATO	137
III.	PRINCÍPIOS COMUNITÁRIOS	137
IV.	O N.º 2 DO ARTIGO 223.º	137
V.	SERVIÇOS A MAIS E SERVIÇOS COMPLEMENTARES	137
VI.	REMISSÕES	138
E.8. CADERNOS DE ENCARGOS-TIPO		138
I.	CONTRATO DE EMPREITADA	139
II.	CONTRATO DE FORNECIMENTO DE BENS	141
III.	CONTRATO DE LOCAÇÃO DE BENS OU DE LOCAÇÃO FINANCEIRA	141
TEMA F – REGULAÇÃO, CONTENCIOSO E CONTRAORDENAÇÕES		142
F.1. REGULAÇÃO		142
I.	ÂMBITO DE INTERVENÇÃO DA ARAP	142
II.	A REGULAÇÃO NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS	143
F.2. CONTENCIOSO		145
I.	FASE DE FORMAÇÃO DO CONTRATO	145
II.	FASE DE EXECUÇÃO DO CONTRATO	148
F.3. CONTRAORDENAÇÕES		150
I.	ADEQUAÇÃO DOS VALORES	150
II.	SANÇÃO ACESSÓRIA	151
III.	SANCIONAR OS CONCORRENTES?	151
IV.	SANÇÃO ACESSÓRIA DE INIBIÇÃO DE CONCORRER COM BASE EM INCUMPRIMENTO CONTRATUAL	151
V.	OBRIGAÇÃO DE COMUNICAÇÃO	152

CONCLUSÕES

TEMA A – ÂMBITO OBJETIVO

1. A lógica subjacente ao CCP é a da sua aplicabilidade apenas aos contratos nele identificados, enquanto a do RJCA é a da sua aplicação aos contratos nele tipificados e a outros para além deles. Propõe-se a ponderação da harmonização do âmbito objetivo de ambas as leis, salvo se existirem razões para que um determinado contrato deva estar sujeito apenas a uma dessas leis.
2. Propõe-se também que a delimitação do âmbito de aplicação objetivo de ambos os diplomas seja feita com uma base concetual (e não taxativa), favorecendo a aplicação dos mesmos regimes a contratos de características idênticas.
3. Deve ponderar-se o alargamento do âmbito objetivo do CCP e do RJCA. Nesta sede, propõe-se, na sequência de sugestões apresentadas na Consulta Pública, a regulação específica, em ambos os diplomas, dos contratos mistos que envolvam prestações típicas de contratos de mútuo e de empreitada e, também, de outros contratos administrativos (como os contratos de uso privativo do domínio público e de exploração de domínio público).
4. O CCP e o RJCA são aplicáveis aos contratos de tarefa e de avença, atenta a integração destas no conceito de prestação de serviços. Neste âmbito:
 - Propõe-se ponderar se as regras específicas do contrato de avença contidas no artigo 34.º da Lei n.º 102/IV/93, de 31 de dezembro, relativas à cessação e à remuneração, devem manter vigência mesmo no quadro de um novo regime global definido para as prestações de serviços em geral;
 - Em caso afirmativo, recomenda-se ressaltar expressamente a vigência das aludidas regras específicas.
5. Considera-se que o contrato de consultoria não reveste características diferenciadoras justificativas de regime específico diverso do da generalidade das prestações de serviços. Por isso se propõe a ponderação da manutenção da sua autonomia no CCP e no RJCA. Isto sem prejuízo de regras apropriadas a características particulares do prestador de serviços que não permitam a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam definidos os atributos qualitativos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação (caso dos serviços de natureza intelectual).
6. As regras do RJCA podem ser aplicadas aos contratos excluídos do seu âmbito de aplicação (n.º 4 do artigo 3.º do RJCA). Admitindo-se que a legislação que rege a contratação pública (em sentido lato) deve ser aplicável à totalidade dos contratos administrativos celebrados

pelas Entidades Adjudicantes/Contraentes Públicos, a não ser que dessa solução resultem efeitos contrários ao interesse público (em especial em situações que as entidades financiadoras imponham os seus instrumentos normativos com exclusão do direito nacional, como condição de que dependa a concessão de financiamentos), propõe-se o seguinte:

- Que, como regra, o direito nacional seja de aplicação obrigatória (às fases de formação e de execução do contrato), mesmo em contratos com financiamento internacional;
 - Que se disponha que, caso as entidades financiadoras imponham determinados instrumentos normativos, o Estado deverá assegurar que os mesmos contemplam os institutos estruturantes da legislação nacional;
 - Que a exclusão do direito nacional para determinados procedimentos desenvolvidos ao abrigo de financiamentos internacionais deverá ser formalizada por Decreto-lei que aprove os instrumentos normativos a aplicar.
- 7.** Caso se mantenha a opção vertida no n.º 4 do artigo 3.º do RJCA, propõe-se que seja esclarecido em que medida as normas do RJCA são aplicáveis aos contratos excluídos.
- 8.** É generalizada a convicção de que a alínea b) do n.º 1 do artigo 4.º do CCP e a alínea a) do n.º 3 do artigo 3.º do RJCA permitem o afastamento do direito nacional relativamente à formação e à execução do contratos com financiamento internacional. Contudo, tais textos não são claros nesse sentido, pelo que, caso se mantenha a atual opção legislativa, se propõe a sua clarificação quanto à exclusão da aplicação do direito nacional a contratos com financiamento internacional.
- 9.** Os contratos excluídos do âmbito de aplicação do CCP, nos termos dos números 2 e 3 do respetivo artigo 4.º, não se encontram excluídos do âmbito de aplicação do RJCA. Propõe-se ponderar a harmonização do âmbito de exclusões de ambas as leis também neste domínio, salvo exceções devidamente justificadas.
- 10.** Relativamente à necessidade de "*reconhecimento em despacho fundamentado do ministro competente*" para o caso de exclusão do CCP de contratos cuja execução deve ser acompanhada de medidas especiais de segurança, tal como previsto na alínea b) do n.º 3 do artigo 4.º do CCP, propõe-se que seja clarificada a redação dessa alínea, de modo a ficar claro que: (i) deve intervir o Ministro competente para a área da segurança; (ii) podem beneficiar desse regime excecional outras entidades para além do Estado, que teriam de suscitar, junto do Ministro competente, a emissão desse despacho.
- 11.** Os contratos celebrados entre Entidades Adjudicantes encontram-se sujeitos às normas contantes, quer do CCP, quer do RJCA [salvo no caso limitado da alínea a) do n.º 3 do artigo

4.º do CCP]. Coloca-se a questão de saber se e em que medida se justifica essa aplicação, em função do maior ou menor grau de dependência entre as entidades envolvidas e o modo como o sujeito que, no contrato, assuma a posição de contraparte do Contraente Público exerça a sua atividade. Perante ela, propõe-se que seja ponderada a possibilidade da aplicação ou da não aplicação do CCP e do RJCA à contratação entre Entidades Adjudicantes, em função do grau de controlo da Entidade Adjudicante sobre a outra parte no contrato, do tipo de participação privada no capital na parte que ocupa a posição de cocontratante ou do tipo de cooperação entre as entidades envolvidas.

12. Ao nível da terminologia, a denominação dos contratos constante do n.º 1 do artigo 3.º do RJCA e do n.º 1 do artigo 3.º do CCP não coincide e o próprio RJCA revela instabilidade terminológica no seu seio, designadamente, quanto aos contratos respeitantes a bens móveis e a serviços. Por isso se propõe a uniformização da terminologia utilizada no n.º 1 do artigo 3.º do RJCA e no n.º 1 do artigo 3.º do CCP, adotando-se os da ótica do Contraente Público (aquisição de bens móveis e aquisição de serviços).

TEMA B – ÂMBITO SUBJETIVO

1. Os âmbitos subjetivos de aplicação do CCP e do RJCA são, em grande medida, convergentes, mas não são totalmente coincidentes, nomeadamente quanto a concessionárias (nuns pontos referidas no CCP, mas não no RJCA, enquanto noutros ocorre o inverso) ou a entidades que celebrem contratos no exercício de funções materialmente administrativas (referidas no RJCA, mas não no CCP). Propõe-se que os âmbitos subjetivos do CCP e do RJCA sejam coincidentes, salvo situações excecionais, devidamente justificadas, que motivem a sujeição apenas a um desses diplomas.
2. Relativamente às concessionárias, identificam-se razões no sentido da sua sujeição ao CCP e ao RJCA e razões em sentido divergente (em especial, em favor da sujeição jogam o facto de o contrato de raiz - contrato de concessão - ser público, e a defesa dos operadores que pretendam concorrer no quadro dos mercados secundários associados a esse contrato; em desfavor da sujeição jogam a natureza privada da concessionária e necessidade de agilidade e flexibilidade de gestão). Por estar em causa a tomada de opções estratégicas, propõe-se que seja ponderado pelas entidades competentes se as concessionárias devem ser sujeitas aos regimes do CCP e do RJCA e, em caso afirmativo, relativamente a que contratos.
3. Ainda relativamente às concessionárias, o n.º 3 do artigo 5.º do CCP, na redação introduzida pela Lei n.º 109/IX/2020, prevê a não aplicabilidade do CCP aos contratos a celebrar pela Concessionária que tenha sido contratada no seguimento de procedimento concorrencial e adquira direitos especiais ou exclusivos, sem prejuízo da aplicação de um conjunto de princípios próprios da contratação pública. Relativamente a essa solução, mostra-se necessário, para boa aplicação da opção legislativa, apurar esse regime e a interpretação do

mesmo, designadamente, quanto ao alcance concreto da não aplicação o regime do CCP, à materialização da sujeição aos princípios da contratação pública, e ponderar, paralelamente, mecanismos de controlo da observância de tais princípios.

4. No plano da terminologia, a redação do n.º 2 do artigo 5.º do CCP, quer na anterior versão, quer naquela que resulta da Lei que aprovou o Orçamento de Estado para 2021, impõe a substituição da referência a “contratos de concessão” pela referência a “contratos de subconcessão” visto que, por estar em causa a adjudicação por parte de concessionárias, faria mais sentido referir-se “subconcessões” em vez de “concessões”.
5. O RJCA identifica como Contraentes Públicos as “[e]ntidades que celebrem contratos no exercício de funções materialmente administrativas”, mas o CCP não as identifica como Entidades Adjudicantes. Cria-se, assim, um desfazamento entre as entidades sujeitas ao CCP e a RJCA que pode não ser vantajoso. Por isso, e também porque, em princípio, a sujeição ao CCP e ao RJCA de entidades privadas que assegurem prestações de responsabilidade primária das entidades públicas apenas será justificada na medida em que sejam afetos fundos públicos para o efeito:
 - Propõe-se a ponderação da justificação da sujeição a regimes públicos imperativos das entidades privadas que desenvolvam funções materialmente administrativas;
 - Sugere-se que se faça depender essa sujeição da afetação maioritária (em mais de 50%) de fundos públicos à atividade da entidade privada, ou ao contrato em causa, se a primeira condição se não verificar.
6. Relativamente a associações, prevê-se no CCP e no RJCA que são Entidades Adjudicantes e Contraentes Públicos “as Associações Públicas, as Associações de Entidades Públicas, ou as Associações de Entidades Públicas e Privadas que sejam financiadas maioritariamente por entidades previstas neste artigo ou sujeitas ao seu controlo de gestão”. Não sendo estes preceitos inteiramente claros quanto ao seu efetivo âmbito de aplicação, propõe-se a clarificação do âmbito das Associações sujeitas ao CCP e ao RJCA e a ponderação da aplicação de ambas as leis a associações mistas e privadas financiadas maioritariamente por fundos públicos.
7. Não se prevê a qualificação como Entidade Adjudicante ou como Contraente Público dos “Organismos de Direito Público”, isto é, das entidades (públicas ou privadas) que sejam maioritariamente financiadas, controladas ou cuja maioria dos órgãos sociais seja designado por Entidades Adjudicantes/Contraentes Públicos. Propõe-se, por isso, a ponderação da aplicação do CCP e do RJCA a todos os “Organismos de Direito Público”.
8. A mesma solução deve ser aplicada a projetos (pontuais) financiados por fundos públicos, mesmo que promovidos por entidades privadas cuja atividade geral não beneficie de

financiamento maioritário por fundos de natureza pública. Por isso se propõe a ponderação da aplicação do CCP e do RJCA a projetos financiados maioritariamente por fundos públicos, independentemente da natureza privada ou mista dos promotores.

9. As Empresas Públicas são abrangidas pela alínea d) do artigo 5.º do CCP e pela alínea d) do artigo 2.º. A questão, complexa, da sujeição das Empresas Públicas aos regimes do CCP e do RJCA suscita posições divergentes e controvérsias, com a invocação de argumentos tanto a favor dessa sujeição como em sentido contrário, não sendo possível satisfazer de modo pleno todos os interesses em presença. Propõe-se a ponderação, como regra geral, da sujeição ao CCP e ao RJCA das Sociedades Anónimas de capitais totalmente ou maioritariamente públicos e de outras Empresas Públicas. O regime geral seria, assim, de aplicação daqueles diplomas, a qual só cederia perante a previsão legal específica de exceções.

TEMA C – FORMAÇÃO DE CONTRATOS

1. Nestas conclusões são sintetizados os problemas e deficiências de fundo identificados no CCP, e as soluções propostas para os mesmos, não sendo reproduzidas as questões formais que são identificados no corpo do Relatório.
2. Face às dúvidas suscitadas quanto ao alcance da regra constante da alínea a) do n.º 5 do artigo 29.º do CCP, propõe-se a alteração do seu texto, no sentido de consagrar, de forma clara, que nos procedimentos nacionais apenas são admitidos a apresentar candidatura e/ou proposta, e a integrar agrupamento candidato ou concorrente, pessoas singulares ou coletivas com domicílio, sede ou estabelecimento principal em Cabo-Verde.
3. Propõe-se a revogação da imposição da análise de três propostas, prevista no n.º 6 do art. 29.º, substituindo-a pelo dever de envio de convites a um determinado número de operadores económicos, sem necessidade de assegurar a existência de, pelo menos, três propostas para efeitos de avaliação, por ser esta a melhor solução para o interesse público.
4. No que concerne aos limites de valor dos procedimentos, propõe-se ponderar a alteração desses limites, com o intuito de introduzir uma maior eficiência das compras públicas, sem prejuízo de todos os princípios que regem esta matéria.
5. De modo a assegurar a maior abertura possível à concorrência em todos os procedimentos de formação de contratos públicos, em cumprimento do princípio da concorrência, consagrado no artigo 8.º do CCP, propõe-se que a adoção do procedimento de concurso restrito nos termos do n.º 3 do artigo 30.º do CCP passe de um dever para uma faculdade, condicionada a um valor limite.

6. Considerando que a divisão em lotes potencia a participação de micro, pequenas e médias empresas nos procedimentos de formação de contratos públicos, propõe-se a ponderação da adoção de uma medida de incentivo à divisão dos contratos públicos em lotes.
7. O critério do valor do contrato constitui o critério-regra na escolha do procedimento a adotar, constituindo os critérios materiais meras exceções no âmbito da contratação. Propõe-se o aditamento de uma referência explícita, no artigo 34.º do CCP, ao caráter excepcional dos critérios materiais.
8. Propõe-se o aditamento de um limite temporal até ao qual a possibilidade de adoção do procedimento de ajuste direto após um prévio procedimento ter ficado deserto, ou todas as propostas terem sido excluídas, prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 39.º do CCP, constitua fundamento para a adoção do procedimento de ajuste direto.
9. No n.º 3 do artigo 41.º do CCP está prevista a possibilidade de colocação dos documentos do procedimento à consulta pública. Propõe-se ponderar a introdução no CCP da figura da consulta preliminar ao mercado, face às virtualidades associadas a essa solução.
10. Propõe-se a alteração da redação do n.º 5 do artigo 41.º do CCP no sentido de determinar, de forma clara, quais as Entidades Adjudicantes que se encontram obrigadas a submeter os documentos do procedimento a verificação pela entidade competente para o efeito, e qual o prazo em que o devem fazer. Ou, em alternativa, a revogação dessa norma, mantendo-se a obrigação de prévia verificação dos documentos do procedimento apenas no caso dos procedimentos tendentes à formação de contratos de concessão de serviços públicos, nos termos do artigo 58.º do CCP, justificando-se estender essa regra à concessão de obras públicas.
11. Propõe-se o aditamento à alínea c) do n.º 1 do artigo 70.º do CCP da previsão de os candidatos ou concorrentes se encontrarem impedidos caso os membros dos seus órgãos de gerência ou de administração, em efetividade de funções, se encontrem impedidos de participar em procedimentos de contratação.
12. Propõe-se a revisão das causas de impedimento previstas no artigo 70.º do CCP, de modo a incluir, designadamente, a condenação pela prática dos crimes de terrorismo e financiamento do terrorismo, trabalho infantil, e tráfico de seres humanos, a existência de conflito de interesses, a tentativa do candidato ou concorrente influenciar a decisão de contratar, a existência de fortes indícios de o candidato ou concorrente ter atuado com o intuito de distorcer a concorrência, e a verificação de deficiências significativas ou persistentes num anterior contrato público.
13. Propõe-se a clarificação dos impedimentos previstos nos n.os 2 e 3 do artigo 70.º do CCP, e constantes das alíneas g) e h) do n.º 1 do Anexo IV, no sentido de tornar claro que se referem

à preparação e, conseqüentemente, à participação no concreto procedimento em que o candidato ou concorrente apresenta candidatura ou proposta.

- 14.** Deve ser ponderada a inclusão no CCP de uma solução de self-cleaning para alguns dos impedimentos consagrados no artigo 70.º do CCP.
- 15.** Recomenda-se que sejam clarificados os documentos referidos na alínea b) do n.º 1 do artigo 75.º do CCP, em particular no que diz respeito a saber se se pretende uma descrição dos equipamentos previamente utilizados, ou dos que o concorrente prevê utilizar na execução do contrato a celebrar na sequência do procedimento.
- 16.** Atualmente, parte dos documentos comprovativos da capacidade técnica e financeira das candidaturas encontram-se disponíveis na Internet, pelo que se recomenda que seja regulada a possibilidade de os concorrentes remeterem para tais documentos, de acordo com regras que assegurem a fiabilidade dessa solução.
- 17.** Propõe-se manter a possibilidade de avaliação da capacidade técnica e financeira no âmbito de um concurso público, à semelhança do que sucede no procedimento de concurso limitado por prévia qualificação, devendo proceder-se a uma maior regulação desta subfase, para melhor orientação das Entidades Adjudicantes.
- 18.** Propõe-se a clarificação da aparente contradição entre o disposto na alínea c) do n.º 2 do artigo 84.º do CCP e o disposto no n.º 3 do artigo 88.º do CCP, que poderá passar pelas seguintes opções:
 - Pela revogação da alínea c) do n.º 2 do artigo 84.º do CCP, caso em que, sendo apresentada proposta com preço anormalmente baixo deverá ser feito um pedido de esclarecimento ao concorrente, ou
 - Pela indicação no n.º 3 do artigo 88.º do CCP de que apenas haverá lugar a pedido de esclarecimento caso o júri do procedimento considere que a justificação apresentada juntamente com a proposta não é suficiente ou que suscita dúvidas.
- 19.** Propõe-se o aditamento à redação do n.º 4 do artigo 87.º do CCP da seguinte expressão "incluindo eventuais renovações do contrato".
- 20.** Deve-se ponderar a alteração das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 88.º do CCP, no sentido de reduzir as percentagens relevantes para efeitos de consideração do preço total da proposta como anormalmente baixo.
- 21.** Sugere-se a inclusão, no n.º 2 do artigo 90.º do CCP, de um limite temporal para as renovações tácitas do prazo de manutenção das propostas, sem prejuízo da possibilidade de,

nos documentos do procedimento, a Entidade Adjudicante fixar o prazo que entender adequado.

- 22.** Deve ser ponderada a situação referente aos prazos para a apresentação das propostas, que segundo entidades consultadas, se revelam insuficientes em face do período de tempo necessário para a sua elaboração e apresentação, em especial tendo em conta que as empresas nacionais têm, muitas vezes, de recorrer a fornecedores externos.
- 23.** Propõe-se que seja ampliado o elenco de causa de exclusão das propostas constante do n.º 1 do artigo 98.º do CCP, prevendo-se que nele sejam contempladas as propostas: cuja avaliação se revele impossível em virtude da forma de apresentação dos aspetos objeto de avaliação de acordo com o critério de adjudicação fixado pela Entidade Adjudicante; que tenham sido apresentadas por membro de agrupamento em violação do disposto no n.º 2 do artigo 69.º; que tenham sido apresentadas por concorrente ou membro de agrupamento que se encontre em situação de impedimento, nos termos do artigo 70.º; que não se encontrem devidamente assinadas; que violem o modelo da proposta.
- 24.** Tendo em vista evitar a caducidade da adjudicação, respeitando-se, ainda, o prazo de 30 dias para a celebração do contrato, propõe-se o aditamento de um outro número ao artigo 100.º do CCP, que confira à Entidade Responsável pela Condução do Procedimento a faculdade de prorrogar o referido prazo, nos casos em que a apresentação dos documentos de habilitação no prazo de 10 dias não seja possível por motivo não imputável ao adjudicatário.
- 25.** Sugere-se a revisão do artigo 100.º do CCP prevendo-se o direito de a Entidade Adjudicante ser indemnizada pelos prejuízos causados pelo adjudicatário, caso a caducidade da adjudicação seja imputável a este, e a concessão ao adjudicatário a possibilidade de se pronunciar em sede de audiência prévia antes da determinação da caducidade da adjudicação.
- 26.** Deve ser ponderada a clarificação da redação do n.º 2 do artigo 102.º, no sentido de reforçar que o elenco de causas de cancelamento do procedimento previsto no artigo 102.º do CCP é taxativo.
- 27.** Dever-se-á ponderar admitir a redução do valor da caução para um valor inferior a 5% do valor do contrato, no caso de contratos de menor complexidade e expressão financeira.
- 28.** O artigo 111.º do CCP revela algumas deficiências, pois que, a ordem de prevalência estabelecida no n.º 5 entre os documentos indicados no n.º 4 não faz sentido, seja ela crescente ou decrescente. Assim sendo, propõe-se clarificar a ordem de prevalência dos diversos documentos do procedimento, numa lógica cronológica (prevalecendo o mais recente face ao mais antigo) e determinando que o contrato prevaleça sobre os demais

documentos do procedimento, no pressuposto de que este não contenha estipulações que contendam com aspetos materiais e proposições constantes das peças do procedimento e/ou da proposta do adjudicatário (caso em que se verificará invalidade, com os efeitos a regular na Parte Geral do RJCA, caso as entidades competentes acolham as sugestões constantes deste Relatório).

- 29.** Nos termos do n.º 3 do artigo 112.º do CCP, a minuta do contrato apenas será aprovada após a comprovação pelo adjudicatário da prestação da caução. Contudo, na prática, os bancos e as seguradoras exigem a minuta do contrato para a emissão das cauções. Nessa conformidade, sugere-se que seja ponderada a revogação do n.º 3 do artigo 112.º do CCP, sem prejuízo de se fazer depender a celebração do contrato da prévia apresentação da caução.
- 30.** Propõe-se que, após a implementação de um sistema eletrónico de contratação pública, se pondere a manutenção da "Realização de ato público", prevista no artigo 120.º do CCP, considerando os objetivos de celeridade e desburocratização a que deverão obedecer os procedimentos de contratação pública.
- 31.** Tendo em atenção a importância do disposto no n.º 9 do art.º 122.º, designadamente no plano da transparência e da concorrência, propõe-se essa norma seja autonomizada, destacada e tenha uma nova inserção sistemática, de modo a tornar claro o alcance temporal do direito de exame dos documentos apresentados no procedimento que assiste aos concorrentes, que obviamente se projeta para além do ato público em sentido estrito, permitindo, nas fases subsequentes, que os concorrentes consultem os elementos do processo de modo a tomarem decisões com conhecimento dos mesmos, e possam fundamentar as suas intervenções processuais, se for o caso.
- 32.** Deve ser ponderado o aditamento de um artigo ou de uma Secção no Capítulo referente ao concurso público, que consagre a redução dos prazos de tramitação do procedimento de concurso público em caso de excecional urgência, sem que sejam atingidos ou suprimidos os aspetos essenciais que caracterizam o concurso público.
- 33.** Na análise das candidaturas e na qualificação dos candidatos, o CCP não esclarece que todos os candidatos que preencham os requisitos e condições técnicas e financeiras estabelecidos poderão ser qualificados, ou que os documentos do procedimento poderão determinar que apenas os candidatos melhor classificados em fase de qualificação serão qualificados. Nesse sentido, deve ser ponderada a consagração da possibilidade de as Entidades Adjudicantes adotarem um de dois modelos de qualificação: (i) Modelo simples: todos os candidatos que preencham os requisitos e condições estabelecidos são qualificados; ou (ii) Modelo complexo: apenas um determinado número de candidatos, dos melhores classificados entre os que

preenchem os requisitos e condições estabelecidos, são qualificados (tal como previsto para a contratação de serviços de consultoria, no n.º 2 do artigo 155.º do CCP).

- 34.** Propõe-se o aditamento de um n.º 3 ao artigo 146.º do CCP que determine que, em caso de desconformidade, as normas do convite prevalecem sobre as disposições do anúncio, e as normas do programa do concurso prevalecem sobre as normas do convite, salvo quanto a questões procedimentais que sejam reguladas no convite, caso em que prevalecerão as regras deste último documento.
- 35.** O CCP regula, num capítulo autónomo, a contratação de serviços de consultoria, enquanto procedimento especial (cfr. 1.ª parte do n.º 1 do artigo 29.º do CCP). Os Consultores recomendam a supressão do procedimento especial para a contratação de serviços de consultoria. Caso não seja eliminado o procedimento de contratação de serviços de consultoria e a consequente sujeição a uma tramitação geral, sugere-se a introdução de indicação, no n.º 4 do artigo 155.º do CCP, de que nos casos aí previstos o procedimento segue a tramitação do procedimento por concurso restrito, regulado no Capítulo IV do Título IV do CCP, com as necessárias adaptações.
- 36.** Propõe-se a revisão do n.º 7 do artigo 155.º do CCP, que prevê a adoção do procedimento de ajuste direto para a formação de contratos de serviços de consultoria até dois milhões de escudos, mediante despacho fundamentado, o que consubstancia uma abordagem assente em metodologia distinta da consagrada nas regras gerais aplicáveis à escolha dos procedimentos, que distinguem claramente o critério valor dos critérios materiais. Caso se conclua dever ser adotado um mero critério de valor, sugere-se a eliminação da exigência de fundamentação da escolha do procedimento de ajuste direto, pois que, nos termos gerais constantes do artigo 30.º do CCP, a escolha do procedimento ao abrigo do critério do valor do contrato não carece de fundamentação.
- 37.** Recomenda-se a previsão de um regime que favoreça a inovação, tendo por referência o regime constante do Código dos Contratos Públicos português, e a experiência de aplicação desse regime nesse País.

TEMA D – CONTRATAÇÃO ELETRÓNICA

- 1.** Não obstante se encontrar prevista no CCP a implementação de um sistema eletrónico de contratação pública, tendo em vista a tramitação dos procedimentos de formação dos contratos sujeitos a este Código através de plataforma eletrónica”, a verdade é que, de acordo com as informações obtidas, esse sistema ainda não se encontra implementado.
- 2.** De acordo com as informações disponibilizadas, foi lançado o procedimento para a implementação do Sistema de E-Procurement Público Cabo-Verdiano, encontrando-se o respetivo contrato ainda em execução.

3. Diversas entidades consultadas referiram a importância da contratação eletrônica, para assegurar a celeridade nas compras públicas.
4. Aquando da elaboração da proposta de diploma que regule a tramitação eletrônica do procedimento de formação dos contratos e a implementação e o funcionamento da plataforma eletrônica, deverão ser considerados diversos aspetos, em particular aqueles que são identificados no presente Relatório.

TEMA E – EXECUÇÃO DE CONTRATOS

E.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

1. Os artigos 226.º a 229.º do RJCA deveriam constituir a Parte III do RJCA, já que não dizem respeito apenas aos contratos em especial, mas ao diploma no seu todo.
2. O n.º 2 do artigo 228.º do RJCA não tem justificação, pois não introduz qualquer novidade relativamente à norma contida no n.º 1 do mesmo artigo.
3. O RJCA não contém regras de contagem dos prazos, o que suscita dúvidas e é indutor de equívocos e litígios.
4. Poderá sustentar-se, à luz do direito subsidiariamente aplicável, que os prazos do RJCA se contam em dias úteis, apesar de terem durações que normalmente são adotadas quando se contam em dias de calendário (15, 30 e 60 dias, por exemplo).
5. Por essas razões, propõe-se ponderar estabelecer no RJCA, de forma expressa, as regras aplicáveis à contagem dos prazos previstos nesse diploma.
6. Relativamente a várias matérias (em especial, nas Empreitadas), o RJCA atribui efeito jurídico ao silêncio (deferimento tácito, que penaliza o Contraente Público; caducidade de direitos, que penaliza o Cocontratante). No caso das situações em que o Contraente Público deve pronunciar-se em determinado prazo relativamente a pretensões deduzidas pelo Cocontratante, nem sempre é previsto o deferimento tácito.
7. Seria interessante analisar globalmente o regime aplicável ao silêncio relativamente aos prazos estabelecidos em determinadas situações, para avaliação da bondade e da coerência das soluções vertidas no RJCA.
8. Tendo por referência os documentos standardizados pré-contratuais constantes da Portaria n.º 60/2015, de 2015, aprovada ao abrigo do n.º 1 do artigo 42.º do CCP, várias entidades pronunciaram-se em sede de Consulta Pública, apontando os aspetos positivos e negativos associados à existência e à aplicação desses documentos.

9. Os Consultores reconhecem as virtualidades da opção pela introdução de documentos estandardizados em matéria de contratação pública., já que, sem prejuízo de melhorias e afirmações que poderão ser introduzidas, tais documentos constituem um guião de valor inestimável e que, a despeito de algumas deficiências, consubstanciam um modelo claramente preferível ao de total vazio, em que cada Entidade Adjudicante teria de elaborar, de raiz, todos os documentos do procedimentos.
10. Constata-se que os documentos estandardizados absorvem algumas regras legais inadequadas, mas obviamente nesses casos os problemas residem a montante (nas ditas regras legais), e é aí que têm de ser resolvidos.
11. É importante frisar que sendo “guiões obrigatórios”, cada Entidade Adjudicante deve adaptá-los cuidadosamente às características de cada contrato, como decorre da norma do n.º 2 do artigo 42.º do CCP.
12. Quanto à técnica subjacente à elaboração dos documentos estandardizados, é certo que poderia admitir-se a não reprodução de regras legais; mas, conhecendo a realidade, e sabendo que alguns responsáveis pela gestão e execução dos contratos administrativos concentram as suas atenções prioritariamente nos documentos contratuais, e (muito) menos na legislação aplicável, justifica-se a reprodução de regras legais relevantes, ou de aplicação mais frequente, pois dessa forma é potenciada a eficácia das mesmas.
13. Os Consultores propõem que as minutas de contratos a disponibilizar às Entidades Adjudicantes pela ARAP não deveriam ser tão desenvolvidas como as que existem atualmente, antes devendo ser compactas e cirúrgicas, limitando-se a sistematizar as cláusulas essenciais do contrato (preço, prazo, plano de trabalhos, condições de pagamento e outras de importância nuclear), e devendo o resto constar (desenvolvidamente) dos Cadernos de Encargos.

E.2. PARTE GERAL DO RJCA

1. Propõe-se a inserção de um novo artigo entre o artigo 4.º e o artigo 5.º que faça menção expressa ao princípio da proporcionalidade, referindo-se que o Contraente Público não pode assumir direitos ou obrigações manifestamente desproporcionados, ou que não tenham ligação direta com as finalidades do contrato a celebrar.
2. Propõe-se também a inclusão de um artigo referindo que as Partes estão vinculadas por um dever de colaboração tendente à boa execução do contrato, que deve ser executado, por ambas, de acordo com o princípio da boa-fé.
3. Deve ser ponderada a criação da figura do “gestor do contrato”, que se traduza na faculdade de o Contraente Público designar um gestor para cada contrato com a função de acompanhar

a sua execução, sem prejuízo de determinados mecanismos de controlo e de reporte, e da reserva de algumas matérias para o órgão decisor do Contraente Público.

4. Propõe-se acrescentar ao elenco de poderes do Contraente Público, que resulta do artigo 5.º e do artigo 9.º, ambos do RJCA, a possibilidade de este ordenar a cessão da posição contratual do Cocontratante para o segundo classificado, em caso de incumprimento por parte do Cocontratante, com as seguintes particularidades:
 - Naturalmente que o segundo classificado não é obrigado a assumir o novo contrato, uma vez que, tendo em conta que teria de o executar nos termos em que o mesmo foi celebrado, pode não concordar as suas condições;
 - Esta solução deveria ser compatibilizada com a prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 35.º e no n.º 2 do artigo 35.º do CCP, que preveem a possibilidade de ajuste direto com o segundo classificado em caso de resolução do contrato por incumprimento do primeiro classificado.
5. A delimitação dos poderes de fiscalização não deve ser igual para todos os contratos administrativos. Para a generalidade dos contratos previstos no RJCA, não parece que se justifique que o Contraente Público tenha acesso à documentação contabilística do Cocontratante. Propõe-se, por isso, uma melhor concretização do alcance do n.º 2 do artigo 8.º do RJCA, no que concerne ao exercício da fiscalização através do acesso à documentação e à contabilidade, clarificando o seu âmbito e limites.
6. Quanto à aplicação subsidiária do Direito Civil, propõe-se eliminar o n.º 4 do artigo 9.º. Em primeiro lugar porque este tem um âmbito de aplicação pouco definido, o que pode dar lugar a dúvidas interpretativas sobre o alcance da aplicação do Direito Civil. Em segundo lugar porque a aplicação subsidiária do Direito Civil já se encontra prevista no artigo 4.º do RJCA.
7. Propõe-se a remoção da solução legislativa contida no n.º 2 do artigo 10.º do RJCA. Não parece justificado que o Contraente Público possa sacrificar o direito à audiência prévia e promover a execução de caução sem auscultar previamente o Cocontratante sobre os fundamentos da aplicação de sanções contratuais, com base no “receio” do Contraente Público que o Tribunal ordene a não execução da caução.
8. Não se compreende o alcance da formulação da alínea c) do n.º 1 do artigo 12.º RJCA, sendo, por isso, recomendada a sua remoção.
9. Propõe-se acrescentar ao texto legal do n.º 1 do Artigo. 15.º do RJCA, de modo expresso, que o conteúdo das alíneas a), b) e c) é de preenchimento cumulativo para que seja possível a concessão de adiantamentos.

- 10.** Propõe-se a manutenção de um limite para os adiantamentos. A regra básica será a do pagamento após a entrega, pelo Cocontratante ao Contraente Público, dos bens e serviços, nos termos regulados no artigo 12.º do RJCA, pelo que a concessão de adiantamentos deve ser excepcional e devidamente regulada. Entende-se que o n.º 3 do artigo 15.º do RJCA, ao contemplar a possibilidade de pagamento de adiantamento fora das regras gerais, limitada a “casos excepcionais e mediante decisão fundamentada do órgão competente para autorizar a despesa”, já é uma válvula de escape suficiente.
- 11.** Da conjugação entre o n.º 4 do artigo 109.º do CCP e do n.º 3, do artigo 17.º do RJCA parece resultar que não são admitidas liberações parciais de cauções de boa execução. Propõe-se a ponderação de uma solução de redução das cauções de boa execução quando o cumprimento do contrato estiver assegurado em grande medida, e o risco de incumprimento seja, por isso, inferior, com a seguinte ressalva:
- Naturalmente, uma medida normativa desta natureza teria de assegurar que: (i) a liberação parcial da caução de boa execução resulte de uma efetiva redução do risco de incumprimento; e (ii) a caução remanescente seja adequada aos riscos de incumprimento que ainda subsistirem.
- 12.** Quanto aos requisitos da modificação objetiva do contrato, propõe-se ponderar a reformulação do n.º 4 do artigo 22.º do RJCA, de modo a incluir a possibilidade de limitar o valor das modificações a um valor máximo por referência ao preço contratual inicial. Por outro lado, deve impedir-se que a modificação do contrato altere o equilíbrio económico do mesmo, colocando o cocontratante numa situação mais favorável do que aquela em que estava antes da modificação do contrato.
- 13.** Propõe-se ponderar a revisão da redação do artigo 23.º do RJCA, de modo a regular com maior clareza o direito à reposição do equilíbrio financeiro a favor do Cocontratante em caso de modificação objetiva do contrato promovida pelo Contraente Público.
- 14.** A norma do artigo 24.º, ao prever a publicitação de atos administrativos do Contraente Público ou os acordos entre as partes que impliquem quaisquer modificações objetivas do contrato que representem assim valor acumulado superior a 15% por cento, promove uma maior transparência no âmbito da contratação pública. Tendo por referência o texto desta norma, propõe-se:
- Uma maior concretização dos moldes dessa publicitação, bem como o estabelecimento de um prazo para que fosse assegurada;
 - A previsão de mecanismos dirigidos a assegurar o efeito prático da obrigatoriedade dessa publicitação. Sugere-se, a título de exemplo, (i) estabelecer que tal publicitação seria condição de eficácia dos atos administrativos do Contraente Público

ou dos acordos entre as partes, na medida em que isso não prejudicasse o ritmo de execução dos contratos ou, (ii) a criação de uma contraordenação para o incumprimento das normas de publicitação;

- Fixar um valor a partir do qual incidiriasse a obrigação de publicitação sobre os contratos administrativos, uma vez que não parece realista que esta obrigação abranja contratos de valor reduzido.

15. O n.º 4 do artigo 27.º do RJCA junta o indeferimento tácito e deferimento tácito, obrigando o Cocontratante a apresentar dois requerimentos, se o primeiro requerimento não tiver resposta. Propõe-se ponderar estabelecer a regra do deferimento tácito, desde que estejam preenchidos os requisitos dos n.ºs 5 e 6 do artigo 27.º do RJCA.

16. Da redação dos n.ºs 7 e 8 do artigo 27.º do RJCA parece resultar que é possível proibir a subcontratação sem afetar a concorrência. Uma vez que tal não é possível e parece contrariar o princípio do artigo 78.º do CCP, seria preferível a criação de uma norma que estabelecesse que a proibição da subcontratação deve ser excecional e devidamente fundamentada.

17. No n.º 9 do artigo 27.º do RJCA prevê-se a possibilidade de recusa do potencial subcontratado pelo Contraente Público caso haja fundado receio de incumprimento contratual. Propõe-se completar o regime com uma norma similar à do n.º 2 do artigo 106.º do RJCA, que numa empreitada de obra pública regula os efeitos de uma atuação do Dono da Obra desconforme com o critério estabelecido.

18. Propõe-se ponderar a criação da figura do “pagamento direto ao subcontratado” a aplicar nos casos em que o Cocontratante não esteja a cumprir o contrato celebrado com o subcontratado. Nesta hipótese teriam de ser observadas as devidas cautelas, de modo a que o Contraente Público pague apenas os créditos reconhecidos, atendendo a que não deverá assumir um papel de decisor em eventuais divergências existentes no subcontrato.

19. Propõe-se o agrupamento das situações de incumprimento pelo Cocontratante (artigos 31.º a 35.º), e das situações de incumprimento pelo Contraente Público (artigos 32.º a 34.º) no Título VII do RJCA. Neste sentido, deve ponderar-se a colocação do atual artigo 35.º a seguir ao artigo 31.º.

20. Do artigo 32.º do RJCA não resulta qualquer regra em caso de desacordo entre as partes quanto aos montantes em atraso, nem a referência ao efeito da mora no vencimento das restantes obrigações de pagamento. Propõe-se, por um lado, a inclusão de uma norma que determine que, em caso de desacordo quanto ao montante devido, deve o Contraente Público efetuar logo o pagamento sobre a importância em que existe acordo com o Cocontratante. Por outro lado, deve clarificar-se que, na falta de disposição contratual, o atraso em um ou mais pagamentos não importa o vencimento das restantes obrigações de pagamento

(impedindo-se assim um efeito que decorre da aplicação subsidiária do dDireito Ccivil). Propõe-se, ainda, clarificar o texto do n.º 2 do artigo 32.º do RJCA, que se aplica a todas as situações de mora imputável ao Contraente Público.

- 21.** Sugere-se a supressão da possibilidade contida na alínea j) do n.º 1 do artigo 39.º do RJCA, da apresentação do Cocontratante à insolvência constituir causa de resolução do contrato. Entende-se ser injusto que tal apresentação, por si só, e quando desacompanhada de qualquer incumprimento contratual, constitua causa de resolução.
- 22.** Da análise dos artigos 39.º e 40.º do RJCA resulta que o modo de resolução do contrato administrativo é diferente, consoante a resolução seja promovida pelo Contraente Público ou pelo Cocontratante. Tal solução introduz um desequilíbrio injustificado entre as Partes, pelo que se sugere que a resolução seja formalizada por notificação por uma Parte à Contraparte, sem prejuízo da oportunidade de cumprimento e da possibilidade de pronúncia prévia sobre as razões justificativas, mas sem a sujeição à intervenção (prévia) do Tribunal.
- 23.** Propõe-se a alteração do n.º 1 do artigo 42.º do RJCA, de modo a clarificar que os contratos são anuláveis quando tenham sido celebrados numa altura em que estavam suspensos os atos previstos no artigo 186.º do CCP.
- 24.** A redação do n.º 2 do artigo 42.º do RJCA, que prevê as soluções alternativas em caso de afastamento do efeito anulatório do contrato, revela os seguintes problemas: (i) quanto à alínea a), a regra da redução do período do contrato não parece fazer grande sentido; e (ii) quanto à alínea b), a referência a "sanção pecuniária" parece reportar-se a uma indemnização a favor do concorrente preterido, mas a redação não é clara, justificando-se a reformulação do texto normativo.
- 25.** O n.º 4 do artigo 42.º do RJCA regula as opções que o Tribunal deve ponderar no caso de considerar o efeito retroativo decorrente da anulação do contrato desproporcionado ou contrário ao princípio da boa fé. A norma prevê que a decisão judicial pode circunscrever o alcance da decisão para o futuro e determinar uma das sanções alternativas previstas no n.º 2. Esta remissão não parece fazer sentido, tendo em conta que uma das alternativas previstas nesse n.º 2 é a redução da duração do contrato, efeito este que resulta necessariamente da anulação do contrato.
- 26.** Como forma de favorecer a transparência e um sistema de controlo de legalidade, propõe-se a inclusão de norma que comine com a anulabilidade as situações de violação de elementos essenciais das peças do procedimento de formação do contrato e da proposta. Deve ser previsto um prazo curto para a sua arguição, bem como a disponibilização do título contratual aos concorrentes, de modo a poderem ativar esse mecanismo e contribuir, assim, para a sua eficácia.

- 27.** Ponderar a inclusão ou não de normas específicas para contratos celebrados entre dois Contraentes Públicos, clarificando, por exemplo, o modo como o recurso aos poderes de conformação previstos para situações de contratos celebrados entre um Contraente Público e um Contraente Privado se pode aplicar no caso de contratos entre dois Contraentes Públicos.

E.3. CONCESSÕES

- 1.** Propõem-se algumas clarificações do texto legal da Parte Especial dedicada à regulação das concessões, designadamente ao nível da noção de concessão (artigo 48.º), da afinação dos regimes específicos de concessão de obra pública e de serviço público, da autorização de atividades complementares (artigo 50.º) e do conceito de terceiros para efeitos do artigo 61.º.
- 2.** Sugere-se, no artigo 49.º, ponderar a solução de não permitir que a Concessionária tenha sede fora de Cabo Verde, e, ainda, a revisão da fórmula de cálculo do ratio de capital previsto no n.º 3 e a sua obrigatoriedade, tendo em consideração a possibilidade de serem adotadas estruturas de financiamento alternativas.
- 3.** É de ponderar a possibilidade de a concessão ter um prazo incerto (durando até ser atingido um determinado nível de remuneração da concessionária), com um limite temporal, ao invés da obrigatoriedade de o prazo da concessão ser certo (artigo 51.º, n.º 1).
- 4.** Sugere-se a articulação entre os artigos 48.º, n.º 2 e 56.º, n.º 2 do RJCA, e o tratamento integrado da distribuição de riscos e de prestações económico-financeiras a cargo do Concedente. Sugere-se, ainda, rever as obrigações da concessionária (artigo 55.º).
- 5.** Quanto ao sequestro (artigo 58.º do RJCA), propõe-se a possibilidade do estabelecimento de um limite diferente no próprio contrato de concessão (passando a duração máxima de 1 ano a constituir solução supletiva) e, quanto ao resgate (artigo 59.º), a problemática da indemnização a pagar à Concessionária merece ponderação e regulação, considerando designadamente o facto de a Concessionária deixar de estar exposta ao risco por efeito da cessação do contrato, o que constituiria um fator de redução da indemnização.
- 6.** No que toca à resolução do contrato, sugere-se a supressão do fundamento constataste do artigo 60.º, n.º 1, alínea g), por não fazer sentido que o mero decurso do prazo máximo de sequestro possa consubstanciar causa de resolução do contrato.
- 7.** Sugere-se que se introduza uma regulação clara da articulação entre as posições do Concedente e das entidades financiadoras (artigos 30.º, 58.º, n.º 4 e 60.º, n.º 2).

8. É de equacionar, por fim, a possibilidade de introdução de um regime mais flexível para concessões simples, de pequeno valor ou de duração reduzida - já que o regime das concessões é denso e complexo-, a que fossem aplicáveis apenas os princípios gerais das concessões.

E.4. EMPREITADAS

1. Recomenda-se que, no RJCA, sejam clarificados os conceitos de trabalhos, obra e empreitada, e que os preceitos legais reflitam, corretamente e sem variações, tais conceitos, para evitar dúvidas de interpretação.
2. Sugere-se que sejam revistos os prazos de caducidade previstos no regime de empreitadas de obras públicas, na medida em que da sua aplicação prática possam resultar efeitos injustos e perversos, e que sejam ponderadas soluções alternativas.
3. As matérias da imparcialidade e impedimentos deveriam estar reguladas no CCP, ao invés de se encontrarem previstas na parte destinada à regulação da execução do contrato (no caso, no n.º 1 do seu artigo 74.º do RJCA), não se justificando, por outro lado, que, na empreitada de obras públicas, seja previsto regime autónomo de imparcialidades e impedimentos face aos demais contratos administrativos.
4. Face à importância do projeto, como elemento definidor e delimitador do objeto do contrato, é importante ponderar diferentes intervenções legislativas destinadas a assegurar que o Dono de Obra lança o procedimento que visa a celebração do contrato com base em projeto de execução completo, e rigoroso, quer nas suas peças escritas e desenhadas, como nas medições dos trabalhos a executar.
5. Nesse âmbito, colocam-se à consideração as seguintes soluções: (i) regulação técnica específica e detalhada dos elementos de projeto que devam recortar o objeto do contrato de empreitada; (ii) obrigatoriedade de revisão de projeto por entidade distinta da que o elaborou e tecnicamente habilitada para o efeito, para obras de maior complexidade ou valor, ou de carácter inovador; e (iii) conceção e implementação de um sistema de avaliação global dos projetos de empreitadas de obras públicas por organismo competente, com recurso a técnicos qualificados e competentes.
6. Sugere-se a inclusão de uma regulação mais detalhada sobre a empreitada de conceção-construção, em função da opção estratégica que seja tomada a montante (delimitação dos casos em que se deveria recorrer a esse modelo, ou atribuição de liberdade de opção ao dono da obra, entre a empreitada de construção ou a empreitada de conceção - construção).
7. Justifica-se, clarificar o sentido do n.º 3 do artigo 47.º do CCP, que determina que "Adjudicado um projeto base, deve ser este considerado pelo empreiteiro para a elaboração

do projeto de execução". O desenvolvimento do projeto base introduz, necessariamente, em maior ou menor dimensão, modificações ao conjunto de trabalhos a executar, relativamente às previsões do projeto base. Tendo por referência questões e litígios que surgem amiúde nesses contratos, será recomendável introduzir norma que estabeleça que as modificações ao objeto que se produzam nesse âmbito não tenham efeitos ao nível da remuneração do empreiteiro.

- 8.** É fortemente recomendável que se estabeleça, para a defesa da posição do Dono da Obra, que em todos os casos em que a conceção seja do Empreiteiro (conceção-construção e variantes) o regime da remuneração seja o de preço global.
- 9.** Sugere-se que seja avaliada a referência à entrega de "elementos complementares de projeto" na consignação (artigo 81.º do RJCA), já que, estando nessa altura já firmados um preço e um prazo com base no projeto inicial, tal entrega não é isenta de consequências, e poderá conduzir à modificação das estipulações iniciais nesse âmbito.
- 10.** No que ao n.º 4 do artigo 109.º diz respeito, poderá ser ponderado o pagamento dos encargos do estaleiro no momento em que os mesmos sejam suportados, e não em função das percentagens de trabalhos executadas.
- 11.** A norma de n.º 5 do artigo 113.º do RJCA, que consagra um regime legal específico para materiais a aplicar na obra que sejam provenientes da exploração de pedreiras, saibreiras, areeiros ou semelhantes, deveria abranger todos e quaisquer locais onde fossem extraídos materiais a incorporar em obra.
- 12.** Propõe-se que o artigo 131.º do RJCA preveja o direito do Empreiteiro a ser indemnizado, quando a suspensão não se fique a dever a um facto a si imputável.
- 13.** Propõe-se a revisão da regra do n.º 6 do artigo 132.º do RJCA, de modo a que preveja o acionamento das cauções em função dos danos sofridos, e não automático, sem atender a esses danos.
- 14.** Sugere-se que, no regime do artigo 134.º do RJCA, dedicado à prorrogação de prazo decorrente de suspensão dos trabalhos, seja incorporada regra similar à do artigo 20.º, n.º 2 do mesmo diploma, que prevê uma prorrogação adicional para a organização de meios e execução dos trabalhos preparatórios e acessórios necessários ao reinício da execução.
- 15.** Em matéria de trabalhos a mais, em que se verifica uma tensão entre: (i) os princípios da igualdade e concorrência (que recomenda a não adição de trabalhos a mais); e (ii) o princípio da prossecução do interesse público (que aconselha a flexibilidade do objeto contratado), o artigo 135.º do RJCA estabelece pressupostos qualitativos para a adjudicação dos trabalhos a mais e limites quantitativos para essa adjudicação.

- 16.** É de revisitar, à luz dos princípios referidos na conclusão anterior, quer o limite estabelecido (25% do preço contratual inicial), quer a possibilidade de ser descontado, neste âmbito, o valor dos trabalhos suprimidos, nos moldes previstos no artigo 135.º do RJCA.
- 17.** Para que se tenha uma visão global sobre a matéria, importa também ponderar novamente a possibilidade de ajuste direto, no seio de um novo contrato, de trabalhos no valor equivalente a 70% do preço do contrato anterior, cujo limite de trabalhos a mais foi esgotado, à luz do previsto no artigo 39.º [n.º 1/f) e n.º 2] do CCP.
- 18.** A possibilidade de adjudicação de um novo contrato por ajuste direto, nos termos referidos na anterior conclusão, deve ser ponderada, a par da matéria dos trabalhos a mais, para verificação de melhor equilíbrio e compatibilização entre os princípios referidos na conclusão n.º 15.
- 19.** O regime da obrigação de execução de trabalhos a mais, a possibilidade de recusa pelo Empreiteiro, e as consequências dessa recusa, constante dos artigos 136.º e 137.º, revelam alguma complexidade e deficiências de formulação. Sugere-se, então, que seja adotada uma formulação mais simples e clara.
- 20.** O regime dos erros e omissões suscita dúvidas e questões, quer devido à sua complexidade, como em razão da importância que assume em sede de imputação de riscos e de equilíbrio contratual. Sugerem-se quatro considerações essenciais: (i) de um modo geral, o Empreiteiro só deverá estar obrigado a detetar erros e omissões do projeto do Dono de Obra num momento em que já tenha tido oportunidade de analisar todos os dados relevantes para o efeito; (ii) o regime previsto no artigo 141.º deverá estabelecer as consequências do não cumprimento dos prazos de reclamação por erros e omissões do projeto ao nível dos custos dos trabalhos de suprimento, ponderando, devidamente, os riscos que é razoável cada parte assumir; (iii) será de ponderar que essas consequências sejam partilhadas, diferenciando-se os custos relativos ao suprimento dos erros ou omissões do projeto dos custos acrescidos que uma reclamação tardia desses erros possa importar; e (iv) será ainda de ponderar o estabelecimento das consequências ao nível da prorrogação do prazo de execução da obra que resultem dos trabalhos a mais resultantes da reclamação por erros e omissões.
- 21.** O n.º 1 do artigo 146.º do RJCA estabelece que o preço fixado no contrato para os trabalhos de execução da obra é obrigatoriamente revisto nos termos contratualmente estabelecidos e de acordo com o disposto em lei. Sucede que, até ao momento, não foi ainda publicada qualquer legislação relativa à revisão de preços, designadamente que estabeleça fórmulas de revisão que possam ser utilizadas supletivamente na falta de estipulação contratual, muito menos estão criadas condições operacionais para que possa funcionar, de forma uniforme e efetiva, um mecanismo da revisão de preços. Torna-se, assim, premente pôr fim a esta

omissão legislativa, para que não permaneça uma obrigatoriedade de revisão de preços das empreitadas sem existirem, *ab initio*, os mecanismos legais e operacionais para o efeito.

- 22.** Propõe-se a supressão do artigo 148.º do RJCA, relativo ao controlo de custos, por duas razões: (i) dele não se extrai qualquer sentido útil ou regras que não estejam já vertidos no artigo 135.º do RJCA; e (ii) de todo o modo, a existência desse artigo pode dar origem a dúvidas, más interpretações e litígios, fomentados por uma redação menos feliz.
- 23.** Relativamente à figura da subcontratação, o n.º 4 do artigo 149.º do RJCA estabelece que às subempreitadas mediatas ou subsequentes aplicar-se-á igualmente o limite de 75% do valor da obra, previsto no n.º 3. Deverá ser analisada e ponderada a bondade da aplicação do referido limite de 75% às subempreitadas subsequentes (às quais se aplica o direito privado).
- 24.** Note-se ainda que o n.º 6 do artigo 149.º do RJCA apresenta uma redação em tudo idêntica à da norma prevista no artigo 151.º do RJCA, pelo que as duas normas deverão ser unificadas numa só norma, apurando-se assim a técnica legislativa.
- 25.** Considerando a prática normalizada em Cabo Verde de se estabelecer um adiantamento inicial ao empreiteiro de valor equivalente a uma percentagem do preço da obra (até 20%), será de incluir uma previsão que permita ao dono da obra, a seu critério, prever contratualmente um adiantamento, naturalmente até um limite que seja legalmente previsto, e ainda que fora dos casos previstos no artigo 168.º.
- 26.** Constata-se que os empreiteiros nacionais, em muitos casos, carecem de receber adiantamentos para obterem a liquidez necessária para cumprirem as prestações iniciais no contexto de uma empreitada. Assim sendo, será de ponderar uma alteração ao artigo 82.º do RJCA, no sentido de o prazo de execução da obra passar a contar-se da data da consignação ou do pagamento do adiantamento, consoante o que ocorra em último lugar.
- 27.** Sugere-se a ponderação da possibilidade de se prever a obrigatoriedade de o Dono de Obra receber a obra, se a mesma estiver apta para os fins a que se destina, apesar de apresentar pequenos defeitos, sem relevância material, naturalmente sem prejuízo do direito à reparação desses defeitos. Nessa hipótese, sugere-se ainda, adicionalmente, que o dono da obra possa estabelecer, a priori, as condições de aptidão da obra, de modo concreto e específico.
- 28.** Será de ponderar a inclusão, no artigo 171.º do RJCA ou em novo artigo, de uma regulação específica do conteúdo mínimo obrigatório que deve constar de um auto de vistoria efetuada ao abrigo do artigo 171.º, incluindo informação sobre o modo como se encontram cumpridas as obrigações contratuais e legais, indicando todos os defeitos detetados na obra.

- 29.** Da leitura conjugada da alínea a) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 109.º do CCP resulta que a caução de boa execução do contrato apenas será liberada após a receção definitiva dos trabalhos. Deverá ser ponderada a consagração expressa na lei da possibilidade de liberações parciais da caução de boa execução, em função do progresso na realização dos trabalhos e da consequente redução de risco de incumprimento, sendo de equacionar, neste âmbito, a redução da caução após a receção provisória da obra (em que a prestação essencial está realizada, subsistindo apenas o risco de surgimento de vícios ocultos).
- 30.** No que toca ao prazo de garantia da obra, que atualmente é de 5 anos para a obra no seu todo (artigo 177.º/2 do RJCA), submete-se à consideração uma solução de distinção dos prazos de garantia em função dos elementos da obra, nos seguintes termos: (i) para elementos construtivos estruturais um prazo de 10 anos; (ii) para elementos construtivos não estruturais ou instalações técnicas um prazo de 5 anos; e (iii) para equipamentos afetos à obra, mas dela autonomizáveis um prazo de 2 anos. Tal sugestão tem na sua génese razões relativas às características de cada um dos elementos em causa, e à realidade do mercado.
- 31.** A solução prevista nos n.ºs 2 e 3 do artigo 196.º, a propósito da liquidação final em caso de resolução ou caducidade do contrato, não parece ter limite no tempo. Por esse motivo, revela-se pertinente estipular-se um prazo para o Dono da Obra apurar o montante final dos danos a serem indemnizados, sob pena de o Dono da Obra reter indefinidamente um (eventual) saldo por si não contabilizado.
- 32.** O artigo 194.º estabelece um procedimento que deverá ser cumprido antes da obrigação prevista no artigo 190.º de o Dono da Obra notificar o empreiteiro da sua intenção de resolver o contrato. Ora, a técnica de se remeter para um artigo ulterior não parece ser a mais adequada, pelo que tal procedimento atualmente previsto no artigo 194.º deveria estar localizado previamente ao artigo 190.º.

E.5. AQUISIÇÃO DE BENS MÓVEIS

- 1.** Sugere-se a alteração de certos aspetos formais do regime, nomeadamente quanto à inserção sistemática (devendo este título preceder os títulos relativos à Locação de Bens Móveis e à Aquisição de Serviços, aos quais é subsidiariamente aplicável), assim como a clarificação das remissões operadas para a Lei da Defesa do Consumidor.
- 2.** Quanto à fundamentação de prazos excecionais (artigo 209.º, n.º 1), sugere-se que a mesma seja obrigatória sempre que seja ultrapassado o prazo regra de 3 anos.
- 3.** Sugere-se a delimitação clara das obrigações de testes e de garantia, e a ponderação da limitação de risco do Fornecedor relativamente a terceiros que não sejam seus subcontratados contida no n.º 3 do artigo 216.º, que parece não ter justificação.

4. A remissão prevista no artigo 219º para o regime das empreitadas de obras públicas não parece ter justificação.

E.6. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS

1. Recomenda-se a introdução de normas reguladoras das obrigações de reparação e de manutenção, a supressão da solução relativa às consequências da mora do Contraente Público (artigo 203.º do RJCA) e a clarificação das disposições constantes do título relativo à aquisição de bens móveis que são aplicáveis aos contratos de locação de bens móveis.

E.7. AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS

1. Importa ponderar a necessidade de regras especiais para os serviços de consultoria (artigo 221.º). No entender dos Consultores, não existem razões que justifiquem um regime diferenciado do da aquisição de serviços em geral.
2. As regras constantes do n.º 2 e do n.º 3 do artigo 221.º do RJCA incidem sobre a formação do contrato, razão pela qual devem constar do CCP, e não do RJCA.
3. Atendendo à definição de aquisição de serviços constante do artigo 220.º do RJCA (o prestador de serviços adquire o direito a receber um preço como contrapartida da prestação de serviços), não se compreende o alcance específico da previsão constante do n.º 2 do artigo 223.º do RJCA (aquisição do direito ao recebimento de compensação financeira como contrapartida da prestação pelo cumprimento de obrigações de serviço público). Assim, sugere-se a clarificação dos objetivos visados, e a introdução de um texto normativo que enuncie o alcance específico dessa previsão legal.
4. Quanto aos limites de valor apostos à adjudicação de serviços a mais no artigo 224.º do RJCA, e à problemática dos serviços complementares a que se aplica o artigo 39.º, n.º 1 e n.º 2, alínea f) do CCP, remete-se para a abordagem do tema no quadro título respeitante às empreitadas de obras públicas, com as devidas adaptações.
5. Sugere-se a supressão da parte final do n.º 3 do artigo 224.º ("independentemente da parte responsável pelos mesmos"), pelas seguintes razões: a responsabilidade pela necessidade de introdução de serviços adicionais não pode ser neutra para efeitos de remuneração. Se for imputável ao Contraente Público, tais serviços devem ser objeto de remuneração (como serviços a mais); se for imputável ao Prestador de Serviços, nada há a pagar, já que se trata da correção de cumprimento defeituoso. A expressão cuja eliminação é recomendada parece apontar em sentido diverso, sem qualquer justificação.
6. É, ainda, de ponderar a clarificação de alguns aspetos do texto legal, nomeadamente relacionadas com a inserção sistemática das normas, com as remissões operadas para

artigos que integram o regime das Empreitadas de Obras Públicas e para as disposições constantes do título relativo à aquisição de bens móveis.

E.8. CADERNOS DE ENCARGOS-TIPO

1. Reclamam uma intervenção corretiva, ou a inserção de determinados aditamentos, por diferentes razões, em pontos que são identificados, de modo exemplificativo, no texto do Relatório. Desde logo, recomenda-se a revisão global dos Cadernos de Encargos-Tipo, tendo em vista assegurar a sua integral harmonia e compatibilidade com o regime legal que visam regulamentar, já que são identificadas várias desconformidades a esse nível. Para além disso, verificam-se também algumas deficiências formais que requerem correção.

TEMA F – REGULAÇÃO, CONTENCIOSO E CONTRAORDENAÇÕES

F.1. REGULAÇÃO

1. O regime aplicável à ARAP deve demarcar, de modo bastante claro, a sua esfera de atuação e os seus traços distintivos, já que o perfil da instituição não é tipicamente o de uma entidade reguladora que atue nos setores económicos e financeiro.
2. O Estatuto da ARAP gera dúvidas quanto ao âmbito da sua atuação regulatória, já que algumas normas incidem apenas sobre a fase de formação do contrato, outras também na fase de execução do contrato, e outras ainda são ambíguas, não sendo completamente claro se se reportam à primeira fase ou a ambas as fases.
3. Tendo por referência o quadro normativo vigente, as práticas adotadas pela ARAP e as necessidades de regulação dos mercados, recomenda-se a ponderação estratégica quanto ao âmbito da intervenção da ARAP (restrita à fase de formação do contrato, ou também incidente na fase de execução do contrato? Nesta última hipótese, essa intervenção deve ser abrangente ou pontual?), e a revisão do regime legal em função das opções que vierem a ser perfilhadas.
4. Os Consultores entendem que existe um espaço de intervenção no quadro da regulação da execução dos contratos (independentemente do mesmo caber à ARAP ou a outra entidade), que incida sobre: (i) auditoria relativa à execução dos contratos, com vista à identificação de falhas e ao incremento do nível da gestão de contratos por parte das entidades públicas; (ii) regulamentação e emissão de normas técnicas e de diretivas para orientação dos contraentes públicos; e (iii) instituição de mecanismos de resolução de litígios. As intervenções preconizadas nos pontos (i) e (ii) devem ser sustentadas na boa interpretação dos preceitos legais, feita, tanto quanto possível, com critérios objetivos e com equidistância relativamente às partes, em conformidade com a natureza de uma entidade reguladora.

5. Outra solução para defesa do interesse público na gestão de contratos administrativos passaria pela constituição de estrutura pública de estudo e de apoio, numa perspetiva interessada e parcial, mas essa já não se integraria na esfera da supervisão.
6. Recomenda-se às entidades competentes uma maior aposta na supervisão da fase de execução dos contratos, e uma distribuição pelas entidades públicas consideradas vocacionadas para o efeito de atribuições, competências e recursos nesse âmbito.

F.2. CONTENCIOSO

1. Face à relevância da intervenção da CRC no plano do contencioso emergente da fase de formação dos contratos, e às reclamações por parte das entidades adjudicantes e dos concorrentes quanto aos atrasos na prolação das suas decisões, foi recentemente publicado o D.L n.º 28/2021, de 5 de abril, que aprovou o novo Estatuto da CRC. A ARAP questionou, nos seus comentários, a compatibilidade da natureza da CRC (órgão de resolução de litígios) relativamente a preceitos constitucionais que reservam a função jurisdicional aos Tribunais. Tal questão extravasa o âmbito desta assessoria.
2. É recomendada a regulação específica dos termos e dos efeitos da impugnação de peças do procedimento na fase de formação do contrato.
3. Foi suscitada na consulta pública a questão dos efeitos da demora nas tomadas de decisão da CRC. O mencionado D.L n.º 28/2021, de 5 de abril, que aprovou o novo Estatuto da CRC, introduz soluções para resolver tal questão, ao prever os efeitos do deferimento tácito para umas situações, e o indeferimento tácito para outras.
4. No que à execução do contrato diz respeito, sugere-se -se que não sejam destacados, por lei, atos administrativos no seio dos contratos administrativos, para efeitos de contencioso, assim como o estabelecimento de um prazo de caducidade para o direito de ação.
5. Não intervindo a CRC na fase de execução do contrato, sugere-se, assim, ponderar a utilidade da criação de um órgão composto por pessoas com qualificação e experiência, que pudesse conduzir processos de conciliação, sem poderes decisórios.
6. O RJCA estabelece que os litígios que ocorram na fase de execução dos contratos são decididos pelos Tribunais Administrativos. Como se sabe, a organização judiciária de Cabo Verde ainda não contempla esses Tribunais. Trata-se de uma lacuna importante, pois a falta de Tribunais especializados em matéria administrativa muito prejudica a celeridade e a qualidade das decisões que incidem sobre litígios emergentes da execução dos contratos administrativos. De todo o modo, esse aspeto extravasa o âmbito deste Relatório.

7. O RJCA admite que os litígios emergentes da execução dos contratos administrativos sejam decididos em sede de arbitragem. Trata-se de uma alternativa importante neste âmbito que, em algumas jurisdições, assume particular relevo. A ponderação relativa a esta matéria extravasa o âmbito deste Relatório.

F.3. CONTRAORDENAÇÕES

1. Impõem-se alterações não inovadoras do regime legal vigente, no que diz respeito aos valores das sanções associadas à prática de contraordenações, assim como no respeitante à sanção acessória de inibição de concorrer com base em incumprimento contratual, prevendo, nomeadamente, uma duração máxima para a mesma.
2. Sugere-se, ainda, o estabelecimento de uma obrigação de as Entidades Adjudicantes comunicarem à ARAP quaisquer factos suscetíveis de constituir crimes ou contraordenações previstos no CCP de que tenham conhecimento.

TEMA A – ÂMBITO OBJETIVO

No que ao âmbito objetivo diz respeito, a presente análise centrar-se-á em duas áreas, a saber:

- a) âmbito de incidência objetiva do CCP, que regula a tramitação dos procedimentos de formação de contratos públicos; e
- b) âmbito de incidência objetiva do RJCA, que regula o regime substantivo dos contratos que revistam a natureza de contrato administrativo.

Em particular, na presente análise, serão examinados os contratos que as Entidades Adjudicantes se encontram obrigadas a formar de acordo com os termos constantes do CCP e os contratos em cuja execução os Contraentes Públicos se encontram obrigados a cumprir o regime constante do RJCA.

Este tema terá como ponto de partida a análise dos contratos que se encontram abrangidos e excluídos do âmbito de aplicação do CCP e do RJCA. Procuraremos identificar eventuais lacunas e deficiências na definição do âmbito objetivo de aplicação do CCP e do RJCA, procurando propor, simultaneamente, possíveis vias de solução para as questões identificadas.

O âmbito objetivo do CCP encontra-se regulado no seu artigo 3.º, que determina os contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação do CCP, e no seu artigo 4.º, que estabelece os contratos que se encontram excluídos do referido âmbito de aplicação.

Por sua vez, o âmbito objetivo de aplicação do RJCA encontra-se regulado no seu artigo 3.º, o qual identifica os contratos que se encontram sujeitos e excluídos do âmbito de aplicação do RJCA.

Da análise dos preceitos suprarreferidos resultou a identificação das lacunas e deficiências que *infra* se enunciarão, as quais se encontram acompanhadas das respetivas propostas de solução.

I. IDENTIDADE DE ÂMBITO?

Nos termos do n.º 1 do artigo 3.º do CCP, parece resultar que o mesmo se aplica apenas aos contratos aí identificados. Com efeito, a norma refere que "*o regime do presente Código é aplicável à formação dos seguintes contratos, quando celebrados por uma entidade adjudicante referida no artigo 5.º*".

Diferentemente, no n.º 1 do artigo 3.º do RJCA parece resultar que o mesmo se aplica a diversos contratos, sem se limitar aos contratos tipificados. Com efeito, a norma refere que "*estão sujeitos ao disposto no presente diploma os contratos celebrados por Contraentes Públicos, independentemente da forma ou designação, entre outros, os seguintes contratos de: (...)*".

A ARAP, nos seus comentários ao Relatório Preliminar de Consultoria, regista essa discrepância, procurando descortinar as razões que a possam justificar.

A opção pela enunciação exemplificativa dos contratos sujeitos aos regimes do CCP e do RJCA permite regular outros contratos administrativos, conferindo-se assim maior amplitude de aplicação dos diplomas e identidade de regime para contratos dotados de características idênticas. De todo o modo, seria de indicar (expressamente) outros contratos que são regulados por estas leis, o que jogaria a favor da certeza jurídica.

- o Proposta: propõe-se ponderar a harmonização do âmbito objetivo de ambas as leis, para que ambas se apliquem aos mesmos contratos, salvo se existirem razões para que um determinado contrato deva estar sujeito a uma dessas leis, e não à outra; propõe-se também que a delimitação de ambos os diplomas se faça com uma base concetual (e não taxativa), o que favorece o espectro de aplicação dos regimes relativamente a contratos de características idênticas, mas com a indicação de outros contrato regulados, o que joga a favor da certeza jurídica.

II. AMPLIAÇÃO DO ÂMBITO?

Deve ponderar-se a conveniência de tipificar mais algum contrato que deva ser regulado pelo CCP e pelo RJCA.

A ICV, na sua pronúncia sobre as questões colocadas pelos Consultores, posteriormente complementada por esclarecimento, referiu a conveniência de regulação de um contrato com as seguintes características: *“que envolvesse financiamento, construção, e pagamento ao Adjudicatário de um preço (resultante da mobilização do Empréstimo e da execução da Obra) pelo Dono da Obra ao longo de um prazo superior ao da execução da Obra (rendas periódicas), sem exploração pelo Adjudicatário, ou seja por exemplo o Dono da Obra pretende realizar em tempo 0 uma obra, no entanto o privado financia na totalidade a mesma, através de um empréstimo bancário, sendo o respetivo preço pago ao privado no prazo de 3 anos a contar da entrega”*.

Tendo por referência situações já vividas em Cabo Verde, e as especificidades do País, compreende-se que possa de facto ser útil regular esse contrato misto, que congregasse características de empreitada e de mútuo.

Nesta conformidade, seria útil que fosse formulado um regime para regular esse caso, tanto no CCP (em que seriam designadamente incluídas soluções para ponderação dos financiamentos mobilizados para efeitos de adjudicação) como no RJCA (em que seriam inseridas normas adequadas para esse formato, em especial ao nível dos pagamentos emergentes dos encargos associados aos empréstimos e aos prazos de pagamento).

Para além disso, seria também recomendável, pelas razões enunciadas no precedente ponto, que os regimes acolhessem expressamente outros contratos administrativos a que recorrem as entidades públicas para a prossecução das suas atribuições, por exemplo os contratos de uso privativo do domínio público e de exploração de domínio público.

- o Proposta: propõe-se a regulação específica, no CCP e no RJCA, dos contratos mistos que envolvam prestações típicas de contratos de mútuo e de empreitada, e de outros contratos administrativos a que recorrem as entidades públicas para a prossecução das suas atribuições, por exemplo, os contratos de uso privativo do domínio público e de exploração de domínio público.

III. CONTRATOS DE TAREFA E AVENÇA

Relativamente à definição do âmbito objetivo do CCP e do RJCA, a ARAP transmitiu que deveria ser ponderada a regulação dos contratos de tarefa e de avença, face ao regime constante da Lei n.º 102/IV/93, de 31 de dezembro. Apesar de o artigo 1.º desse diploma, dedicado ao seu âmbito, referir que este se reporta à regulação da relação de emprego na administração pública, a verdade é que o Capítulo V do mesmo vai mais além, regulamentando a prestação de serviços para a Administração Pública, em moldes que não se reconduzem a uma relação de emprego, que é regulada nos Capítulos antecedentes desse diploma.

O n.º 1 do artigo 32.º da referida Lei n.º 102/IV/93, de 31 de dezembro estabelece que “[p]ara a execução de determinados trabalhos pode a administração celebrar contratos de prestação de serviços sujeitos aos regimes previstos na lei geral”. Com esta formulação, é feita a conexão entre esse diploma e a legislação que rege a contratação pública em sentido amplo, atualmente o CCP e o RJCA. O artigo 33.º define os contratos de tarefa e de avença, ambos enquadrados na categoria genérica de prestação de serviços. O artigo 34.º contempla soluções específicas para os contratos de avença no que toca à sua cessação e à remuneração.

Não existindo dúvidas quanto à aplicabilidade do CCP e do RJCA a esses contratos de prestação de serviços, face à formulação do n.º 1 do artigo 32.º supratranscrito, cabe ponderar se o legislador pretende manter as regras específicas que regem as matérias da cessação e da remuneração no quadro do contrato de avença. Em caso afirmativo, seria aconselhável ressaltar expressamente tais regras, até por razões de eficácia (com essa ressalva, tornar-se-ia mais claro para os destinatários que as referidas regras específicas não foram removidas).

- o Proposta: ponderar, para decisão de fundo, se as regras específicas do contrato de avença contidas no artigo 34.º da Lei n.º 102/IV/93, de 31 de dezembro, relativas à cessação e à remuneração, permanecem vigentes mesmo no quadro de um novo regime global definido para as prestações de serviços em geral. Caso a decisão seja afirmativa, recomenda-se,

sob o ponto de vista formal, ressaltar expressamente a vigência das aludidas regras específicas.

IV. CONSULTORIA

Justifica-se ponderar se deve manter-se autonomizado o contrato de "serviços de consultoria" face ao contrato de "aquisição de serviços".

A este propósito importa referir que quer o BCV, quer a ASA, quer a ICV levantaram dúvidas sobre a razoabilidade da manutenção desta separação entre o contrato de "serviços de consultoria" e o contrato de "aquisição de serviços". O BCV, apesar de referir que utiliza maioritariamente o contrato de "serviços de consultoria" propôs "[e]liminar o capítulo do procedimento para contratação de serviço de consultoria e passar a tratar esses serviços como uma prestação de serviços". Do mesmo modo, também a ASA considerou, referindo-se ao contrato de "serviços de consultoria", que "não vemos necessidade de um procedimento especial para a contratação desse tipo de serviço", o mesmo tendo sido salientado pela Infraestruturas de Cabo Verde. E a ICV referiu a autonomização do serviço de consultoria da figura de prestação de serviços como uma questão que tem gerado dificuldades de interpretação e de aplicação.

Os Consultores entendem, a este respeito, que o contrato de consultoria não se reveste de características diferenciadoras que justifiquem que o mesmo seja regido por regime específico, sendo de o submeter ao mesmo regime que rege as prestações de serviços em geral. No entanto, reconhece-se que algumas situações em que se pretenda contratar serviços de natureza intelectual possam demandar soluções diferenciadas.

- o Proposta: ponderar se se justifica a autonomia dos regimes que incidem sobre o contrato de consultoria, constantes do CCP e do RJCA, ou se é preferível que tal contrato seja regido pelo mesmo regime que se aplica aos demais contratos de prestação de serviços, prevendo-se todavia regras específicas que permitam considerar, no âmbito de um determinado procedimento, características particulares do prestador de serviços, designadamente pelo facto de estarem em causa serviços de natureza intelectual, que não permitam a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam definidos os atributos qualitativos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação, e desde que a definição quantitativa dos atributos das propostas, no âmbito de outros tipos de procedimento, seja desadequada a essa fixação tendo em conta os objetivos da aquisição pretendida.

V. CONTRATOS EXCLUÍDOS

De acordo com o disposto no n.º 4 do artigo 3.º do RJCA, as regras do RJCA podem ser aplicadas aos contratos excluídos do seu âmbito de aplicação.

Quanto ao fundo, admite-se que a legislação que rege a contratação pública (em sentido lato) deve ser aplicável à totalidade dos contratos administrativos celebrados pelas Entidades Adjudicantes/Contraentes Públicos, a não ser que dessa solução resultem efeitos contrários ao interesse público (em especial em situações que as entidades financiadoras imponham os seus instrumentos normativos com exclusão do direito nacional, como condição de que dependa a concessão de financiamentos).

A Infraestruturas de Cabo Verde referiu que *“será realista admitir que as entidades financiadoras internacionais possam aceitar a aplicação da legislação nacional no quadro de projetos por si financiados, nos seguintes termos: (i) Nos Procedimentos de formação de contrato - a título principal; e (ii) Nos desembolsos (parte financeira) – a título subsidiário”*.

Do mesmo modo, também a ARAP entende que *“é realista a aplicação da legislação nacional por parte das entidades financiadoras internacionais, desde que responda aos requisitos exigidos por estas entidades, conferindo a proteção adequada dos seus interesses. Por exemplo o MCC Millenium Challenge Corporation financiou vários projetos em Cabo Verde através do MCA – Millenium Challenge Account Cabo Verde utilizando a legislação nacional”*.

- Proposta: sugere-se (i) que, como regra, o direito nacional seja de aplicação obrigatória (às fases de formação e de execução do contrato), mesmo em contratos com financiamento internacional; (ii) que se disponha que, caso as entidades financiadoras imponham determinados instrumentos normativos, o Estado deverá assegurar que os mesmos contemplam os institutos estruturantes da legislação nacional; e (iii) que a exclusão do direito nacional para determinados procedimentos desenvolvidos ao abrigo de financiamentos internacionais deverá ser formalizada por Decreto-lei que aprove os instrumentos normativos a aplicar (sugere-se Decreto-lei e não Resolução do Conselho de Ministros tendo em consideração exigências constitucionais para que vigorem instrumentos internacionais em Cabo Verde, que no caso derrogarão o regime geral aplicável).

Caso se mantenha a opção vertida no n.º 4 do artigo 3.º do RJCA, regista-se que não são concretizados, no texto legal, os casos em que deverá ou poderá ocorrer a aplicação das regras legais aos contratos excluídos. De facto, não fica claro se é preciso que tal aplicação esteja prevista no próprio contrato ou se as regras do RJCA são sempre aplicadas subsidiariamente, com as necessárias adaptações, salvo se colidirem com a natureza especial desses contratos.

- Proposta: propõe-se clarificar os casos em que as normas do RJCA são aplicáveis aos contratos excluídos.

Também quanto à forma, é de registar que, apesar da convicção generalizada de que a alínea b) do n.º 1 do artigo 4.º do CCP e a alínea a) do n.º 3 do artigo 3.º do RJCA contêm normas que permitem o afastamento do direito nacional relativamente à formação e à execução do contratos com financiamento internacional, a verdade é que tais textos não são claros nesse sentido.

- o Proposta: caso se mantenha a opção nesse sentido, clarificar os textos legais relativos à exclusão do direito nacional no caso de contratos com financiamento internacional.

Os contratos excluídos do âmbito de aplicação do CCP, nos termos dos números 2 e 3 do artigo 4.º do CCP, não se encontram excluídos do âmbito de aplicação do RJCA.

Com efeito, o elenco de contratos excluídos do RJCA é menos amplo do que o de contratos excluídos do CCP. Há situações em que tal discrepância se justifica [compreende-se que os contratos abrangidos pela alínea b) do n.º 3 do artigo 4.º do CCP estejam excluídos da esfera de aplicação desse diploma – para evitar a publicidade –, mas justifica-se que o conteúdo dos mesmos contratos seja regido pelo RJCA], mas, quanto a outros, já não se compreende a não coincidência quanto ao elenco dos contratos excluídos.

- o Proposta: propõe-se ponderar a harmonização do âmbito de exclusões de ambas as leis, para que ambas se apliquem aos mesmos contratos, salvo exceções devidamente justificadas.

O BCV referiu igualmente que a necessidade de "*reconhecimento em despacho fundamentado do ministro competente*" para o caso de exclusão de contratos cuja execução deve ser acompanhada de medidas especiais de segurança, tal como previsto na alínea b) do n.º 3 do artigo 4.º do CCP, pode não ser adequado no caso de contratos "sensíveis" a celebrar pelo BCV. Na interpretação do BCV, no caso desse Banco, esse despacho fundamentado seria emitido pelo respetivo Conselho de Administração.

Assim, segundo o Banco de Cabo Verde: "*posto isto, a nossa intenção é chamar a atenção que ao contrário do Código Português, o nosso CCP remete matérias sensíveis para despachos fundamentados, sujeitos a apreciação e aceitação ou não das entidades de fiscalização, como é o caso de serviços que o Banco precisa recorrer a terceiros para operacionalizar. Como exemplo citamos serviços ligados a tesouraria do Banco nomeadamente, transporte de valores e confeções de notas e moedas, sujeitos a segurança, sigilo e segredo do Estado*".

Na opinião dos Consultores, a exclusão dos contratos em causa do âmbito do CCP justifica a intervenção do Ministro responsável pela área da segurança, mediante despacho fundamentado, como forma de se controlar esse regime de exceção, mesmo para outras entidades (como seja o BCV). Por outro lado, não se vislumbram razões que levem a instituir outros mecanismos de controlo.

- o Proposta: propõe-se que seja clarificada a redação da alínea b) do n.º 3 do artigo 4.º do CCP, de modo a ficar claro que: (i) deve intervir o Ministro competente para a área da segurança; e (ii) podem beneficiar desse regime excepcional outras entidades para além do Estado (como, por exemplo, o BCV), que teriam de suscitar, junto do Ministro competente, a emissão desse despacho.

VI. CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE ENTIDADES ADJUDICANTES

Os contratos celebrados entre Entidades Adjudicantes (uma colocada na posição típica do Contraente Público, outra colocada na posição típica do Cocontratante) encontram-se sujeitos às normas contantes, quer do CCP, quer do RJCA, salvo no caso limitado da alínea a) do n.º 3 do artigo 4.º do CCP.

Coloca-se aqui a questão de saber se se justifica a aplicação dos regimes tanto do CCP como RJCA à contratação entre Entidades Adjudicantes.

Admite-se que o critério de fundo relevante quanto à opção de sujeitar ou não a formação dos contratos entre Entidades Adjudicantes aos regimes destes dois diplomas seja o do modo como o sujeito que no contrato assumia a posição de contraparte do Contraente Público (ou seja, na posição em regra assumida pela parte privada) exerça a sua atividade. Segundo esta lógica, a circunstância de o sujeito referido atuar no mercado de forma semelhante à da generalidade dos operadores económicos privados e sem especial dependência operacional do sujeito que no contrato surja na posição de Contraente Público depõe no sentido da aplicabilidade à formação dos contratos de um regime de contratação pública. Com efeito, se o sujeito em causa, apesar de ter natureza pública, segundo uma lógica de mercado, não há razões para que o regime da contratação pública seja afastado.

Pelo contrário, se a atuação da parte que ocupa a posição de cocontratante se insira num quadro de marcada dependência da parte que ocupa a posição do Contraente Público, e seja desenvolvida de forma diferente da usual entre a generalidade dos operadores económicos privados, então pode justificar-se a não aplicação do regime da contratação pública.

Sob a designação genérica de contratação *in house*, esta lógica, cujo traço característico se traduz em as regras usuais não serem aplicáveis à contratação (isto é, ao procedimento de formação do contrato) de uma entidade controlada pela Entidade Adjudicante é identificável no Direito comparado, nomeadamente no quadro da União Europeia e, em concreto, no domínio do Código dos Contratos Públicos português, especialmente no artigo 5.º-A deste diploma¹. Admite-se que tenha sentido

¹ É a seguinte a redação do artigo 5.º-A do Código dos Contratos Públicos português, na redação do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto:

ponderar a aplicação desta mesma lógica em Cabo Verde. Isto, evidentemente, sem prejuízo da conveniência e da necessidade de consideração de soluções normativas apropriadas àquele que é o quadro próprio do ordenamento jurídico e do contexto económico de Cabo Verde.

Seja como for, segundo a referida lógica, crê-se que tem sentido partir de uma ideia de base de aplicação do regime do CCP aos contratos aqui relevantes – desde logo como forma de evitar um fator de distorção do mercado e de diferenciação do tratamento entre operadores económicos de base pública e operadores económicos puramente privados. A referida ideia de base seria temperada pela existência de tipos de casos determinantes da não aplicação do regime do CCP, na medida em que tal não constitua um fator de distorção do mercado. Por outro lado, atenta a lógica de alinhamento dos âmbitos de aplicação do CCP e do RJCA, justifica-se ponderar a extensão de exclusões da aplicação do CCP a exclusões, também, da aplicação do RJCA.

“Artigo 5.º-A

“Contratos no âmbito do setor público

“1 - A parte ii não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objeto, a celebrar por entidades adjudicantes com uma outra entidade, quando se verificarem, cumulativamente, as seguintes condições:

“a) A entidade adjudicante exerça, direta ou indiretamente, sobre a atividade da outra pessoa coletiva, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;

“b) A entidade controlada desenvolva mais de 80 /prct. da sua atividade no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela entidade adjudicante ou entidades adjudicantes que a controlam, ou por outra ou outras entidades controladas por aquela ou aquelas entidades adjudicantes, consoante se trate de controlo isolado ou conjunto;

“c) Não haja participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção de formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio eventualmente exigidas por disposições especiais, em conformidade com os Tratados da União Europeia, e que não exerçam influência decisiva na pessoa coletiva controlada.

“2 - É igualmente aplicável o disposto no número anterior aos contratos adjudicados por uma entidade adjudicante a outras pessoas coletivas controladas pela mesma entidade adjudicante, bem como aos contratos adjudicados por uma entidade adjudicante à entidade adjudicante que a controla.

“3 - Para efeitos do n.º 1, entende-se que existe controlo análogo isolado quando uma única entidade adjudicante pode exercer uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da entidade controlada.

“4 - Para efeitos do n.º 1, entende-se que existe controlo análogo conjunto quando estiverem preenchidas, cumulativamente, as seguintes condições:

“a) Os órgãos de decisão da pessoa coletiva controlada são compostos por representantes de todas as entidades adjudicantes participantes;

“b) As entidades adjudicantes podem exercer conjuntamente uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada; e

“c) A pessoa coletiva controlada não prossegue quaisquer interesses contrários aos interesses das entidades adjudicantes que a controlam.

“5 - A parte ii também não é aplicável à formação dos contratos celebrados exclusivamente entre duas ou mais entidades adjudicantes quando se verificarem, cumulativamente, as seguintes condições:

“a) O contrato estabelece uma cooperação entre as entidades adjudicantes, no âmbito de tarefas públicas que lhes estão atribuídas e que apresentam uma conexão relevante entre si;

“b) A cooperação é regida exclusivamente por considerações de interesse público; e

“c) As entidades adjudicantes não exercem no mercado livre mais de 20 /prct. das atividades abrangidas pelo contrato de cooperação.

“6 - Para efeitos do apuramento das percentagens previstas na alínea b) do n.º 1 e na alínea c) do número anterior, deve ser tido em conta o volume médio total de negócios, ou uma medida alternativa adequada, baseada na atividade, tais como os custos suportados pela pessoa coletiva em causa no que diz respeito a serviços, fornecimentos ou obras, nos três anos anteriores ou, quando não tenha três anos de atividade concluídos, a projeção de atividades a desenvolver”.

Fatores passíveis da determinação da não aplicação do regime do CCP aos contratos a celebrar entre as Entidades Adjudicantes seriam, então, os seguintes:

- Controlo da Entidade Adjudicante sobre a outra parte no contrato, análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços e o essencial da atividade da entidade controlada – a determinar segundo um critério quantitativo – traduzir-se no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela Entidade Adjudicante. Tratar-se-ia, portanto, da exclusão da aplicação do CCP à formação de contratos em que uma parte é dependente e controlada pela outra, num plano jurídico e económico;
- Inexistência de participação direta de capital privado na entidade controlada, salvo, porventura, formas de participação de capital privado sem poderes de controlo, bloqueio ou influência decisiva na entidade controlada;
- Adjudicação de contratos por parte da entidade controlada à entidade que a controla;
- Casos de cooperação entre Entidades Adjudicantes, no âmbito de tarefas públicas que lhes estão atribuídas e que apresentam uma conexão relevante entre si, sendo tal cooperação regida exclusivamente por considerações de interesse público, e as Entidades Adjudicantes não exercerem no mercado livre, em termos similares aos dos demais operadores económicos do setor, mais do que uma determinada percentagem (por exemplo, 20%) das atividades abrangidas pela cooperação. Isto por forma a deixar justificado o não apelo à generalidade do mercado.
- Proposta: propõe-se ponderar a questão da aplicação ou não de ambas as leis no caso de contratação entre Entidades Adjudicantes, segundo a lógica aqui apresentada.

VII. TERMINOLOGIA

A denominação dos contratos constante do n.º 1 do artigo 3.º do RJCA e do n.º 1 do artigo 3.º do CCP não coincide. Com efeito, no primeiro caso, os contratos relativos a bens móveis e a serviços estão denominados na ótica do Cocontratante (fornecimento de bens móveis e prestação de serviços), enquanto no segundo caso aqueles contratos estão denominados na ótica do Contraente Público (aquisição de bens móveis e de serviços). De resto, como bem assinala a ARAP nos comentários ao Relatório Preliminar de Consultoria, o próprio RJCA revela instabilidade terminológica no seu seio (no artigo 3.º refere-se ao fornecimento de bens móveis e à prestação de serviços, quando no Título IV da Parte II se alude à aquisição de bens móveis, e no Título V à aquisição de serviços).

- Proposta: propõe-se assegurar a uniformização de conceitos constantes do n.º 1 do artigo 3.º do RJCA e do n.º 1 do artigo 3.º do CCP, adotando-se os da ótica do Contraente Público.

TEMA B – ÂMBITO SUBJETIVO

No que ao âmbito subjetivo diz respeito, a presente análise centrar-se-á em duas áreas, a saber:

- a) âmbito de incidência subjetiva do CCP, que regula a tramitação dos procedimentos de formação de contratos públicos; e
- b) âmbito de incidência subjetiva do RJCA, que regula o regime substantivo dos contratos que revistam a natureza de contrato administrativo.

Em particular, na presente análise, serão examinadas as diversas Entidades Adjudicantes que se encontram obrigadas a aplicar o CCP, bem como os diversos Contraentes Públicos que se encontram obrigados a cumprir o regime constante do RJCA.

No âmbito deste Tema, procuraremos identificar eventuais lacunas e deficiências na definição do âmbito subjetivo de aplicação do CCP e do RJCA, procurando propor, simultaneamente, possíveis vias de solução para as questões identificadas.

O âmbito subjetivo do CCP encontra-se regulado no seu artigo 5.º, que identifica as Entidades Adjudicantes e no artigo 2.º do RJCA, que identifica os Contraentes Públicos.

Da análise dos preceitos suprarreferidos resultou a identificação das lacunas e deficiências que *infra* se enunciarão, as quais se encontram acompanhadas das respetivas propostas de solução.

I. IDENTIDADE DE ÂMBITO?

Os suprarreferidos artigos 5.º do CCP (Entidades Adjudicantes) e 2.º do RJCA (Contraentes Públicos) contemplam textos idênticos (na sua grande maioria), mas não são totalmente coincidentes. As diferenças entre esses artigos são, de seguida, identificadas.

O n.º 2 do artigo 5.º do CCP, que estabelece que *"são ainda Entidades Adjudicantes, no que se refere à celebração de concessões de obras e de serviços públicos as respectivas concessionárias"*, não tem preceito idêntico no RJCA. Assim, aos casos abrangidos por essa norma são aplicáveis as regras de formação dos contratos constantes do CCP, mas não as respeitantes à execução do contrato contidas no RJCA.

As alíneas f) e g) do artigo 2.º do RJCA, que incluem no domínio de aplicação do RJCA as *"[e]ntidades concessionárias de serviço público, no que se refere à celebração de contratos de empreitadas de obras públicas"* e as *"[e]ntidades que celebrem contratos no exercício de funções materialmente administrativas"*, respetivamente, não têm preceitos idênticos no CCP. O mesmo sucede com o artigo 66.º do RJCA, que dispõe que *"[e]m tudo o quanto respeite às empreitadas de obras públicas cuja execução seja necessária para a realização do objeto da concessão e não seja regulado pela presente"*

secção ou pelo contrato de concessão, é aplicável, com as necessárias adaptações, o regime jurídico de empreitadas de obras públicas, previsto no título seguinte". Assim, aos casos abrangidos por tais normas são aplicáveis as regras de execução do contrato contidas no RJCA, mas não as respeitantes à formação dos contratos constantes do CCP.

Em termos globais, parece ser de fazer coincidir o âmbito subjetivo dos dois diplomas. De facto, em princípio, as mesmas razões que conduzem à sujeição da formação de determinados contratos a um conjunto de princípios e regras (vertidos no CCP) justificam que o conteúdo desses mesmos contratos seja regulado por um regime que contemple soluções adequadas e razoáveis, que assegure a prossecução dos interesses públicos em presença e que proteja os legítimos interesses dos cocontratantes, com o necessário equilíbrio (objetivos visados pelo RJCA).

As opções diferentes, que submetam determinadas situações a um diploma e não a outro, deverão ser devidamente justificadas.

- o Proposta: propõe-se que os âmbitos subjetivos do CCP e do RJCA sejam coincidentes, salvo situações excecionais que motivem a sujeição a um desses diplomas, mas não ao outro, que deverão ser devidamente justificadas.

II. SUJEIÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS

A Lei n.º 109/IX/2020, que aprova o Orçamento do Estado para o ano económico de 2021, procedeu, no seu artigo 53.º, à alteração do artigo 5.º do CCP. Em concreto, o n.º 2 do artigo 5.º do CCP, passou a estabelecer que *"são ainda entidades adjudicantes, no que se refere à celebração de contratos de concessão de obras e de serviços públicos as respetivas concessionárias, sem prejuízo do disposto no número seguinte"*. Por sua vez, o n.º 3 do referido preceito foi alterado no sentido de prever que *"[n]ão são consideradas entidades adjudicantes as concessionárias que gozem de direitos especiais ou exclusivos atribuídos na sequência de um procedimento de seleção concorrencial"*.

Sem prejuízo, a exclusão das Concessionárias, cujos direitos exclusivos foram atribuídos em procedimentos sujeitos à concorrência, enquanto Entidades Adjudicantes, não traduz, de forma alguma, qualquer demissão do Estado no que concerne ao necessário controlo da atividade destas entidades. Neste sentido, resulta dos números 5 e 6 do artigo 5.º, introduzidos pela suprarreferida Lei Orçamental, a aplicação dos princípios gerais da contratação pública, em especial, da concorrência, da imparcialidade, da igualdade, da economia e eficiência, da transparência, da legalidade, da proporcionalidade, da proteção do ambiente e da boa-fé à formação de contratos pelas concessionárias, bem como o dever de estas entidades elaborarem e enviarem, anualmente, aos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da tutela, um relatório com a listagem dos contratos celebrados, descrevendo os procedimentos contratuais utilizados, para efeitos de conhecimento e controlo da sua atividade.

Numa perspetiva global, deve ponderar-se se as Concessionárias de obras públicas e de serviços públicos (e outras concessionárias que adquirem essa qualidade com base em contratos públicos), que são entidades privadas, devem ficar sujeitas à aplicação dos regimes públicos que regem a formação do contrato (CCP) e a sua execução (RJCA).

Por um lado, há razões que jogam no sentido da inaplicabilidade dos regimes públicos em causa às Concessionárias: são entidades privadas, enquadradas pelos princípios da autonomia privada e da liberdade de negociação e de estipulação contratual, com a inerente necessidade de assegurarem condições de flexibilidade de gestão. Como é sabido, estas entidades Concessionárias (privadas) assumem, por via contratual, a responsabilidade de assegurar a satisfação de necessidades, de acordo com o interesse público. Assim, entende-se que estas entidades não deverão estar submetidas às mesmas exigências que se impõem ao Estado em sentido amplo, em matéria de contratação pública, quando hajam sido selecionadas para efeitos de atribuição de uma concessão, na sequência de um procedimento de seleção concorrencial especificamente desenvolvido para o efeito.

Por outro lado, também existem motivos que podem justificar a sujeição das Concessionárias aos referidos regimes públicos: o contrato de raiz é público, o que pode legitimar a pretensão de disciplinar os contratos privados celebrados no quadro da execução da concessão; pode entender-se ser curial proteger determinados operadores económicos, que são potenciais interessados em contratar com a Concessionária. Caso se entenda que tais motivos são preponderantes, resta ainda ponderar se a sujeição dos contratos a celebrar pela concessionária deve ou não abranger a totalidade dos contratos regulados (subconcessões, empreitadas, aquisições de bens móveis, locação de bens móveis e aquisições de serviços), ou parte deles.

A ASA manifesta o entendimento de que o RJCA deve apenas aplicar-se aos contratos de concessão. Com efeito, segundo a ASA, *“apenas o conteúdo dos contratos de concessão de obras ou de serviços públicos [deve estar sujeito ao RJCA]. Os conteúdos dos contratos de aquisição e locação de bens móveis e de aquisição de serviços deverão ser sujeitos à lei cível. Nestes contratos, a entidade adjudicante atua enquanto entidade particular, despido, portanto, dos seus poderes públicos (ius imperi)”*.

Conforme acima referido, a opção vertida na nova redação do n.º 3 do artigo 5.º, introduzida pela Lei n.º 109/IX/2020, que aprova o Orçamento do Estado para o ano económico de 2021, vai no sentido da não aplicabilidade do CCP aos contratos a celebrar pela Concessionária que tenha sido contratada no seguimento de procedimento concorrencial, e adquira direitos especiais ou exclusivos, mantendo-se, no entanto, a previsão de aplicação, nesse âmbito, de um conjunto de princípios próprios da contratação pública. Relativamente a essa solução, e tendo em consideração a experiência cabo-verdiana de interpretação de normas que integram uma expressa previsão de aplicação de princípios – *maxime* o n.º 6 do artigo 155.º do CCP –, alerta-se para a necessidade de assegurar a difusão da adequada interpretação a conceder à norma em causa. Assim, importará

esclarecer, designadamente, as seguintes (potenciais) questões no âmbito da aplicação da previsão legal em referência: qual é o alcance concreto da não aplicação o regime do CCP, acompanhada da previsão de sujeição aos princípios da contratação pública – como se materializa essa solução? Quais os mecanismos de controlo da observância de tais princípios?

Estas questões merecem ponderação e opções estratégicas, que deverão ser tomadas pelas entidades competentes.

- o Proposta: propõe-se que seja devidamente ponderado pelas entidades competentes, tendo em considerações as razões suprarreferidas, se as concessionárias devem ser sujeitas aos regimes do CCP e do RJCA e, em caso afirmativo, relativamente a que contratos.

III. TERMINOLOGIA

A redação do n.º 2 do artigo 5.º do CCP, quer na anterior versão, quer naquela que resulta da Lei que aprovou o Orçamento de Estado para 2021, impõe a substituição da referência a “contratos de concessão” pela referência a “contratos de subconcessão”. Com efeito, lê-se neste preceito que “*são (...) entidades adjudicantes, no que se refere à celebração de concessões de obras e de serviços públicos as respetivas concessionárias*” quando, por estar em causa a adjudicação por parte de concessionárias, faria mais sentido referir-se “subconcessões” em vez de “concessões”.

A imprecisão terminológica resultante do n.º 2 do artigo 5.º do CCP foi assinalada pela Infraestruturas de Cabo Verde (ICV), que referiu que “*são identificadas como entidades adjudicantes as concessionárias, quando na verdade o artigo parece aplicar-se às subconcessionárias*”. A ICV quer chamar a atenção para o facto de os contratos previstos no n.º 2 do artigo 5.º serem os contratos de subconcessão, ou seja, celebrados com subconcessionárias, e não contratos de concessão.

IV. ENTIDADES QUE EXERCEM FUNÇÕES MATERIALMENTE ADMINISTRATIVAS

O RJCA identifica, como Contraente Públicos, nos termos da alínea g) do artigo 2.º, as “[*e*]ntidades que celebrem contratos no exercício de funções materialmente administrativas”.

Não sendo estas entidades Contraente Públicos nos termos das anteriores alíneas do artigo 2.º do RJCA (única hipótese de o texto legal ter sentido útil), e não sendo também Entidades Adjudicantes nos termos do CCP, cria-se um desfasamento entre as entidades sujeitas ao CCP e a RJCA que pode não ser vantajoso, e que já foi registado *supra*.

Deve ainda ponderar-se se essas entidades que asseguram funções essencialmente administrativas (que não são Contraentes Públicos nos termos definidos nas restantes alíneas do artigo 2.º do RJCA, e têm natureza privada) devem estar sujeitas ao RJCA. Em princípio, a sujeição de entidades privadas

que assegurem prestações de responsabilidade primária das entidades públicas apenas será justificada na medida em que sejam afetados fundos públicos para o efeito, estabelecendo-se como critério o financiamento anual em mais de 50% por Entidades Adjudicantes. Na realidade, estando em causa a atividade de entidades privadas neste âmbito, sem que as mesmas beneficiem de fundos públicos, nada parece justificar que lhes sejam aplicáveis o CCP e o RJCA.

Com a mesma lógica, mesmo quando a atividade da entidade privada em causa não seja maioritariamente financiada por fundos públicos, é justificado fazer incidir o CCP e o RJCA aos contratos a celebrar por essa entidade no quadro de funções materialmente administrativas, que sejam financiados em mais de 50% por Entidades Adjudicantes.

- o Proposta: propõe-se ponderar a justificação da sujeição a regimes públicos imperativos das entidades privadas que desenvolvam funções materialmente administrativas, sugerindo-se que se faça depender essa sujeição da afetação maioritária (em mais de 50%) de fundos públicos à atividade dessa entidade privada, ou ao contrato em causa, se a primeira condição se não verificar.

V. ASSOCIAÇÕES PÚBLICAS

Na alínea e) do n.º 1 do artigo 5.º do CCP e na alínea e) do artigo 2.º do RJCA prevê-se (em termos análogos) que são Entidades Adjudicantes e Contraentes Públicos *"as Associações Públicas, as Associações de Entidades Públicas, ou as Associações de Entidades Públicas e Privadas que sejam financiadas maioritariamente por entidades previstas neste artigo ou sujeitas ao seu controlo de gestão"*

Em primeiro lugar, não é inteiramente claro se, por exemplo, uma Associação Pública que não seja maioritariamente financiada por Entidades Adjudicantes – uma Ordem Profissional que é financiada pelas quotas dos seus associados – se encontra abrangida por esta norma ou não. O modo como as vírgulas estão colocadas no texto leva a crer que as Associações Públicas serão sempre Contraentes Públicos/Entidades Adjudicantes, independentemente da fonte de financiamento, mas pode haver dúvidas.

Em segundo lugar, faz-se referência apenas (para além do financiamento) ao possível controlo de gestão, mas não se faz referência, por exemplo, a situações mais comuns em que uma Entidade Adjudicante designa a maioria dos membros dos órgãos sociais da Associação.

Não se prevê a qualificação como Entidade Adjudicante ou como Contraente Público das entidades (públicas ou privadas) que sejam maioritariamente financiadas, controladas ou cuja maioria dos órgãos sociais seja designado por Entidades Adjudicantes/Contraentes Públicos, não se fazendo referência aos chamados *"Organismos de Direito Público"*, que são definidos com esses critérios.

As recomendações são as seguintes: devem ser sujeitas ao CCP e ao RJCA todas as entidades públicas (Associações Públicas e Organismos de Direito Público) e as Associações mistas e privadas, desde que maioritariamente financiadas por fundos públicos. Na linha do transmitido supra, a mesma solução deve ser aplicada a projetos (pontuais) financiados por fundos públicos, mesmo que promovidos por entidades privadas cuja atividade geral não beneficie de financiamento maioritário por fundos de natureza pública.

- o Proposta: propõe-se clarificar o âmbito das Associações sujeitas ao CCP e ao RJCA, bem como ponderar, tendo em conta as recomendações supra, a aplicação do regime de ambas as leis a todos os "Organismos de Direito Público", a associações mistas e privadas financiadas maioritariamente por fundos públicos, e a projetos financiados maioritariamente por fundos públicos, independentemente da natureza privada ou mista dos promotores.

VI. EMPRESAS PÚBLICAS

As Empresas Públicas são abrangidas pela alínea d) do artigo 5.º do CCP e pela alínea d) do artigo 2.º. A Lei n.º 104/VIII/2016, de 6 de janeiro², que regula o setor público empresarial, define Empresas Públicas na linha a) do n.º 1 do seu artigo 4.º nos seguintes termos: "*i) Sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta e indireta, uma influência dominante em virtude de alguma das seguintes circunstâncias: detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto; ou de direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de gestão ou de administração ou de dominante; ii) As entidades públicas empresariais, enquanto pessoas coletivas de direito público, com natureza empresarial, criadas pelo Estado e reguladas no Capítulo III.*"

Como se sabe, a questão da sujeição das Empresas Públicas aos regimes do CCP e do RJCA suscita posições divergentes e controversias.

A favor da sujeição são invocados os seguintes argumentos: as Empresas Públicas (de acordo com a definição legal) são entidades de natureza pública. Mesmo aquelas que são constituídas em conformidade com a lei comercial são-no com fundos públicos. Por conseguinte, no que à contratação pública diz respeito, há que observar os princípios da concorrência, da igualdade e da transparência, que impõem a aplicação do CCP, e são igualmente de atender as razões que conduzem à aplicação do regime de execução dos contratos constante do RJCA.

² Modificado pela Lei n.º 58/IX/2019, de 29 de julho.

Em sentido contrário, são aduzidas as seguintes razões: as Empresas Públicas de natureza empresarial devem agir com agilidade e flexibilidade, e reger a sua atividade por parâmetros de gestão que são incompatíveis com a rigidez e morosidade associados ao CCP e ao RJCA.

Esta questão foi sinalizada pela ENAPOR, que considerou que as Empresas Públicas não deviam estar sujeitas nem ao CCP, nem ao RJCA, já que, no seu entender, *“tendo em conta a natureza do negócio das empresas públicas, não compadecem com a morosidade imposta pelos trâmites que decorrem da própria aplicação da legislação”*. A ENAPOR referiu ainda que deveria ser suprimida a alínea f) do artigo 2.º do RJCA, que sujeita a esse diploma os contratos de empreitada celebrados por concessionárias de serviço público.

Diferentemente, a ARAP considerou que as Empresas Públicas devem continuar sujeitas ao CCP e ao RJCA uma vez que *“as empresas públicas são públicas, criadas para prossecução de interesse público, por outro lado gerem os bens públicos, a transparência na gestão é fundamental para garantir e para evitar a tendência de gerir os bens públicos para interesse privado. A criação das empresas tem por objetivo elevar padrões de gestão para garantir a eficiência na gestão da coisa pública, significa que as empresas públicas, em princípio, estarão em melhores condições para aplicação do CCP”*.

Como se constata, e como se sabe, a questão equacionada é bastante complexa e controversa, não sendo possível satisfazer de modo pleno todos os interesses em presença. Nesta conformidade, as opções neste âmbito traduzem-se sempre no sacrifício de parte dos objetivos acima enunciados.

Embora se identifiquem argumentos tanto contra como a favor da sujeição das Empresas Públicas ao CCP e ao RJCA, os consultores recomendam que a regra geral seja a da sujeição das Empresas Públicas (na aceção legal, acima delimitada) a estes diplomas e que as exceções sejam assumidas, de modo expresso e nominado, pelo legislador, quando este entendesse que determinadas Empresas (para todos os contratos regulados ou alguns deles), expressamente identificadas, devessem beneficiar de liberdade de escolha dos processos de formação dos contratos, e/ou para a conformação das respetivas estipulações. As exceções deverão, então, ser clara e formalmente assumidas (em instrumento normativo) pelo legislador, como exceções ao regime geral de aplicação do CCP e do RJCA, (evitando-se, assim, espaços cinzentos e dúvidas interpretativas), caso se entenda, relativamente a determinadas empresas, que a sua atuação num quadro de mercado e de concorrência deve determinar a não aplicação dos regimes de contratação pública.

Tal metodologia teria a vantagem de evitar dúvidas de interpretação e a adoção de formas jurídicas de conveniência por parte dos destinatários, ao invés do que sucederia se fossem adotadas fórmulas genéricas e conceitos indeterminados.

- Proposta: propõe-se ponderar a sujeição ao CCP e ao RJCA das Sociedades Anónimas de capitais totalmente ou maioritariamente públicos e de outras Empresas Públicas, tendo por referência a sugestão feita pelos consultores. O regime geral seria, assim, de aplicação daqueles diplomas, a qual só cederia perante a previsão legal específica de exceções.

TEMA C – FORMAÇÃO DE CONTRATOS

I. TIPOS E ESCOLHA DE PROCEDIMENTOS

O CCP consagra cinco tipos de procedimentos para a formação de contratos públicos, a serem tramitados pelas Entidades Adjudicantes previstas no artigo 5.º do diploma, para a celebração dos contratos que se integrem no âmbito de aplicação deste diploma.

Em particular, os referidos contratos públicos podem resultar da tramitação dos seguintes procedimentos, previstos no artigo 29.º do CCP e densificados nos Títulos II a IV:

- a) Concurso público: todos os interessados em participar, que reúnam as condições determinadas na lei e nos documentos do procedimento, podem apresentar proposta;
- b) Concurso público em duas fases: numa primeira fase, os concorrentes apresentam uma proposta técnica inicial e, numa segunda fase, apresentam uma proposta financeira e uma proposta técnica final, incorporando as recomendações formuladas pelo júri do procedimento relativamente à proposta técnica inicial;
- c) Concurso limitado por prévia qualificação: apenas os candidatos qualificados, na fase de qualificação, são convidados a apresentar proposta;
- d) Concurso restrito: vários operadores económicos são convidados a apresentar proposta;
- e) Ajuste direto: poderá ser convidado a apresentar proposta apenas um operador económico.

Os procedimentos suprarreferidos podem, ainda, constituir procedimentos nacionais, caso em que apenas é admitida a participação de operadores económicos com domicílio, sede ou estabelecimento principal em Cabo Verde, ou procedimentos internacionais, caso em que qualquer interessado poderá participar no procedimento, independentemente do seu domicílio, sede ou estabelecimento principal.

De acordo com os contributos dos intervenientes do SNCP auscultados, o ajuste direto constitui o procedimento mais utilizado, seguido do concurso restrito. Todavia, de acordo com o CCP, o procedimento de concurso público constitui o procedimento adequado para os contratos com maior expressão financeira.

A escolha do tipo de procedimento para a formação de um concreto contrato público poderá resultar da aplicação de critérios de valor, previstos na Secção I do Capítulo II do Título II do CCP, que constituem os critérios gerais neste âmbito, ou de critérios materiais, previstos na Secção II do Capítulo II do Título II do CCP, de natureza excepcional, e cuja adoção exige a prévia prolação pela Entidade Adjudicante de um despacho devidamente fundamentado. A propósito da escolha do tipo de procedimento, foi possível apurar, em sede de consulta pública, que a ASA, apesar de considerar

adequados os vários procedimentos previstos no CCP, defende que deveria ser dada maior liberdade às Entidades Adjudicantes para a escolha do tipo de procedimento. No entanto, a regulação específica de cada um dos procedimentos e as regras que regem a escolha dos mesmos para cada caso concreto têm na sua génese determinados princípios e objetivos em matéria de contratação pública que seriam preteridos se fosse conferida às entidades adjudicantes ampla liberdade neste âmbito.

Previamente ao início do procedimento de formação de contratos públicos, exige-se a prolação da respetiva decisão de contratar e a autorização da despesa. Ademais, o CCP consagra o dever de as Entidades Adjudicantes elaborarem planos anuais de aquisição.

Em termos sistemáticos, o CCP começa por regular de forma geral, no Título III, a formação dos contratos, regulando as diligências administrativas prévias (Capítulo I), as regras de participação nos procedimentos (Capítulo II), as candidaturas (Capítulo III), as propostas (Capítulo IV), e a apresentação das mesmas (Capítulo V), a avaliação, exclusão e adjudicação das propostas (Capítulo VI), a caução (Capítulo VII) e a celebração do contrato (Capítulo VIII). De seguida, no Título IV, o CCP regula, em especial, cada um dos tipos de procedimento pré-contratual acima identificados.

Neste âmbito, importa, ainda, referir que o CCP prevê regras especiais quanto à tramitação de procedimentos para a formação de contratos de serviços de consultoria, de acordos-quadro, e de contratos ao abrigo de acordos-quadro.

Por fim, o CCP estabelece, no âmbito da tramitação do procedimento de formação de contratos públicos, além das figuras da Entidade Adjudicante e do júri do procedimento, a figura da Entidade Responsável pela Condução do Procedimento (UGA), a qual detém diversas competências no âmbito da tramitação dos procedimentos.

Da análise dos Títulos II a IV do CCP resultou a identificação de algumas lacunas e deficiências que *infra* se explicitarão, para cuja solução serão avançadas algumas propostas. Algumas destas propostas de solução têm por base o direito comparado, nomeadamente as soluções consagradas quer no ordenamento jurídico português, assim como nas Diretivas Europeias de contratação pública de 2014.

Adicionalmente, as lacunas e deficiências *infra* explicitadas, bem como as respetivas propostas de solução, compreendem, também, os comentários e sugestões formulados pelos intervenientes no SNCP auscultados relativamente às dificuldades identificadas na aplicação das normas constantes do CCP.

De acordo com o disposto na alínea a) do n.º 5 do artigo 29.º do CCP, nos procedimentos nacionais apenas são admitidas a apresentar candidatura e/ou proposta as pessoas singulares ou coletivas com domicílio, sede ou estabelecimento principal em Cabo-Verde. Nos comentários e sugestões apresentados, a ENAPOR referiu existirem dúvidas quanto à possibilidade de um operador económico estabelecido em Cabo-Verde formar um agrupamento com uma pessoa singular ou coletiva com

domicílio, sede ou estabelecimento principal noutra Estado, para participação num procedimento nacional. Ora, considerando que a distinção entre procedimentos nacionais e internacionais consiste precisamente na inadmissibilidade, no caso de procedimentos nacionais, e na admissibilidade, no caso de procedimentos internacionais, da participação por parte de operadores económicos sediados no estrangeiro, a admissão da participação em procedimentos nacionais de agrupamentos que sejam integrados por operadores económicos sediados noutros Estados constituiria uma clara subversão daquela distinção consagrada pelo legislador no n.º 5 do artigo 29.º do CCP.

- o Proposta: propomos a clarificação desta questão, através da alteração da alínea a) do n.º 5 do artigo 29.º do CCP, no sentido de consagrar, de forma clara, que nos procedimentos nacionais apenas são admitidas a apresentar candidatura e/ou proposta e a integrar agrupamento candidato ou concorrente pessoas singulares ou coletivas com domicílio, sede ou estabelecimento principal em Cabo Verde.

Neste âmbito, a Ordem dos Engenheiros de Cabo Verde preconiza, no seu contributo, que, em procedimentos nacionais, seja exigido que o capital social dos candidatos ou concorrentes seja maioritariamente detido por nacionais, que os respetivos quadros de gestão sejam constituídos por nacionais e, bem assim, que os seus quadros sejam constituídos por engenheiros e diretores de obras nacionais e inscritos na Ordem dos Engenheiros de Cabo Verde, bem como por encarregados nacionais.

Os Consultores têm, todavia, uma leitura distinta sobre esta questão. Com efeito, e conforme bem se compreende, a exigência de capital social maioritariamente cabo-verdiano introduz um fator discriminatório a essas empresas de direito cabo-verdiano. A definição de empresas nacionais como as detidas maioritariamente por entidades cabo-verdianas traduziria uma opção protecionista do empresariado nacional, que sacrificaria outros interesses relevantes para o país. Não se deve esquecer, neste âmbito, que as sociedades detidas maioritariamente por entidades estrangeiras contribuem para a dinamização da economia de qualquer país, gerando empregos, pagando impostos, proporcionando aquisição de *know-how*, entre outras. Por outro lado, e no que concerne à nacionalidade dos quadros de gestão, o próprio CCP já estipula que é admissível como subfator de avaliação, não devendo prever-se também, quanto a esta questão, qualquer medida de natureza discriminatória.

Nos termos do n.º 6 do artigo 29.º do CCP, no procedimento de concurso restrito, deverão ser *“convidados para apresentar proposta o número de operadores económicos necessários, por forma a que haja pelo menos três propostas para serem avaliadas”*. Ora, o número de propostas que serão avaliadas após envio dos convites constitui um elemento que se encontra fora do âmbito de controlo da Entidade Adjudicante e da Entidade Responsável pela Condução do Procedimento, que, no âmbito da configuração do procedimento, apenas pode decidir sobre o número de convites a enviar (por exemplo, alguns dos operadores económicos convidados poderão não apresentar proposta, ou

poderão ser submetidas propostas que venham a ser excluídas e que, portanto, não serão objeto de avaliação pelo júri do procedimento).

Assim, facilmente se compreende que esta regra poderá comprometer a adequada e imediata satisfação de uma necessidade pública, nos casos, por exemplo, em que um ou mais operadores económicos convidados a apresentar proposta não está interessado em fazê-lo. Nestas situações, o que deverá acontecer? O concurso é extinto e inicia-se um novo procedimento, esperando conseguir garantir que, pelo menos, três propostas estejam em condições de ser avaliadas? Ou, sendo apenas apresentadas uma ou duas propostas, o procedimento prossegue, com fundamento no princípio do favor do procedimento, consagrado no artigo 18.º do CCP?

- o Proposta: sugerimos que se pondere a revogação da imposição da análise de três propostas, substituindo-a pelo dever de envio de convites a um determinado número de operadores económicos, sem necessidade de assegurar a existência de, pelo menos, três propostas para efeitos de avaliação, desde logo porque é um facto que não depende da Entidade Adjudicante, nem do júri e, por outro lado, porque esta regra comprometerá a eficiência da atividade administrativa e o respeito pelo interesse público.

As entidades consultadas, designadamente a ASA, levantam a questão da compatibilidade entre o disposto no n.º 7 do artigo 29.º do CCP, que estatui que no ajuste direto pode ser convidado a apresentar proposta apenas um operador económico, e o estabelecido no Manual de Procedimentos da ARAP, que determina o convite de, pelo menos, três operadores no âmbito do procedimento de ajuste direto.

Verificando-se uma discrepância entre, por um lado, o regime legalmente previsto para o ajuste direto e, por outro lado, as orientações constantes do Manual da ARAP, sugere-se rever o Manual em conformidade com o disposto na lei, designadamente eliminando-se a determinação de envio de convite a, pelo menos, três entidades, no caso de ajuste direto.

Os intervenientes do SNCP consultados, nomeadamente a ENAPOR, o Banco de Cabo Verde (BCV), a ASA e a ICV, identificaram, nos seus contributos, a necessidade de os limites de valor determinados para a adoção dos vários tipos de procedimento serem reponderados. Em particular, a ENAPOR e a ASA sublinham a necessidade de se aumentar esses limites, nomeadamente no que se refere ao procedimento de concurso público e de concurso restrito para os contratos de empreitada e de aquisição de bens móveis e serviços, enquanto a ARAP destaca a tendência de o legislador nacional proceder à alteração desses limites através da Lei que aprova o Orçamento do Estado, facto que é cada vez mais criticado em diversos países e que colide, entre outras, com as boas práticas de logística.

Por outro lado, a ICV afirma que o valor limite fixado para o procedimento do concurso restrito tendo em vista a celebração de contratos de empreitada de obras públicas não é adequado e não está

alinhado com os valores das classes dos alvarás que sofreram alterações, pelo que defende o aumento desse limite para 20.000.000\$00.

- Proposta: para ponderação quanto à pertinência da alteração dos limites de valor atualmente previstos para os diversos procedimentos.

De acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 30.º do CCP, deve ser adotado o procedimento de concurso restrito quando o valor do contrato a celebrar na sequência do procedimento se encontre no intervalo de valores previstos nas alíneas do referido n.º 3. Sucede que o procedimento de concurso restrito constitui um procedimento no qual a abertura à concorrência tem, necessariamente, uma amplitude menor quando comparada com a do procedimento de concurso público.

- Proposta: de modo a assegurar a maior abertura possível à concorrência em todos os procedimentos de formação de contratos públicos, em cumprimento do princípio da concorrência, consagrado no artigo 8.º do CCP, propomos que a adoção do procedimento de concurso restrito nos termos do n.º 3 do artigo 30.º do CCP passe de um dever para uma faculdade.

Sendo consagrada a faculdade de adoção do procedimento de concurso restrito (ao invés da atual obrigação), deverá, conseqüentemente, ser determinado apenas o limite máximo até ao qual poderá ser adotado este procedimento ao abrigo do critério do valor do contrato (ao invés do atual intervalo de valores, visto que o concurso restrito assegura uma maior abertura à concorrência do que o procedimento de ajuste direto, por isso deverá ser permitida às Entidades Adjudicantes a adoção do procedimento de concurso restrito em todos os contratos em que é permitida a adoção do procedimento de ajuste direto).

Neste caso, deverá ser determinado um valor máximo para a adoção do procedimento de concurso restrito e um valor máximo para a adoção do procedimento de ajuste direto, valores esses adequados à realidade das compras públicas.

A divisão de um contrato público em lotes constitui uma mera faculdade das Entidades Adjudicantes, segundo o disposto no artigo 32.º do CCP.

- Proposta: considerando que a divisão em lotes potencia a participação de micro, pequenas e médias empresas nos procedimentos de formação de contratos públicos (questão destacada pela Ordem dos Engenheiros de Cabo Verde no seu contributo), propomos a ponderação da adoção de uma medida de incentivo à divisão dos contratos públicos em lotes. Por exemplo, em contratos de valor superior a determinado patamar fixado na lei e estando em causa prestações técnica e funcionalmente cindíveis, as Entidades Adjudicantes encontrar-se-iam obrigadas a fundamentar a decisão de não dividir o contrato em lotes. Faz-se, ainda, notar que a divisão em lotes nos termos ora propostos acaba por permitir

assegurar a implementação de políticas públicas secundárias através da contratação pública, no caso concreto a abertura à concorrência e a permissão de participação de pequenas e médias empresas no âmbito de um maior número de procedimentos pré-contratuais, com tudo o que isso significa designadamente quanto ao volume de negócios e empregabilidade.

O critério do valor do contrato constitui o critério-regra na escolha do procedimento a adotar, conforme resulta do disposto no n.º 1 do artigo 30.º do CCP, constituindo os critérios materiais meras exceções no âmbito da contratação. Todavia, esse carácter excecional não se encontra expressamente referido na Secção referente aos critérios materiais.

- o Proposta: sugerimos o aditamento de uma referência ao carácter excecional dos critérios materiais, no artigo 34.º do CCP.

No artigo 37.º do CCP encontra-se uma aparente contradição pois, se, por um lado, se refere que o critério é independente do valor do contrato, por outro lado, confere-se a faculdade de adoção do procedimento de concurso limitado por prévia qualificação quando o montante envolvido seja muito elevado, sem que se concretize o que se entende ser um *"montante muito elevado"*.

Neste âmbito, sugere a ARAP a supressão da expressão *"independentemente do valor do contrato"*, visto considerar que esta é uma expressão ambígua e que o valor elevado do contrato a celebrar é relevante para a escolha do procedimento de concurso limitado por prévia qualificação.

- o Proposta: propomos a eliminação da expressão *"independentemente do valor do contrato"*, a indicação de que o pressuposto de aplicação deste artigo é o de o preço base ser superior a um determinado montante, e a alteração da última parte do artigo 37.º do CCP, substituindo-a, por exemplo, pela expressão *"ou quando a execução do contrato, pelas suas próprias características, exija a comprovação da capacidade técnica ou financeira dos operadores económicos"*.

As entidades consultadas, nomeadamente a ASA, propõem a alteração do artigo 38.º do CCP, no sentido de se permitir igualmente o recurso ao mercado internacional, no critério material de escolha do procedimento de concurso restrito, independentemente do valor do contrato.

Os Consultores entendem que, quanto a este tema em específico e atendendo à redação do artigo 38.º do CCP, importará ponderar optar por uma das seguintes soluções: manter a redação e, caso exista o propósito de contratar entidades internacionais, dever-se-á lançar um procedimento de natureza internacional; eliminar o artigo 38.º do CCP, atendendo à natureza protecionista que o mesmo encerra e à dificuldade de controlo dos seus pressupostos, que poderá conduzir à invocação injustificada dos mesmos e ao desvio dos princípios estruturantes neste âmbito.

A alínea c) do n.º 1 do artigo 39.º do CCP prevê a possibilidade de adoção do procedimento de ajuste direto após um prévio procedimento ter ficado deserto, ou todas as propostas terem sido excluídas, sem que se encontre previsto qualquer limite temporal para a adoção desse procedimento e sem qualquer referência à possibilidade ou exigência legal de serem convidados os mesmos operadores económicos.

- o Proposta: sugerimos o aditamento de um limite temporal até ao qual a situação suprarreferida constitua fundamento para a adoção do procedimento de ajuste direto. Por outro lado, poder-se-á ponderar que, em função da natureza das causas de exclusão, deverão, tendencialmente, ser convidadas as mesmas entidades, pressupondo a manutenção dos termos do anterior procedimento.

Em particular, a ARAP sugere a determinação de um limite temporal de 6 meses, à semelhança do prazo previsto no n.º 5 do artigo 102.º do CCP.

Nos termos do n.º 3 do artigo 41.º do CCP, os "*documentos de procedimento podem ser colocados a consulta pública pelas entidades adjudicantes sempre que necessário*". Enquanto consulta pública, presumimos que esta se processa de um modo formal, sendo os documentos disponibilizados ao público em geral, e sendo os seus contributos considerados pela Entidade Adjudicante. Em alguns casos, esta modalidade poderá não ser atrativa para muitas Entidades Adjudicantes por implicar a sua disponibilização ao público em geral, pela sua morosidade e por implicar que, de alguma forma, os documentos do procedimento já se encontrem elaborados e sejam conhecidos em momento anterior ao início do procedimento. De acordo com os comentários da ARAP, e não obstante as referências acima, seria importante manter esta possibilidade na lei, para que possa ser utilizada quando houver necessidade. Sem prejuízo, consideramos que a figura da consulta preliminar ao mercado, que vai mais longe do que a disponibilização dos documentos do procedimento à consulta pública, cumpriria não só o propósito de permitir a adequação das peças do procedimento e dos termos da organização do mesmo, tal como pretendido pela ARAP, como teria a virtualidade de permitir auscultar o mercado quanto ao preço e condições do fornecimento de bens ou da aquisição de serviços, consoante o caso.

- o Proposta: propomos a consagração, como faculdade atribuída às Entidades Adjudicantes, de uma figura próxima da consulta preliminar ao mercado consagrada no Código dos Contratos Públicos português (cfr. artigo 35.º-A), que constitui uma forma informal de "auscultar" o mercado, de modo a melhor adequar os documentos do procedimento ao objeto contratual em causa e tendo em vista aferir quais as condições em que os operadores económicos estão dispostos a contratar numa determinada situação concreta. Dos documentos que nos foram disponibilizados resulta que estas consultas informais já são, atualmente, realizadas pelas Entidades Adjudicantes (cfr. Carta ARAP CM São Vicente, datada de 15.10.2018, Referência 533 CA-ARAP/2018), pelo que seria necessário apenas verter na lei este instrumento de apoio à contratação pública.

De acordo com a Diretiva da ARAP n.º 4/2018, de 7 de setembro, a submissão dos documentos do procedimento à verificação pela entidade competente para o controlo dos procedimentos no ministério responsável pelas finanças apenas é exigida caso a Entidade Adjudicante pertença à Administração direta do Estado. No entanto, tal limitação do âmbito de aplicação desta obrigação não se encontra prevista no n.º 5 do artigo 41.º do CCP.

- o Proposta: propomos a alteração da redação do n.º 5 do artigo 41.º do CCP no sentido de determinar, de forma clara, quais as Entidades Adjudicantes que se encontram obrigadas a submeter os documentos do procedimento a verificação pela entidade competente para o efeito, e qual o prazo em que o devem fazer.

Por outro lado, poder-se-á discutir se esta previsão não constitui uma exigência burocrática que possa ser dispensada, atendendo a todas as formas de controlo legalmente consagradas. Neste sentido, propomos, em alternativa, a revogação do n.º 5 do artigo 41.º do CCP, mantendo-se a prévia verificação dos documentos do procedimento apenas no caso dos procedimentos tendentes à formação de contratos de concessão de serviços públicos, nos termos do artigo 58.º do CCP. Face aos interesses, compromissos e riscos envolvidos, parece ser de aplicar a regra do artigo 58.º do CCP também à concessão de obras públicas.

Relativamente a esta proposta, considera a ARAP não ser pertinente a fixação de um prazo, uma vez que a submissão dos documentos do procedimento à verificação pela Direção Geral do Património e da Contratação Pública (DGPCP) depende da dinâmica de cada Entidade Adjudicante e das respetivas necessidades.

Ademais, a proposta de especificação das Entidades Adjudicantes que se encontram obrigadas a submeter os documentos do procedimento a verificação pela entidade competente para o efeito merece a concordância da ARAP. Por um lado, entende a ARAP que, considerando a lógica de autonomia das autarquias locais, não é razoável a submissão dos documentos dos procedimentos tramitados pelas mesmas para efeitos de verificação e, por outro lado, essa obrigação sempre criaria ineficiências ao nível do funcionamento da DGPCP.

Não obstante ser unânime o entendimento segundo o qual podem existir, durante a fase de apresentação de candidaturas, pedidos de esclarecimento, a verdade é que no CCP não se encontra qualquer referência a tal possibilidade.

- o Proposta: propomos o aditamento de uma referência, também, a “candidaturas”, no caso dos artigos 52.º e 53.º do CCP, sugestão que merece a concordância da ARAP.

II. FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

No seu contributo, o BCV destacou a concentração de poderes operacionais na Entidade Adjudicante, a qual considera ser excessiva. Em particular, de forma a agilizar os procedimentos e a aliviar alguma desta carga, o BCV propõe que a decisão de aprovação da despesa referente a cada concreto procedimento (artigo 56.º do CCP), que se encontre prevista no plano anual de aquisições³ (artigo 61.º do CCP), se considere implícita na decisão de aprovação desse mesmo plano, não se encontrando, assim, a Entidade Adjudicante obrigada a aprovar primeiro o plano anual de aquisições e, posteriormente, cada despesa individualmente considerada, não obstante a sua prévia previsão naquele plano.

- o Proposta: para ponderação em sede de revisão dos mencionados preceitos legais.

Já a ICV, que também considera os procedimentos de aprovação de despesas um fator de perda de celeridade e eficiência nas compras públicas, defende a dispensa da autorização concreta, se o projeto e a respetiva cabimentação orçamental constar da Lei do Orçamento do Estado. Os Consultores consideram que, quando a despesa esteja expressamente prevista e autorizada em documento anterior (por exemplo, no orçamento ou no plano anual de aquisições da Entidade Adjudicante), poder-se-ia dispensar a exigência de autorização específica da despesa em causa.

A Ordem dos Engenheiros de Cabo Verde, no seu contributo, destaca a inexistência de qualquer referência ao perfil dos membros do júri do procedimento, cuja composição e funcionamento se encontram previstos no artigo 67.º do CCP e, bem assim, a inexistência de um código de conduta. Em particular, a Ordem dos Engenheiros de Cabo Verde considera que o júri deverá ser constituído por pessoas competentes e idóneas.

Nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 70.º do CCP, não podem apresentar candidatura ou proposta, ou integrar agrupamento candidato ou concorrente, os candidatos ou concorrentes que se encontrem impedidos de participar em procedimentos de contratação. Sucede que os membros dos órgãos de gerência ou de administração do candidato ou concorrente, em efetividade de funções, podem encontrar-se impedidos de participar em procedimentos de contratação, caso em que as pessoas coletivas em que exercem tais membros deveriam estar igualmente impedidas de participar em procedimentos de contratação.

- o Proposta: sugerimos o aditamento à alínea c) do n.º 1 do artigo 70.º do CCP da previsão de os candidatos ou concorrentes se encontrarem impedidos caso os membros dos seus órgãos de gerência ou de administração, em efetividade de funções, se encontrem impedidos de participar em procedimentos de contratação.

³ A Diretiva da ARAP n.º 5/2018, de 28 de setembro fixa, para as Entidades Adjudicantes, a obrigação de produção de um plano anual de aquisições públicas, nos termos conjugados dos artigos 16.º e 61.º do CCP, no qual se reúnam todas as aquisições e empreitadas públicas a realizar ao longo do ano económico seguinte.

Atualmente, quer o Código dos Contratos Públicos português, quer as Diretivas Europeias de contratação pública de 2014, incluem a condenação pela prática dos crimes de terrorismo e financiamento do terrorismo, trabalho infantil, e tráfico de seres humanos, como causas de impedimento. Ademais, incluem, também, como causa de impedimento a existência de conflito de interesses, a tentativa do candidato ou concorrente influenciar a decisão de contratar, a existência de fortes indícios de o candidato ou concorrente ter atuado com o intuito de distorcer a concorrência, e a verificação de deficiências significativas ou persistentes num anterior contrato público (*bad past performance*).

- Proposta: sugerimos que se pondere incluir a condenação pela prática dos referidos crimes no elenco constante da alínea f) do n.º 1 do artigo 70.º do CCP, bem como o aditamento das referidas causas de impedimento ao elenco constante do n.º 1 do artigo 70.º do CCP.

De forma literal, apenas se verificam os impedimentos previstos nas alíneas b) e f) do n.º 1 do artigo 70.º do CCP caso o candidato ou concorrente, pessoa singular, tenha sido condenado, ou, no caso de pessoa coletiva, se os membros dos seus órgãos de gerência ou de administração, em efetividade de funções, tiverem sido condenados.

- Proposta: sugerimos que ponderem incluir a possibilidade de a própria pessoa coletiva ser condenada pelos crimes previstos nas referidas alíneas.

No seu contributo, a ARAP refere que a redação dos n.ºs 2 e 3 do artigo 70.º do CCP, bem como das alíneas g) e h) do n.º 1 do Anexo IV não é suficientemente clara relativamente ao facto de os impedimentos aí previstos dizerem respeito ao concreto procedimento que se encontra em tramitação.

- Proposta: clarificação dos impedimentos previstos nos n.ºs 2 e 3 do artigo 70.º do CCP, e constantes das alíneas g) e h) do n.º 1 do Anexo IV, no sentido de tornar claro que se referem à preparação e, conseqüentemente, à participação no concreto procedimento em que o candidato ou concorrente apresenta candidatura ou proposta.

As Diretivas Europeias de contratação pública de 2014 vieram consagrar a possibilidade de os operadores económicos impedidos solicitarem a relevação de determinados impedimentos (*self-cleaning*), demonstrando a sua idoneidade presente, não obstante a verificação de uma causa de impedimento.

- Proposta: propomos que se pondere a inclusão de uma solução semelhante no CCP, para alguns dos impedimentos consagrados no artigo 70.º do CCP.

A expressão “conforme prevista no presente Código no regime das contraordenações” constante do n.º 4 do artigo 71.º do CCP parece-nos deslocada.

- Proposta: sugerimos a respetiva eliminação.

O n.º 4 do artigo 73.º do CCP, relativo às habilitações e autorizações profissionais, remete para a alínea a) do n.º 2 do artigo 100.º do CCP, relativa à comprovação da inexistência de impedimentos.

- Proposta: propomos a substituição da remissão para a alínea a) por remissão para a alínea b), esta sim referente aos documentos comprovativos da titularidade das habilitações e autorizações profissionais.

Por outro lado, visto que apenas é exigida a apresentação dos documentos comprovativos das habilitações e autorizações profissionais ao adjudicatário, na fase de habilitação, nos termos do CCP, propomos a eliminação da primeira parte do n.º 4 do artigo 73.º do CCP, por introduzir uma aparente contradição com a sistemática do CCP.

Na alínea b) do n.º 1 do artigo 75.º do CCP é referido o “*material técnico utilizado*” e o “*equipamento e a ferramenta especial a utilizar na obra*”, sem que seja perceptível se se pretende que o candidato ou concorrente descreva o material técnico utilizado noutros contratos (caso em que não resulta claro quais os outros contratos que serão relevantes para este efeito), e os equipamentos e ferramentas que pretende utilizar na execução do contrato a celebrar.

Dito de outro modo, e conforme referido pela ARAP, afigura-se necessário que o legislador esclareça se se pretende uma descrição do equipamento utilizado ou a ser utilizado pelos candidatos ou concorrentes, de modo a harmonizar a parte inicial e a parte final da alínea b) do n.º 1 do artigo 75.º do CCP.

- Proposta: sugerimos que sejam clarificados os documentos referidos na alínea b) do n.º 1 do artigo 75.º do CCP, em particular no que diz respeito a saber se se pretende uma descrição dos equipamentos previamente utilizados, ou que se pretende utilizar na execução do contrato a celebrar na sequência do procedimento.

Na alínea a) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP é feita referência, primeiro, a declaração subscrita pelo candidato, e, a final, aos poderes para vincular o concorrente. Ora, encontrando-se esta norma no âmbito da regulação da candidatura, deveria referir-se apenas ao candidato.

- Proposta: sugerimos a substituição da expressão “concorrente”, na parte final da alínea a) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP, pela expressão “candidato”.

Nos termos do n.º 1 do artigo 71.º do CCP, juntamente com a candidatura, os interessados deverão entregar declaração conforme o Anexo IV. Todavia, o n.º 1 do artigo 79.º do CCP, que elenca os documentos que devem acompanhar a candidatura, não faz qualquer referência à referida declaração.

- Proposta: sugerimos o aditamento de uma alínea ao n.º 1 do artigo 79.º do CCP, indicando que deverá ser entregue, juntamente com a candidatura, declaração conforme Anexo IV.

Adicionalmente, deverá ser revisto em conformidade o conteúdo do artigo 84.º do CCP.

Atualmente, parte dos documentos comprovativos da capacidade técnica e financeira das candidaturas encontram-se disponíveis na Internet. No entanto, o CCP exige a apresentação física de todos os documentos.

- Proposta: sugerimos que seja ponderado o aditamento à alínea c) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP da possibilidade de a entrega física dos documentos que se encontram disponíveis na Internet ser substituída pela indicação do endereço do sítio na Internet onde o documento se encontra disponível para consulta e do respetivo código para o efeito, caso aplicável.

De acordo com o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 84.º do CCP, a declaração de aceitação dos termos e condições constantes do Caderno de Encargos deverá acompanhar a proposta. No entanto, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP, esta declaração, no procedimento de concurso limitado por prévia qualificação, foi já entregue com a candidatura.

- Proposta: sugerimos aditamento ao n.º 1 do artigo 84.º do CCP da ressalva constante das alíneas a) e c) do referido preceito, visto que no procedimento de concurso limitado por prévia qualificação todos os documentos e declarações enunciados nas alíneas do n.º 1 do artigo 84.º foram já apresentados na fase de candidatura. Com essa solução, sugerimos, ainda, a eliminação das ressalvas constantes da última parte das alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 84.º do CCP.

Em termos puristas, o procedimento de concurso limitado por prévia qualificação destina-se a aferir a capacidade técnica e financeira dos operadores económicos, enquanto no procedimento de concurso público apenas são avaliadas as propostas apresentadas e não as capacidades dos operadores económicos. Por conseguinte, apenas deverão ser entregues documentos comprovativos da capacidade técnica e/ou financeira com a candidatura, i.e., num procedimento de concurso limitado por prévia qualificação.

Sem prejuízo, verificou-se uma evolução na jurisprudência europeia que permitiu prever em diversos países no âmbito de um concurso público, a possibilidade de avaliação das concretas qualificações, organização e experiência do pessoal que será afeto à execução do contrato, caso se demonstre que essa qualidade do pessoal tem um impacte significativo ao nível de execução do contrato, designadamente quando estejam em causa serviços de natureza intelectual.

Por outro lado, a experiência no mercado de Cabo Verde revela uma tendência de não adoção do procedimento de concurso limitado por prévia qualificação, e a necessidade de as Entidades

Adjudicantes avaliarem a capacidade técnica e financeira dos concorrentes. No entanto, a mesma experiência permite concluir que as regras constantes do artigo 127.º do CCP não são suficientes para orientar as Entidades Adjudicantes neste âmbito.

- o Proposta: propomos que se mantenha a possibilidade de avaliação de capacidade técnica e financeira no âmbito de um concurso público, devendo proceder-se a uma regulação completa desta “subfase” para melhor orientação das Entidades Adjudicantes.

Nos termos do n.º 1 do artigo 71.º do CCP, juntamente com a proposta, os interessados deverão entregar declaração conforme o Anexo IV. Todavia, o n.º 1 do artigo 84.º do CCP, que elenca os documentos que devem acompanhar a proposta não faz qualquer referência à referida declaração.

- o Proposta: sugerimos o aditamento de uma alínea ao n.º 1 do artigo 84.º do CCP, indicando que deverá ser entregue, juntamente com a proposta, declaração conforme Anexo IV.

Verifica-se uma aparente contradição entre o disposto na alínea c) do n.º 2 do artigo 84.º do CCP e o disposto no n.º 3 do artigo 88.º do CCP, pois se, por um lado, nesta última norma se refere que, caso seja apresentada proposta com preço anormalmente baixo, a mesma apenas poderá ser excluída após pedido de esclarecimento, por outro lado, nos termos da alínea c) do n.º 2 do artigo 84.º do CCP, refere-se que a proposta deverá ser instruída com documento contendo a justificação da apresentação de preço anormalmente baixo.

- o Proposta: propomos a clarificação da aparente contradição, que poderá passar pela revogação da alínea c) do n.º 2 do artigo 84.º do CCP, caso em que, sendo apresentada proposta com preço anormalmente baixo deverá ser feito um pedido de esclarecimento ao concorrente, ou pela indicação no n.º 3 do artigo 88.º do CCP de que apenas haverá lugar a pedido de esclarecimento caso o júri do procedimento considere que a justificação apresentada juntamente com a proposta não é suficiente ou que suscita dúvidas. No fundo, cremos que deverá ser tomada uma opção quanto ao momento em que o operador económico deverá apresentar a sua justificação para a apresentação de um preço anormalmente baixo.
- o Poder-se-á prever que os concorrentes são obrigados a instruir a sua proposta com a justificação da apresentação de preço anormalmente baixo, que será analisada pelo júri, que poderá solicitar esclarecimentos; no caso de não ser fixado preço base, incumbiria ao júri fixar o preço anormalmente baixo em função dos preços das propostas apresentadas. Alternativamente, poder-se-á determinar a obrigatoriedade de fixação de preço base em todos os procedimentos, bem como a definição do que deverá ser considerado preço anormalmente baixo.

Pese embora o CCP admita a possibilidade de os contratos públicos serem renováveis (cfr. n.º 2 do artigo 31.º e n.º 2 do artigo 63.º do CCP), a definição de preço base constante do n.º 4 do artigo

87.º do CCP não inclui eventuais renovações do contrato a celebrar na sequência do procedimento. Com efeito, o preço base não constitui o “valor limite ao concurso”, conforme refere a ARAP no seu contributo, mas, sim, o montante máximo que a Entidade Adjudicante se dispõe a pagar, pelo período máximo previsível do contrato e pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do mesmo, pelo que deverá o preço base contemplar, não apenas o prazo inicial do contrato a celebrar, mas, também, eventuais renovações do mesmo.

- o Proposta: propomos o aditamento à redação do n.º 4 do artigo 87.º do CCP da seguinte expressão “incluindo eventuais renovações do contrato”.

Relativamente ao preço base, a Ripórtico, Lda., a NRV Norvia, Lda. e a Técnica, Lda. sugerem a consagração da obrigação das Entidades Adjudicantes justificarem o preço base fixado, de forma a poder ser comprovada a adequação do mesmo às prestações a executar ao abrigo do contrato a celebrar, nomeadamente ao respetivo preço de mercado. Mais sugerem a consagração da proibição de alteração do preço base pelas Entidades Adjudicantes, sempre que estas recorram a entidades externas para a fixação do preço base.

- o Proposta: para ponderação, pese embora não se alcance com clareza qual o intuito da parte final da sugestão acima referida, esclarecendo-se que, ainda que a Entidade Adjudicante recorra a auxílio de terceiros para fixação do preço base, poderá sempre ajustar esse mesmo preço base e não ficará limitada ao preço que terceiras entidades lhe indiquem.

De acordo com o disposto nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 88.º do CCP, considera-se que o preço total da proposta é anormalmente baixo quando inferior ao preço base em, pelo menos, 40% no caso de contratos de empreitada e em, pelo menos, 50% no caso dos restantes contratos.

No seu contributo, a Ordem dos Engenheiros de Cabo Verde sugere a redução do limiar para 20%, ao invés dos atuais 40%, por entender que os concorrentes apresentam, frequentemente, propostas que se aproximam do limiar dos 40%, o que desvirtua a sã concorrência e compromete a qualidade das prestações a executar.

De igual forma, a Ripórtico, Lda., a NRV Norvia, Lda. e a Técnica, Lda. propõem, no seu contributo, que o preço anormalmente baixo seja fixado numa percentagem de 25% abaixo do preço base, de modo a garantir a qualidade das prestações a executar pelo adjudicatário e o equilíbrio económico e financeiro dos operadores económicos.

Os Consultores admitem que os valores em causa sejam elevados, face aos objetivos e aos interesses que as normas em causa visam acautelar.

- o Proposta: ponderar a alteração das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 88.º do CCP, no sentido de reduzir as percentagens relevantes para efeitos de consideração do preço total da proposta como anormalmente baixo.

Por outro lado, a Ripórtico, Lda., a NRV Norvia, Lda. e a Técnica, Lda. sugerem ainda, em matéria de preço anormalmente baixo, a consagração da obrigação de as Entidades Adjudicantes fixarem a percentagem para o cálculo do preço anormalmente baixo nos procedimentos em que não seja fixado preço base, como forma de obstar a situações de *dumping*, que, além de constituírem distorções de mercado, colocam em causa a qualidade da prestação dos serviços contratados. A título exemplificativo, as referidas empresas propõem a utilização do valor médio das propostas apresentadas como valor relevante para efeitos de aplicação da percentagem para o cálculo do preço anormalmente baixo.

- Proposta: para ponderação.

Nos termos do n.º 4 do artigo 89.º do CCP, a confidencialidade da proposta pode ser levantada no decurso do procedimento. Contudo, não existe no CCP qualquer exigência de que os interessados sejam notificados desse facto.

- Proposta: sugerimos o aditamento ao n.º 4 do artigo 89.º do CCP de indicação do dever de a Entidade Responsável pela Condução do Procedimento notificar os interessados da decisão de levantamento da confidencialidade.

O n.º 2 do artigo 90.º do CCP estabelece que o prazo de manutenção das propostas se considera prorrogado caso os concorrentes não requeiram o contrário. Todavia, e não obstante o entendimento da ARAP segundo o qual apenas poderá ser prorrogado por uma vez o prazo de manutenção das propostas, não existe qualquer limitação temporal para o número de prorrogações.

- Proposta: propomos que seja indicado, no n.º 2 do artigo 90.º do CCP, um prazo máximo para a manutenção das propostas, ou um número máximo de prorrogações do respetivo prazo, sem prejuízo da possibilidade de, nos documentos do procedimento, a Entidade Adjudicante fixar o prazo que entender adequado.

Verifica-se uma aparente contradição entre o disposto no n.º 1 do artigo 91.º do CCP, que determina que os documentos redigidos em língua estrangeira devem ser acompanhados de tradução legalizada ou de declaração de aceitação da prevalência da tradução sobre os originais, e o disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 98.º do CCP, que determina que os documentos redigidos em língua estrangeira devem ser acompanhados de tradução legalizada e de declaração de aceitação da prevalência da tradução sobre os originais.

- Proposta: sugerimos a clarificação desta questão, sendo uma das referidas normas alterada em conformidade com essa clarificação.

Não obstante o artigo 93.º do CCP ter como epígrafe “*Recepção das candidaturas e das propostas*”, a verdade é que o n.º 2 do referido artigo apenas diz respeito às propostas, sem que exista aparente justificação para tal facto.

- Proposta: propomos a consagração, no n.º 2 do artigo 93.º do CCP, do dever de a Entidade Responsável pela Condução do Procedimento manter um registo quer das propostas, quer das candidaturas apresentadas.

Nos termos do n.º 1 do artigo 94.º do CCP, o prazo para a apresentação das candidaturas e das propostas é fixado no anúncio e nos documentos do procedimento, tendo em conta o concreto procedimento e respeitando os prazos mínimos determinados para cada tipo de procedimento. Prazos mínimos que se encontram, por sua vez, previstos no artigo 119.º do CCP no caso do procedimento de concurso público, nos artigos 141.º e 147.º do CCP no caso do procedimento de concurso limitado por prévia qualificação, no artigo 152.º do CCP no caso do procedimento de concurso restrito, e no artigo 159.º do CCP no caso do procedimento de contratação de serviços de consultoria. No seu contributo, a Ordem dos Engenheiros de Cabo Verde refere que os prazos para a apresentação das propostas se revelam insuficientes em face do período de tempo necessário para a sua elaboração e apresentação, em especial tendo em conta que as empresas nacionais têm, muitas vezes, de recorrer a fornecedores externos.

- Proposta: para ponderação. Os prazos são equilibrados, mas poder-se-á ponderar o alargamento dos prazos em função daqueles que forem os resultados de uma consulta pública especificamente desenvolvida sobre este aspeto.

Conforme destacado pelo BCV no seu contributo, nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 98.º do CCP, são excluídas as propostas que não se encontrem instruídas com todos os documentos exigidos. No entanto, o artigo 84.º do CCP distingue entre os documentos que instruem a proposta e aqueles que a acompanham, sem que esta distinção conste da referida alínea.

Adicionalmente, a Comissão de Resolução de Conflitos já se pronunciou, em pelo menos dois recursos, sobre a exclusão de concorrentes que não apresentaram Declaração de não impedimento⁴, considerando que aos concorrentes dever-se-ia dar um prazo para apresentação dessas declarações.

- Proposta: sugerimos que a alínea b) do n.º 1 do artigo 98.º do CCP determine a exclusão das propostas que não se encontrem acompanhadas de todos os documentos exigidos, admitindo-se o suprimento de irregularidades que não determinem a exclusão da proposta. Cremos que esta é a solução que melhor se coaduna com os diversos princípios enformadores da contratação pública, permitindo-se suprir uma irregularidade que não afeta substancialmente a proposta.

Note-se que esta proposta está parcialmente alinhada com o entendimento sufragado pela ARAP na Diretiva n.º 1/2019, de 30 de janeiro, através da qual a ARAP esclarece o seguinte

⁴ A Diretiva da ARAP n.º 5/2019, de 31 de maio veio esclarecer os intervenientes do SNCP, em especial os candidatos e concorrentes, sobre a apresentação de documentos comprovativos da inexistência de impedimentos.

quanto às propostas que não estão instruídas com todos os documentos exigidos pelo CCP ou pelos documentos do procedimento [artigo 98.º, n.º 1, al. b) do CCP]:

- a. Os documentos que acompanham e instruem as propostas constam do artigo 84.º do CCP;
- b. A distinção entre documentos que acompanham e que instruem as propostas não releva para efeitos de exclusão das propostas;
- c. A falta de qualquer deles constitui motivo de exclusão das propostas;
- d. Deverá, nesta matéria, privilegiar-se uma análise que concilie os princípios da transparência, da imparcialidade e da igualdade com os princípios da proporcionalidade, da concorrência e da prossecução do interesse público.

O elenco de causas de exclusão⁵ das propostas constante do n.º 1 do artigo 98.º do CCP não contempla todas as causas de exclusão passíveis de serem antecipadas, ou cuja relevância justifica a sua consagração no CCP.

- o Proposta: sugerimos o aditamento das causas de exclusão ao elenco constante do n.º 1 do artigo 98.º do CCP, nos seguintes termos – devem ser excluídas as propostas:
 - Cujas avaliação se revele impossível em virtude da forma de apresentação dos aspetos objeto de avaliação de acordo com o critério de adjudicação fixado pela Entidade Adjudicante;
 - Que tenham sido apresentadas por membro de agrupamento em violação do disposto no n.º 2 do artigo 69.º;
 - Que tenham sido apresentadas por concorrente ou membro de agrupamento que se encontre em situação de impedimento, nos termos do artigo 70.º;
 - Que não se encontrem devidamente assinadas;
 - Que violem o modelo da proposta.

Relativamente aos critérios de adjudicação, previstos no artigo 99.º do CCP, a Ordem dos Engenheiros de Cabo Verde realça que, não obstante a consagração de dois critérios: (i) o do preço mais baixo e (ii) o da proposta economicamente mais vantajosa, o que se verifica, na prática, é que tem sido dada primazia ao critério de adjudicação do preço mais baixo.

⁵ A Diretiva da ARAP n.º 1/2019, de 30 de janeiro, incide, precisamente, sobre a aplicação das causas de exclusão previstas no CCP.

Os Consultores entendem que seria excessivo impor o critério da proposta economicamente mais vantajosa, salientando-se que o critério do preço mais baixo só é admissível quando todos os demais aspectos de execução do contrato se encontram integralmente densificados.

De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 100.º do CCP, o adjudicatário dispõe de um prazo máximo de 10 dias para apresentar os documentos de habilitação elencados nas várias alíneas do referido n.º 2.

- o Proposta: propomos que ponderem aditar um outro n.º ao artigo 100.º do CCP, que confira à Entidade Responsável pela Condução do Procedimento a faculdade de prorrogar o referido prazo, nos casos em que a apresentação dos documentos de habilitação no prazo de 10 dias não seja possível por motivo não imputável ao adjudicatário, evitando-se, assim, a caducidade da adjudicação (respeitando-se, ainda, o prazo de 30 dias para a celebração do contrato).

O n.º 2 do artigo 71.º do CCP determina a apresentação dos documentos comprovativos da inexistência de impedimentos pelo adjudicatário. No entanto, não existe qualquer remissão no n.º 2 do artigo 100.º do CCP, que determina os documentos a entregar pelo adjudicatário, nomeadamente, os documentos comprovativos da inexistência de impedimentos, para aquele artigo.

- o Proposta: sugerimos que seja incluída na alínea a) do n.º 2 do artigo 100.º do CCP uma remissão para o disposto no n.º 2 do artigo 71.º do CCP.

Relativamente à caducidade da adjudicação, não se encontra previsto no artigo 100.º do CCP um dever de a Entidade Adjudicante ser indemnizada pelos prejuízos causados pelo adjudicatário, caso a caducidade da adjudicação lhe seja imputável, nem o dever de ser concedida ao adjudicatário a possibilidade de se pronunciar em sede de audiência prévia antes da determinação da caducidade da adjudicação.

- o Proposta: sugerimos a consagração das situações suprarreferidas através do aditamento de novos números ao artigo 100.º do CCP.

No seu contributo, o BCV identificou, como uma das dificuldades decorrentes da aplicação do CCP, a questão de saber se o elenco de causas de cancelamento do procedimento previsto no artigo 102.º do CCP constitui um elenco taxativo ou meramente exemplificativo. Na nossa interpretação, o elenco constante do n.º 2 do artigo 102.º do CCP é taxativo, sendo essa a melhor solução. Concordamos que deve ser introduzida uma redação da norma que reforce essa leitura.

- o Proposta: ponderar clarificação da redação do n.º 2 do artigo 102.º, no sentido de reforçar que este elenco é taxativo.

A Ordem dos Engenheiros de Cabo Verde refere, no seu contributo, que o valor da caução impossibilita, por vezes, a participação de pequenas e médias empresas em procedimentos de formação de contratos públicos, sugerindo a sua redução.

- Proposta: ponderar a consagração da possibilidade de determinação de um valor de caução inferior a 5% do preço contratual, em contratos em que a complexidade e a expressão financeira do contrato a celebrar o permita.

O n.º 3 do artigo 109.º do CCP estabelece que, nos casos previstos no n.º 2 do referido artigo, a caução deverá ser liberada no prazo de 30 dias. Sucede que o n.º 2 apenas determina o momento em que se consideram cumpridas as obrigações contratuais no caso dos contratos de empreitada de obras públicas. Já o n.º 1 do artigo 109.º do CCP prevê, numa perspetiva geral, os pressupostos cuja verificação impõe que a Entidade Adjudicante promova a liberação da caução.

- Proposta: sugerimos a substituição, no n.º 3 do artigo 109.º do CCP, da referência ao n.º 2 por uma referência ao n.º 1.

O n.º 6 do artigo 109.º do CCP estatui que o adjudicatário poderá exigir à Entidade Adjudicante o pagamento de juros de mora, calculados sobre o tempo decorrido a partir do dia seguinte ao termo do prazo referido no n.º anterior. Sucede que o n.º 5 não prevê qualquer prazo, nem mesmo o n.º 4. O prazo está previsto no n.º 3 do artigo.

- Proposta: sugerimos a substituição, no n.º 6 do artigo 109.º do CCP, da referência ao n.º anterior por uma referência ao n.º 3.

O artigo 111.º do CCP revela algumas deficiências.

A ordem de prevalência estabelecida no n.º 5 entre os documentos indicados no n.º 4 não faz sentido, seja ela crescente ou decrescente. Esta questão foi também suscitada pelo BCV no seu contributo.

Com efeito, na ordem de prevalência decrescente, [ou seja, o a) prevalece sobre o b), o b) sobre o c), e assim sucessivamente)], constata-se que a proposta adjudicada prevalece sobre os esclarecimentos dados sobre a mesma em momento posterior, o que é naturalmente errado.

Na ordem de prevalência crescente [ou seja, o d) prevalece sobre o c), o c) sobre o b), e assim sucessivamente)] o Caderno de Encargos prevalece sobre os esclarecimentos dados sobre o mesmo em momento posterior, o que é naturalmente errado.

Por outro lado, resulta do n.º 6 que em caso de contradição entre o título contratual e os restantes documentos que integram o contrato estes prevalecem. É sabido que o título contratual não deve incorporar soluções que desvirtuem os documentos contratuais (patenteados pela Entidade Adjudicante e propostos pelo Cocontratante). No entanto, o título contratual (até pela cronologia das coisas – foi celebrado em último lugar) pode conter dados e elementos factuais ou operacionais, que

não se traduzam em nenhuma violação ou modificação do conteúdo ou da essência de documentos anteriores, e que obviamente devem prevalecer. Com essa lógica, em modelos e contratos internacionais de referência o título contratual prevalece sobre todos os demais documentos contratuais. A eventual discrepância do título contratual relativamente a estipulações e proposições contidas nos documentos anteriores (naturalmente, caso não seja de observar uma fase de negociação) deve merecer outro tipo de remédios (por exemplo, invalidade), e não suscitar a solução ora constante do n.º 6 do artigo 111.º do CCP. Relativamente à situação em que ocorre um vício decorrente da desconformidade do título contratual relativamente aos documentos de que constam as estipulações essenciais, em violação dos princípios que presidem à contratação pública, ver Capítulo XXIV do Tema E.2.

Sendo estas soluções legais e inadequadas, as mesmas podem dar azo, na prática, a soluções injustas (porque inesperadas e surpreendentes para as partes), e/ou a litígios.

Estas são as razões que impõem uma revisão às normas dos números 4 a 6 do artigo 111.º do CCP.

- Proposta: propomos clarificar a ordem de prevalência dos diversos documentos do procedimento, numa lógica cronológica (prevalecendo o mais recente face ao mais antigo) e determinando que o contrato prevaleça sobre os demais documentos do procedimento, no pressuposto de que este não contenha estipulações que contendam com aspetos materiais e proposições constantes das peças do procedimento e/ou da proposta do adjudicatário (caso em que se verificará invalidade, com os efeitos a regular na Parte Geral do RJCA, caso as entidades competentes acolham as sugestões constantes deste Relatório).

Nos termos do n.º 3 do artigo 112.º do CCP, a minuta do contrato apenas será aprovada após a comprovação pelo adjudicatário da prestação da caução. Todavia, de acordo com o contributo do BCV, os bancos e as seguradoras exigem a minuta do contrato para a emissão das cauções.

- Proposta: sugerimos que seja ponderada a revogação do n.º 3 do artigo 112.º do CCP, sem prejuízo de se fazer depender a celebração do contrato da prévia apresentação da caução.

Propomos que, após a implementação de um sistema eletrónico de contratação pública, se pondere a manutenção da “*Realização de ato público*”, prevista no artigo 120.º do CCP, considerando os objetivos de celeridade e desburocratização a que deverão obedecer os procedimentos de contratação pública (e identificados pelos intervenientes do SNCP consultados como melhorias a introduzir, em particular pela ARAP).

Na verdade, logo que seja implementado o sistema de contratação pública eletrónica, poder-se-á ponderar substituir o ato público presencial por um ato público online ou até dispensar esta

formalidade, conforme já sucedeu em termos de direito comparado. Adicionalmente, a própria ARAP emitiu já uma Diretiva precisamente a propósito desta matéria⁶.

III. TRAMITAÇÃO DO PROCEDIMENTO

Nos termos da alínea b) do n.º 6 do artigo 121.º do CCP, os concorrentes podem apresentar reclamação durante a sessão pública, cuja forma de apresentação se encontra regulada no artigo 123.º do CCP.

- o Proposta: sugerimos acrescentar à alínea b) do n.º 6 do artigo 121.º do CCP remissão para o artigo 123.º do CCP.

De acordo com o disposto no n.º 9 do artigo 122.º do CCP, os documentos e propostas podem ser livremente examinados, com exceção dos “*documentos classificados*”. Sucede que o CCP não prevê quaisquer documentos classificados, mas apenas documentos declarados confidenciais, nos termos do artigo 89.º do CCP.

- o Proposta: propomos a substituição, no n.º 9 do artigo 122.º do CCP, da expressão “*documentos classificados*” pela expressão “documentos declarados confidenciais”.

Tendo em atenção a importância do disposto nesse n.º 9, sugerimos a sua autonomização, e uma nova inserção sistemática.

A possibilidade de livre consulta das propostas pelos demais concorrentes (designadamente para efeitos de avaliação e fundamentação de possíveis reclamações) é um aspeto bastante relevante, à luz dos princípios da transparência e da concorrência.

⁶ Reportamo-nos à Diretiva n.º 2/2018, de 12 de junho, nos termos da qual a ARAP pretendeu orientar a atuação do representante do Ministério Público (“MP”) (e, bem assim, das Entidades Adjudicantes e concorrentes ou candidatos), no ato público de concursos de empreitada de obras públicas, uma vez que a lei não permite qualquer intervenção da sua parte, apenas sujeitando o mesmo a um dever de assistência.

As orientações que resultam desta Diretiva são as seguintes:

- O ato público (sessão pública, presenciada por todos os concorrentes, seus representantes ou qualquer interessado, no qual o júri procede à abertura das propostas, verificando a tempestividade e as formalidades da apresentação, incluindo a apresentação de todos os documentos exigidos pelos documentos do procedimento) é presidido pelo júri do procedimento nos termos da alínea a) do artigo 68.º do CCP;
- A Entidade Adjudicante deve enviar o anúncio e os documentos do procedimento e informar o MP da data, hora e local do ato público, no dia seguinte ao lançamento do concurso/publicação do anúncio, e solicitar a confirmação do mesmo no ato;
- O representante do MP tem o dever de assistir ao ato, mas nele não poderá intervir, salvo a pedido do júri;
- Apenas são admitidas intervenções dos concorrentes, e seus representantes, devidamente credenciados;
- Em caso de dúvida sobre algum aspeto do procedimento, o júri pode suspender a sessão e reunir em ambiente reservado e deliberar sobre o que entender adequado (n.º 3 do artigo 121.º do CCP);
- Eventuais atuações do representante do MP devem ser feitas nos termos da lei, cabendo-lhe registar e promover, junto das instâncias competentes, nomeadamente a ARAP ou tribunais, as diligências que entenda serem adequadas ao caso.

O facto de o n.º 9 do artigo 122.º do CCP constar de um artigo cuja epígrafe é “*abertura das propostas*”, inserido numa Secção dedicada à regulação do ato público, tem suscitado dúvidas relativamente ao alcance da norma.

Por essa razão se propõe que a norma do n.º 9 do artigo 122.º do CCP seja autonomizada e tenha uma nova inserção sistemática, que torne claro o alcance temporal do direito de exame que assiste aos concorrentes, que obviamente se projeta para além do ato público em sentido estrito, permitindo, nas fases subsequentes, que os concorrentes consultem os elementos do processo de modo a tomarem decisões com conhecimento dos mesmos, e possam fundamentar as suas intervenções processuais, se for o caso.

O procedimento de concurso limitado por prévia qualificação destina-se a aferir da capacidade técnica e financeira dos operadores económicos, enquanto no procedimento de concurso público apenas são avaliadas as propostas apresentadas e não as capacidades dos operadores.

- Proposta: propomos que seja ponderado eliminar a possibilidade de ser apreciada a capacidade técnica e/ou financeira dos concorrentes no âmbito do procedimento de concurso público, sem prejuízo das reflexões apresentadas a respeito desta questão nas páginas 61 e 62 deste documento.

O artigo 129.º do CCP regula o relatório preliminar de avaliação, não fazendo qualquer referência aos esclarecimentos sobre as propostas prestados pelos concorrentes.

- Proposta: sugerimos o aditamento ao artigo 129.º do CCP da indicação de que o relatório preliminar deve incluir uma referência aos esclarecimentos prestados pelos concorrentes nos termos do artigo 97.º do CCP.

No seu contributo, a ENAPOR identifica a consagração do procedimento de concurso público urgente como melhoria a introduzir no sentido de assegurar a celeridade nas compras públicas. Não obstante a consagração, no n.º 2 do artigo 119.º do CCP, da possibilidade de redução do prazo para apresentação de propostas para 10 dias, em caso de excecional urgência, a verdade é que não se encontra prevista qualquer alteração à tramitação do procedimento de concurso público nos casos em que se verifique essa excecional urgência.

- Proposta: propomos que seja ponderado o aditamento de um artigo ou de uma Secção no Capítulo referente ao concurso público, que consagre a redução dos prazos de tramitação do procedimento de concurso público em caso de excecional urgência (e não apenas do prazo para apresentação das propostas), bem como a não aplicação de determinadas exigências, como por exemplo as previstas nas normas relativas ao relatório preliminar e ao relatório final. Em qualquer caso, não podem ser atingidos ou suprimidos os aspetos essenciais que caracterizam o concurso público. Por outro lado, em caso de urgência

extrema sempre será possível recorrer ao ajuste direto (o que, diga-se a propósito, deverá ser sempre feito com fundamentação factual, concreta e específica).

A alínea a) do n.º 2 do artigo 135.º do CCP determina as situações em que as propostas técnicas iniciais deverão ser excluídas, incluindo, entre outros, o caso em que as propostas técnicas iniciais violem “*condições imperativas do Caderno de Encargos ou quaisquer disposições legais ou regulamentares aplicáveis*”.

- o Proposta: sugerimos que no elenco de causas de exclusão das propostas técnicas iniciais constante da alínea a) do n.º 2 do artigo 135.º do CCP seja incluída, também, a alínea i) do n.º 1 do artigo 98.º do CCP.

Neste âmbito, a ARAP destaca que, neste tipo de procedimento, o Caderno de Encargos se encontra ainda em formação, nesta fase, conforme resulta do disposto no artigo 136.º do CCP.

Os consultores têm uma perspetiva diferente. Como regra, o Caderno de Encargos deve ser o documento que contém as regras, designadamente de natureza técnica, financeira, económica e jurídica que correspondem ao essencial das estipulações pretendidas pela Entidade Adjudicante. De entre essas estipulações, avultam as mais importantes, que são imperativas. Assim, é preciso prever mecanismos de defesa desse núcleo de normas imperativas.

Assim, a violação de disposições legais ou regulamentares aplicáveis não será sanável através de uma modificação do Caderno de Encargos. Por outro lado, a não exclusão de uma proposta que viole condições imperativas do Caderno de Encargos por, após a sua apresentação e análise, a Entidade Adjudicante proceder a modificações no Caderno de Encargos que ultrapassem aquela violação, constituiria uma solução que contrariaria dos princípios da concorrência, da igualdade, da transparência e publicidade, bem como da imparcialidade.

Refira-se, ainda, que o artigo 136.º do CCP, invocado pela ARAP, enquadra-se no concurso em duas fases, que revela características próprias (uma proposta técnica inicial e, só depois da apreciação das mesmas, uma proposta técnica final e proposta financeira). Tal solução não é suscetível de generalização para os demais procedimentos.

Na análise das candidaturas e na qualificação dos candidatos, o CCP não esclarece que todos os candidatos que preencham os requisitos e condições técnicas e financeiras estabelecidos poderão ser qualificados, ou que os documentos do procedimento poderão determinar que apenas os candidatos melhor classificados em fase de qualificação serão qualificados.

- o Proposta: sugerimos que seja ponderada a consagração da possibilidade de as Entidades Adjudicantes adotarem um de dois modelos de qualificação:

- Modelo simples: todos os candidatos que preencham os requisitos e condições estabelecidos são qualificados;
- Modelo complexo: apenas um determinado número de candidatos, dos melhores classificados entre os que preenchem os requisitos e condições estabelecidos, são qualificados (tal como previsto para a contratação de serviços de consultoria, no n.º 2 do artigo 155.º do CCP).

O n.º 2 do artigo 146.º, bem como o n.º 2 do artigo 150.º do CCP, elencam os elementos que o convite para a apresentação das propostas deve conter, não fazendo qualquer referência nem aos documentos que devem acompanhar a proposta, nem aos documentos que podem ser redigidos em língua estrangeira.

- Proposta: propomos a alteração da redação das alíneas c) do n.º 2 do artigo 146.º e e) do n.º 2 do artigo 150.º do CCP para a seguinte: “Os documentos que devem acompanhar e integrar a proposta, com indicação dos documentos que podem ser redigidos em língua estrangeira, nos termos do artigo 91.º”.

O Capítulo III do Título IV do CCP não contém qualquer disposição que estabeleça a regra de prevalência em caso de desconformidade entre as disposições do anúncio, do convite e do programa do concurso.

- Proposta: sugerimos o aditamento de um n.º 3 ao artigo 146.º do CCP que determine que, em caso de desconformidade, as normas do convite prevalecem sobre as disposições do anúncio, e as normas do programa do concurso prevalecem sobre as normas do convite, salvo quanto a questões procedimentais que sejam reguladas no convite, caso em que prevalecerão as regras deste último documento.

Pronunciando-se sobre esta proposta, considera a ARAP desnecessária a definição de uma regra de prevalência entre o anúncio, o convite e o programa do concurso, pois, por um lado, o anúncio não constitui um documento de procedimento, nos termos do n.º 1 do artigo 40.º do CCP e, por outro lado, por o anúncio e o convite serem conhecidos em momentos ou fases diferentes.

Os consultores têm uma leitura diferente.

Não obstante o anúncio não constituir um documento de procedimento nos termos do CCP, o n.º 2 do artigo 118.º CCP determina a regra de prevalência entre as normas do programa do concurso e as disposições do anúncio, no caso do procedimento de concurso público. Por outro lado, o facto de serem conhecidos em momentos ou fases distintas em nada obsta à definição de uma regra de prevalência, pelo contrário, justifica-o. Veja-se, por exemplo, a regra de prevalência definida no n.º 6 do artigo 111.º do CCP, entre o contrato e documentos conhecidos e elaborados em momentos ou fases anteriores ao mesmo.

Noutra perspetiva, colhemos da nossa experiência que são frequentemente colocadas questões quando são patentes divergências entre os documentos em causa. Assim, também por esta razão, justifica-se, em nome da segurança jurídica e para esclarecimento dos destinatários, introduzir as regras propostas.

O n.º 2 do artigo 150.º do CCP estabelece os elementos que o convite à apresentação das propostas deve conter, sem fazer qualquer referência à necessidade de o convite incluir a identificação do concurso.

- o Proposta: sugerimos o aditamento de uma alínea ao n.º 2 do artigo 150.º do CCP que determine que o convite deve incluir a identificação do concurso.

O CCP regula, num capítulo autónomo, a contratação de serviços de consultoria, enquanto procedimento especial (cfr. 1.ª parte do n.º 1 do artigo 29.º do CCP). Nos seus contributos, a ARAP e o BCV questionam a necessidade da consagração de um capítulo específico para a contratação de serviços de consultoria, questionando o BCV se não será suficiente o seu enquadramento na aquisição de serviços.

Por seu turno, a ASA não vê necessidade de um procedimento especial para a contratação de serviços de consultoria, pois que, em seu entender, a contratação de serviços de consultoria pode ser feita com recurso a qualquer dos procedimentos comuns existentes, considerando que a consultoria não deixa de ser uma contratação de serviços.

Defende, igualmente, a simplificação dos métodos de seleção das propostas (cfr. artigo 161.º do CCP) no procedimento especial de contratação de serviços de consultoria.

- o Proposta: a ponderar. Os consultores admitem que pudesse ser suprimido o procedimento especial de contratação de serviços de consultoria. Note-se, no entanto, que a eliminação deste capítulo autónomo não impossibilita a consagração de algumas regras específicas adequadas para a contratação destes serviços.

De acordo com a Diretiva da ARAP n.º 1/2020⁷, de 3 de fevereiro, nos casos previstos no n.º 4 do artigo 155.º do CCP o procedimento de contratação de serviços de consultoria segue a tramitação do procedimento por concurso restrito.

- o Proposta: caso não seja eliminado o procedimento de contratação de serviços de consultoria e a conseqüente sujeição a uma tramitação geral, sugerimos a introdução de indicação, no n.º 4 do artigo 155.º do CCP, de que nos casos aí previstos o procedimento segue a

⁷ Além de esclarecimentos quanto aos limites de valor aplicáveis no âmbito da aquisição de serviços de consultoria, esta Diretiva esclarece, ainda, que, tratando-se de serviços de consultoria, os Termos de Referência substituem o Programa de Concurso e o Caderno de Encargos, e que, relativamente a tudo quanto não esteja previsto sobre o concreto procedimento no regime especial, dever-se-á recorrer à matéria regulada no regime geral do CCP.

tramitação do procedimento por concurso restrito, regulado no Capítulo IV do Título IV do CCP, com as necessárias adaptações. Chama-se a atenção para o já referido quanto à exigência de avaliação de três propostas, nos termos do disposto no artigo 29.º e à necessidade de se ponderar a manutenção desta regra.

Nos termos do n.º 7 do artigo 155.º do CCP, o procedimento de ajuste direto pode ser adotado para a formação de contratos de serviços de consultoria até dois milhões de escudos, mediante despacho fundamentado.

Esta solução merece detida análise. Por um lado, parece ser adotada uma abordagem assente em metodologia distinta da consagrada nas regras gerais aplicáveis à escolha dos procedimentos, que distinguem claramente o critério valor dos critérios materiais. Por outro lado, a norma não esclarece que justificação se exige. E ainda, não se compreende que da aplicação conjugada da alínea b) do n.º 3 do artigo 30.º e do n.º 4 do mesmo artigo 30.º resulte que a adjudicação de serviços em geral, de valor inferior a 2.000.000\$00 seja livre, e que a adjudicação de consultoria no mesmo valor não siga as mesmas regras, e seja sujeita à emissão de despacho fundamentado.

- o Proposta: revisão da norma do n.º 7 do artigo 155.º do CCP tendo em consideração as razões expostas. Caso se conclua dever ser adotado um mero critério de valor, sugere-se, em linha com proposta formulada pela ARAP, a eliminação da exigência de fundamentação da escolha do procedimento de ajuste direto, pois que, nos termos gerais constantes do artigo 30.º do CCP, a escolha do procedimento ao abrigo do critério do valor do contrato não carece de fundamentação.

No seu contributo, o BCV identificou a existência de dúvidas quanto à possibilidade de ser adotado o procedimento de ajuste direto para a contratação de serviços de consultoria, com fundamento em critérios materiais.

- o Proposta: apesar de não ser aplicável o pressuposto avançado pelo BCV quanto à sujeição da prestação de serviços ao procedimento de ajuste direto por critérios materiais, sugere-se ponderar a consagração de um regime uniforme em matéria de recurso a critérios materiais e especificidade na prestação de serviços.

Relativamente ao procedimento de contratação de serviços de consultoria, a Ripórtico, Lda., a NRV Norvia, Lda. e a Técnica, Lda. entendem que a aquisição de serviços de fiscalização deverá ser considerada como contratação de serviços de consultoria, para efeitos de tramitação dos respetivos procedimentos ao abrigo do regime constante do Capítulo VI do Título IV do CCP.

Em bom rigor, os serviços de fiscalização não se enquadram no conceito de consultoria. Poderia, eventualmente, fazer-se uma remissão, caso se entendesse que existem razões para tal. De todo o modo, os consultores admitem que se não justifique um regime especial para a contratação de consultorias, como referido *supra*.

Como melhoria a introduzir no CCP no sentido de assegurar a celeridade nas compras públicas, a ENAPOR, no seu contributo, sugere a consagração do procedimento de parceira para a inovação.

Este procedimento permite às Entidades Adjudicantes estimular o desenvolvimento de soluções inovadoras, para suprir as necessidades por si identificadas e para as quais não existem, ainda, soluções disponíveis no mercado, e adquirir as soluções desenvolvidas, no âmbito do mesmo procedimento. A parceria pode ser desenvolvida com várias entidades, ao mesmo tempo, sendo estabelecidas metas/objetivos e feita a respetiva avaliação. A qualquer momento, a parceria pode ser terminada com todos ou com um ou mais parceiros, sem necessidade de indemnização. Por último, caso os objetivos sejam atingidos, a Entidade Adjudicante tem a possibilidade de optar por adquirir o bem inovador que foi desenvolvido, mas não tem essa obrigação.

- Proposta: recomenda-se a previsão de um regime que favoreça a inovação, tendo por referência o regime constante do Código dos Contratos Públicos português, e a experiência de aplicação desse regime nesse País.

O Acordo-quadro, regulado no Capítulo VII do Título IV do CCP, permite a realização de compras centralizadas, essenciais em setores como o da saúde, permitindo às Entidades Adjudicantes obter melhores condições de preço e garantias de fornecimento. Todavia, constata-se que este procedimento é pouco utilizado, atualmente.

- Proposta: sugerimos que se pondere a introdução de eventuais incentivos à sua adoção.

A ARAP e a equipa do projeto *Doing Business* identificaram a necessidade de ser consagrada a possibilidade de serem constituídas centrais de compras, como forma de melhorar a gestão dos recursos públicos e a capacitação das Entidades Adjudicantes. As vantagens decorrentes da celebração de acordos-quadro coincidem com as vantagens decorrentes da constituição de centrais de compras, as quais têm como função a celebração de acordos-quadro, entre outras funções.

- Proposta: sugerimos que sejam previstas regras que favoreçam a criação de centrais de compras, face às razões expostas.

No Anexo IV ao CCP é referido o ponto (4) em nota de rodapé. No entanto, no corpo do modelo de declaração não existe qualquer ponto (4).

- Proposta: sugerimos o aditamento de referência ao ponto (4) na alínea h) do n.º 1 do Anexo IV ao CCP.

O ponto (7) do Anexo IV ao CCP, que se refere à notificação da decisão de adjudicação, remete para os termos previstos no artigo 102.º do CCP. Todavia, o artigo 102.º do CCP diz respeito às causas de cancelamento do procedimento.

- Proposta: propomos que a revisão do CCP consagre a substituição da remissão para o artigo 102.º do CCP por remissão para o n.º 2 do artigo 71.º do CCP.

A nota de rodapé n.º (3) do Anexo V ao CCP, relativo aos documentos que constituem a proposta, remete para o artigo 77.º do CCP. Ora, o artigo 77.º diz respeito à avaliação da capacidade dos agrupamentos candidatos.

- Proposta: propomos a substituição da remissão para o artigo 77.º do CCP por remissão para o artigo 84.º do CCP – para aferição de acordo com a numeração correta.

No seu contributo, a Ordem dos Engenheiros de Cabo Verde sugere a agilização dos procedimentos de formação de contratos públicos através da implementação de uma base de dados das empresas, que permita aos concorrentes ou candidatos a não apresentação de determinados documentos, cuja apresentação é exigida em todos os procedimentos de formação de contratos públicos. Parece-nos, assim, que a Ordem dos Engenheiros de Cabo Verde sugere a implementação de uma base de dados semelhante ao Portal Nacional de Fornecedores do Estado, implementado em Portugal, ou ao *Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público*, implementado em Espanha.

Em particular, o Portal Nacional de Fornecedores do Estado tem como finalidade a simplificação e agilização dos procedimentos de verificação e comprovação da inexistência de impedimentos à contratação previstos no Código dos Contratos Públicos português, bem como a confirmação da situação tributária e contributiva dos fornecedores, incluindo informação relativa à situação criminal dos titulares do órgão de administração, direção ou gerência do fornecedor, e ainda relativa à sua situação tributária e contributiva, sendo a inscrição no Portal meramente facultativa. Os fornecedores podem, ainda, optar por disponibilizar no Portal informação relativa à sua identificação, à identificação dos titulares do respetivo órgão de administração, direção ou gerência, bem como a identificação de licenças ou autorizações para o exercício da atividade.

A base de dados a criar poderá ser de acesso público ou reservado e as Entidades Adjudicantes poderão aceder diretamente à base de dados ou através de uma senha a disponibilizar pelo operador económico, por exemplo. Em qualquer caso, constando determinados documentos/informações da base de dados, não seriam os operadores económicos inscritos obrigados a apresentar esses mesmos documentos em sede de procedimentos de formação de contratos públicos, visto que os mesmos se encontram disponíveis na base de dados à qual as Entidades Adjudicantes têm acesso.

Regista-se, a este propósito, que o CCP prevê já no seu artigo 81.º a existência de uma base de dados que visa prosseguir os objetivos acima enunciados.

- Proposta: sugerimos que seja assegurada a existência de um instrumento que permita que as exigências procedimentais sejam satisfeitas através da indicação de sítios oficiais onde os documentos podem ser verificados, com a devida segurança e fiabilidade.

Por último, sugere-se a introdução de uma fase de negociação, com as devidas adaptações, tal como prevista nos artigos 170.º a 173.º do CCP, também no âmbito da formação dos contratos de concessão, tendo em consideração a habitualmente extensa duração destes contratos, e os riscos, valores e responsabilidades neles envolvidos, que torna muito útil para o interesse público a fase de negociação, e justifica o sacrifício do formato tradicional, que não admite negociações a bem das regras da concorrência.

TEMA D – CONTRATAÇÃO ELETRÓNICA

I. INTRODUÇÃO

Segundo o disposto no n.º 1 do artigo 199.º do CCP, “é objetivo do Estado implementar um sistema eletrónico de contratação pública, tendo em vista a tramitação dos procedimentos de formação dos contratos sujeitos a este Código através de plataforma eletrónica”. No mesmo artigo 199.º do CCP, são apresentadas, ainda, as seguintes indicações:

- a) Constará de diploma próprio a regulação (cfr. n.º 2 do artigo 199.º do CCP):
 - i. Da tramitação eletrónica do procedimento de formação dos contratos; e
 - ii. Da implementação e do funcionamento da plataforma eletrónica.
- b) A obrigatoriedade da utilização da plataforma para todos os intervenientes do Sistema Nacional de Contratação Pública e a fixação de um prazo para o efeito no referido diploma próprio (cfr. n.º 3 do artigo 199.º do CCP).

De acordo com as informações disponibilizadas e os demais elementos publicamente disponíveis, o diploma referido no n.º 2 do artigo 199.º do CCP não se encontra publicado. Do mesmo modo, não se encontra em funcionamento a plataforma eletrónica referida no n.º 1 do artigo 199.º do CCP (sem prejuízo do portal de contratação pública referido no n.º 1 do artigo 24.º do CCP, e que se encontra disponível em URL: www.compraspublicas.cv / <https://www.mf.gov.cv/web/ecompras>).

Por esse motivo, diversamente do que se verifica relativamente aos demais temas do presente diagnóstico, não cabe, aqui, analisar a legislação aplicável – que não existe, para além do preceito de enquadramento da matéria que acaba de se referir –, nem, por maioria de razão, identificar eventuais lacunas e deficiências nessa sede. Da mesma forma, também não cabe analisar a aplicação dessa inexistente legislação, nem abordar questões práticas ou formular propostas de solução.

Ainda assim, importa fazer referência ao facto de terem sido endereçadas questões sobre a matéria da contratação eletrónica, no âmbito da Consulta Pública subjacente à elaboração do presente Relatório de Diagnóstico, não tendo, até ao momento, sido recebidos contributos nesse âmbito.

Sem prejuízo, importa salientar que, da documentação disponibilizada, foi possível concluir que o Ministério das Finanças e a Openup, Sistema de Informação, Lda., celebraram, em 5 de agosto de 2019, um contrato de prestação de serviços de consultoria para a implementação do Sistema de *E-Procurement* Público Cabo-Verdiano.

Em sede de Consulta Pública, foram colocadas as seguintes questões:

- a) Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 199.º do CCP, "*é objectivo do Estado implementar um sistema electrónico de contratação pública, tendo em vista a tramitação dos procedimentos de formação dos contratos sujeitos a este Código através de plataforma electrónica*".
- i. Tanto quanto percebemos, o sistema electrónico de contratação pública não foi, ainda, implementado. Existe algum projeto em desenvolvimento para assegurar essa implementação? Em que fase se encontra?
 - ii. Existe alguma calendarização, tendo em vista a implementação desse objetivo?
- b) Estão definidos, no todo ou em parte, os contornos do sistema electrónico de contratação pública, nomeadamente quanto aos seguintes aspetos:
- i. Sistema assente numa única plataforma electrónica (a utilizar por todas as entidades adjudicantes) ou abertura ao funcionamento simultâneo de uma pluralidade de plataformas eletrónicas/entidades gestoras de plataformas eletrónicas?
 - ii. Implementação da exigência de selos temporais e de certificados de assinatura electrónica?
 - iii. Entidade(s) responsável(is) pela regulação do sistema electrónico de contratação pública?
 - iv. Entidade(s) responsável(is) pela Gestão da(s) plataforma(s) eletrónicas?
 - v. Características técnicas do sistema, tendo em conta, nomeadamente, as características do parque de equipamentos informáticos existente no país?
- c) Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 199.º do CCP, "*a tramitação electrónica do procedimento de formação dos contratos e a implementação e funcionamento da plataforma electrónica serão regulados por diploma próprio*".
- i. Existe algum anteprojeto do referido diploma próprio ou está em curso a sua preparação?
 - ii. Está definida alguma linha de orientação a ter em conta na elaboração do referido diploma próprio?
- d) O Ministério das Finanças e a Openup, Sistema de Informação, Lda., celebraram, em 5 de agosto de 2019, um contrato de prestação de serviços de consultoria para a implementação do Sistema de *E-Procurement* Público Cabo-Verdiano.
- i. Qual o estado e/ou o resultado da execução desse contrato?
 - ii. Foi produzido algum Relatório / Apresentação sobre os termos subjacentes à implementação do *E-Procurement*?

Refira-se que as respostas a estas questões são determinantes para a identificação da situação existente no terreno e para a elaboração de um diagnóstico cabal e adequado por referência à matéria em causa.

Pelos motivos acima apontados, seria, ainda, deslocada a tentativa de extração de conclusões no domínio da contratação eletrónica. Ainda assim, dá-se aqui notícia dos elementos disponibilizados e, bem assim, das respostas recebidas em sede de Consulta Pública e que relevam nesta matéria. Por fim, são elencados, numa ótica preliminar, alguns pontos que se justifica ter em conta no âmbito da preparação do diploma próprio referido no n.º 2 do artigo 199.º do CCP.

II. INFORMAÇÕES DISPONÍVEIS

Os dados disponibilizados e recolhidos relacionados com a matéria de contratação pública eletrónica são, então, os seguintes:

- a) Em 5 de agosto de 2019, o Ministério das Finanças e a Openup, Sistema de Informação, Lda., celebraram um contrato de prestação de serviços de consultoria para a implementação do Sistema de *E-Procurement* Público Cabo-Verdiano. O prazo de entrega dos serviços era de 4 (quatro) meses a contar da assinatura do contrato⁸;
- b) No quadro do relacionamento entre o Ministério das Finanças e a Openup, Sistema de Informação, Lda., foram desenvolvidos trabalhos relacionados com a implementação de uma solução piloto, designada de CRP1⁹, incluindo a elaboração de fluxograma e guias de referência rápida sobre abertura de propostas, criação de contratos, edição de contratos, adjudicação do procedimento, análise de propostas, atualização dos dados comuns do procedimento, criação e edição de procedimentos, criação de tipos de contrato, fecho da pontuação e da avaliação por fase do procedimento, ferramentas de edição de relatórios e gestão de utilizadores¹⁰;
- c) Ainda, aparentemente, nesse quadro, foi elaborado um cronograma respeitante ao Piloto *E-Procurement* (CRP1)/Fase 1, com 4 (quatro) etapas (análise e desenho de solução de *e-procurement*, implementação, gestão de projeto piloto *e-procurement* e fecho projeto piloto *e-procurement*), com duração estimada entre 20 de janeiro de 2020 e 4 de maio de 2020¹¹;
- d) Foram realizadas reuniões sobre esta temática no âmbito de equipa disciplinar de implementação criada por despacho de Sua Excelência o Vice-Primeiro-Ministro e Ministro

⁸ Cfr. cláusula 2.ª, n.º 1, do contrato, disponibilizado pela ARAP.

⁹ Cfr. apresentação sobre o tema "*Procurement – Ministério das Finanças de Cabo Verde*", com o título "*Procurement Fase I – Implementação de Solução Piloto (CRP1) / Apresentação da solução CRP1*", datada de 20 de abril de 2020, disponibilizada pela ARAP.

¹⁰ Disponibilizados pela ARAP.

¹¹ Cfr. cronograma disponibilizado pela ARAP.

das Finanças, de 12 de agosto de 2019, ocorridas em 19 de dezembro de 2019 (com a participação de DGPCP, UTIC e UGAC) e em 17 de janeiro de 2020 (com a participação de UTIC, DGPCP e ARAP)¹²;

- e) No âmbito do dossiê *Doing Business* do Governo de Cabo Verde, é dada a informação de que peritos do setor privado destacam que o portal www.compraspublicas.cv “oferece acesso gratuito a anúncios sobre oportunidades de contratação e documentação de concurso, nos termos do artigo 24.º do Código da Contratação Pública de 2015”, que se previa que “as decisões de adjudicação e os contratos públicos sejam tornados públicos, mas o portal não permite o acesso aos mesmos (...), a notificação eletrónica das decisões, nem a apresentação de propostas”¹³;
- f) Em sede das consultas que antecederam a elaboração do presente relatório, questionada quanto a saber que “melhorias que poderiam ser introduzidas, no sentido de assegurar a celeridade nas compras públicas”, a ASA – Aeroportos e Segurança Aérea, destacou a “Implementação de uma Plataforma Eletrónica. No caso da ASA, em que o grosso das contratações são feitas no mercado internacional, muitas vezes as propostas chegam atrasadas e o próprio facto de se ter de enviar as propostas em suporte físico em certos casos desincentiva a participação das empresas nos procedimentos”.

III. ASPETOS A TER EM CONTA NO ÂMBITO DA PREPARAÇÃO DO DIPLOMA REFERIDO NO N.º 2 DO ARTIGO 199.º DO CCP

O artigo 199.º do CCP prevê, como acima mencionado, que a matéria da contratação eletrónica (a tramitação eletrónica do procedimento de formação dos contratos e a implementação e o funcionamento da plataforma eletrónica) seja regulada em diploma próprio.

São identificáveis alguns elementos a ter em conta na elaboração desse diploma, alinhados (i) com os princípios jurídicos aplicáveis (desde logo, os referidos nos artigos 6.º a 21.º do CCP), incluindo os respeitantes a concorrência, igualdade, proporcionalidade, transparência, publicidade, favor do procedimento, dos concorrentes e das propostas ou confidencialidade, e, bem assim; (ii) com a fiabilidade e a segurança a garantir no que concerne à utilização de ferramentas eletrónicas:

- a) Liberdade de escolha da plataforma eletrónica pelas Entidades Adjudicantes ou adoção de um modelo de plataforma eletrónica única e obrigatória;
- b) Modelo de regulação e gestão da plataforma eletrónica;

¹² Cfr. atas disponibilizadas pela ARAP.

¹³ Cfr. versão portuguesa da documentação *Doing Business*, disponibilizada pela ARAP.



- c) Termos e condições aplicáveis ao acesso à plataforma eletrónica pelos utilizadores;
- d) Requisitos funcionais da plataforma eletrónica;
- e) Requisitos técnicos da plataforma eletrónica;
- f) Requisitos de segurança da plataforma eletrónica;
- g) Regime jurídico aplicável à assinatura de documentos a serem carregados na plataforma eletrónica e ao mencionado carregamento;
- h) Regras aplicáveis à submissão de propostas e consulta de elementos do procedimento;
- i) Regras de funcionamento da plataforma eletrónica em procedimentos de formação de contratos.

TEMA E – EXECUÇÃO DE CONTRATOS

E.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

I. ESTRUTURA DO RJCA: N.º 2 DO ARTIGO 228.º

Os artigos 226.º a 229.º do RJCA deveriam constituir a parte III do RJCA, já que não dizem respeito apenas aos contratos em especial, mas ao diploma no seu todo.

O n.º 2 do artigo 228.º do RJCA não tem justificação, pois não introduz qualquer novidade relativamente à norma contida no n.º 1 do mesmo artigo.

II. REGRAS DE CONTAGEM DE PRAZOS

O RJCA não contém regras de contagem dos prazos, o que suscita dúvidas e é muito perturbador da correta interpretação das normas. Poderá sustentar-se, face ao artigo 4.º do RJCA, que os prazos legais devem ser contados em dias úteis, por aplicação do artigo 200.º do CCP e do artigo 10.º do Decreto-Legislativo nº 18/97, de 10 de novembro. Com efeito, o artigo 4.º do RJCA dispõe que, no âmbito das relações contratuais administrativas, em tudo que não estiver regulado no RJCA ou em lei especial e não for disciplinado por aplicação dos princípios gerais do direito administrativo, são subsidiariamente aplicáveis, com as necessárias adaptações, as restantes normas de administrativo e, na falta destas, de direito civil. Ora, nos termos do artigo 200.º do CCP, a contagem dos prazos suspende-se nos sábados, domingos e feriados nacionais. Regra idêntica é adotada, no artigo 10.º do DL n.º 18/97, de 10 de novembro. No entanto, os dias de prazo constantes do RJCA (15 dias, 30 dias, 60 dias) correspondem aos que, por norma, normalmente são usados quando os prazos são contados em dias de calendário (não sendo essa situação de correspondência um argumento de interpretação decisivo, sob o ponto de vista jurídico, não deixa de contribuir para a confusão e as dúvidas quanto ao regime de contagem de prazos a aplicar). Por outro lado, a cláusula 49.º do Caderno de Encargos tipo dispõe que os CE tipo estabelecem que os prazos dele constantes desses documentos (e já não necessariamente os legais) são contínuos. Como bem refere a ACEC na sua pronúncia, mesmo que esta solução seja válida para os prazos contratuais do Caderno de Encargos, não é necessariamente extensível aos prazos legais previstos no RJCA. Suscitam-se, assim, dúvidas quanto às regras a aplicar à contagem destes prazos. Em qualquer caso, ainda que se conclua pela aplicação, a esses prazos, do regime de contagem previsto no CCP e DL n.º 18/97, de 10 de novembro, suprimindo-se, por essa via, a descrita omissão, afigura-se discutível tal solução. Com efeito, além das vantagens inerentes à concretização, de forma expressa, das regras aplicáveis à contagem dos prazos, a nosso ver tais regras não deveriam ser idênticas às previstas no CCP, em que estão em causa prazos sobretudo procedimentais e, por norma, mas curtos do que os previstos na fase de execução do contrato.

- o Proposta: afigura-se, assim, preferível ponderar estabelecer, de forma expressa, as regras aplicáveis à contagem de prazos, distinguindo-se os prazos da fase de formação dos contratos, dos prazos da fase de execução dos contratos. Esta era, de resto, a solução do anterior Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas que, no seu artigo 267.º (contagem dos prazos), refletia as duas situações: o n.º 1 aplicava-se à fase de formação do contrato, enquanto que o n.º 2 estabelecia a contagem na fase de execução.

Em qualquer caso, é muito importante introduzir regras de contagem dos prazos legais do RJCA, para afastar quaisquer dúvidas interpretativas numa matéria clarificação da situação que ora se resume. Na legislação atualmente em vigor, a fase de formação do contrato está regulada no CCP e a contagem dos prazos é regulada no seu artigo 200.º. Porém, é manifesto que este artigo 200.º não é compatível com o regime substantivo do contrato, isto é, com a fase de execução do contrato. E o RJCA tem, precisamente, por objeto o regime substantivo dos contratos administrativos (artigo 1.º). A ICV assinala esta omissão legislativa. É, pois, muito pertinente a proposta apresentada pela ACEC de se clarificar esta questão, inserindo no RJCA uma regra específica sobre a contagem dos prazos.

III. SILÊNCIO

Relativamente a várias matérias (em especial nas Empreitadas), o RJCA atribui efeito jurídico ao silêncio (deferimento tácito, que penaliza o Contraente Público; caducidade de direitos, que penaliza o Cocontratante). No caso das situações em que o Contraente Público deve pronunciar-se em determinado prazo relativamente a pretensões deduzidas pelo Cocontratante, nem sempre é previsto o deferimento tácito. Seria interessante analisar globalmente o regime aplicável ao silêncio, para avaliação da bondade e da coerência das soluções vertidas no RJCA. Com efeito, ter-se-á de ter sempre presente que o deferimento tácito apresenta vantagens óbvias – desde logo, por permitir que os procedimentos administrativos não paralitem no tempo por consequência do silêncio do Dono da Obra –, mas também apresenta (eventualmente) desvantagens – nomeadamente o risco de se cristalizarem situações de facto que sejam prejudiciais para o interesse público e cuja alteração ou remoção se revele manifestamente onerosa.

- o Proposta: que esta problemática seja ponderada globalmente, tendo por referência os efeitos do silêncio/inação de cada uma das partes.

IV. DOCUMENTOS ESTANDARDIZADOS

De acordo com o artigo 42.º do CCP, "1. *Os documentos estandardizados de procedimentos devem ser aprovados pelo membro do governo competente em matéria das finanças ou das obras públicas, mediante proposta da ARAP, elaborados conjuntamente com as entidades competentes na matéria.*

2. Nos casos em que haja documentos estandardizados de procedimento, estes são de uso obrigatório, podendo apenas ser introduzidas as regras especiais relativas ao concreto contrato a celebrar”.

Foi, entretanto, publicada a Portaria n.º 60/2015, de 2015, ao abrigo do n.º 1 do artigo 42.º do CCP, que aprovou os documentos estandardizados pré-contratuais conforme previsto nesse diploma.

As entidades que se pronunciaram sobre os documentos estandardizados enfatizaram os seguintes aspetos:

1. Positivos

- Padronização das minutas, que facilita a elaboração dos documentos do procedimento e o seu controlo/fiscalização por várias entidades (ARAP);
- Constituem base conforme às regras legais aplicáveis (ASA);
- Orientações relativamente aos documentos a elaborar, em conformidade com a lei (ICV).

2. Negativos

- Muita repetição e extensão, e dificuldade operacional de aplicação (ARAP);
- Muito extensos e repetitivos (ASA);
- Excessiva repetição e regulamentação (ICV);
- Reflexo de regras legais com soluções inadequadas, e de regras legais de difícil interpretação ou aplicação (ICV);
- Muito extensos, com erros e gralhas, e torna os procedimentos burocráticos (BCV).

3. Sugestões

- Simplificação (ARAP);
- Reduzir a dimensão e evitar a repetição de normas legais (ASA);
- Correção das soluções legais inadequadas ou de difícil interpretação nos documentos estandardizados de regras legais imperativas que constem do CCP e do RJCA (ICV).

Tendo por referência tais pronúncias e a sua experiência, os consultores exprimem a sua opinião a respeito dos documentos estandardizados.

Cumpra reconhecer as virtualidades da opção pela introdução de documentos estandardizados em matéria de contratação pública. Com efeito, sem prejuízo de melhorias e afirmações que poderão ser introduzidas, tais documentos constituem um guião de valor inestimável e que, a despeito de algumas deficiências, consubstanciam um modelo claramente preferível ao de total vazio, em que cada Entidade Adjudicante tivesse de elaborar, de raiz, todos os documentos do procedimento.

É verdade que os documentos estandardizados absorvem algumas regras legais inadequadas, mas obviamente nesses casos os problemas residem a montante (nas ditas regras legais), e é aí que têm de ser resolvidos.

É importante frisar que sendo “*guiões obrigatórios*”, cada Entidade Adjudicante deve adaptá-los cuidadosamente às características de cada contrato, como decorre da norma do n.º 2 do artigo 42.º do CCP.

Admite-se que as referências, pelas Entidades Adjudicantes, à “*extensão*” e “*repetição*” possam reportar-se às minutas disponibilizadas pela ARAP, que são objeto de análise no n.º 6 seguinte.

Quanto à técnica subjacente à elaboração dos documentos estandardizados, é certo que poderia admitir-se a não reprodução de regras legais; mas conhecendo a realidade, e sabendo que alguns responsáveis pela gestão e execução dos contratos administrativos concentram as suas atenções prioritariamente nos documentos contratuais, e (muito) menos na legislação aplicável, justifica-se a reprodução de regras legais relevantes, ou de aplicação mais frequente, pois dessa forma aumenta-se a eficácia das mesmas.

V. MINUTAS DE CONTRATOS

A ARAP disponibiliza minutas de contrato no seu sítio na internet. É de assinalar que estas minutas não constam da Portaria n.º 60/2015, de 9 de dezembro, e que não são vinculativas por esta via. Tais minutas são extensas, e fonte de dúvidas e perturbações, porque em algumas partes são reproduções fiéis do Caderno de Encargos-tipo (constantes da referida Portaria n.º 60/2015, de 9 de dezembro), noutras revelam pequenas diferenças, e noutras ainda introduzem diferenças mais relevantes, situações que criam dúvidas e instabilidade. A ICV manifesta-se no sentido da desnecessidade de transcrição, nos contratos, das cláusulas do Caderno de Encargos.

- o Proposta: na nossa opinião, as minutas de contratos a disponibilizar às Entidades Adjudicantes deveriam ser compactas e cirúrgicas, limitando-se a sistematizar as cláusulas essenciais do contrato (preço, prazo, plano de trabalhos, condições de pagamento e pouco mais), devendo o resto constar (desenvolvidamente) dos Cadernos de Encargos.

E.2. PARTE GERAL DO RJCA

No que ao âmbito dos contratos administrativos em geral diz respeito, serão analisados os artigos 5.º a 47.º do RJCA. O objetivo nesta fase é proceder à identificação das fragilidades do referido diploma legal, sinalizando alterações que são de propor e opções que são de ponderar.

I. PRINCÍPIOS

Ponderar incluir entre o artigo 4.º e o artigo 5.º um novo artigo, onde se fizesse referência expressa ao princípio da proporcionalidade, referindo-se que o Contraente Público não pode assumir direitos ou obrigações manifestamente desproporcionados, ou que não tenham ligação direta com as finalidades do contrato a celebrar.

Ponderar incluir igualmente um artigo referindo que as Partes estão vinculadas por um dever de colaboração mútua, desde logo no que respeita à prestação recíproca de informações necessárias à boa execução do Contrato, que deve ser executado, por ambas as Partes, de acordo com o princípio da boa-fé.

II. GESTOR DO CONTRATO

Ponderar a possibilidade de se prever a figura do “gestor do contrato”, que se traduza na faculdade de o Contraente Público designar um gestor para cada contrato, que tem a função de acompanhar tudo o que diz respeito à execução desse contrato.

Com efeito, a experiência aconselha a que, pelo menos nos contratos de maior valor/complexidade, os contraentes públicos escolham uma pessoa com experiência e conhecimentos adequados, habilitada a gerir o contrato em seu nome, naturalmente sem prejuízo de determinados mecanismos de controlo e de reporte, e da reserva de algumas matérias para o órgão de decisão do Contraente Público.

III. INCUMPRIMENTO – CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL

Do artigo 5.º do RJCA (e do artigo 9.º do RJCA) resulta que do elenco de poderes do Contraente Público não consta a possibilidade de o Contraente Público ordenar a cessão da posição contratual do Cocontratante para terceiros, em caso de incumprimento por parte do Cocontratante. Respondendo a uma questão colocada pela ARAP, a solução traduz-se na imposição de cessão (mesmo contra a vontade do Cocontratante), razão pela qual não ocorre a resolução do contrato por incumprimento.

- o Proposta: Deve ponderar-se introduzir esta possibilidade, que se pode revelar vantajosa, no caso de ter havido mais do que um concorrente a apresentar proposta, permitindo, assim, que o concorrente que ficou classificado em segundo lugar possa assumir o contrato, sem ser necessário resolver o contrato por incumprimento com o adjudicatário e iniciar novo procedimento pré-contratual.

A ARAP colocou questões pertinentes a respeito desta sugestão nos comentários ao Relatório Preliminar de Consultoria.

Naturalmente que o segundo classificado não é obrigado a assumir o contrato com cujas condições pode não concordar, mas fica pelo menos com essa possibilidade. O segundo classificado iria executar o contrato nos termos em que o mesmo foi celebrado (não vai celebrar novo contrato com as condições da sua proposta inicial que ficou em segundo lugar).

Esta solução deveria ser compatibilizada com a alínea b) do n.º 1 do artigo 35.º e o n.º 2 do artigo 35.º do CCP, que preveem a possibilidade de ajuste direto com o segundo classificado em caso de resolução do contrato por incumprimento com o primeiro classificado. A solução prevista no CCP é, no entanto mais gravosa para o interesse público, pois implica que o segundo classificado possa apresentar um preço até 10% superior ao do Cocontratante inicial.

IV. PODERES DE FISCALIZAÇÃO

A delimitação dos poderes de fiscalização não deve ser igual para todos os contratos administrativos.

Para a generalidade dos contratos regulados no RJCA, não parece que se justifique que o Contraente Público tenha acesso à documentação contabilística do Cocontratante. Este vincula-se a determinados resultados, tendo como contrapartida uma remuneração, não sendo exigível que revele a sua organização interna e os custos que suporta. O Contraente Público deve aferir, em todos os momentos críticos, o nível de remuneração do Cocontratante através dos preços que apresenta, e não em função dos custos que este suporta, que se prendem com aspetos ligados à gestão, relativamente aos quais o Contraente Público não se deve imiscuir.

Atendendo às características específicas que assumem, os contratos de concessão fogem a esta lógica. Traduzindo-se as concessões na transferência para a concessionária da responsabilidade de efetivação de prestações públicas, e dependendo estas da gestão e da saúde financeira da concessionária, devem ser atribuídos ao concedente especiais poderes de controlo e monitorização da concessionária, por forma a poder avaliar as situações em tempo útil, e promover intervenções quando necessário. Assim, nas concessões, os concedentes devem poder aceder à documentação contabilística da concessionária, dentro dos limites do necessário.

- Proposta: atentas as razões expostas, ponderar concretizar melhor o alcance do n.º 2 do artigo 8.º do RJCA, no que concerne ao exercício da fiscalização através do acesso à documentação e à contabilidade, clarificando o seu âmbito e limites.

V. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO DIREITO CIVIL

O alcance do n.º 4 do artigo 9.º do RJCA tem um âmbito de aplicação pouco definido, podendo dar lugar a dúvidas interpretativas sobre o alcance da aplicação do Direito Civil, sobretudo tendo em conta a norma prevista no artigo 4.º.

- Proposta: propõe-se eliminar o n.º 4 do artigo 9.º já que a aplicação subsidiária do Direito Civil se encontra já prevista no artigo 4.º do RJCA.

VI. EXECUÇÃO DA CAUÇÃO DE BOA EXECUÇÃO

Ponderar a manutenção da solução contida no n.º 2 do artigo 10.º do RJCA, na medida em que legitima a dispensa de audiência prévia no caso em que o Contraente Público receie que o Tribunal possa ordenar a não execução da caução durante o período da audiência prévia.

Não parece justificado que o Contraente Público possa sacrificar o direito à audiência prévia, e promover a execução de caução sem auscultar previamente o Cocontratante sobre os fundamentos da aplicação de sanções contratuais, com base no “receio” do Contraente Público que o Tribunal intervenha, no exercício das suas prerrogativas, ordenando a não execução da caução (o que, diga-se, acontece em casos limite – muito raros, apenas quando é flagrante o abuso de direito neste âmbito – quando está em causa uma caução à “primeira solicitação”).

- Proposta: tal solução legislativa não parece razoável, pelo que se recomenda a sua remoção.

VII. ALÍNEA B) DO N.º 1 DO ARTIGO 12.º

Não se compreende o alcance da formulação da alínea c) do n.º 1 do artigo 12.º, sendo, por isso, recomendada a sua remoção.

VIII. REQUISITOS E LIMITE DO ADIANTAMENTO

No n.º 1 do artigo 15.º do RJCA, deve clarificar-se que o conteúdo das alíneas a), b) e c) é de preenchimento cumulativo. É certo que a melhor interpretação parece ser essa, mas não está fora

de hipótese uma leitura no sentido de que é possível a concessão de adiantamentos caso a situação esteja prevista no contrato e mesmo que não se preencham as demais alíneas.

- Proposta: assim sendo, seria de acrescentar ao texto legal, de modo expresso, que tais requisitos são cumulativos.

Quanto ao limite do valor do adiantamento, o BCV manifesta o entendimento de que poderia ser abolido tal limite, para gestão casuística por parte da Entidade Adjudicante/Contraente Público, já que a obtenção de caução “à primeira solicitação” asseguraria que tais situações fossem de “risco zero”.

- Proposta: os Consultores entendem que deverá ser mantido um limite para os adiantamentos, porque a regra básica será a do pagamento após a entrega, pelo Cocontratante ao Contraente Público, dos bens e serviços, nos termos regulados no artigo 12.º. Esta é a forma típica de remuneração, devendo o pagamento de adiantamentos estar sujeito a regras específicas e a um limite. Por outro lado, e como bem assinala o BCV, o n.º 3 do artigo 15.º contempla a possibilidade de pagamento de adiantamento fora das regras gerais, limitada a “casos excepcionais e mediante decisão fundamentada do órgão competente para autorizar a despesa”, sendo essa regra uma válvula de escape suficiente, não se justificando modificações neste âmbito.

IX. LIBERAÇÃO PARCIAL DA CAUÇÃO EM FUNÇÃO DE GRAUS DE EXECUÇÃO

Da conjugação entre o n.º 4 do artigo 109.º do CCP (que remete para outras leis) e o n.º 3 do artigo 17.º do RJCA (que remete para o artigo 109.º do CCP) parece acabar por resultar que não são admitidas liberações parciais de cauções de boa execução.

- Proposta: justifica-se ponderar uma solução de redução das cauções de boa execução quando o cumprimento do contrato estiver assegurado em grande medida, e o risco de incumprimento seja, por isso, inferior (por ex., nas empreitadas, após a receção provisória).

A introdução de soluções normativas no sentido da redução da caução de boa execução em função de determinados graus de cumprimento favorece o mercado e os operadores económicos, uma vez que liberta “plafond” junto de entidades bancárias e seguradoras, e reduz custos inerentes a essas cauções.

Nos comentários tecidos sobre o Relatório Preliminar de Consultoria, a ARAP revela preocupação relativamente ao nível de garantia que subsista após a liberação parcial da caução de boa execução.

Naturalmente, uma medida normativa desta natureza teria de ser devidamente ponderada, assegurando-se que: (i) a liberação parcial da caução de boa execução resulte de uma efetiva

redução do risco de incumprimento; e (ii) a caução remanescente (após a liberação parcial) seja adequada aos riscos de incumprimento que ainda subsistirem, desde logo tendo em conta, nas Empreitadas, a possível existência de vícios ocultos resultantes de cumprimento defeituoso do contrato que só sejam perceptíveis após a receção provisória. A intenção será a de encontrar uma solução que reflita de modo equilibrado os interesses em presença.

No âmbito do contrato de empreitada de obras públicas, o tema da liberação da caução será analisado de forma mais desenvolvida.

X. REQUISITOS DA MODIFICAÇÃO OBJETIVA DO CONTRATO

Do n.º 3 do artigo 22.º do RJCA constam apenas dois limites à modificação objetiva do contrato: (i) "*não acarretar a alteração do objeto do contrato*"; e (ii) "*não configurar uma forma de impedir ou falsear a concorrência*".

- o Proposta: ponderar a reformulação do n.º 4, de modo a incluir a possibilidade de limitar o valor das modificações a um valor máximo por referência ao preço contratual inicial e a impedir que a modificação do contrato altere o equilíbrio económico do mesmo, colocando o Cocontratante numa situação mais favorável do que aquela em que estava antes da modificação do contrato.

XI. CONSEQUÊNCIAS DA MODIFICAÇÃO OBJETIVA DO CONTRATO

Ponderar a revisão da redação do artigo 23.º do RJCA, de modo a regular com maior clareza o direito à reposição do equilíbrio financeiro a favor do Cocontratante em caso de modificação objetiva do contrato promovido pelo Contraente Público.

XII. PUBLICITAÇÃO (ARTIGO 24.º)

A norma do artigo 24.º, ao prever a publicitação de atos administrativos do Contraente Público ou os acordos entre as partes que impliquem quaisquer modificações objetivas do contrato e representam assim valor acumulado superior a 15% (quinze por cento) do preço contratual, visa atingir objetivos relevantes em matéria de contratação pública, e revela uma tendência que deve ser reforçada e consolidada.

A revelação das principais vicissitudes do contrato (não só em termos de valor, mas também no tocante à alteração do seu objeto e a extensões de prazo) permite a todos compreender as razões das modificações das estipulações iniciais do contrato, e poder formular o seu juízo a respeito.

Essa possibilidade de avaliação é importante, a vários títulos, permitindo apreciações de natureza política (já que a contratação pública é um vetor bastante relevante neste âmbito), operacional, e do próprio mercado, relativamente ao modo como são geridos os contratos administrativos.

- o Proposta: tendo por referência o texto do artigo 24.º, são feitas algumas recomendações e sugestões.

Em primeiro lugar, deveriam ser concretizados os moldes dessa publicitação. Talvez seja de ponderar a possibilidade de criar um portal eletrónico para o efeito. Por outro lado, seria também conveniente estabelecer um prazo para que fosse assegurada a publicitação, com a nota de que, estando em causa uma obrigação que nasce a partir de um acréscimo acumulado do valor do contrato, teria de ser encontrada uma fórmula adequada para o efeito.

Em segundo lugar, seria aconselhável que fossem previstos mecanismos dirigidos ao efeito prático da obrigatoriedade dessa publicitação. Uma das hipóteses seria a de estabelecer que tal publicitação seria condição de eficácia dos atos administrativos do Contraente Público ou dos acordos entre as Partes, mas essa solução poderia apresentar dificuldades associadas ao controlo do acréscimo do valor do contrato (para verificação do acréscimo superior a 15% previsto no artigo 24.º do RJCA) e levar a eventuais desvantagens de não se poder implementar de imediato atos e/ou acordos necessários à boa execução do contrato. Outra hipótese seria a de se associar uma contraordenação ao incumprimento de normas de publicitação.

Em terceiro lugar, não parece realista que a obrigação de publicitação abranja contratos de valor reduzido. Nesta conformidade, seria de fazer incidir a obrigação de publicitação sobre contratos administrativos que ultrapassassem um determinado valor.

XIII. ARTIGO 27.º - DEFERIMENTOS TÁCITO

O n.º 4 do artigo 27.º do RJCA junta o indeferimento tácito ao deferimento tácito, obrigando o Cocontratante a apresentar dois requerimentos, se o primeiro requerimento não tiver resposta.

- o Proposta: ponderar estabelecer a regra do deferimento tácito, desde que estejam preenchidos os requisitos do n.º 5 e 6 do artigo 27.º do RJCA.

XIV. PROIBIÇÃO DE SUBCONTRATAÇÃO

A redação do n.º 7 e do n.º 8 do artigo 27.º do RJCA parece indiciar que é possível proibir a subcontratação sem afetar a concorrência. Tal não é possível e parece contrariar o princípio do artigo 78.º do CCP. Em termos gerais, à possibilidade de subcontratação são associadas várias vantagens (maior universo de concorrentes, favorecimento de pequenas e médias empresas, etc), sendo certo

que a responsabilidade, no âmbito do contrato administrativo, é sempre imputada ao Cocontratante (artigo 28.º).

- Proposta: seria preferível uma norma que estipulasse que a proibição da subcontratação deve ser excepcional e devidamente fundamentada.

XV. RECUSA DE POTENCIAL SUBCONTRATADO

No n.º 9 do artigo 27.º do RJCA, é prevista a possibilidade de recusa do potencial subcontratado pelo Contraente Público se houver fundado receio de incumprimento contratual.

- Proposta: o regime deveria ser completado com uma norma similar à do n.º 2 do artigo 106.º do RJCA (específico das Empreitadas), que regula os efeitos de uma atuação do Dono da Obra desconforme com o critério estabelecido.

XVI. PAGAMENTO DIRETO AO SUBCONTRATADO

Ponderar a inclusão da figura do “pagamento direto ao subcontratado”, permitindo-se ao Contraente Público pagar diretamente ao subcontratado as prestações realizadas por este, deduzindo esses valores dos valores a pagar ao Cocontratante, nos casos em que o Cocontratante não esteja a cumprir o contrato celebrado com o subcontratado. Nesta hipótese, teriam de ser observadas as devidas cautelas, de modo a que o Contraente Público pague apenas os créditos reconhecidos, e não os controvertidos, atendendo a que o Contraente Público não deverá assumir um papel de decisor em eventuais divergências existentes no subcontrato.

XVII. NOVA SISTEMATIZAÇÃO DO TÍTULO VII (INCUMPRIMENTO DO CONTRATO PELO CONTRATANTE)

No Título VII do RJCA, dedicado ao Incumprimento do Contrato, devem ser agrupadas as situações de incumprimento pelo Cocontratante (artigos 31.º e 35.º), e as situações de incumprimento pelo Contraente Público (artigos 32.º, 33.º e 34.º).

- Proposta: neste sentido, deve ponderar-se a colocação do atual artigo 35.º a seguir ao artigo 31.º.

XVIII. MORA

Do artigo 32.º do RJCA não consta qualquer regra em caso de desacordo entre as partes quanto aos montantes em atraso, nem a referência ao efeito da mora no vencimento das restantes obrigações de pagamento.

- Proposta: ponderar incluir uma norma que determine que, em caso de desacordo entre as partes quanto ao montante devido, deve o Contraente Público efetuar logo o pagamento sobre a importância em que existe acordo com o Cocontratante. Por outro lado, deve clarificar-se que, na falta de disposição contratual, o atraso em um ou mais pagamentos não determina o vencimento das restantes obrigações de pagamento.

Por outro lado, clarificar o texto do n.º 2 do artigo 32.º do RJCA, que se aplica a todas as situações de mora imputável ao Contraente Público (incluindo na realização do pagamento de adiantamentos).

XIX. RESOLUÇÃO PELO CONTRATANTE PÚBLICO COM BASE NA INSOLVÊNCIA

Nos termos da alínea j) do n.º 1 do artigo 39.º do RJCA, a apresentação do Cocontratante à insolvência constitui causa de resolução do contrato, que pode ser invocada pelo Contraente Público.

- Proposta: sugere-se a supressão dessa possibilidade, por ser injusto (e potencialmente penalizante para uma empresa em dificuldades) que tal apresentação, por si só, e quando desacompanhada de qualquer incumprimento contratual, constitua causa de resolução.

XX. MODO DE RESOLUÇÃO PELAS PARTES: INDEMNIZAÇÕES

Da análise dos artigos 39.º e 40.º do RJCA constatam-se as seguintes diferenças de regime: a resolução do contrato administrativo pelo Contraente Público opera por ato unilateral (ato administrativo); a resolução do contrato administrativo pelo Cocontratante materializa-se por via judicial ou mediante arbitragem, salvo uma exceção. Não parece ser boa solução a diferença de regimes, por introduzir um manifesto desequilíbrio entre as Partes, sem justificação.

- Proposta: por razões de operacionalidade e eficácia, os Consultores sugerem que a resolução seja formalizada por notificação por uma Parte à Contraparte, sem prejuízo da oportunidade de cumprimento e da possibilidade de pronúncia prévia sobre as razões justificativas, mas sem a sujeição à intervenção do Tribunal. O papel do Tribunal seria assim reservado à sindicância, em momento posterior e caso tal fosse suscitado, dos atos de resolução e da respetiva justificação, nos termos gerais.

A propósito do tema Resolução, a ARAP entende que o texto do n.º 1 do artigo 39.º do RJCA deve ser objeto de clarificação de modo a salvaguardar o direito de indemnização a favor do Contraente Público, em casos de resolução com base em grave violação, por parte do Cocontratante, das obrigações contratuais que lhe são imputadas. Sem prejuízo de se poder adotar um texto mais desenvolvido ou impressivo, os Consultores são de opinião que tal direito está devidamente ressalvado na parte final do texto do n.º 1 do artigo 39.º do RJCA (*"sem prejuízo do direito de indemnização"*).

XXI. REDAÇÃO DO N.º 1 DO ARTIGO 42.º DO RJCA

O n.º 1 do artigo 42.º do RJCA refere-se aos *"prazos de suspensão previstos no artigo 186º do Código da Contratação Pública"*.

Sucedo, porém, que a norma do artigo 186.º do CCP não contempla prazos de suspensão, mas sim a suspensão de eficácia dos atos de negociação do contrato, adjudicação e celebração do contrato em consequência da apresentação de reclamações e recursos administrativos.

- o Proposta: assim, sugere-se a alteração do n.º 1 do artigo 42.º do RJCA, de modo a clarificar que os contratos são anuláveis quando tenham sido celebrados numa altura em que estavam suspensos os atos previstos no artigo 186.º do CCP.

XXII. REGIME DO N.º 2 DO ARTIGO 42.º DO RJCA

As soluções alternativas aplicáveis em caso de afastamento do efeito anulatório do contrato, previstas no n.º 2 do artigo 42.º do RJCA, suscitam os seguintes comentários:

- Quanto à alínea a) – a regra da redução do período do contrato não parece fazer sentido (o que se ganha com isso? Por que razão se penaliza o Adjudicatário? Adjudica-se a parte suprimida do contrato ao concorrente impugnante por ajuste direto (não parece haver base legal para tal)? Corta-se o contrato a meio? Esta hipótese seria extraordinariamente inconveniente para o Contraente Público);
- Quanto à alínea b) – a referência a *"sanção pecuniária"* parece reportar-se a indemnização a favor do concorrente preterido, mas a redação não é nada feliz.

A ARAP assinala, a este respeito, que se trata de uma sanção, e que a mesma pode ser afastada ao abrigo do n.º 4 do mesmo artigo 42.º, o que é correto.

- o Proposta: independentemente disso, no entender dos consultores o texto do n.º 2 do artigo 42.º revela os problemas acima registados.

XXIII. REGIME DO N.º 4 DO ARTIGO 42.º DO RJCA

O n.º 4 do artigo 42.º do RJCA regula as opções que o Tribunal deve ponderar no caso de considerar o efeito retroativo decorrente da anulação do contrato desproporcionado ou contrário ao princípio da boa fé, prevendo, nesse âmbito, que a decisão do Tribunal possa circunscrever o alcance da decisão para o futuro, e “*determinar uma das sanções alternativas previstas no nº 2*”. Tal remissão não parece fazer sentido, uma vez que uma das alternativas previstas nesse n.º 2 é a redução da duração do contrato, e a anulação do contrato gera necessariamente esse efeito (que não é, por isso, uma alternativa).

XXIV. VIOLAÇÃO DE ELEMENTOS ESSENCIAIS DAS PEÇAS DO PROCEDIMENTO E DA PROPOSTA – ANULABILIDADE?

Ponderar sobre um mecanismo de invalidade para os casos de contratos celebrados com alteração dos elementos essenciais do Caderno de Encargos e da proposta que violem os termos do procedimento. Como se sabe, uma das formas de se garantir a observância dos princípios basilares que presidem à contratação pública traduz-se na proibição da introdução de modificações acordadas com o Adjudicatário que colidam com as estipulações constantes do Caderno de Encargos e as proposições contidas na proposta (naturalmente sem prejuízo dos procedimentos que admitem negociações, que impõem as devidas adaptações). Em vista desse objetivo, é recomendável que se criem mecanismos de controlo e de sanção para os casos de incumprimento.

Assim, admite-se a inclusão de norma que comine com anulabilidade as situações de incumprimento neste âmbito, combinada com a possibilidade de os concorrentes terem conhecimento do título contratual, para que tenham a faculdade de desencadear esse mecanismo, e assim reforçar a sua eficácia.

É também relevante ter em consideração, relativamente a esta problemática, a vertente da segurança jurídica, que desaconselha que possa ser adotada uma solução de nulidade, que pode ser invocada depois de iniciado o contrato, com todas as consequências negativas (para o interesse público e para o interesse – legítimo – do Cocontratante, de prosseguir e concluir a execução do contrato).

- Proposta: face ao exposto, como referido supra, recomenda-se a solução da anulabilidade do contrato, por um prazo curto (até que se iniciem os atos de execução do Contrato, combinada com a disponibilização do título contratual aos concorrentes, de modo a poderem ativar esse mecanismo.

XXV. CONTEÚDO DOS CONTRATOS CELEBRADOS ENRE CONTRAENTES PÚBLICOS

Ponderar a inclusão, ou não, de normas específicas para contratos celebrados entre dois contraentes públicos, clarificando, por exemplo, os limites do recurso aos poderes de conformação previstos para situações de contratos celebrados entre um Contraente Público e um contraente privado se pode aplicar no caso de contratos entre dois contraentes públicos.

E.3. CONCESSÕES

I. NOÇÃO DE CONCESSÃO: REGIME

Ponderar, no n.º 1 do artigo 48.º do RJCA, rever a noção de concessão de obra pública, autonomizando-a da de empreitada. Com efeito, dizer-se que a concessão apresenta as mesmas características da empreitada, para além de não ser tecnicamente correto, pode conduzir a confusões indevidas de regime. Considera-se que a concessão e a empreitada são dois contratos típicos do direito público, perfeitamente distintos entre si e essa autonomização deve ser vincada. Quer-se, no fundo, evitar qualquer tentativa de utilizar o regime da empreitada (por exemplo, o regime de erros e omissões ou de trabalhos a mais) à concessão, onde o mesmo não é aplicável.

Por outro lado, a ICV refere o facto de a noção de concessão de obra pública não referir que nela se integra a conceção da obra a edificar, e cuja exploração será transferida para a concessionária. Entende-se que essa vertente estará sempre contemplada na noção de concessão de obra pública, mas a noção legal poderá explicitá-la, tendo em vista maior clareza.

A ENAPOR assinala a conveniência de se desenvolver e pormenorizar o regime das concessões (o que é justificado pela sua complexidade e importância prática).

II. CONCESSÃO DE OBRA PÚBLICA X CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Propõe-se, ainda, ponderar, em conformidade com o entendimento manifestado pela ENAPOR, a autonomização da concessão de obras públicas (que envolve a construção da obra a explorar) da concessão de serviços públicos para exploração privada (em que a estrutura física a explorar já existe, sem prejuízo da possibilidade de execução de trabalhos de reformulação e melhoria, ou outros). Embora a lei já tenha esta distinção, parece-nos que será possível afiná-la, revendo o que deve ser a base geral (aplicável a todas as concessões) e os regimes específicos de concessão de obra pública e de serviço público.

III. SOCIEDADE CONCESSIONÁRIA (ARTIGO 49.º DO RJCA)

Ponderar, no artigo 49.º do RJCA: (i) a possibilidade de o contrato autorizar que a Concessionária possa ter sede fora de Cabo Verde – consistindo o contrato de concessão numa transferência de responsabilidades originariamente públicas para uma entidade privada, a mesma deverá obrigatoriamente ter sede em Cabo Verde, sob pena de o Concedente não conseguir exercer sobre a Concessionária determinados poderes de autoridade (aspeto registado pela ICV); (ii) a fórmula de cálculo do ratio de capital previsto no número 3 e a sua obrigatoriedade, tendo por referência a possibilidade de serem adotadas estruturas de financiamento alternativas – considera-se que manutenção de um determinado ratio de capital pode ser positivo, para que as concessionárias não sejam descapitalizadas e fiquem sem capacidade de investimento. Porém, hoje, tendo em consideração o recurso a técnicas de *project finance* (financiamento de projetos em grande medida com capitais alheios), deve analisar-se se, tecnicamente, aquela fórmula poderá consistir num desincentivo à mobilização de investimento; e (iii) a remissão para o artigo 25.º do RJCA, procurando isentar de dúvidas a sua aplicabilidade, ou deslocalização deste para o título das Concessões.

IV. AUTORIZAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES (ARTIGO 50.º)

Esclarecer, no artigo 50.º do RJCA, que a autorização para a novas atividades será prévia (embora já pareça ser essa a melhor interpretação), por forma a reforçar e clarificar que a autorização é condição necessária, e deve em todo e qualquer caso ser obtida previamente. Tem-se aqui em vista evitar situações de facto consumado em que a Concessionária inicia uma nova atividade sem autorização, esperando que, posteriormente, a mesma venha a ser concedida por já estar em execução. Admite-se que a melhor interpretação da lei seja já esta. Porém, abrindo-se caminho para revisão do diploma, parece-nos avisado que também estas clarificações sejam efetuadas.

V. PRAZO DA CONCESSÃO

Ponderar no n.º 1 do artigo 51.º do RJCA, se o prazo terá obrigatoriamente de ser certo. Há, hoje, forma inovadoras de concessão em que, sem prejuízo da estipulação de um prazo, a concessão se extingue com uma determinada remuneração da Concessionária, se esta ocorrer antes do termo desse prazo certo. Por outro lado, pode haver casos em que se justifique um prazo incerto (desde logo, casos em que uma concessão deva manter-se até haver um concurso, cujo prazo é incerto por definição).

- o Proposta: do nosso ponto de vista, seria razoável conferir esta flexibilidade ao sistema, prevendo-se que, em regra, as concessões deverão ter um prazo certo, mas admitindo que, excecionalmente (com a devida justificação) possa ser incerto.

VI. OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

Ponderar no artigo 55.º do RJCA, face ao artigo 67.º, rever as obrigações da Concessionária, alargando-as de modo a contemplar os seguintes: (i) obrigação de evolução tecnológica (muito relevante em contrato de execução continuada de longo prazo); (ii) realização das obrigações de serviço público previstas na lei ou no contrato e (iii) obrigação de universalidade. Embora estes dois últimos pontos se encontrem já abrangidos pelo elenco do artigo 67.º do RJCA, entende-se que é conveniente que constem do tronco comum do regime aplicável aos contratos de concessão, e não apenas do regime específico da concessão de serviços públicos. Mais uma vez, como já se referiu, consideramos que a articulação entre o regime geral e os regimes especiais deverá ser mais objeto de revisão e afinação, tentando-se que tudo o que possa ser potencialmente aplicável a todas as concessões esteja no tronco comum.

A ASA sugere que se acrescente que a Concessionária se encontra sujeita à legislação nacional que lhe é aplicável, mas tal já resulta da alínea i) do artigo 55.º.

VII. PARTILHA DE RISCOS E PRESTAÇÕES DO CONCEDENTE

Ponderar a articulação entre o n.º 2 do artigo 56.º do RJCA e o n.º 2 do artigo 48.º do RJCA, e uma eventual harmonização de ambas as disposições num só artigo, de modo a que no mesmo artigo legal sejam tratadas, de modo integrado, as questões da distribuição e partilha de riscos e das prestações económico-financeiras a cargo do Concedente.

Na sua pronúncia, a ICV sublinha a possibilidade de partilha de riscos (e, pela mesma lógica, prestações asseguradas pelo Concedente), para que as taxas sejam acessíveis aos utentes.

Esta é uma problemática equacionada com maior abertura nos tempos modernos, em que existe a consciência de que a concessão “pura” (com transmissão integral de riscos para a concessionária), para vigência em prazos longos, não configura um formato equilibrado, e inviabilizará muitas concessões que, equacionadas noutros moldes (e com equilíbrio), podem ser vantajosas para o interesse público.

VIII. SEQUESTRO

Ponderar o limite máximo de 1 ano para a duração do sequestro, estabelecido no n.º 5 do artigo 58.º do RJCA. A ENAPOR pronunciou-se no sentido de considerar que, dependendo do tipo de atividade, poderão justificar-se prazos mais curtos. Pelo contrário, a ICV considera que este limite deverá ser aumentado. A ASA considera que devem ser ponderadas as características próprias de cada concessão, para a estipulação de uma solução subsidiária, deixando-se liberdade para fixação desse prazo em cada contrato. O limite de tempo de sequestro deve ser fixado em função dos riscos, da complexidade e dos bens afetos à concessão, assim como do prazo estabelecido para a mesma.

- Proposta: sugere-se ponderar a possibilidade de estabelecimento de limite diferente no próprio contrato de concessão, a estabelecer entre, por exemplo, 6 meses a 18 meses. Adicionalmente, o prazo de um ano passaria a aplicar-se apenas supletivamente, ou seja, na ausência de outro prazo especificamente previsto no contrato (tal como se prevê para a duração do contrato).

IX. RESGATE – PRAZO E INDEMNIZAÇÃO

A ENAPOR manifesta entendimento que o prazo mínimo para resgate (que é de 1/3 do prazo da concessão, nos termos do n.º 1 do artigo 59.º do RJCA) deveria ser encurtado, para conferir maior flexibilidade e poderes ao Concedente. Sucede, porém, que tal prazo é supletivo (e não imperativo), uma vez que o n.º 1 do artigo 59.º do RJCA estabelece “*salvo se outro prazo for fixado no contrato*”. Nesta conformidade, não se justifica modificar o regime vigente.

Em qualquer caso, a regra legal deve assegurar pagamento de indemnização adequada e justa à Concessionária em caso de resgate, como é próprio de um Estado de Direito.

A problemática da indemnização a pagar à Concessionária merece reflexão.

- Proposta: ponderar no n.º 5 do artigo 59.º do RJCA se a limitação da indemnização se deve restringir aos benefícios da antecipação dos ganhos previstos, ou se deve ser mais abrangente, considerando que a Concessionária também deixará de executar o contrato com supressão de riscos inerentes (o que pode ser valorizado). Para além disso, ponderar a introdução de regras específicas de valorização das indemnizações, face às particularidades deste contrato.

Nessa linha, ponderar igualmente a introdução de um novo artigo com vista a regular uma eventual indemnização no caso de resolução por justa causa do contrato pela Concessionária. Na ausência de norma, a Concessionária terá direito a uma indemnização nos termos gerais de direito (danos emergentes e lucros cessantes), a qual deverá ser adaptada e objeto de regulação específica, face à existência de fluxos financeiros muito relevantes. Em princípio, a solução deverá ser idêntica à do resgate (regulada no n.º 5 do artigo 59.º do RJCA).

Neste momento, o regime apenas prevê um caso específico de indemnização – no caso de resgate da concessão – o que é insuficiente e cujo montante poderá ser demasiado elevado. Assim, propõe-se uma revisão desta parte do regime, tornando-o mais equilibrado num duplo sentido. Por um lado, deverá prever-se expressamente a possibilidade de resolução pela Concessionária com base no incumprimento do contrato pelo Concedente e a consequente possibilidade de indemnização da Concessionária (neste momento apenas se prevê expressamente para o caso de resgate). Por outro lado, neste género de contratos a

possibilidade de indemnização pelos lucros cessantes (isto é, pelos *cash flows* futuros) pode ser demasiadamente penalizadora para as entidades públicas. É verdade que a lei já prevê que o ganho financeiro da antecipação da indemnização deva ser descontado. Porém, como se referiu, a indemnização pelos lucros cessantes pressupõe que a Concessionária conseguirá sempre (ano após ano) explorar o serviço ou a obra pública de acordo com o respetivo caso base, mas sem correr os riscos inerentes dessa exploração. Ora, antecipando-se o pagamento do lucro cessante, também se deverá deduzir àquela o facto de a Concessionária não estar exposta a qualquer risco (porque o contrato cessou). Naturalmente, em concreto, é difícil calcular o montante que deva corresponder ao facto de a Concessionária deixar de estar exposta a riscos, pelo que se poderá pensar em alternativas (por exemplo, fixar um número de anos que são indemnizáveis). Por último, parece-nos que este regime tanto poderia ser aplicável no caso de resgate como de incumprimento do contrato pelo Concedente, sendo um regime uno de responsabilidade, o que o torna mais simples.

X. RESOLUÇÃO DO CONTRATO [ALÍNEA G) DO N.º 1 DO ARTIGO 160.º]

Ponderar a supressão da alínea g) do n.º 1 do artigo 60.º do RJCA, já que não parece fazer sentido o que mero decurso do prazo máximo do sequestro seja causa de resolução.

As vicissitudes inerentes ao sequestro estão reguladas no artigo 58.º e não se percebe a lógica subjacente à norma da alínea g) do n.º 1 do artigo 60.º.

XI. CONCEITO DE TERCEIROS (ARTIGO 61.º)

Esclarecer, no artigo 61.º, que por “terceiros” se entende os utentes da concessão e não os operadores que contratem com a Concessionária, sob pena de se poder interpretar que o mecanismo se traduz numa caução do Concedente para entidades privadas empresariais que contratem com a Concessionária, ao invés de uma proteção para os utentes (que parece ser a finalidade prosseguida pela norma).

XII. OUTRAS CONCESSÕES

Ponderar se se justifica o regime previsto no artigo 63.º do RJCA, que prevê a aplicação subsidiária do regime geral das concessões de obras públicas e das concessões de serviços públicos às concessões de exploração de bens do domínio público. Admite-se que, em grandes concessões de exploração do domínio público, a equiparação se compreenda e faça sentido. Porém, uma remissão genérica implicaria que também concessões muito simples (um quiosque, por exemplo, ou pequenos

bares ou restaurantes de apoio) estivessem sujeitas a um regime muito complexo, o que seria desproporcional, conforme referido no parágrafo seguinte.

Ponderar, em geral, a introdução de um regime mais flexível para concessões simples, propondo-se o recurso a um critério misto entre o prazo da concessão (por exemplo até 5 anos) e o valor da mesma (inferior a um determinado montante), e a aplicação apenas dos princípios gerais das concessões a estes contratos. Sugere-se, ainda, a recondução das concessões de exploração de bens no domínio público *supra* referidas a este regime legal simplificado, sempre que se observe o critério misto de prazo e valor reduzidos da concessão.

XIII. ARTICULAÇÃO ENTRE AS POSIÇÕES DO CONCEDENTE E DAS ENTIDADES FINANCIADORAS

Ponderar a articulação entre a posição do concedente e das entidades financiadoras (artigos 30.º, 58.º, n.º 4 e 60.º, n.º 2 do RJCA). Da conjugação destas disposições legais parece poder retirar-se que se privilegia as entidades financiadoras antes de o Concedente fazer o *step-in*, o sequestro ou resolver o Contrato, devendo as mesmas ser previamente notificadas. No entanto, não se concretiza para que efeitos se notifica as entidades financiadoras (por exemplo, para exercer os seus direitos com prioridade sobre o Concedente), nem se estabelece um prazo limite para estas exercerem os seus direitos.

XIX. CONTRATOS DE EMPREITADA CELEBRADOS POR CONCESSIONÁRIAS DE OBRAS PÚBLICAS (ARTIGO 66.º)

Ponderar a lógica subjacente ao artigo 66.º do RJCA. Trata-se de empreitadas privadas que terão um regime de direito público. Se, por um lado, se percebe que aplicação de um regime de direito privado resultará num poder de facto desproporcionado da Concessionária sobre o empreiteiro (levando a que a Concessionária tenda a transferir todos os seus riscos para os empreiteiros que não terão outra alternativa) e que se pretenda que os executantes de um contrato publico sejam protegidos; por outro lado, impor uma regulação de direito público a um contrato entre privados, por regra não deve ser admissível.

Remete-se, quanto a este aspeto, para ponderação da questão global apresentada no Tema B – Âmbito Subjetivo.

E.4. EMPREITADAS

I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES DE NATUREZA FORMAL

O diploma prevê, como partes do contrato de empreitada, o Empreiteiro e o Dono da Obra¹⁴. No entanto, em algumas normas, a segunda figura aparece identificada como “dono **de** obra” e, em outras normas, a mesma figura surge com a designação de “dono **da** obra”.

- o Proposta: ainda que se trate de um aspeto de natureza puramente formal, sem qualquer influência na interpretação e aplicação do diploma, não se verifica a sempre preferível coerência terminológica, pelo que seria conveniente proceder à uniformização das referidas referências.

O n.º 2 do artigo 69.º do RJCA faz corresponder o conceito de obra pública a “qualquer trabalho de construção, conceção e construção, reconstrução, ampliação, alteração, reparação, conservação, reabilitação, limpeza, restauro, adaptação, beneficiação, e demolição de bens imóveis, executados por conta do dono da obra”. Ou seja, neste artigo, obra é entendida enquanto trabalho, atuação, atividade. Sucede que, ao longo do diploma, a expressão obra é frequentemente utilizada como o produto final dos trabalhos executados pelo Empreiteiro¹⁵.

- o Proposta: Neste caso, a falta de coerência terminológica pode induzir interpretações dispares tanto do diploma em análise, como dos contratos de empreitada celebrados ao seu abrigo. Seria, assim, recomendável assentar numa definição única de obra, por referência, por exemplo, ao resultado dos trabalhos executados ao abrigo do contrato de empreitada, reservando a sua utilização para os casos em que se pretenda fazer referência a esse resultado.

Em termos gerais, poderiam ser assumidos os seguintes conceitos, para adoção coerente no diploma:

- a) Trabalhos - tarefas ou atividades integradas no objeto inicial (ou adicionados posteriormente), cuja execução cabe ao Empreiteiro no âmbito da materialização do contrato;
- b) Obra - produto final dos trabalhos;
- c) Empreitada - contrato de que resulta a obrigação dos trabalhos pelo empreiteiro, tendo em vista a edificação da obra, mas que abrange um amplo leque de direitos e obrigações (relativos às responsabilidades, ao regime de remuneração, à penalização pelo incumprimento, ao prazo de garantia, etc).

II. AS RECLAMAÇÕES DO EMPREITEIRO: PRAZO DE CADUCIDADE

¹⁴ Cfr. artigo 70.º do RJCA.

¹⁵ Cfr. a título de exemplo, os artigos 147.º, n.º 1, 171.º e 173.º

O RJCA consagra, em geral, prazos para o empreiteiro reclamar determinados direitos que se afiguram desproporcionalmente curtos, e o seu não cumprimento tem como consequência a caducidade de tais direitos. Veja-se os seguintes exemplos.

O artigo 188.º do RJCA estabelece o seguinte: *“1. Se o dono da obra praticar ou der causa a facto de que resulta maior dificuldade na execução da empreitada, com agravamento dos encargos respetivos, tem o empreiteiro direito ao ressarcimento dos danos sofridos, sem prejuízo do disposto na alínea e) do artigo 193º. 2. O direito previsto no número anterior caduca no prazo de 30 (trinta) dias a contar do evento que o constitua ou do momento em que o empreiteiro dele tome conhecimento, sem que este apresente reclamação dos danos correspondentes nos termos do número seguinte, ainda que desconheça a extensão integral dos mesmos. 3. A reclamação é apresentada por meio de requerimento no qual o empreiteiro deve expor os fundamentos de fato e de direito e oferecer os documentos ou outros meios de prova que considere convenientes.”*

O artigo 198.º do RJCA, por sua vez, estabelece o seguinte: *“1. O cumprimento ou o acatamento pelo empreiteiro de qualquer decisão tomada pelo dono da obra ou pelos seus representantes não se considera aceitação tácita da decisão então cumprida ou acatada. 2. Todavia, se dentro do prazo de 10 (dez) dias a contar do conhecimento da decisão, o empreiteiro não reclamar ou não formular reserva dos seus direitos, a decisão considera-se aceite.”*

Como bem aponta a ACEC, com a previsão de prazos que, considerando a complexidade e a dinâmica associada a uma empreitada de obra pública, se revelam demasiado curtos, os empreiteiros de pequena dimensão terão dificuldades acrescidas e, em nosso entender, irrazoáveis, para acompanharem e cumprirem tais prazos. É evidente que um empreiteiro de maior dimensão estará munido de uma estrutura interna musculada e apta a acompanhar o cumprimento dos prazos; o que não acontecerá no caso de empreiteiros de pequena e média dimensão, para os quais esse acompanhamento e cumprimento dos prazos se revelará extremamente difícil. Para além do reduzido prazo que é facultado ao empreiteiro para apresentar tais reclamações, o não cumprimento desses prazos terá como consequência a caducidade do direito (não) reclamado, o que torna mais dramática a previsão do regime atualmente em vigor.

Ademais, os Empreiteiros de maior dimensão assumirão cautelas redobradas, dimensionando-se de modo a apresentar reclamações, sucessivamente, de 30 em 30 dias (para evitar o risco de perda de direitos), o que fomenta significativamente a litigiosidade no decurso da execução da relação contratual.

- o Proposta: Assim sendo, sugere-se que sejam ponderadas outras soluções neste âmbito, alternativas às caducidades que ora vigoram, e que constituam alternativas justas e realistas. Se se concluir que o regime da caducidade deverá manter-se, será, então, de ponderar o alargamento dos prazos.

III. GARANTIAS DE IMPARCIALIDADE

Do ponto de vista sistemático, as matérias da imparcialidade e impedimentos deveriam estar reguladas na disciplina referente à formação do contrato, ao invés de se encontrarem previstas na parte destinada à regulação da execução do contrato, conforme sucede no atual RJCA, por força do n.º 1 do seu artigo 74.º. De resto, não parece que, do ponto de vista material, existam especificidades na empreitada de obras públicas que justifiquem um regime autónomo de imparcialidades e impedimentos face aos demais contratos administrativos.

A propósito deste tema, temos presente a sugestão da Ordem dos Engenheiros no sentido da aprovação de um código de conduta específico que discipline a relação entre a Entidade Adjudicante/Dono da Obra e o Empreiteiro.

A isenção, a imparcialidade e a probidade exigidas na relação entre a Entidade Adjudicante e o Empreiteiro são, contudo, as mesmas que regem os demais contratos regulados no RJCA, não existindo particularidades no quadro das empreitadas de obras públicas que justifiquem a previsão de um regime específico.

Por outro lado, quer o CCP (no que tange à formação dos contratos administrativos) quer o RJCA (no que concerne ao conteúdo e à execução dos contratos administrativos) preveem um conjunto de princípios e normas que visam regular as situações abrangidas por esses diplomas de modo razoável, justo e equilibrado. O presente diagnóstico inventaria soluções legais que, no quadro de diferentes matérias, podem ser objeto de melhoria e aprofundamento, tendo em vista a elevação do nível geral do regime legal aplicável nestes domínios.

Para além disso, cada entidade pode adotar códigos de conduta para reger comportamentos, com vocação ética e aplicação interna, mas já fora do plano jurídico a que diz respeito este diagnóstico.

Também a obrigação ali prevista de atuar com isenção, imparcialidade e não discriminação resulta já dos princípios gerais do direito administrativo que devem nortear a atividade de toda a administração e não apenas ou especificamente nos casos das empreitadas de obras públicas. Também por isso faz sentido a acima referida inserção sistemática.

Em qualquer caso, sempre se dirá que o n.º 1 artigo 74.º do RJCA está formulado em termos amplos e pouco densificados. Tal formulação justificar-se-á pela remissão expressa que é feita para a lei geral sobre impedimentos, escusa e suspeição dos titulares de órgãos públicos, bem como de funcionários da administração.

Não obstante o referido a respeito do n.º 1 do artigo 74.º do RJCA, cumpre transmitir a nossa concordância relativamente ao n.º 2 do mesmo artigo, atendendo a que, do nosso ponto de vista, a entidade ou as pessoas que asseguram a elaboração do projeto podem não reunir as condições de distanciamento e objetividade que são exigíveis ao fiscal da obra, por manifesto conflito de interesses. Neste âmbito, não se pode concordar com a posição sustentada pela ASA no sentido de

não existirem razões que justifiquem a manutenção da incompatibilidade prevista no n.º 2 do artigo 74.º do RJCA. Com efeito, embora se reconheça as vantagens associadas ao conhecimento que o projetista previsivelmente tem do projeto, não se pode olvidar o manifesto conflito de interesses associado à cumulação da função de elaboração do projeto com a de fiscalização da sua implementação.

Ademais, a ENAPOR defende que uma empresa que tenha sido preterida no procedimento de contratação pública para a formação do contrato de empreitada de obra pública em causa deve ficar igualmente impedida de participar no procedimento concursal para contratualização do fiscal. Ainda que se compreenda as razões subjacentes a tal entendimento, será de ponderar se uma solução como esta não restringe injustificadamente a concorrência entre os operadores económicos.

IV. PROJETO

Questão sensível é a da delimitação do objeto do contrato de empreitada de obra pública por referência ao projeto de execução (aqui entendido enquanto conjunto de peças escritas e desenhadas que definem as características da obra e o conjunto de trabalhos a executar pelo Empreiteiro). Naturalmente que tal delimitação, por via legal, do objeto do contrato de empreitada, necessariamente em termos gerais e abstratos, não visa esgotar a definição contratual do tema, mas antes conformar esta mesma definição. Referimo-nos aqui, fundamentalmente, às empreitadas de execução, ou seja, sem conceção por parte do Empreiteiro, com especial relevância para os contratos por preço global. Mas não só, conforme se referirá adiante, porquanto a questão do projeto e da sua concretização assume igualmente relevância, embora numa perspetiva diferente, nas empreitadas de conceção e construção e nas empreitadas por série de preços.

O CCP, no seu artigo 46.º, a propósito dos documentos do procedimento relativos a contratos de empreitada de obras públicas e de concessão de obras públicas, faz referências, embora genéricas, às exigências do projeto, estipulando-se que os seus elementos escritos e desenhados "*devem definir, com adequada suficiência, as características da obra e as condições técnicas da sua execução, devendo designadamente indicar a qualidade dos materiais a aplicar, o volume dos trabalhos a executar, a natureza do terreno, o traçado geral e os pormenores construtivos*". Já no RJCA não são dadas quaisquer pistas normativas adicionais no que se refere ao conteúdo do projeto.

Parece, contudo, evidente - porquanto está em causa o elemento fundamental de delimitação dos direitos e obrigações das partes - a relevância do tema.

Do ponto de vista concetual, visando o contrato de empreitada de obra pública a execução (ou a conceção e execução) de uma obra, afigura-se que o projeto será o elemento incontornável para a definição do objeto da prestação do Empreiteiro, seja do ponto de vista das atividades a serem desenvolvidas, seja do respetivo resultado (a obra em sentido estrito).

É por referência ao projeto que são definidas as atividades a desenvolver e o resultado contratualizado. Não esqueçamos que, na empreitada, por definição e do ponto de vista concetual, o resultado que o Dono da Obra pretende adquirir é a edificação da obra, mas o objeto do contrato corresponde a um conjunto de trabalhos (dirigidos àquele resultado), que devem ser rigorosamente definidos.

- o Proposta: Assim, afigura-se absolutamente crítico ponderar consagrar, legislativamente, a importância do projeto, enquanto elemento verdadeiramente definidor e delimitador do objeto do contrato de empreitada.

Ora, para que o projeto possa atingir um tal desiderato, é essencial que este seja tecnicamente adequado ao efeito, apresentando-se completo, rigoroso, detalhado e exaustivo, por forma a permitir que as partes saibam exatamente o que vai ser construído, e para que o Empreiteiro possa saber, aquando da elaboração da sua proposta (que será um documento contratual), quais os requisitos técnicos aplicáveis, e quais os meios a mobilizar para executar os trabalhos, qual o prazo de execução e, sempre importante, qual o preço a propor, com integral conhecimento do objeto do contrato. As indefinições ao nível do projeto comportam enormes riscos, potenciando derrapagens financeiras, dilação de prazo, trabalhos a mais, reclamações e, no limite, litigiosidade que poderia ser, em grande medida, evitada. Com efeito, é importante sublinhar que o projeto delimita o objeto do contrato de empreitada, ou seja, define os trabalhos a executar pelo Empreiteiro.

Nesta conformidade, se o procedimento é suportado por um projeto que ainda não tenha sido devidamente desenvolvido (encontrando-se em fase prematura ou intermediária), ou por um projeto deficiente, esse é, ainda assim, o elemento definidor do objeto contratado. Por imperativos técnicos, tal projeto terá de ser, necessariamente, revisto, completado e/ou melhorado no decurso da execução do contrato, o que se traduzirá, em princípio, na ampliação do objeto (trabalhos a mais), na suspensão dos trabalhos ou ineficiência dos meios de produção afetos aos trabalhos, com consequentes revisões do plano de trabalhos e do prazo da obra, com todas as perturbações associadas.

Nestes casos, prejudica-se, a um tempo, a concorrência (já que era suposto colocar a concurso o projeto completo, e não apenas um esboço ou uma peça defeituosa, pelo que os concorrentes não tiveram a oportunidade de apresentar proposta tendo por referência o que veio a ser realizado), e o interesse público, (atendendo a que os gastos públicos, e o tempo necessário à execução da obra, seriam seguramente inferiores num cenário em que estivesse tudo definido à partida, e sujeito à concorrência).

Malgrado o exposto, não é possível encontrar, quer no CCP, quer no RJCA, quer ainda no restante ordenamento jurídico Cabo-verdiano, indicações claras e tecnicamente suportadas que descrevam

as várias fases da elaboração de um projeto e o respetivo conteúdo, por referência aos diferentes tipos de obra.

- Proposta: Não fará, naturalmente, sentido que tal matéria, de natureza e detalhe técnico, seja objeto de regulação no próprio CCP. Contudo, seria de todo recomendável que o fosse autonomamente. Seria, assim, de ponderar regular autonomamente o objeto do projeto, regulamentando o artigo 46.º do CCP (ou outro que venha a substituí-lo)¹⁶, abordando, entre outros aspetos, as exigências e requisitos das várias fases da sua elaboração e do próprio projeto de obra pública, contribuindo, assim, para um resultado mais rigoroso, detalhado e tecnicamente sustentado, esteja a elaboração deste a cargo do Dono da Obra ou do Empreiteiro. Não se desconhecem as desvantagens em termos de técnica jurídica do recurso a definições normativas, mas, no caso em apreço, mais do que procurar um conceito de projeto, seria importante definir as fases e procedimentos subjacentes à sua elaboração e o conteúdo do output final de cada fase. Seria igualmente de ponderar e definir os elementos que, quando necessários, deverão acompanhar o projeto (designadamente estudos geológicos, estudos geotécnicos, estudos ambientais, entre outros). O importante é lograr-se um projeto de execução completo, apto a permitir o início da obra.
- Proposta: Ainda no sentido de um maior rigor na elaboração do projeto e em prol de um resultado mais preciso, seria igualmente de ponderar a possibilidade de se prever a obrigatoriedade de revisão do projeto, por entidade distinta devidamente habilitada para o efeito, quando estejam em causa obras de maior complexidade e/ou valor, ou ainda com carácter inovatório. Adicionalmente, pode igualmente ser concebido um sistema de avaliação global dos projetos de empreitadas de obras públicas (peças escritas desenhadas e medições) e sua implementação, por um organismo competente, com recurso a técnicos qualificados e especialmente experientes, no quadro da regulação, que incidisse sobre a fase de execução dos contratos.

Note-se que as considerações supra valem, com as devidas adaptações, para os casos em que seja o Empreiteiro a realizar o projeto base. Ou seja, devendo a Entidade Adjudicante “definir com exatidão os objetivos e as características fundamentais da obra concursada, que integram os termos de referência” seria igualmente recomendável a regulação do conteúdo mínimo dos termos de referência, por forma a conferir maior exatidão, rigor e delimitação à prestação do Empreiteiro, neste caso consubstanciada na elaboração do projeto base. Quanto ao mais, sendo o Empreiteiro a elaborar o projeto, senão por maioria, pelo menos por identidade de razão, seria igualmente relevante que a sua elaboração obedecesse às fases supra referidas e apresentasse o conteúdo mínimo pré-definido em função da obra.

¹⁶Esta foi a solução encontrada, por exemplo, no ordenamento jurídico português.

A correta definição dos termos do projeto contribui, igualmente, para a complexa reflexão sobre a responsabilidade pelas deficiências do projeto. Dir-se-á que tal responsabilidade, aparentemente omissa no ordenamento jurídico cabo-verdiano por força da revogação do DL n.º 54/2010 (artigos 36.º a 38.º do DL n.º 54/2010), resultaria sempre das regras gerais da responsabilidade civil. Contudo, do ponto de vista pedagógico, afigurar-se-ia de ponderar a reintrodução de regras que permitam deixar claro as esferas de responsabilidade de cada uma das Partes intervenientes na relação jurídica de empreitada: o Dono da Obra e o Empreiteiro¹⁷.

V. CONCURSOS DE CONCEÇÃO/CONSTRUÇÃO

O CCP admite expressamente a empreitada de conceção-construção. Não resulta, contudo, claro da redação da lei se, por um lado, existem restrições ao recurso a este tipo de empreitada e, em caso afirmativo, quais são essas restrições. Com efeito, o artigo 47.º do CCP refere que a entidade adjudicante deve definir nos documentos do procedimento, os objetivos que deseja atingir, quando se trate de obras de complexidade técnica e elevado grau de especialização. Caso seja pretendido que a empreitada de conceção seja uma exceção, tal deverá ser expressamente consagrado, definindo as situações em que se poderá recorrer à mesma.

A título de exemplo, essas situações poderão ser não apenas a já referida complexidade dos processos construtivos, mas também os casos em que se pretenda vincular o Empreiteiro a uma obrigação de resultado ou que a especialização exigida aos concorrentes justifique ser o próprio a elaborar o projeto.

- o Proposta: Um modelo alternativo passaria por dar-se total liberdade ao Contraente Público de optar, caso a caso, se é mais conveniente para o interesse público uma empreitada de projeto e construção ou apenas de construção.

Do nosso ponto de vista, este será o melhor modelo. Não parece ser de delimitar, na Lei, as situações em que o Dono da Obra deva recorrer ao formato de conceção construção. Deverá ser o Dono da Obra a ponderar, em cada situação, se deve ou não adotar tal formato, tendo em especial atenção as vantagens e desvantagens do mesmo, designadamente as seguintes:

- a) **Vantagens**: possibilidade de escolha de diferentes soluções de projeto, associadas às correspondentes construções; vinculação do Empreiteiro ao projeto.
- b) **Desvantagens**: Menor poder de conformação completa do projeto; redução da potencial concorrência (nem todos os Empreiteiros têm a capacidade de investir no projeto, sem qualquer garantia de retorno)

¹⁷ A responsabilidade do projetista face a um desses intervenientes opera separadamente ao nível de uma relação jurídica distinta.

Importa também deixar uma nota quanto às implicações de o anteprojeto feito pelo concorrente em fase de concurso ser, após a adjudicação, desenvolvido para um projeto de execução pelo adjudicatário, incluindo os eventuais impactos que tal poderá ter em termos de preço da empreitada, designadamente por força do instituto de trabalhos a mais. Nesta sede, recomenda uma vez mais a prudência que as regras sejam claras, por forma a manter estáveis elementos essenciais do contrato como seja o preço.

Com efeito, partindo do pressuposto que os termos de referência que substituíram o projeto e o Caderno de Encargos numa fase inicial do concurso sejam idóneos à definição dos objetivos e características fundamentais da obra concursada (como devem ser nos termos da lei e poderá ser reforçado em regulamentação avulsa), que o projeto base adjudicado obedeça a esses termos de referência e que, finalmente, o projeto de execução seja desenvolvido tendo em consideração o projeto base, não se descortinam motivos para que daí resulte um qualquer direito de compensação por parte do Empreiteiro, em especial por força do regime de trabalhos a mais, no caso de uma empreitada por preço global (como deve sempre ocorrer, em empreitadas de conceção-construção).

Cumpre, nesta matéria, clarificar o sentido do n.º 3 do artigo 47.º do CCP, que determina que “Adjudicado um projeto base, deve ser este considerado pelo Empreiteiro para a elaboração do projeto de execução”. O desenvolvimento do projeto base, introduz necessariamente, em maior ou menor dimensão, modificações ao conjunto de trabalhos a executar, relativamente às previsões emanadas do projeto base.

- o Proposta: Tendo por referência uma questão que surge amiúde nesses contratos, será recomendável introduzir norma que estabeleça que as modificações ao objeto, que resultem da passagem do projeto base para o projeto de execução, não têm efeitos ao nível da remuneração do Empreiteiro. Nesta conformidade, o Dono da Obra fica protegido de eventuais erros ou estratégias do Empreiteiro, que pudessem ser explorados na passagem do nível “Base” para o nível “Execução”, como fundamento para trabalhos a mais, modificações do planeamento, e outras pretensões do Empreiteiro.

Na solução para que se aponta, em que o Empreiteiro assume os riscos inerentes ao desenvolvimento do projeto, os trabalhos que tiverem de ser aditados ao projeto não dão origem a remuneração, mas os trabalhos que puderem ser suprimidos (naturalmente, com salvaguarda pela configuração da obra e pela segurança dos trabalhos) não geram reduções do preço contratado.¹⁸ Por outro lado, o risco que o Empreiteiro assumirá, nessa solução, é limitado ao desenvolvimento do projeto. Se o Dono da Obra, no quadro da análise que fizer, impuser a introdução de novos trabalhos (não necessários, em sede de

¹⁸ Faz-se notar que o Dono da Obra detém sempre a prerrogativa de aprovar o projeto de execução, pelo que terá sempre a faculdade de não aprovar a supressão de trabalhos que possam prejudicar a fisionomia da Obra ou a segurança na execução dos trabalhos.

desenvolvimento do projeto), terá de assegurar a respetiva remuneração e os demais efeitos ao nível do planeamento dos trabalhos e prazo da obra.

É fortemente recomendável que em todos os casos em que a conceção seja do Empreiteiro (conceção-construção e variantes) o regime da remuneração seja o de preço global. A razão dessa recomendação é simples: se o regime for o da série de preços, o Empreiteiro poderá enganar-se nas medições do projeto, involuntária ou intencionalmente, criar a aparência de um preço competitivo na fase de concurso, e ver o preço corrigido (para mais) no decurso da execução do contrato pela própria mecânica do regime de remuneração. Naturalmente, tal situação colide frontalmente com as regras da sã concorrência e fere os interesses do Dono da Obra, que se sentirá defraudado, na medida em que terá de pagar um preço superior ao constante do contrato de empreitada, em resultado de erros da responsabilidade do Empreiteiro. Daí a recomendação de que em todos os casos de conceção pelo Empreiteiro deva ser aplicado o regime de preço global.

O regime constante dos n.ºs 3 e 4 do artigo 48.º do CCP, que admite a aplicação do regime série de preços a uma variante, e só se as partes chegarem a acordo a adoção do preço global – deveria ser revisto à luz da recomendação feita no ponto anterior.

VI. CONSIGNAÇÃO DA OBRA

De acordo com o estabelecido na parte final do artigo 81.º do RJCA, pode o Dono da Obra, no ato de consignação, facultar ao Empreiteiro as peças escritas ou desenhadas complementares do projeto. Conforme referido anteriormente, o projeto é um elemento essencial à delimitação do objeto do contrato de empreitada e das obrigações do Empreiteiro, motivo pelo qual deve ser tecnicamente correto e estar suficientemente detalhado por forma a permitir a apresentação da proposta pelo Empreiteiro, a celebração do contrato de empreitada e, sobretudo, a execução da obra.

Não é, por isso mesmo suposto ou sequer desejável, que o Dono da Obra faculte “elementos complementares do projeto” na consignação, pois o projeto deverá já estar completamente definido na fase de formação do contrato e não apenas aquando da sua execução. Tal possibilidade abre a porta a posteriores dificuldades na execução do contrato, seja ao nível da definição dos trabalhos, do prazo e do preço, que não são recomendáveis e que poderão ser em grande medida evitadas com uma definição de todos os elementos do projeto necessários à execução da empreitada na fase de formação do contrato.

- o Proposta: Talvez fosse, assim, de ponderar uma referência à disponibilização não só dos locais da obra, mas também de todos os elementos que, nos termos estipulados do contrato, sejam necessários para o início dos trabalhos.

O artigo 83.º, no seu n.º 3 do RJCA estabelece que *“Se, dentro do prazo referido no n.º 1, não estiverem ainda na posse do Dono da Obra todos os terrenos necessários para a execução dos trabalhos, faz-se a consignação logo que essa posse seja adquirida”*. Por sua vez, o n.º 1 do artigo 84.º parece apontar para a possibilidade de, em casos como este, haver lugar a uma consignação parcial, *“desde que esteja assegurada a posse dos restantes em tempo que garanta a não interrupção da obra e o normal desenvolvimento do plano de trabalhos.”*

- o Proposta: Assim sendo, faria sentido o n.º 3 do artigo 83.º incluir uma referência expressa à hipótese prevista no n.º 1 do artigo 84.º - isto é, da redação do n.º 3 do artigo 83.º passaria a constar a expressão *“sem prejuízo do disposto no n.º 1 do artigo 84.º”*, por forma a incluir a hipótese de ser feita uma consignação parcial naqueles casos.

VII. EXECUÇÃO DOS TRABALHOS

Relativamente aos trabalhos preparatórios e acessórios, regulados no artigo 109.º do RJCA, estabelece-se que é obrigação e encargo do Empreiteiro a montagem, a construção, a desmontagem, a demolição e a manutenção do estaleiro (cfr. n.º 1 e al. a) do n.º 2) e que, por sua vez, o Dono da Obra é responsável pelos encargos relativos a essa montagem, construção, desmontagem e demolição (cfr. n.º 4), numa formulação contraditória. O que parece resultar de uma leitura articulada destas duas normas é que embora recaia sobre o Empreiteiro a obrigação de montagem, construção, desmontagem, demolição e manutenção do estaleiro, o custo associado a tais operações recairá sobre o Dono da Obra, por prevalência da norma especial do n.º 4 do artigo 109.º. No entanto, a redação e a sistematização destas normas, que resultam numa colisão que tem de ser resolvida pela prevalência do n.º 4 em matéria de encargos, não abonam a favor da técnica legislativa, carecendo de uma melhor articulação.

De resto, e no que ao n.º 4 diz respeito, não se afigura que se trate verdadeiramente de uma questão de o custo de estaleiro dever ser considerado um encargo do Dono da Obra, mas antes uma questão de saber como o respetivo custo deve ser considerado para efeitos de preço. Com efeito, o custo de estaleiro não deixará de integrar o preço da empreitada a ser submetido por via da proposta na fase de formação do contrato. Trata-se apenas de definir, criando regras específicas, a forma como esse custo deverá ser discriminado e integrado no preço da empreitada e pago pelo Dono da Obra (preço unitário a ser pago de acordo com a percentagem de trabalho que tenha sido executado).

- o Proposta: Assim, poderá ser ponderado o pagamento desses encargos no momento em que os mesmos sejam suportados, e não em função das percentagens de trabalhos executadas.

O artigo 113.º do RJCA consagra um regime legal específico para materiais a aplicar na obra que sejam provenientes da exploração de pedreiras, saibreiras, areiros ou semelhantes. É de notar que o n.º 2 do artigo 113.º preceitua que *“nos casos em que o local de extração dos materiais seja*

definido em documento contratual, o Empreiteiro suportará quaisquer custos inerentes à aquisição desses materiais, salvo estipulação em contrário.”; no mesmo sentido, estabelece o n.º 5 do mesmo artigo que “nos casos em que o local de extração da pedra não seja definido em documento contratual, o Empreiteiro suportará os custos inerentes à aquisição dos materiais, salvo estipulação em contrário”. Por um lado, talvez fosse de ponderar a junção, numa só disposição, dos dois números, uma vez que a consequência jurídica é a mesma em ambos os casos. Por outro lado, e quanto ao n.º 5 do artigo 113.º, acreditamos que o legislador tenha incorrido num erro de escrita, senão vejamos: ao referir-se “o local de extração da pedra” está a excluir-se do âmbito da norma a extração em saibreiras, areeiros e semelhantes, ficando sem resposta a questão sobre quem suportará os custos nestes casos; para além do facto de, em rigor, o que se extrai não é a pedra, mas sim os materiais (no caso, pedras).

- Proposta: Faria sentido, isso sim, que a norma estabelecesse que “nos casos em que o local de extração dos materiais não seja definido em documento contratual, o Empreiteiro suportará os custos inerentes à aquisição dos materiais, salvo estipulação em contrário” e, bem assim, condensar numa só disposição o previsto nos números 2 e 5 do artigo 113.º do RJCA.

VIII. SUSPENSÃO DOS TRABALHOS

Segundo o artigo 131.º do RJCA, da suspensão dos trabalhos por facto não imputável ao Empreiteiro nasce o direito de o Empreiteiro ser indemnizado, quando a suspensão for promovida pelo Dono da Obra; no entanto, entendemos que haverá também direito do Empreiteiro a ser indemnizado, quando a suspensão seja promovida pelo próprio, com justa causa, ou seja, desde que a suspensão não se fique a dever a um facto imputável ao Empreiteiro, este deverá ser indemnizado independentemente de quem promova tal suspensão.

- Proposta: Tal hipótese deveria, assim, ser expressamente incluída na norma em análise.

A solução prevista no n.º 6 do artigo 132.º do RJCA revela-se violadora do princípio da proporcionalidade e das regras e princípios modeladores da responsabilidade contratual. Em primeiro lugar, a remissão do n.º 6 para a primeira parte do número anterior surge de forma errada; na verdade, tudo indica que a intenção do legislador parece ser a de remeter, isso sim, para a primeira parte do n.º 4 do mesmo artigo. Ademais, a suspensão dos trabalhos por motivo imputável ao Empreiteiro dá direito ao Dono da Obra resolver o contrato, tendo como consequência a perda para o Empreiteiro do depósito de garantia e das quantias retidas. Ora, tal consequência revela-se desproporcional, por não atender à medida dos danos que resultaram para o Dono da Obra em razão da suspensão dos trabalhos.

- o Proposta: Ao invés de uma perda “automática” de cauções e de quantias retidas, parece mais adequado admitir compensações e acionamento de cauções em função dos danos sofridos.

O n.º 1 do artigo 134.º do RJCA estabelece que em caso de suspensão total não imputável ao Empreiteiro, nem decorrente da própria natureza dos trabalhos previstos, os prazos do contrato e do plano de trabalhos considerar-se-ão prorrogados (apenas) por período igual ao da suspensão. Entendemos que fica a faltar nesta norma uma solução idêntica, no resto, à prevista no n.º 2 do artigo 20.º – de facto, nesta norma prevê-se que, à prorrogação por período igual ao tempo que os trabalhos estiveram suspensos, acrescerá ainda o prazo estritamente necessário à organização de meios e execução de trabalhos preparatórios ou acessórios com vista ao recomeço da execução.

- o Proposta: Acompanhando a posição sustentada pela ACEC, sugere-se a harmonização dos regimes nesta matéria, devendo aplicar-se à suspensão total dos trabalhos no âmbito do contrato de empreitada de obras públicas uma solução idêntica à prevista no n.º 2 do artigo 20.º do RJCA. De facto, pela própria natureza do contrato, da sua complexidade e das prestações a ele associadas, o contrato de empreitada de obras públicas reclama o referido prazo necessário à reorganização de meios e execução de trabalhos preparatórios tendentes ao recomeço da execução da obra.

IX. MODIFICAÇÕES OBJETIVAS, MODIFICAÇÃO DO PREÇO E TRABALHOS COMPLEMENTARES

O artigo 135.º do RJCA procede à concretização do que são trabalhos a mais no âmbito das empreitadas de obras públicas. Revela-se, contudo, recomendável ponderar a adoção de uma definição mais precisa e clara das situações em que são autorizados os trabalhos a mais. Note-se que esta é uma matéria especialmente sensível, onde se digladiam tradicionalmente, de forma particularmente intensa, o interesse público, por um lado, de garantir a introdução de melhorias e alterações que materializem novas orientações, ou representem acréscimos qualitativos da obra, com recurso aos Empreiteiros e meios que já se encontram em obra, da forma mais expedita e flexível possível, e, por outro lado, os princípios basilares do direito administrativo da concorrência, da transparência e da igualdade, que são avessos à alteração do objeto contratual definido na fase de formação do contrato. Conforme referido na Diretiva n.º 07/2019 da ARAP: “Por um lado, está em causa a tutela de interesses privados (atribuição de igualdade de oportunidades ao mercado); por outro, a tutela de interesses públicos (a competição entre operadores de mercado maximiza a eficiência das condições contratuais obtidas pela Administração). Como sempre que existem situações de interesses e direitos conflitantes, as soluções a adotar devem ser proporcionais e equilibradas, por forma a assegurar que nenhum é eliminado e desconsiderado.

- o Proposta: Dito isto, e com base nos já referidos princípios da transparência, da concorrência e da igualdade, admite-se que a solução base, ou seja, aquela que deve ser expressamente adotada como regra, seja a da mudança de Empreiteiro, nos casos em que exista necessidade de se executarem trabalhos complementares, (ou seja, trabalhos não integrados no objeto do contrato, mas que sejam necessários à edificação pretendida); isto é, havendo necessidade de se executarem trabalhos complementares deverá ocorrer lançamento de um novo procedimento contratual para o efeito, tendo em vista nova contratação. Esta será a regra; no entanto, se estiverem verificados determinados requisitos, que devem estar clara e taxativamente estabelecidos, poderá haver lugar a trabalhos a mais.

De forma tentativa, admite-se que possam ser considerados trabalhos a mais (cuja quantidade ou espécie não estejam previstas no objeto do contrato, e sejam ordenados no decurso da sua execução) os trabalhos que cumulativamente assumam as seguintes características:

- a) Os trabalhos que se tenham tornado necessários à execução da obra na sequência de uma circunstância imprevista; note-se que propomos a inclusão das circunstâncias imprevistas, porquanto não correspondem às circunstâncias imprevisíveis, não sendo sinónimos. *Grosso modo*, as circunstâncias não previstas resultam do simples facto do trabalho a ordenar não se encontrar previsto no Caderno de Encargos, em sentido amplo; já as circunstâncias imprevisíveis, embora se tratem igualmente de trabalhos que não estavam previstos e que se revelam essenciais à conclusão da obra ou da sua funcionalidade, resultam de circunstâncias que não poderiam ser previstas para quem agisse diligentemente. A formulação proposta confere maior flexibilidade ao Dono da Obra e não fica sujeita à muitas vezes complexa e controversa aplicação do concerto indeterminado “*imprevisível*”.
- b) Os trabalhos que não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem graves inconvenientes para o Dono da Obra. Note-se que propomos, assim, a omissão da última parte da alínea b) do n.º 1 do artigo 135.º do RJCA (“(...) *embora separáveis, sejam estritamente necessários à conclusão da obra.*”), por entendermos que introduz uma abertura demasiado ampla ao regime.
- c) O valor dos trabalhos a mais não exceda, de forma acumulada, uma determinada percentagem do *preço contratual inicial*. Na versão atualmente em vigor, este terceiro requisito está previsto no n.º 2 do artigo 135.º do RJCA; no entanto, veja-se que na redação atual estabelece-se que deverá ser descontado o valor dos trabalhos a menos. Ao serem descontados os trabalhos a menos permite-se que o Dono da Obra possa, deliberadamente, “*manipular*” o objeto do contrato, ordenando que determinados trabalhos deixem de ser realizados e, em seu lugar, ordene trabalhos a mais, de outra espécie – o que comporta o risco de existir uma verdadeira alteração do objeto do contrato, na sua essência ou

estrutura básica. Assim, propõe-se que o valor dos trabalhos a menos não seja descontado e que as referidas percentagens tenham por referência o preço contratual inicial.

O tema dos trabalhos a mais tem necessariamente de ser relacionado com o disposto do artigo 39.º do CCP que regula as circunstâncias em que, independentemente do valor do contrato, é possível o recurso ao ajuste direto; mais concretamente com a alínea f) do n.º 1 e com o n.º 2, que define a possibilidade de ajuste direto em caso de trabalhos complementares, verificados que estejam os determinados requisitos. Ora, se se confrontar os requisitos dos trabalhos a mais com os dos trabalhos complementares, conclui-se que as diferenças se resumem essencialmente ao seguinte:

- a) Para efeitos de trabalhos a mais faz-se apenas referência a não terem sido incluídos no contrato, enquanto que para efeitos de trabalhos complementares fala-se em não terem sido contemplados no contrato ou no projeto inicial – verdadeiramente não se alcança a razão de ser desta nuance;
- b) Para efeitos de trabalhos a mais, fala-se em circunstâncias imprevistas, enquanto que para efeitos de trabalhos complementares se fala de circunstâncias imprevisíveis – aqui já parece fazer sentido a distinção. Na verdade, e na senda do entendimento da ARAP vertido na sua Diretiva n.º 07/2019, os trabalhos complementares são admitidos quando em causa estão circunstâncias imprevisíveis, ao passo que o que fundamenta e admite os trabalhos a mais são circunstâncias imprevistas.
- c) Enquanto que, para efeitos de trabalhos complementares, se exige que os mesmos não possam ser técnica ou economicamente separados do contrato inicial, nos trabalhos a mais admite-se que possam ser separáveis desde que *sejam estritamente necessários à conclusão da obra*.
 - o Proposta: Nesta sede remete-se para o *supra* exposto quanto à sugestão de eliminação desta possibilidade nos trabalhos a mais, por ser demasiado abrangente.
- d) Os trabalhos a mais só podem ser ordenados se não ultrapassarem, descontado o valor dos trabalhos a menos, 25% do preço contratual, sendo que poderá haver lugar à adjudicação direta de trabalhos complementares desde que não seja ultrapassado 70% do valor do contrato inicial. Relativamente a este último ponto, parece-nos importante proceder a uma reflexão sobre o resultado da conjugação dos dois artigos e, sobretudo, da sua cumulação.
 - o Proposta: Com efeito, nada parece obstar a que, verificados os respetivos requisitos, que em grande medida são inclusivamente idênticos, um Dono da Obra cumule o recurso aos trabalhos a mais com o recurso ao ajuste direto, acabando por “adjudicar” ao mesmo

Empreiteiro mais 112,5%¹⁹ de trabalhos face ao preço contratual, situação ainda agravada se considerarmos que para a contabilização dos trabalhos a mais serão ainda descontados os trabalhos a menos – tal resultado perverso é igualmente apontado pela ARAP.

Ora, embora se reconheça as vantagens que um tal regime pode importar, designadamente em termos de eficiência, de flexibilidade, de orçamento e até de garantias de obra (porquanto será o mesmo Empreiteiro a assumir responsabilidade pela totalidade dos trabalhos, evitando-se desresponsabilizações mútuas), parece-nos que deverá ser devidamente ponderada a sua amplitude, em especial a resultante da elevada percentagem de trabalhos a mais e trabalhos complementares que de esta forma poderá ser alcançada em prejuízo dos princípios da concorrência, da transparência e da igualdade.

Ademais, e em consonância com o raciocínio que acabámos de expor, não podemos concordar com o entendimento avançado pela ASA segundo o qual se deve eliminar o limite de 70% para os trabalhos complementares, bem como com o entendimento proposto pela ENAPOR, segundo o qual o montante poderá mesmo atingir 100% do valor do contrato inicial.

A Ordem dos Engenheiros refere que a legislação existente não impõe um valor máximo de acréscimo que um determinado contrato pode ter, o que induz derrapagens financeiras.

Quanto a este aspeto, há considerações a fazer.

Desde logo, o RJCA impõe uma percentagem máxima de trabalhos a mais, com a nuance de poder ser deduzido o valor dos trabalhos a menos, nos termos já analisados.

Por outro lado, caso se pretenda, ao fazer referência ao valor do contrato, incluir o custo total final que um contrato possa vir a ter, designadamente não só devido a trabalhos a mais que ocorram mas também em virtude de indemnizações a que haja lugar, não parece admissível, à luz dos princípios estruturantes do Estado de Direito, que se possa fixar, por via legislativa, um teto máximo de variação do custo de um contrato de empreitada (ou de qualquer outro contrato administrativo). Com efeito, podem ocorrer, no quadro da execução de um contrato administrativo, factos que originem prejuízos, e que constituam, nessa medida, fundamento de direitos indemnizatórios. Num Estado de Direito, o fundamento e o valor de indemnizações que possam ser peticionadas pelos particulares deve ser devidamente aferido caso a caso, em função das normas aplicáveis e dos factos relevantes, não sendo admissível que o legislador imponha, à partida e em abstrato, um teto máximo para o contrato que possa “limitar” tais indemnizações.

A ponderação desta temática leva a sublinhar, também neste contexto, a relevância do projeto. Se o projeto for dotado das características exigíveis (completo e rigoroso), não serão necessárias

¹⁹ 25% dos trabalhos a mais no quadro do contrato 1+70% como preço do contrato 2 + 25% de trabalhos a mais no quadro do contrato 2.

margens amplas ao nível dos trabalhos a mais e dos trabalhos complementares, para acomodar contratualmente a necessidade de introdução de trabalhos adicionais na fase de execução; se, pelo contrário, o projeto for incipiente ou deficiente, tais margens serão necessárias. É de sublinhar, neste ponto, que a redução significativa das percentagens contempladas na lei para a adjudicação de trabalhos complementares não resolve os potenciais problemas do Dono da Obra. No caso de o projeto ser incipiente ou deficiente e o Dono da Obra tiver de adjudicar mais trabalhos, e tiver de lançar concursos públicos para o efeito, terá de lidar com uma sucessão de problemas: suspender o contrato 1; lançar o procedimento do contrato 2; indemnizar o Empreiteiro do contrato 1; eventualmente lidar com a coexistência de dois Empreiteiros na zona da obra, o que pode dificultar a imputação de responsabilidades a cada um deles.

Justifica ainda uma nota a hipótese de o Dono da Obra identificar trabalhos cuja execução é necessária, mas que se não enquadram na noção ou nos limites legais por que se regem os trabalhos a mais e os trabalhos complementares. A ARAP refere essa hipótese na Diretiva n.º 07/2019, de 11 de outubro, não resultando, contudo, claras as referências feitas a preço base. Nesse caso, o que parece importante sublinhar é que o Dono da Obra terá de adjudicar tais trabalhos no quadro do CCP, recorrendo ao procedimento adequado, e aplicando as regras pertinentes.

Por último, o n.º 3 do artigo 135.º do RJCA adota a expressão “*trabalhos a mais*” de forma imprecisa, pois se em causa estão trabalhos que irão ser objeto de outro contrato, ao abrigo dos artigos 39.º, n.º 1, alínea f) e 39.º, n.º 2 do CCP, tais trabalhos configuram verdadeiramente “*trabalhos complementares*”.

- o Proposta geral: Face às considerações supra, sugere-se que as soluções neste âmbito sejam devidamente ponderadas tendo em conta, de modo global e articulado, as exigências feitas relativamente ao projeto, e o equilíbrio adequado entre a conservação do objeto inicial e a necessidade de introdução de modificações ao objeto do contrato, com determinado grau de flexibilidade.

X. TRABALHOS A MAIS (OBRIGAÇÃO DE EXECUÇÃO)

O regime da obrigação de execução de trabalhos a mais, a possibilidade de recusa pelo Empreiteiro, e as consequências dessa recusa, constantes dos artigos 137.º, revelam alguma complexidade e deficiência de formulação, designadamente quanto à possibilidade de emissão de uma nova ordem de execução de trabalhos a mais, e do critério que conduz à decisão de emitir, ou não, essa segunda ordem, relacionado com a recusa do Empreiteiro de executar os trabalhos a mais ser perentória ou não, caso o Dono da Obra recuse a reclamação do Empreiteiro (n.º 3 do artigo 137.º).

- o Proposta: Sugere-se, nesta sede, que seja adotada uma formulação mais clara.

XI. TRABALHOS A MAIS (FORMALIZAÇÃO)

De acordo com a Diretiva n.º 07/2019 da ARAP a “formalização escrita” prevista no artigo 140.º pode ser feita através de uma adenda ao contrato. É verdade que isso pode acontecer, mas é importante frisar que o artigo 136.º/1 do RJCA exige apenas uma ordem escrita acompanhada pelos elementos elencados nesse texto legal. Por conseguinte, o requisito legal é o de ordem escrita, e não necessariamente adenda ao contrato, e esta pode ser considerada uma formalização subsequente, de que não dependem os efeitos de uma ordem de trabalhos a mais e que não deve obstar aos pagamentos que sejam devidos, sob pena de haver lugar a juros de mora.

Se o Dono da Obra optar por ordenar os trabalhos a mais através de adenda, deve estar ciente das consequências para as quais a ARAP alerta na referida Diretiva: pode, com isso, dar azo a atraso na execução dos trabalhos, sendo certo que essa situação pode ser fonte de extensão do prazo da obra e até de pedidos indemnizatórios por parte do Empreiteiro.

A Ordem dos Engenheiros realça o facto de a ordenação de trabalhos a mais, com a consequente alteração do preço do contrato, não ser objeto de publicitação. A este respeito, remetemos para o que ficou dito no **ponto XII do tema E.2.** deste Relatório, a propósito do artigo 24.º do RJCA.

O artigo 24.º do RJCA prevê a publicitação de atos administrativos do Contraente Público ou os acordos entre as partes que impliquem quaisquer modificações objetivas do contrato e representem valor acumulado superior a 15% (quinze por cento) do preço contratual.

Não se identifica especificidade no contrato de empreitada de obras públicas que justifique um regime autónomo de publicitação da alteração do preço, pelo que será de aplicar, nesta matéria, o referido artigo 24.º do RJCA, inserido no regime de modificações objetivas do contrato constante da Parte Geral, aplicável aos contratos administrativos integrados no âmbito subjetivo deste diploma.

XII. ERROS E OMISSÕES

O regime dos erros e omissões suscita dúvidas e questões, quer devido à sua complexidade, como em razão da importância que assume em sede de imputação de riscos e de equilíbrio contratual. Importa referir que, em termos gerais, o regime previsto no artigo 141.º do RJCA se afigura essencialmente razoável e equilibrado ao nível dos deveres de deteção dos erros e omissões, embora seja omissivo em matérias relevantes e necessite de afinações.

Impõem-se, assim, quatro considerações essenciais: (i) de um modo geral o Empreiteiro só deverá estar obrigado a detetar erros e omissões do projeto do Dono da Obra na estrita medida em que fosse expectável que um Empreiteiro experiente o fizesse e num momento em que já tenha tido oportunidade de analisar todos os dados relevantes para o efeito; (ii) o regime previsto no artigo 141.º deverá estabelecer as consequências do não cumprimento dos prazos de reclamação por erros e omissões do projeto ao nível dos custos dos trabalhos de suprimento, ponderando, devidamente, os riscos que é razoável cada parte assumir; (iii) será de ponderar que essas consequências sejam

partilhadas, diferenciando-se os custos relativos ao suprimento do erros ou omissões do projeto dos custos acrescidos que uma reclamação tardia desses erros possa importar; e (iv) será ainda de ponderar o estabelecimento das consequências ao nível da prorrogação do prazo de execução da obra que daí resultem. Vejamos com mais detalhe.

Em primeiro lugar, entende-se que será de manter o prazo previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 141.º, a contar da consignação, para o Empreiteiro reclamar dos erros e omissões de quantidades; pois, será de assumir que, nessa altura, em que já houve adjudicação, em que já decorreu a fase de preparação de obra e a obra já foi consignada, o Empreiteiro tenha já tido a possibilidade de analisar o projeto e aferir se o mesmo padece de erros de cálculos, erros materiais e outros erros e omissões no mapa de medições, por se verificarem divergências entre este e o que resulta das restantes peças do procedimento. Entendemos que é uma solução equilibrada, pois nesta altura já é expectável que o Empreiteiro tenha verificado se aquelas quantidades do projeto são compatíveis com o projeto a executar.

Já no que se refere à alínea a) do n.º 1, temos mais reservas quanto à bondade do regime. Com efeito, não é certo que, num determinado prazo após a consignação, o Empreiteiro tenha tido necessariamente oportunidade / obrigação de identificar divergências entre as condições locais existentes e as previstas no projeto ou entre os dados em que o projeto se baseia e a realidade, que tenham estado na origem de erros e omissões do projeto relativos à natureza e quantidade do trabalho. É certo que o n.º 2 do artigo 141.º prevê a possibilidade de reclamação ulterior, num prazo de 10 dias subsequentes à respetiva verificação, contra erros e omissões de projeto que cuja descoberta seja exigível em momento ulterior.

- o Proposta: Para esta situação (erros e omissões passíveis de verificação já na dinâmica da execução do contrato), talvez fosse mais equilibrado ponderar estabelecer a obrigação de reclamar de erros e omissões dessa natureza [os da alínea a)] num determinado prazo (30 dias) após os mesmos serem suscetíveis de ser detetados por um Empreiteiro diligente.

No regime atualmente em vigor não se encontra, contudo, a previsão expressa da responsabilidade decorrente do incumprimento dos prazos ali estabelecidos. A interpretação corrente é a de que se o Empreiteiro não reclama contra erros e omissões de projeto nos termos legalmente previstos, perde o direito à remuneração dos trabalhos necessários ao seu suprimento (a norma do n.º 5 do artigo 77.º do RJCA joga em favor dessa interpretação).

- o Proposta: Nestes casos – das alíneas a) e b) do n.º 1 – entende-se que deverá distinguir-se entre os custos que emergem da ocorrência do referido erro ou omissão, dos custos acrescidos que emergem de a reclamação ser feita tardiamente pelo Empreiteiro, isto é, fora de prazo legal previsto para o efeito. Assim, cada parte assumirá os riscos da sua própria atuação e suportará os custos das suas próprias ações ou omissões. Esta parece

ser a solução mais equilibrada e que melhor distingue as esferas de atuação das partes e inerentes riscos.

Alternativamente, e numa perspetiva de maior responsabilização do Empreiteiro e de simplificação do regime, evitando cálculos que podem ser difíceis de fazer, poderá ponderar-se atribuir a este, em caso de incumprimento dos prazos de reclamação, a responsabilidade por 50% dos trabalhos (ou medições) de suprimento desses erros e omissões, independentemente de os prejuízos terem ou não sido agravados por esse incumprimento. Isto porque, ainda que se aceite que o Empreiteiro estava obrigado a detetar tais erros, certo é que o Dono da Obra, enquanto responsável pela elaboração do projeto, estava, ele próprio, obrigado a não os ter cometido - ele ou os projetistas contratados para o efeito. Nessa hipótese, os riscos imputados ao Dono da Obra no quadro do regime Preço Global, decorrentes da aplicação das regras constantes do n.º 6 do artigo 77.º e o n.º 5 do artigo 141.º do RJCA, deveriam ser também limitados a 50%, por razões de simetria e de equilíbrio.

Em segundo lugar, importa evidenciar que podem existir erros ou omissões que só possam ser detetados na fase de execução dos trabalhos; estes são erros que o próprio Dono da Obra também não os podia antecipar - assumindo, mais uma vez, que foi ele o responsável pela elaboração do projeto. Estes são erros ou omissões que o projeto tem, mas que o Empreiteiro só os consegue detetar quando está a executar os trabalhos, ao constatar um conjunto de circunstâncias que de facto tornam o projeto inviável nos seus termos originais. Nestes casos, deverá recair sobre o Empreiteiro o dever de identificar e reclamar tais erros e comunicá-los ao Dono da Obra, num determinado prazo, na estrita medida em que seja exigível ao Empreiteiro que identifique tais erros ou omissões de projeto, por serem patentes no momento da execução dos trabalhos; e não executar o projeto mal, e depois pretender ser ressarcido, ou parte da obra ter de ser demolida ou refeita. Não se afigura desrazoável o Empreiteiro ser responsável por erros ou omissões que no momento de execução dos trabalhos possam por ele ser detetados no quadro da preparação e da realização dos trabalhos.

- o Proposta: Nessa medida, obviamente que deverá ficar previsto um prazo para o Empreiteiro reclamar desses erros (15 dias), a contar do momento em que os mesmos foram, ou deveriam ter sido detetados pelo Empreiteiro, sob pena de arcar com uma percentagem dos custos desses trabalhos (por hipótese, 50%).

Por fim, entende-se que, em princípio, existirão consequências ao nível do prazo de execução da obra decorrentes da reclamação de erros ou omissões.

- o Proposta: Nesta sede, tenha ou não o Empreiteiro identificado atempadamente o erro ou omissão do projeto, se aquele erro ou omissão tiver impacto na execução dos trabalhos e for necessário prorrogar o prazo, sempre era algo que deveria estar contemplado *ab initio*,

por isso faz, em princípio, sentido que haja lugar a prorrogação de prazo. Claro que se o incumprimento do prazo para reclamar do erro ou omissão por parte do Empreiteiro tiver agravado os impactos sobre os prazos contratuais, tal prorrogação não deveria ocorrer na estrita medida desses impactos.

XIII. REVISÃO DE PREÇOS

A norma do n.º 1 do artigo 146.º do RJCA, relativa ao tema da revisão de preços, estabelece que o preço fixado no contrato para os trabalhos de execução da obra é obrigatoriamente revisto nos termos contratualmente estabelecidos e *de acordo com o disposto em lei*. Mais se estabelecendo que, na falta de tal estipulação, será aplicável a fórmula tipo estabelecida para obras da mesma natureza constantes de lei. Prosseguindo-se com a referência a indicadores económicos sujeitos a publicação, a serem utilizados na revisão dos preços.

Sucedem que, até ao momento, não foi ainda publicada qualquer legislação relativa à revisão de preços, designadamente que estabeleça formas de revisão que possam ser utilizadas supletivamente na falta de estipulação contratual, muito menos estão criadas condições operacionais para que possa funcionar, de forma uniforme e efetiva, um mecanismo da revisão de preços.

Torna-se, assim, premente pôr fim a esta omissão legislativa, para que não permaneça uma obrigatoriedade de revisão de preços das empreitadas sem existirem, *ab initio*, os mecanismos legais e operacionais para o efeito. Pois, na verdade, a ausência de lei que especificamente preveja um mecanismo de revisão de preços adequado à realidade cabo-verdiana, tem conduzido à adoção de soluções *ad hoc* encontradas pelas partes, que contribuem para resultados bastante heterogéneos, aleatórios e rodeados de incerteza e insegurança jurídica. Com efeito, ao que sabemos, tornou-se prática corrente o recurso a mecanismos, fórmulas e índices para efeitos de revisão ordinária de preços provenientes de outros ordenamentos jurídicos, em especial, e por razões históricas, o português. Ora, apesar de tal solução ser expressamente consentida pelo ordenamento jurídico cabo-verdiano²⁰, desde que haja acordo das partes, a verdade é que a mesma não é minimamente desejável, porquanto absolutamente alheia da realidade de Cabo Verde, podendo conduzir a resultados injustos tanto para o Contraente Público como para o Contraente Privado; isto porque, os mecanismos de revisão ordinária do preço não têm necessariamente de conduzir a um aumento do preço, podendo mesmo levar à sua redução.

Em face do exposto, uma **primeira alternativa** seria a de pôr fim ao instituto da revisão ordinária de preços enquanto mecanismo obrigatório, prevendo-se apenas a possibilidade de o mesmo ser

²⁰ Cfr. n.º 5 do artigo 146.º

contratualmente estipulado. Esta solução não nos parece, contudo, defensável, pois conduziria a um resultado injusto para as Partes.

Com efeito, ao contrário de outras figuras legais que visam preservar ou repor o equilíbrio contratual entre o Dono da Obra e o Empreiteiro, a revisão de preços não é motivada por circunstâncias anormais, excepcionais ou extraordinárias, mas é uma decorrência normal e necessária do efeito, na execução contratual, da evolução do mercado da construção ao longo do tempo. Com a revisão de preços, pretende-se que estes acompanhem sempre os movimentos estruturais de mercado, nos aspetos que influenciem os custos dos meios envolvidos na execução das obras públicas, representando-os no preço, de forma a preservar o equilíbrio contratual que foi querido e assumido pelas partes. Além disso, a revisão de preços não é contingente, mas obrigatória, devendo atender-se ao que dispõe o contrato e a lei.

A revisão de preços garante a manutenção, ao longo da execução do contrato, dos pressupostos económicos que presidiram à elaboração e apresentação da proposta pelo Empreiteiro. Assim, a revisão de preços confronta os custos das principais especialidades da obra ao tempo da apresentação das propostas com aqueles que vigoram no momento da execução dos trabalhos, adequando o preço a pagar pelo Dono da Obra à nova realidade económica.

A revisão de preços pretende, assim, por um lado, garantir que os Empreiteiros não assumem, economicamente, mais responsabilidades do que aquelas que assumiram com a apresentação da proposta. Mas, por outro, também pretende assegurar que os Empreiteiros não colhem, economicamente, mais benefícios do que aqueles que previam com a apresentação das propostas. Assim, a revisão de preços funciona tanto “para mais”, como “para menos”, quer aumentando os preços, quer reduzindo-os, neutralizando-se as variações de custos verificadas na dinâmica da execução (muitas vezes prolongada no tempo) dos trabalhos integrados no objeto da empreitada.

Uma **segunda alternativa** seria a de se prever a obrigatoriedade de ser contratualmente estipulado um mecanismo de revisão de preços. Esta via resolveria o problema da omissão legislativa, uma vez que esta omissão deixaria de existir por força da eliminação da remissão para um regime legal de revisão ordinária de preços. Parece-nos, no entanto, que esta via não resolve o problema de fundo e que é o da falta de mecanismos, fórmulas e índices de atualização gerados e publicados especificamente para o efeito pelas entidades competentes, evitando-se o recurso, ainda que por força do contrato, a soluções indesejáveis provenientes de outros ordenamentos jurídicos.

Uma **terceira hipótese** (e a ideal) seria a de se criar, em termos legais, um mecanismo geral de revisão ordinária de preços, que pudesse ser aplicado de forma transversal a todos os contratos na falta de estipulação contratual. No entanto, a formulação e manutenção de tal mecanismo pressupõe a existência de entidades dotadas de capacidades técnicas que permitam a definição dos índices a ser considerados e a sua monitorização, o que deverá ser devidamente avaliado e ponderado aquando da opção por uma solução.

Por fim, e em **alternativa às soluções apresentadas**, seria igualmente de ponderar a hipótese de se definir um índice de atualização de preços, a que se pudesse lançar mão na falta de estipulação contratual, a escolher de entre os já existentes e publicados em Cabo Verde. Esta possível via pressupõe, uma vez mais, uma articulação com as entidades responsáveis por tais índices por forma de averiguar da sensibilidade, fiabilidade e adequação dos mesmos à revisão ordinária de preços das empreitadas.

Pelo que se expôs, o certo é que a adoção de mecanismos de revisão de preços *ad hoc*, como vem sendo a regra, resulta em soluções insatisfatórias e promove uma insegurança jurídica indesejável.

XIV. CONTROLO DE CUSTOS

O artigo 148.º do RJCA estipula, sob a epígrafe “*Controlo de Custos*”, o seguinte: “*O Dono da Obra não pode autorizar a realização de trabalhos a mais previstos no artigo 135.º decorrentes de erros ou omissões do mesmo, variantes ou alterações de projeto, de alterações do plano de trabalhos, ou quaisquer outras alterações, quando se preveja que o valor acumulado global durante a execução do contrato exceda 25% (vinte e cinco por cento) do preço contratual*”.

Pergunta-se: quais as finalidades prosseguidas pelo texto normativo transcrito? Qual o seu efeito útil?

Aparentemente, este artigo pretende proibir a adjudicação de trabalhos a mais no seio do contrato de empreitada quando se preveja que o seu somatório exceda 25% do preço contratual. O que é que tal preceito acrescenta ao regime do artigo 135.º?

Antes de mais, recorda-se que o artigo 135.º define no seu n.º 1 os trabalhos a mais (“*são aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato*”), e fixa um valor limite para esses trabalhos a mais, que são aditados ao objeto inicial do contrato, nos termos regulados no n.º 2 desse mesmo artigo 135.º, cujas regras foram objeto de análise supra. É à luz do regime do artigo 135.º que são limitados os poderes, conferidos ao Dono da Obra, de ordenar a adição de trabalhos ao objeto inicialmente contratado.

Feita a análise dos diversos segmentos do texto do artigo 148.º do RJCA, conclui-se que os mesmos ou são redundantes, ou são injustificados.

Os trabalhos a mais podem decorrer de várias circunstâncias (iniciativa do Dono da Obra; variante proposta pelo Empreiteiro; erros e omissões contemplados na alínea a) do artigo 141.º do RJCA; decisão de o Dono da Obra alterar a configuração da obra, melhorar as suas funcionalidades, ou qualquer outro motivo que não erros ou omissões de projeto). Tais circunstâncias são irrelevantes em termos de regime. Tratando-se de trabalhos a mais, aplica-se o regime do artigo 135.º,

independentemente da sua origem ou motivação. Neste sentido, não se extrai, dos referidos textos constantes do artigo 148.º do RJCA, qualquer efeito útil.

Por outro lado, parece inútil a referência a “*trabalhos a mais (...) decorrentes (...) de alterações de projeto*”. Na realidade, é assim por definição (contida no n.º 1 do artigo 135.º do RJCA): os trabalhos a mais representam um acréscimo relativamente ao projeto (objeto) inicial. Dito de outro modo, sem alteração do projeto não há trabalhos a mais. Por conseguinte, o texto em análise nada acrescenta.

Por último, a referência a “*trabalhos a mais (...) decorrentes (...) de alterações de alterações ao plano de trabalhos*” não parece fazer sentido. Com efeito, tendo por referência o conceito de plano de trabalhos vertido no artigo 90.º do RJCA, não é concebível que da modificação desse plano (ou programação de tarefas) resultem trabalhos a mais. Nesta conformidade, este segmento será de desconsiderar, por manifesta carência de um sentido útil.

- o Proposta: Face ao exposto, propõe-se a supressão do artigo 148.º do RJCA, por duas razões: dele não se extrai qualquer sentido útil ou regras que não estejam já vertidos no artigo 135.º do RJCA; de todo o modo, a existência desse artigo pode dar origem a dúvidas, a más interpretações, e a litígios, fomentadas por uma redação menos feliz.

XV. SUBCONTRATAÇÃO

Relativamente à figura da subcontratação, o n.º 4 do artigo 149.º do RJCA estabelece que às subempreitadas mediatas ou subseqüentes aplicar-se-á igualmente o limite de 75% do valor da obra, previsto no n.º 3. Aplicar-se-á ainda às subempreitadas subseqüentes as regras gerais de subcontratação previstas na Parte Geral do RJCA. Ora, esta aplicação em bloco de todas as regras e limites relativos à subempreitada “originária” às subempreitadas posteriores ou subseqüentes deverá ser devidamente ponderada.

- o Proposta: Em especial, deverá ser analisada e ponderada a bondade da aplicação do referido limite de 75% às subempreitadas subseqüentes.

É certo que sempre deverá ficar salvaguardado um volume mínima de trabalhos a ser obrigatoriamente executado pelo próprio Empreiteiro, fazendo todo o sentido que, por isso, se imponha um limite máximo à subcontratação – sob pena de o Empreiteiro se tornar em um (mero) gestor ou coordenador do contrato. No entanto, essa finalidade é atingida ao ser imposto o referido limite, *ab initio*, ou seja, no primeiro grau de subcontratação. As subcontratações subseqüentes, designadamente no que à percentagem de trabalhos a subcontratar diz respeito, apenas têm relevo nas relações privadas entre os subempreiteiros com os (sub)subempreiteiros ou, quando muito, nas relações entre estes últimos e os Empreiteiros. Caberá aos (sub)empreiteiro(s), nestes casos, selecionarem/definirem livremente quais os trabalhos que pretendem subcontratar,

independentemente da sua quantidade, pois esta já ficou balizada ou limitada desde o início, no quadro da subempreitada de primeiro grau (entre o Empreiteiro e o subempreiteiro), por força do atualmente estabelecido no n.º 3 do artigo 149.º do RJCA. O mesmo se diga relativamente à remissão em bloco para a Parte I do RJCA, percebendo-se mal a imposição das regras dos contratos administrativos a contratos de natureza privada, a celebrar entre duas entidades privadas.

Note-se ainda que o n.º 6 do artigo 149.º do RJCA apresenta uma redação no todo idêntica à da norma prevista no artigo 151.º do RJCA, pelo que as duas normas deverão ser unificadas numa só norma, por imperativos de coerência.

XVI. ADIANTAMENTOS E PRAZO DE EXECUÇÃO

O artigo 168.º do RJCA, relativo aos adiantamentos que o Dono da Obra faz ao Empreiteiro, prevê um regime taxativo – cfr. o seu n. 8 –, o que não permitiria a possibilidade de serem feitos adiantamentos fora das hipóteses ali configuradas.

No entanto, a prática revela-nos que em Cabo Verde, no contexto de contratos de empreitadas de obras públicas, a regra é da previsão de adiantamentos iniciais *tout court*, ainda que nem sempre se encontrem reunidos os pressupostos previstos no artigo 168.º. Nesse sentido, a ACEC esclarece que se tornou uma prática normalizada estabelecer-se um adiantamento inicial ao Empreiteiro de valor equivalente a 20% do preço da obra.

Como tal, seria de ponderar a adequação do regime à realidade do terreno e às necessidades que aí se verificam no mercado de Cabo Verde, sem naturalmente descuidar a proteção dos interesses do contraente público.

- o Proposta: Não nos parece, assim, de excluir uma previsão que permitisse sempre ao Dono da Obra prever contratualmente um adiantamento, naturalmente até um limite que seja legalmente previsto, e ainda que fora dos casos previstos no artigo 168.º. Pelo menos nos casos em que os adiantamentos fossem feitos fora das situações previstas no artigo 168.º, seria prudente a previsão de garantias adequadas, a serem prestadas pelos Empreiteiros, designadamente garantias bancárias à primeira solicitação ou seguro caução com idênticas características, dando-se, assim, a necessária liquidez ao Empreiteiro e acautelando-se a posição do Dono da Obra – o que, reitera-se, já se revela na prática.

Na verdade, no mercado de obras públicas cabo-verdiano constata-se amiúde que os Empreiteiros carecem de receber adiantamentos para obterem a liquidez necessária para cumprirem as prestações iniciais no contexto de uma empreitada – como é exemplo a montagem do estaleiro e a encomenda de materiais.

- o Proposta: Em consequência do que fica dito, será de ponderar uma alteração ao artigo 82.º do RJCA: na redação atualmente em vigor, o artigo 82.º estabelece que o prazo fixado no contrato para a execução da obra começa a contar a partir da data da consignação, quando outra não for especialmente expressa no contrato; ora, tal alteração seria no sentido de o prazo de execução da obra passar a contar-se da data da consignação ou do pagamento do adiantamento, consoante o que ocorresse em último lugar.

Sempre poderá defender-se, no entanto, que a redação atual do artigo 82.º já permite às partes estabelecerem contratualmente que o prazo para a execução da obra inicie a sua contagem de outra data (que não a da consignação), por exemplo, a partir da data de pagamento do adiantamento – como oportunamente realça a ARAP nos seus comentários à Versão Preliminar do Estudo. De todo o modo, tendo em consideração a realidade do mercado local e a capacidade financeira das empresas nacionais (que justifica, em determinados casos, a concessão de adiantamentos para fazer face aos custos iniciais), e a já identificada prática recorrente de se estabelecer um adiantamento em determinada percentagem do preço contratual, será de ponderar, reitera-se, a introdução de uma previsão legal expressa, aplicável no caso de se conceder adiantamento, de o prazo de execução da obra começar a contar a partir da consignação ou do momento do pagamento do adiantamento (o que ocorrer mais tarde).

Caso as entidades competentes reconheçam que esta sugestão é pertinente, será justificado que a mesma se reflita no RJCA (e não deixada ao critério das entidades adjudicantes), consagrando-se assim, em geral, uma solução que se considera justa.

XVII. DA RECEÇÃO E LIQUIDAÇÃO DA OBRA

O artigo 171.º do RJCA dispõe que a receção provisória será necessariamente antecedida da realização de uma vistoria. Ora, nos termos dos números seguintes, se por virtude das deficiências encontradas a obra não estiver em condições de ser recebida deverá ser exarado auto de não receção, especificando essas deficiências e o prazo para a respetiva correção. O Dono da Obra tem, neste caso, a faculdade de fazer receção provisória da parte dos trabalhos que estiver em condições de ser recebida. Se, por outro lado, se verificar pela vistoria realizada que a obra está no seu todo ou em parte em condições de ser recebida, deverá ser lavrado o competente auto considerando-se efetuada em toda a extensão da obra que não apresente deficiências. Pretende a ACEC que recaia sobre o Dono da Obra a obrigação de receber a obra caso esta esteja apta a ser utilizada, ainda que apresente defeitos. Com efeito, o critério do legislador, fazendo referência à circunstância de a obra se encontrar (ou não) apta a ser recebida é conclusivo, não permitindo tirar ilações quanto às circunstâncias em que o Dono da Obra pode recusar a receção provisória. Acresce que os elementos legislativos disponíveis são algo contraditórios: por um lado refere-se que a vistoria se destina a verificar se as obrigações contratuais e legais do Empreiteiro estão cumpridas de forma *integral e perfeita*; por outro refere-se que o auto de não receção é assinado quando, por virtude das

deficiências encontradas, não seja possível proceder à receção da obra, o que tem implícito que não será qualquer deficiência que obsta a essa receção. Coloca-se aqui a questão de saber se o critério a adotar para se aferir se a obra está “em condições de ser recebida” é a existência de deficiências ou defeitos na mesma ou, como pretende a ACEC, a sua aptidão para ser utilizada para os fins a que se destina. Uma coisa é certa, se o Dono da Obra pretender utilizá-la tem de promover a sua receção, à luz da regra consagrada no n.º 5 do artigo 173.º do RJCA.

- o Proposta: A possibilidade de introduzir expressamente na lei, como propõe a ACEC, uma obrigação de o Dono da Obra receber a obra – desde que esta esteja em condições de ser utilizada e não obstante apresente pequenos defeitos, e ainda que estes venham a ser corrigidos – constitui uma solução que aparenta ser dotada de justiça intrínseca. Teria, de todo o modo, de se atender a dois aspetos: (i) ponderar se o Dono da Obra deveria ter a faculdade, nessa hipótese, de definir, a priori (no Caderno de Encargos), as condições mínimas de utilização da Obra; e (ii) seria sempre salvaguardado o direito do Dono da Obra de exigir a reparação de defeitos (e as consequências do incumprimento), uma vez que as vistorias tendentes à receção provisória não visam apenas verificar a aptidão da obra, mas também o cumprimento das demais obrigações do Empreiteiro, legais ou contratuais.

A este propósito, a ARAP, em comentário à Versão Preliminar do Estudo, identificou um efeito perverso que, no entendimento dessa instituição, a previsão das condições mínimas de utilização da obra no Caderno de Encargos poderia introduzir: o conhecimento *ab initio* das condições mínimas necessárias à utilização da obra e que obrigam o Dono da Obra à receção da mesma, legitimaria um cumprimento defeituoso do contrato.

Os Consultores têm uma leitura diferente. Como ponto de partida, recorda-se que o que foi proposto foi que fosse prevista a obrigatoriedade de receção se a obra estivesse em condições de utilização, tendo como referência a aptidão aos fins a que se destina, num cenário em que os defeitos não fossem materialmente relevantes e não impedissem a utilização da obra nesses termos. Note-se ainda que o conceito “*aptidão da obra ao fim a que se destina*” é indeterminado, devendo ser densificado caso a caso, em função das circunstâncias; de facto, as condições mínimas de aptidão de um hospital, de uma escola, de uma ponte, ou de uma estrada, são diferentes. O que é determinante da aceitação é a confirmação da aptidão para utilização de cada uma dessas estruturas, apesar dos defeitos que possam existir.

Esclarece-se, assim, que não foi sugerido que o Dono da Obra fosse obrigado a aceitar uma “obra defeituosa”, mas sim que o fosse quando a obra fosse globalmente apta e funcional, apesar da existência de defeitos.

A sugestão feita radica na convicção de que em determinadas circunstâncias, considerando as exigências inerentes à execução da obra, a sua aptidão funcional, e a irrelevância

material dos defeitos, poderá ser considerada excessiva a exigência de reparação integral dos defeitos antes da aceitação. De resto, cumpre registrar que o artigo 173.º/1 do RJCA já prevê a aceitação global da obra com defeitos (excecionando-se dessa receção as partes defeituosas, como é evidente). O que aqui se sugere é uma evolução do regime existente, no sentido que os Consultores consideram justo.

Para além do critério de receção a que se alude *supra*, foi sugerido que se incluisse a possibilidade de o Dono da Obra detalhar qual o *standard* de receção da obra. Isto é, sem prescindir da regra de base segundo a qual o Dono da Obra só deverá receber a obra quando esta esteja apta aos fins a que se destina, o Dono da Obra terá ainda a possibilidade de definir *a priori* quais as condições mínimas para que essa receção aconteça.

Esta solução trás, desde logo, uma maior segurança ao Dono da Obra (por evitar potenciais dúvidas quanto à aptidão para utilização).

Para além disso, e como referido, sempre se reforça que o Dono da Obra terá, concomitantemente à receção da obra, direito de exigir a reparação dos defeitos (e as consequências do incumprimento), ficando no final salvaguardada a sua posição e os seus interesses legítimos.

Acresce que deve manter-se a coerência em termos do início da contagem do prazo de garantia, que relativamente aos trabalhos que ainda apresentem defeitos deve ocorrer a partir da respetiva sanção (e conseqüente receção), tal como resulta da lógica subjacente ao n.º 5 do artigo 172.º do RJCA.

Ainda que resulte já do regime em vigor que o Dono da Obra tem o ónus de identificar os defeitos que resultem da vistoria destinada à receção provisória da obra (cfr. n.º 1 do artigo 172.º do RJCA), como oportunamente identifica a ACEC, a prática revela que muitas vezes o Dono da Obra elabora sucessivas listas de defeitos, à medida que são realizadas vistorias que se deveriam destinar exclusivamente à verificação da sanção de defeitos. Concorde-se que, no contexto da vistoria a realizar-se tendente à receção provisória, deverá o Dono da Obra empreender todo o esforço e rigor necessário para a deteção de todos os defeitos da obra que sejam detetáveis naquele momento, para que o Empreiteiro, por sua vez, proceda à sua reparação no prazo estipulado. É este, de resto, o espírito do legislador. Isto claro, sem prejuízo, de os demais defeitos, entretanto detetados, relevarem em termos de obrigações de reparação durante o período de garantia.

- Proposta: Por conseguinte, será de ponderar a inclusão, no artigo 171.º do RJCA ou em novo artigo, de uma regulação específica do conteúdo mínimo obrigatória que deve constar de um auto de vistoria efetuada ao abrigo do artigo 171.º, incluindo informação sobre o modo como se encontram cumpridas as obrigações contratuais e legais, indicando todos os defeitos detetados na obra. Tal regulação já se encontra prevista em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, nomeadamente no Código dos Contratos Públicos português.

XVIII. LIBERAÇÃO DA CAUÇÃO

Estabelece o n.º 3 do artigo 17.º do RJCA que a caução de boa execução será liberada de acordo com o disposto no artigo 109.º do CCP. Por sua vez, da leitura conjugada da alínea a) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 109.º do CCP resulta que a caução de boa execução do contrato apenas será liberada após a receção definitiva dos trabalhos. Assim se conclui que, pelo menos em termos expressos, a lei não admite liberações parciais da caução de boa execução dos trabalhos. No entanto, é de notar a dificuldade que as construtoras cabo-verdianas se confrontam relativamente à abertura de *plafond* por entidades bancárias e seguradoras no âmbito da emissão de cauções; ao que acresce os custos associados às cauções e à sua manutenção durante longos períodos de tempo.

- o Proposta: Por este motivo, deverá ser ponderada a consagração expressa na lei da possibilidade de liberações parciais da caução de boa execução. Isto é, que se consagre uma solução de redução progressiva da caução de boa execução quando o cumprimento do contrato estiver assegurado em grande medida, e o risco de incumprimento seja, por isso, inferior. Uma solução para que se alcance e efetive tal desiderato poderá passar por se construir um diferente modelo ou sistema de garantia da obra: segundo o regime atualmente em vigor, o prazo de garantia da obra (no seu todo) é, em regra, de 5 anos (cfr. n.º 2 do artigo 177.º do RJCA); será então de ponderar a previsão de um regime de garantia que assente na natureza dos trabalhos, e não na obra na totalidade, permitindo diferentes prazos de garantia consoante a espécie ou natureza dos trabalhos – analisaremos com mais detalhe este modelo de garantia no ponto seguinte – e por essa via uma liberação da caução faseada no tempo.

Concorda-se que a liberação da caução com a receção provisória dos trabalhos, sem mais, ou, embora posteriormente, de forma demasiado rápida, seria uma solução que não acautelaria devidamente os interesses do Dono da Obra; pois poderiam surgir defeitos ou deficiências na obra executada, após a receção provisória, sem que existisse caução suficiente para se proceder à sua eliminação ou correção, caso o Empreiteiro se recuse a fazê-lo. Também não se olvida que a existência de uma caução de boa execução constitui um “incentivo” relevante para o Empreiteiro cumprir com as suas obrigações de garantia, promovendo a correção de defeitos durante o período de garantia. Sabe-se também que, por vezes, os defeitos nas obras não surgem logo, mas apenas mais tarde quando se dá o assentamento dos materiais. Sem prejuízo, considera-se desrazoável a manutenção da totalidade da caução ao longo dos 5 anos de garantia dos trabalhos, e acredita-se que as referidas críticas poderão ser ultrapassadas por um sistema de libertação de caução que seja progressivo e faseado no tempo.

XIX. PRAZO DE GARANTIA

Como se adiantou, nos termos do n.º 2 do artigo 177.º do RJCA, “*O prazo de garantia é de 5 (cinco) anos, podendo o Caderno de Encargos estabelecer prazo inferior desde que a natureza dos trabalhos o justifique*”, sendo apenas admissível a ampliação do prazo de garantia em função de propostas de concorrentes em procedimentos em que esse aspeto é valorizado, e não por via impositiva, como resulta do n.º 3 do mesmo artigo 177.º do RJCA. Em qualquer caso, o prazo de garantia é alheio e independente da diferente natureza dos trabalhos, sendo aplicável à obra no seu todo, como oportunamente identifica a Ordem dos Engenheiros. Este regime suscita comentários e sugestões.

Em primeiro lugar, é importante ter presente, na determinação dos prazos de garantia, que se estes forem muito longos e aplicáveis, indiscriminadamente, a toda a obra, podem colocar-se complexas questões de delimitação de responsabilidades. Com efeito, a fixação de prazo de garantia nesses moldes potencia a possibilidade de o Dono da Obra imputar defeitos decorrentes do mau uso e desgaste natural e, por conseguinte, obrigar o Empreiteiro a corrigir tais defeitos; bem como a executar trabalhos de manutenção da obra, que verdadeiramente não lhe são exigíveis, pois sobre o Empreiteiro recai (apenas) a obrigação de corrigir defeitos que resultem de suas prestações defeituosas.

Em segundo lugar, tendo em consideração que a caução de boa execução não poderá ser progressivamente liberada, devendo ser extinta apenas após a receção definitiva da obra (cfr. n.º 2 do artigo 109.º do CCP), o Empreiteiro deverá manter a totalidade da caução de boa execução durante 5 anos, o que poderá contribuir para uma limitação dos Empreiteiros concorrentes a novos procedimentos de contratação pública, por dificuldade de contratarem cauções junto da banca e das seguradoras – como oportunamente a ACEC e a Ordem dos Engenheiros fazem notar.

Assim, em substituição do regime de garantia atualmente em vigor e que foi descrito, será de ponderar a previsão de uma solução nessa matéria que assente na natureza dos trabalhos, e não na obra na totalidade, permitindo diferentes prazos de garantia consoante a espécie ou natureza dos trabalhos. Note-se que a lei civil cabo-verdiana, nomeadamente o Código Civil e a Lei de Proteção e Defesa do Consumidor já consagram um modelo de garantia próximo do que aqui propomos. Estabelece a Lei de Proteção e Defesa do Consumidor que o fornecedor de bens móveis não consumíveis está obrigado a garantir o seu bom funcionamento por período nunca inferior a um ano e, por sua vez, o consumidor tem direito a uma garantia mínima de cinco anos para os imóveis.

Propõem-se, assim, prazos de garantia variáveis em função das parcelas da obra onde os defeitos se revelam: (i) para os elementos construtivos estruturais, um prazo de 10 anos; (ii) para elementos construtivos não estruturais ou instalações técnicas, um prazo de 5 anos; e (iii) para equipamentos afetos à obra, mas dela autonomizáveis, um prazo de 2 anos.

Em Portugal, por exemplo, já vigora um regime de garantia variável ou adaptado às parcelas da obra nos termos propostos.

Note-se que, no caso dos equipamentos a incorporar em obra, a experiência de mercado revela que, via de regra, os fornecedores não assumem um prazo de garantia de 5 anos, mas apenas de 2 anos, pelo que, nesse cenário, a imposição de um prazo de garantia mais longo ao Empreiteiro introduz disfunções que podem redundar na redução da concorrência ou no agravamento do preço das obras, face ao risco de o Empreiteiro estar obrigado à reparação de equipamentos sem poder beneficiar do mesmo prazo de garantia por parte do fornecedor.

À semelhança do que acontece no ordenamento jurídico português, o que se poderá ressaltar, com lógica, é que se o Empreiteiro beneficiar, no quadro da relação de fornecimento quanto aos equipamentos, de um prazo de garantia superior, ficará vinculado a esse prazo de garantia no âmbito da empreitada.

Em geral, estes prazos de garantia (variáveis) não só se revelam mais justos e adequados aos tipos de trabalhos e bens em causa, como são, de resto, os que mais se adequam ao mercado. Pelo contrário, o prazo fixo de 5 anos, aplicável indiscriminadamente a toda a obra, contraria os dados colhidos a partir da experiência de mercado, impondo ao Empreiteiro uma obrigação que não consegue, na realidade dos factos, retransmitir para os seus fornecedores, o que pode criar uma situação anómala.

Como a ARAP fez notar em comentário à Versão Preliminar do Estudo, é inegável que um sistema de garantia como o proposto exige uma monitorização e um controlo dos vários prazos por parte das entidades adjudicantes. Ainda assim, repita-se, um sistema de garantia variável em função do tipo de trabalhos ou dos equipamentos afigurar-se-á mais eficiente, mais adaptado aos reais interesses a acautelar e, em geral, mais justo.

XX. LIQUIDAÇÃO FINAL (EM CASO DE RESOLUÇÃO, REVOGAÇÃO OU CADUCIDADE DO CONTRATO)

O artigo 196.º do RJCA determina que sempre que haja lugar à resolução do contrato, ou à sua revogação ou caducidade, deverá proceder-se à liquidação final, reportada à data em que se verifiquem. Por sua vez, havendo danos a indemnizar que não possam ser determinados imediatamente com segurança, faz-se a respetiva liquidação em separado, logo que o seu montante seja tornado certo por acordo ou por decisão judicial ou arbitral; sendo que o saldo da liquidação deve ser retido pelo Dono da Obra, como garantia, até se apurar a responsabilidade do Empreiteiro. Com tal solução, permite-se que o Empreiteiro fique *ad aeternum* “refém” do Dono da Obra, enquanto este apure em definitivo a responsabilidade do Empreiteiro; pois na verdade a solução prevista nos n.ºs 2 e 3 do artigo 196.º não parece ter limite no tempo.

- Proposta: Assim, revela-se pertinente estipular-se um prazo para o Dono da Obra apure o montante final dos danos a serem indemnizados, sob pena de o Dono da Obra reter indefinidamente um saldo em princípio devido.

XXI. PROCESSO DE RESOLUÇÃO

O artigo 190.º do RJCA, dedicado ao processo de resolução do contrato pelo Dono da Obra, estabelece no seu n.º 1 que o Dono da Obra deve notificar o Empreiteiro da intenção do exercício do seu direito de resolução do contrato, conferindo-lhe prazo não inferior a 5 dias para contestar as razões apresentadas. Ainda assim, acrescenta o n.º 2 que o Dono da Obra, antes de notificar o Empreiteiro, deverá observar o processo estabelecido nos números 2 e 3 do artigo 194.º. Ora, a técnica de se remeter para um artigo ulterior não parece ser a mais adequada; de facto, se em causa está um procedimento/processo que deverá ser cumprido antes de o Dono da Obra notificar o Empreiteiro da sua intenção de resolver o contrato, tal procedimento atualmente previsto no artigo 194.º deveria estar localizado previamente ao artigo 190.º.

E.5. AQUISIÇÃO DE BENS MÓVEIS

I. INSERÇÃO SISTEMÁTICA

Em termos de técnica legislativa, o título da Aquisição e Bens Móveis deveria preceder o da Locação de Bens Móveis e o da Aquisição de Serviços, atendendo a que é subsidiariamente aplicável a estes.

II. FUNDAMENTAÇÃO DE PRAZOS EXCECIONAIS

De acordo com o n.º 1 do artigo 209.º do RJCA “[o] prazo de vigência do contrato não pode ser superior a 3 (três) anos, incluindo quaisquer prorrogações expressas ou tácitas do prazo de execução das prestações que constituem o seu objeto, salvo se tal revelar necessário ou conveniente em função da natureza das prestações objeto do contrato ou das condições da sua execução, caso em que a decisão de contratação por prazo superior a cinco anos deve ser expressamente fundamentada pelo contraente público”. Não se compreende que o prazo regra seja de 3 anos, e que a obrigação de fundamentação de prazos superiores nasça a partir dos 5 anos.

- o Proposta: tal obrigação deve ser cumprida sempre que seja ultrapassado o prazo regra de 3 anos.

Noutra perspetiva, a obrigação de fundamentação aqui em causa deve constar do CCP, por se tratar de matéria relativa à formação dos contratos.

III. LEI DA DEFESA DO CONSUMIDOR

São feitas remissões genéricas para a Lei de Defesa do Consumidor no n.º 3 do artigo 210.º e nos números 1 e 4 do artigo 213.º do RJCA. A identificação, na Lei n.º 88/V/98, de 31 de dezembro (Lei

de Defesa do Consumidor), dos preceitos para que apontam tais remissões não é tarefa simples e pode dar azo a dúvidas e controvérsias. Por outro lado, as soluções constantes da Lei de Defesa do consumidor têm por vezes um alcance relevante para o Contraente Público, como sejam as relativas ao prazo de denúncia de defeitos (30 dias) ou de caducidade (6 meses) constantes dos números 2 e 3 do artigo 14.º dessa Lei.

- o Proposta: é por isso recomendável que as regras relevantes da Lei de Defesa do consumidor sejam absorvidas (e adaptadas) pelo próprio RJCA, ou pelo menos que sejam feitas remissões específicas para a Lei da Defesa do Consumidor, a bem da clareza do regime. A ICV manifesta-se nesse sentido.

IV. TESTES X PRAZO DE GARANTIA

O artigo 213.º do RJCA não delimita, com inteira clareza, as obrigações de testes (conformidade dos bens fornecidos) e as obrigações de garantia.

- o Proposta: é recomendável introduzir redações mais claras (nota: neste aspeto, o Caderno de Encargos Tipo para celebração de contrato de fornecimento de bens contém regras claras nas suas cláusulas 14.ª, 15.ª, 16.ª e 17.ª, que podem servir de referência para regras legais a introduzir, que obviamente terão de ser mais compactas e reduzidas).

A ICV entende que se deve consagrar a obrigatoriedade de prazo de garantia ao invés de ser uma faculdade, e a ENAPOR pronuncia-se no sentido da necessidade de clarificação do regime quanto a esta matéria.

V. LIMITAÇÃO RISCO/FORNECEDOR

O artigo 216.º, que rege os direitos de propriedade intelectual no quadro do contrato, imputa ao Fornecedor todos os encargos ou responsabilidade civil inerentes a direitos de propriedade intelectual incorporados no bem móvel objeto do contrato de aquisição.

O n.º 3 desse artigo 216.º contempla duas limitações a essa imputação: (i) se o Fornecedor demonstrar que os encargos e a responsabilidade civil são da responsabilidade do Contraente Público, ou (ii) se os mesmos forem imputáveis a "*terceiros que não sejam seus subcontratados*".

Esta última limitação de responsabilidade não parece ter justificação.

É verdade que o Fornecedor pode ter dificuldades em controlar toda a cadeia de contratação que precede o fornecimento; mas essa não parece ser razão suficiente para transferir os riscos associados a essa cadeia ao Contraente Público.

Mesmo que se possa dizer que os factos não sejam diretamente imputáveis ao Fornecedor (como parece registar a ARAP nos comentários do Relatório Preliminar de Consultoria), a verdade é que em termos de responsabilidade objetiva faz mais sentido imputá-la ao Fornecedor do que ao Contraente Público.

VI. ERROS E OMISSÕES

A remissão feita pelo artigo 219.º do RJCA para o regime dos erros e omissões aplicáveis na Empreitada não parece adequada, por não se colocarem, no quadro da relação jurídica que emerge da aquisição de bens móveis, as complexas questões que são reguladas por aquele regime.

- o Proposta: sugere-se a supressão dessa remissão.

E.6. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS

I. REDAÇÃO DO N.º 3 DO ARTIGO 201.º

Ponderar a supressão do n.º 3 do artigo 201.º, do RJCA, já que nada parece acrescentar ao n.º 2 do mesmo artigo.

II. OBRIGAÇÕES DE REPARAÇÃO E DE MANUTENÇÃO

É recomendável regular as obrigações de reparação e de manutenção. (Nota: O Caderno de Encargos Tipo para celebração de um contrato de locação de bens móveis ou de locação financeira contém regras claras a respeito na sua cláusula 12.ª, que podem servir de referência para regras legais a introduzir, que obviamente terão de ser mais compactas e reduzidas).

III. CONSEQUÊNCIAS DA MORA

A limitação das consequências da mora do Contraente Público (Locatário) neste contrato, prevista no artigo 203.º do RJCA, em contraste com todos os restantes tipos de contrato, não parece ter justificação.

- o Proposta: assim, sugere-se a supressão dessa solução.

IV. REGIME SUBSIDIÁRIO

Relativamente ao artigo 206.º do RJCA, revela-se necessário ponderar a clarificação das disposições constantes do título relativo à aquisição de bens móveis que são aplicáveis aos contratos de locação

de bens móveis. A indicação expressa dos artigos aplicáveis constituirá um auxílio importante para o intérprete.

E.7. AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS

I. SERVIÇOS DE CONSULTORIA

Ponderar a necessidade de regras especiais para serviços de consultoria (artigo 221.º do RJCA). Tal como referido a respeito da formação do contrato, também no que concerne ao conteúdo dos contratos de consultoria, não parece que se justifique um regime específico e diferenciado para esse contrato, sendo de se lhe aplicar o mesmo regime dos demais contratos de aquisição de serviços.

II. NÚMEROS 2 E 3 DO ARTIGO 221.º - FORMAÇÃO DO CONTRATO

As regras constantes do n.º 2 e do n.º 3 do artigo 221.º do RJCA incidem sobre a fase de formação do contrato, pelo que deveriam constar do CCP. A ARAP faz referência a este aspeto.

III. PRINCÍPIOS COMUNITÁRIOS

A referência a princípios “*comunitários*” feita no artigo 223.º do RJCA parece não ter justificação.

IV. O N.º 2 DO ARTIGO 223.º

Na prestação de serviços, por definição do artigo 220.º do RJCA, o Contraente Público adquire serviços mediante o pagamento de um preço, independentemente da sua natureza.

Assim, não se compreende a finalidade específica do n.º 2 do artigo 223.º do RJCA, ao prever o seguinte “*como contrapartida do cumprimento das obrigações do serviço público, o contraente público pode atribuir uma compensação financeira ao prestador de serviços*”.

V. SERVIÇOS A MAIS E SERVIÇOS COMPLEMENTARES

Ponderar e clarificar a finalidade da norma do n.º 3 do artigo 224.º do RJCA - pretende-se dizer que o valor dos serviços a mais resultantes de erros ou omissões que afetem as peças do procedimento não é contabilizado para efeitos dos limites estabelecidos nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 224.º do RJCA? (A interpretação alternativa, no sentido de os serviços adicionais não serem objeto de remuneração, não é sustentável para a hipótese de a necessidade desses serviços ter sido ditada por facto da responsabilidade do Contraente Público).

O limite legal de 40%, estabelecido para serviços a mais, suscita a necessidade de ponderação. A ENAPOR manifestou-se no sentido da revisão desse limite, tendo em consideração o princípio da prossecução do interesse público e a consequente flexibilidade do objeto do contrato.

Quanto aos serviços complementares, é entendimento da ASA e da ENAPOR, manifestado em sede de Consulta Pública, que se justifica repensar o limite estabelecido na alínea f) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 39.º do CCP, que a possibilidade de adjudicação desses serviços por ajuste direto, no quadro de um segundo contrato autónomo, apenas até ao limite de 70% do valor do primeiro contrato. Já a ARAP considerou ser demasiado elevado o limite de 70%, defendendo que, muitas vezes, permitir a adjudicação de serviços até este valor, acarreta prejuízos para a concorrência.

As ponderações relativas à possibilidade de ampliação do objeto do contrato de prestação de serviços através da adjudicação de serviços a mais, e de adjudicação por ajuste direto de serviços complementares no quadro de um novo contrato são em tudo similares às que são expostas no quadro da análise das modificações objetivas Contrato de Empreitada, que são aqui dadas por reproduzidas, com as devidas adaptações.

- o Proposta: em qualquer caso, é de suprimir a expressão final incluída no n.º 3 do artigo 224.º - “*independentemente da parte responsável pelos mesmos*” pelas razões a seguir expostas. A responsabilidade pela necessidade de introdução de serviços adicionais não pode ser neutra para efeitos de remuneração. Se for imputável ao Contraente Público, tais serviços devem ser objeto de remuneração (como serviços a mais); se for imputável ao Prestador de Serviços, nada há a pagar, já que se trata da correção de cumprimento defeituoso.

VI. REMISSÕES

Ponderar a pertinência das remissões operadas no n.º 5 do artigo 224.º do RJCA para artigos que compõem o regime das Empreitadas de Obras Públicas contido no RJCA.

Relativamente ao artigo 225.º do RJCA, revela-se necessário ponderar a clarificação das disposições constantes do título relativo à aquisição de bens móveis que são aplicáveis aos contratos de aquisição de serviços. A ICV manifesta-se nesse sentido.

E.8. CADERNOS DE ENCARGOS-TIPO

Os Cadernos de Encargos-Tipo (CE-Tipo), aprovados pela Portaria n.º 60/2015, de 9 de dezembro, revelam algumas deficiências e anomalias, que carecem de ser ultrapassadas.

A revisão dos CE-Tipo dependerá das opções que vierem a ser tomadas relativamente à revisão do RJCA. Caso se decida pela introdução de modificações a esse diploma, terão de ser elaborados CE-Tipo à luz do regime, após a atualização, não se justificando corrigir os ora vigentes até lá. Com efeito, não seria razoável promover a sanção das deficiências dos CE-Tipo, se se pretender rever o RJCA, que é a legislação de raiz a que se reportam. Se, diferentemente, for decidido manter inalterado o regime do RJCA, então sim, seria recomendável promover a revisão dos CE-Tipo, de modo a expurgá-los dos erros e das patologias que evidenciam, e que são de seguida indicados a título exemplificativo.

I. CONTRATO DE EMPREITADA

As notas de rodapé referem a “3ª versão do Anteprojeto do Regime Jurídico dos Contratos Administrativos, elaborada por nós”, quando deveriam mencionar o RJCA. Esta questão surge em outros Cadernos de Encargos-Tipo.

A Cláusula 2.ª absorve o regime constante dos números 4, 5 e 6 do artigo 111.º do CCP, que revelam os problemas enunciados no quadro da análise do CCP. Essa cláusula tem o mesmo teor nos Cadernos de Encargos-Tipo referentes a todos os tipos de contratos administrativos regulados no RJCA.

A cláusula 5.ª contempla, como segunda alternativa de elaboração do projeto, “O projeto de execução a considerar para a realização da Empreitada será elaborado pelo Adjudicatário em conformidade com o projeto base patenteado no procedimento”. Esse cenário – Projeto Base disponibilizado pelo Dono da Obra, e o Projeto de Execução a desenvolver pelo Empreiteiro – não tem base legal (cfr. artigos 46.º a 48.º do CCP) e é potencialmente bastante desvantajoso para o Dono da Obra, uma vez que se confere ao Empreiteiro a possibilidade de, já na fase de execução, liderar um processo que poderá redundar em modificações relevantes do objeto originariamente desenhado (bem como do preço e do prazo de execução associados).

A Cláusula 6.ª é uma reprodução parcial do artigo 109.º do RJCA, omitindo os seus números 4 e 5, (sendo a regra do número 4 relevante na definição dos termos da remuneração do Empreiteiro). A omissão desses números não afasta a aplicabilidade das regras legais, como é evidente, mas a reprodução no Caderno de Encargos-Tipo de determinados artigos deve ser integral e rigorosa, pois não há qualquer justificação para serem omitidos determinados números.

A Cláusula 13.ª é uma reprodução parcial do artigo 141.º do RJCA, omitindo o seu n.º 5, que é bastante importante na configuração do regime dos erros e omissões. Dá-se por reproduzido o comentário tecido no número anterior.

O n.º 3 da Cláusula 15.ª admite uma “ordem de prioridades” para os métodos e critérios de medição. Tal solução não tem respaldo legal (cfr. n.º 3 do artigo 156.º do RJCA), e não é de todo adequada.

Os métodos e critérios de medição devem ser estabelecidos com rigor, à partida (nas peças do procedimento, para os trabalhos originários, e nos elementos que definem os trabalhos a mais, quando são introduzidas modificações ao projeto), para que o Empreiteiro saiba, no momento em que propõe o preço, em que termos vão ser medidos os trabalhos para efeitos de pagamentos.

O n.º 4 da Cláusula 31.ª toma como referência, para efeitos de definição do prazo de pagamento, o artigo 12.º do RJCA, constante da Parte Geral; no entanto, o CE-Tipo deveria tomar como referência o artigo 166.º do RJCA, que contém regras especiais de pagamento aplicáveis às empreitadas.

Do n.º 1 da Cláusula 32.ª consta a exigência de caução para assegurar o reembolso do adiantamento por conta dos materiais colocados na obra. Tal previsão contraria o regime constante dos números 1 e 2 do artigo 168.º e do artigo 170.º do RJCA, de que resulta que nesses casos a garantia aplicável é o privilégio mobiliário especial, graduados em primeiro lugar, sobre os materiais a que respeitem os adiamentos concedidos.

A Cláusula 35.ª regula a resolução por parte do Dono da Obra (designado por “*Entidade Adjudicante*”) com base no artigo 189.º do RJCA.

- o Proposta: seria conveniente introduzir cláusula atinente ao processo de resolução do contrato pelo Dono da Obra, baseada no artigo 190.º do RJCA.

A Cláusula 37.ª regula a resolução pelo Empreiteiro (designado por “*Adjudicatário*”) com base no artigo 193.º do RJCA.

- o Proposta: seria conveniente introduzir cláusula atinente ao processo de resolução pelo Empreiteiro, baseada no artigo 194.º do RJCA.

Sugere-se a eliminação da alínea (b) do n.º 1 da Cláusula 38.ª, uma vez que, no entender dos Consultores, a regulamentação de uma circunstância de não celebração do Contrato por causa imputável ao Contraente Público deverá ser deixada para a lei, não devendo constar das peças do procedimento. Caso se opte pela regulamentação específica desta circunstância, sugere-se que a mesma conste do Programa do Procedimento, e não do Caderno de Encargos, uma vez que este é um documento disponibilizado na fase de formação do contrato, mas que se “*converte*” num um documento contratual com a celebração do contrato, ou seja, quando o Caderno de Encargos passar a vigorar no seio de um contrato, já não se coloca a hipótese de não celebração do mesmo, como é evidente.

A Cláusula 44.ª, referente à subcontratação e à cessão da posição contratual pelo Empreiteiro, foi elaborada tendo como fonte o artigo 27.º, que consta da Parte Geral do RJCA. No entanto, deveriam ter sido considerados, para a subcontratação, os preceitos legais que regem direta e especificamente tal matéria no seio das Empreitadas (artigo 149.º e seguintes do RJCA).

II. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE BENS

A designação deste Caderno de Encargos-Tipo deveria ser igual à constante do título IV do RJCA – Aquisição de Bens Móveis (perspetiva do Contraente Público).

As notas de rodapé referem imprecisamente alguns artigos do RJCA (por ex., na nota 5 é referido o artigo 208.º, mas deveria ser o 209.º, na nota 15 é referido o artigo 212.º, mas deveria ser o 213.º). Esta questão surge também em outros Cadernos de Encargos-Tipo.

A norma do n.º 2 da Cláusula 5.ª é ilegal e injustificada, na parte em que estabelece que as modificações do local de fornecimento dos bens ocorrem "*sem que haja alterações ao preço devido*".

A cláusula 24.ª regula a resolução por parte do Adquirente ("*Entidade Adjudicante*").

- o Proposta: seria conveniente que fossem também introduzidas cláusulas que refletissem as regras aplicáveis em momento que precede o da resolução – artigos 31.º (oportunidade de cumprimento) e 10.º (audiência prévia) do RJCA.

Quanto à alínea (b) do n.º 1 da Cláusula 27.ª, dão-se por reproduzidos os comentários tecidos a respeito da alínea (b) do n.º 1 da Cláusula 38.ª do Caderno de Encargos-Tipo das Empreitadas.

III. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE BENS OU DE LOCAÇÃO FINANCEIRA

A Cláusula 22.ª regula a resolução por parte do Locatário ("*Entidade Adjudicante*").

- o Proposta: seria conveniente que fossem também introduzidas cláusulas que refletissem as regras aplicáveis em momento que precede o da resolução – artigo 31.º (oportunidade de incumprimento) e artigo 10.º (audiência prévia).

Quanto à alínea (b) da Cláusula 25.ª, dão-se por reproduzidos os comentários feitos a respeito da alínea (b) do n.º 1 da Cláusula 38.ª do Caderno de Encargos-Tipo das empreitadas.

Nota Final: como referido supra, o propósito destes comentários foi o de identificar deficiências nos Cadernos de Encargos-Tipo, que reclamam uma intervenção corretiva, ou a inserção de determinados aditamentos. Desta forma, fica evidenciada a necessidade de revisão global dos Cadernos de Encargos-Tipo, tendo em vista assegurar a sua integral harmonia e compatibilidade com o regime legal que visam regulamentar, isto sem prejuízo de ressalva, feita no início, no sentido de que a revisão global dos Cadernos de Encargos-Tipo deverá depender da posição das entidades competentes relativamente à legislação que rege a contratação pública, no seu todo.

Não foi assim feito, neste contexto, um inventário exaustivo de todos os problemas e anomalias dos Cadernos de Encargo-Tipo.

TEMA F – REGULAÇÃO, CONTENCIOSO E CONTRAORDENAÇÕES

F.1. REGULAÇÃO

I. ÂMBITO DE INTERVENÇÃO DA ARAP

A Autoridade Reguladora das Aquisições Públicas, cujo Estatuto foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 55/2015, de 9 de outubro (adiante “Estatuto”), e alterado pelo Decreto-Lei n.º 28/2021, de 5 de Abril, constitui uma entidade reguladora que se rege pelo disposto no Regime jurídico das Entidades Reguladoras Independentes, para além de outros instrumentos normativos referidos no artigo 5.º do Estatuto.

A Lei n.º 103/VIII/2016, de 6 de janeiro, que é posterior à data da aprovação do Estatuto, introduziu alterações à Lei n.º 14/VIII/2012, de 11 de julho, que define o regime jurídico das entidades reguladoras independentes nos setores económico e financeiro (artigo 1.º).

Como se sabe, a ARAP constitui uma entidade reguladora com um perfil especial e diferenciado relativamente às restantes entidades reguladoras. Com efeito, várias das atribuições cometidas pelo artigo 19.º da Lei n.º 14/VIII/2012, de 11 de julho, que são imputadas a outras entidades reguladoras, não o são à ARAP. De resto, cumpre assinalar que, em bom rigor, a ARAP não é uma entidade reguladora que atue “*nos sectores económico e financeiro*”, expressão que consta do artigo 1.º da Lei n.º 14/VIII/2012, de 11 de julho, e que delimita o objeto desse diploma.

Assim sendo, o regime aplicável à ARAP deve demarcar, de modo bastante claro, a sua esfera de atuação e os seus traços distintivos, para que não se suscitem eventuais incertezas quanto ao quadro regulatório estabelecido.

O Estatuto da ARAP gera algumas dúvidas quanto ao âmbito de intervenção dessa Entidade Reguladora.

É de registar, como ponto de partida, que a expressão “*contratação pública*” parece ser utilizada, no Estatuto, por vezes no seu sentido restrito (fase de formação do contrato, regulada pelo CCP), e por outras no seu sentido amplo (abrangendo as fases de formação e de execução do contrato). Essa variação de sentido da expressão “*contratação pública*”, que se assinala adiante, causa dificuldades de interpretação. De todo o modo, é inquestionável que as competências da ARAP são exercidas prioritária ou maioritariamente na fase de formação do contrato. Com este pano de fundo, passamos a analisar algumas disposições que constam do Estatuto.

Algumas das competências são claramente exercidas, em exclusivo, na fase de formação do contrato – é o caso da competência “*Sancionatória*” (artigo 17.º) e da competência “*Instância de Recurso*” (artigo 18.º).

Por outro lado, a ARAP tem como atribuição “*garantir a boa gestão dos dinheiros públicos empregues na contratação* [alínea a) do artigo 9.º], o que indicia que as suas prerrogativas não são confinadas à etapa pré-contratual, estendendo-se também ao domínio da execução dos contratos administrativos. Na mesma linha, a competência para elaborar os documentos standardizados [alínea e) do artigo 13.º], que incluem os Cadernos de Encargos [n.º 1 do artigo 40.º e artigo 42.º do CCP], abrange, assim, a elaboração de cláusulas contratuais, a integrar os contratos. Também a competência para a formação dos intervenientes no Sistema Nacional da Contratação Pública (CNCP) [alínea a) do artigo 14.º] e para proceder à acreditação dos integrantes das Unidades de Gestão de Aquisições (UGA) [alínea b) do artigo 14.º] dizem respeito à contratação pública no seu sentido amplo, abrangendo quer a preparação do contrato como o próprio conteúdo do contrato.

Tendo por referência as soluções díspares acima assinaladas, podem colocar-se algumas dúvidas quanto à esfera de atuação da ARAP, em especial nas seguintes vertentes: (i) a competência “*consultiva*”, regulada no artigo 11.º do Estatuto, incide apenas na esfera pré-contratual, ou abrange também o domínio do conteúdo dos contratos?; (ii) relativamente à competência “*auditoria*”, a referência ao sistema, constante do artigo 12.º, conduz à consideração da noção mais ampla, incluindo também a execução dos contratos administrativos?; e (iii) no quadro da competência regulamentar, deve a ARAP elaborar normas técnicas e diretivas apenas sobre a formação do contrato [como parece indicar a letra da alínea b) do artigo 13.º], ou devem também tais documentos incidir sobre a execução dos contratos?

- o Proposta: as reflexões constantes do ponto antecedente conduzem à conclusão de que o Estatuto da ARAP suscita a devida clarificação. Naturalmente, tal clarificação pressupõe, a montante, que seja devidamente delimitada a esfera de atuação da ARAP – tal atuação deve incidir exclusiva ou prioritariamente sobre a fase de formação do contrato? Caso se admita que a ARAP tenha competências relativas à execução dos contratos, as mesmas devem ser configuradas com abrangência, ou ser apenas pontuais e localizadas?

Em resumo: cumpre ponderar e decidir sobre a esfera de intervenção da ARAP, em primeiro lugar, posto o que se justificará a correspondente revisão do texto legal do Estatuto, de modo a acolher as opções de fundo que venham a ser tomadas, e sem esquecer a devida caracterização distintiva da ARAP como entidade reguladora “*sui generis*”, diferenciada das demais.

II. A REGULAÇÃO NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS

Independentemente da questão de saber se tais competências devem ser, ou não, atribuídas à ARAP, entendemos que existe um espaço para a regulação ao nível da execução dos contratos administrativos, e que esta deveria incidir especialmente sobre as seguintes vertentes:

- a) Exercício da competência de auditoria em termos que permitissem identificar os principais problemas e questões suscitados pela execução dos contratos, no quadro de análise global e sistemática que proporcionasse a emissão de recomendações (referidas na alínea seguinte) destinadas a evitar a repetição de erros e disfunções que afetam a gestão dos contratos pelas entidades públicas;
- b) No quadro da competência regulamentar, emissão de normas técnicas e diretivas (ainda que não vinculativas quando se tratasse da interpretação de diplomas legais), que orientassem os contraentes públicos relativamente a questões relevantes da conformação dos contratos administrativos (identificadas nas auditorias, ou em estudos ou análises que viessem a ser elaborados pelo Regulador);
- c) Instituição de mecanismos que pudessem contribuir para a composição de litígios (ver texto relativo ao Contencioso).

Naturalmente, tratando-se de um órgão de regulação, as intervenções preconizadas nas alíneas b) e c) supra teriam sempre por base exercícios de boa interpretação das regras legais vigentes, com objetividade e equidistância relativamente às partes, e não tomadas de posição favoráveis ao Contraente Público.

Caso se perfilhe a opção do alargamento da regulação da ARAP, de modo a abranger, de modo mais claro e efetivo, o domínio da execução dos contratos pelos Contraentes Públicos, deverão ser devidamente ponderadas as questões relativas à criação de meios (humanos e operacionais) que viabilizem a materialização desses objetivos.

Foi no sentido da necessidade de alargamento das competências da ARAP ao domínio da execução dos contratos que se pronunciou, em sede de Consulta Pública, a ICV, tendo, no entanto, sido manifestadas preocupações relativas à celeridade na inventariação dos problemas ocorridos na fase de execução dos contratos e na procura das respetivas soluções. Sugeriu, nesse âmbito, a ICV a criação de uma comissão interdisciplinar que incluísse representantes entidades responsáveis pela fiscalização e controlo das despesas públicas. A ENAPOR, entende que o sistema de regulação em vigor confere à ARAP as competências necessárias e adequadas, assim como a ASA, sugerindo esta última apenas a ponderação de outras formas de financiamento do Sistema, extinguindo os emolumentos a pagar pelos cocontratantes.

Sendo recomendável que seja instituído um sistema que proporcione uma "visão de cúpula" sobre a execução dos contratos, há que ter em consideração, neste âmbito, os Estatutos da Infraestruturas de Cabo Verde, S.A., aprovados pelo Decreto-Lei n.º 7/2019, de 18 de Fevereiro, que incluem no objeto dessa sociedade de capital integralmente detido pelo Estado de Cabo Verde tarefas que parecem inserir-se nessa perspetiva, a saber: "Assegurar a aplicação das normas sobre contratação pública e sobre a construção [artigo 4.º/2/m)], "Assegurar a boa qualidade dos projetos de obras públicas, a equidade, a transparência e o rigor nos concursos e na contratação das obras e das

infraestruturas públicas” [alínea n) do n.º 2 do artigo 4.º] e “*Conceber e gerir a base de dados dos projetos de infraestruturas públicas e dos contratos de obras públicas*” [alínea o) do n.º 2 do artigo 4.º].

Outra solução para defesa do interesse público na gestão de contratos administrativos passaria pela constituição de estrutura pública de estudo e de apoio, numa perspetiva interessada e parcial, mas essa já não se integraria na esfera da supervisão.

As entidades competentes decidirão se se justifica uma maior aposta na supervisão da fase de execução dos contratos administrativos (e/ou no reforço da massa crítica afeta à gestão desses contratos, fora do plano da supervisão) e, em caso afirmativo, qual a distribuição pelas entidades públicas de atribuições, competências e recursos nesse âmbito.

Com efeito, para além das opções de fundo a tomar relativamente à regulação incidente sobre a execução dos contratos, há que delimitar, com muita clareza, as competências das entidades envolvidas (no caso, a ARAP e a ICV) de modo a que cada uma assuma o seu papel sem zonas cinzentas, evitando-se sobreposições ou omissões, que são naturalmente prejudiciais ao funcionamento do sistema no seu todo.

F.2. CONTENCIOSO

O tema do contencioso será dividido em duas partes, uma relativa à fase de formação dos contratos, outra respeitante à fase de execução dos contratos. São abordadas, neste âmbito, questões identificadas nos regimes legais que regem o contencioso, e matérias conexas, ponderando-se eventuais soluções que possam melhorar o tecido normativo vigente.

I. FASE DE FORMAÇÃO DO CONTRATO

É analisado, nos pontos seguintes, o regime constante dos artigos 181.º a 188.º do CCP e do Estatuto da Comissão de Resolução de Litígios (CRC), que foi aprovado pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 28/2021 de 3 de Abril, e que consta do anexo a esse diploma. O referido Decreto-Lei revogou o Decreto-Regulamentar n.º 12/2015, de 31 de dezembro.

1. Revisão do Estatuto e natureza da CRC

Muitas entidades reclamam uma maior celeridade de decisão (por exemplo, a ASA, a ICV, a ENAPOR e o BCV).

Do recente Decreto-Lei n.º 28/2021, de 5 de Abril, que aprovou o novo Estatuto da ARAP, consta um preâmbulo que revela o enquadramento e as finalidades do diploma.

Nesse preâmbulo é dito designadamente o seguinte: *“Volvidos mais de cinco anos de vigência do Código da Contratação Pública (CCP) e do novo Estatuto da Comissão de Resolução de Conflitos (CRC) da Autoridade Regulador das Aquisições Públicas (ARAP), estudo-diagnóstico realizado demonstrou que, pese embora a sua importância e o seu desempenho no processo de formação dos contratos públicos, que aportaram ganhos indesmentíveis para a transparência e imparcialidade no processo da contratação pública, designadamente pelo cumprimento, na generalidade, das suas deliberações, consequência do reconhecimento global da sua valia técnica e jurídica por parte dos demais intervenientes do Sistema Nacional da Contratação Pública (SNCP), a CRC tem enfrentando algumas dificuldades. E. tais dificuldades resultam, não só de alguma complexidade das matérias do domínio de empreitadas de obras públicas, sugerindo o recurso pontual a peritos externos, mas também, do aumento do número dos recursos administrativos particularmente nos últimos quatro anos, prevendo-se ser esta a tendência para o futuro, e tudo isso, entre outros fatores, têm provocado atrasos relevantes no seu processo decisório, atrasos esses que têm sido objeto de descontentamentos e reclamações legítimos por parte das entidades adjudicatárias mais prejudicadas. (...) Por isso, para além de outros aspetos relevantes, mostrou-se necessário rever o Estatuto vigente da CRC, consagrando as opções de reforma aprovadas pelo Conselho de Administração da ARAP, na convicção de que as inovações introduzidas trarão ganhos imediatos na forma de funcionamento desse órgão de resolução de conflitos e, conseqüentemente, uma forte melhoria de eficácia e eficiência do seu desempenho, com reflexos positivos incontornáveis na celeridade do processo de formação dos contratos públicos, evitando-se prejuízos aos intervenientes do SNCP, especialmente às entidades adjudicantes.”*

Atendendo às virtualidades associadas à criação e intervenção da CRC, e aos estrangulamentos que se têm verificado nos últimos tempos, é de saudar a iniciativa no sentido de dotar a CRC de melhor organização e de maior capacidade de resolução dos litígios que lhe são submetidos.

Na sequência da apresentação, pelos Consultores, da Versão Preliminar do presente Estudo, foram suscitadas algumas questões, nomeadamente pela ARAP, acerca da natureza da CRC.

Em particular, levanta-se a questão da impossibilidade de qualificação da CRC como órgão jurisdicional, uma vez que o exercício de poderes jurisdicionais se encontra reservado, pelo artigo 209.º da Constituição da República de Cabo Verde, aos Tribunais, cujas categorias se encontram taxativamente elencadas no artigo 213.º.

Quando criou a CRC, o legislador qualificou-a como órgão de resolução de litígios, tendo mantido tal qualificação no recente Decreto-Lei n.º 28/2021, de 5 de Abril que, como se disse, introduziu alterações no Estatuto da ARAP e aprovou um novo Estatuto da CRC.

Por outro lado, o novo Estatuto da CRC considera o recurso como um *“Recurso Administrativo”*, dedicando o seu Capítulo IV (artigos 40.º a 62.º) à sua regulação.

Na realidade dos factos, a CRC tem agido sempre como órgão de resolução de litígios, e as suas decisões têm sido acolhidas e observadas pelos seus destinatários.

Sendo embora pertinente a questão da conformidade da natureza da CRC relativamente aos preceitos constitucionais invocados, não cabe aos Consultores o estudo aprofundado da mesma, não só porque tal não consta do âmbito da consultoria, como também porque o legislador reafirmou recentemente a natureza de órgão de resolução de litígios atribuída à CRC [cfr. novas redações dadas aos artigos 41.º/1 e 42.º/1/a) do Estatuto da ARAP e artigo 2.º do novo Estatuto da CRC].

2. Impugnação de documentos do procedimento

O n.º 2 do artigo 181.º do CCP estabelece que “os documentos do procedimento são igualmente suscetíveis de impugnação”, mas os artigos seguintes do mesmo diploma não regulam de modo específico essa matéria (designadamente quanto a prazos de interposição e de decisão, e a efeitos dessas impugnações), ao contrário do que sucede com as decisões administrativas tomadas no âmbito dos procedimentos de formação do Contrato.

Com efeito, tendo por referência a distinção entre atos administrativos (em que se enquadram as decisões administrativas) e regulamentos administrativos (em que se enquadram os documentos do procedimento), constante do Decreto-Legislativo n.º 15/97, de 10 de novembro, conclui-se que a quase totalidade das regras dos artigos 182.º a 188.º do CCP dizem respeito aos primeiros.

Mesmo que se diga que algumas dessas regras podem ser aplicadas à impugnação dos documentos do procedimento, a verdade é que será preferível conceber um regime específico e global para tais impugnações. O Estatuto da CRC também não regula esta matéria.

- o Proposta: Sugere-se a regulação específica dos termos e os efeitos da impugnação de peças de procedimento.

3. Efeitos das impugnações administrativas

A solução de suspender a eficácia de determinados atos quando são apresentados reclamações e recursos, contida no artigo 186.º do CCP e no artigo 44º do Estatuto da CRC, suscita reflexão.

Constata-se, na prática, que a demora na resolução das impugnações redundará na introdução de atrasos na conclusão dos procedimentos, ou no início da execução dos contratos administrativos em causa.

Porventura por essa razão, a ASA pronunciou-se no sentido da eliminação dos efeitos suspensivos, sugerindo ainda a introdução de um limite temporal aos mesmos, caso tais efeitos se mantenham.

Os Consultores não concordam com a sugestão da ASA. O efeito suspensivo previsto no artigo 186.º do CCP e no artigo 44º do Estatuto da CRC constitui um mecanismo eficaz de tutela dos direitos dos particulares que consideram os seus direitos e interesses preteridos. A alternativa à adoção dessa

solução seriam “*factos consumados*” em termos de ilegalidade, sem que os Tribunais interviessem em tempo útil para os corrigir, como nos revela a experiência.

Os Consultores entendem que o estabelecimento do efeito suspensivo foi um ganho, na medida em que contribui para que ilegalidades cometidas sejam revertidas.

O novo Estatuto da CRC veio introduzir normas tendo em vista resolver a questão da morosidade na tomada de decisão, designadamente no seu artigo 51.º, que estabelece regras de deferimento e de indeferimento tácito.

Os Consultores não se pronunciam a respeito das soluções previstas no novo Estatuto da CRC, por estarem fora do escopo desta prestação de serviços.

II. FASE DE EXECUÇÃO DO CONTRATO

1. Atos Administrativos destacáveis (para impugnação)

De acordo com o n.º 1 do artigo 9.º do RJCA, têm a natureza de atos administrativos as declarações do Contraente Público que se traduzam no exercício dos poderes de direção e fiscalização, na modificação unilateral do contrato por razões de interesse público, na aplicação de sanções por inexecução do contrato, e na resolução do contrato.

Dessa qualificação resulta o ónus, a cargo do Cocontratante, de impugnar atos administrativos praticados no quadro da execução de contratos administrativos, no prazo de 45 dias (cfr. artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 14-A/83, de 22 de março, que regula o Contencioso Administrativo).

Não parece justo e razoável imputar ao Cocontratante tal ónus processual, no quadro da execução de um contrato administrativo, que assenta numa lógica e numa dinâmica completamente distintas das que caracterizam os processos inerentes à prática de atos administrativos.

- o Proposta: sugere-se que não sejam destacados, por lei, atos administrativos no seio dos contratos administrativos para efeitos de contencioso, reconduzindo-se assim todos os litígios emergentes no quadro da execução de contratos administrativos a ações de responsabilidade contratual.

Caso tal sugestão seja aceite, deveria ser estabelecido um prazo de caducidade do direito de ação a contar da cessação de execução do contrato pelo particular (em moldes equivalentes aos previstos no artigo 199.º para as Empreitadas de Obras Públicas), atendendo a que não se considera adequada a regra do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 14-A/83, de 22 de março, que estabelece que “*As ações sobre contratos administrativos podem ser interpostas a todo o tempo*”. Na realidade, esta regra deixa as Partes indefinidamente expostas, com manifesto sacrifício da segurança jurídica.

2. Modo de resolução de litígios

A legislação vigente prevê a intervenção da CRC na fase de formação dos contratos. Sem prejuízo da introdução de possíveis melhorias no regime (algumas sugeridas neste Relatório), a verdade é que são reconhecidas vantagens evidentes associadas à intervenção da CRC, por ser um órgão ágil e especializado, que proporciona uma tutela efetiva superior àquela que resultaria dos mecanismos judiciais comuns, cujos problemas, constrangimentos e atrasos são do conhecimento geral.

Não intervindo a CRC na fase de execução do contrato, pergunta-se se é de equacionar um mecanismo que vise a superação de litígios, aplicável na fase de execução dos contratos, que pudesse representar uma evolução nesse âmbito.

Face à complexidade e à multiplicidade dos potenciais litígios, relacionados com todos os tipos de contratos, não parece ser realista configurar um órgão de composição de litígios com poderes equivalentes aos da CRC, incidentes na fase de formação do contrato.

- o Proposta: admite-se que pudesse ser possível, e útil, constituir um órgão composto por pessoas com qualificação e experiência, que pudesse conduzir processos de conciliação entre as Partes, sem poderes decisórios, com um papel idêntico ao configurado em Portugal para o Conselho Superior de Obras Públicas, instituído pelos regimes de empreitadas de obras públicas anteriores ao Código dos Contratos Públicos de 2008.

Caso esta solução venha a ser admitida, terá de ser ponderado o âmbito de intervenção do órgão de conciliação, em função do tipo e do valor do Contrato, bem como a existência (ou não) de condições operacionais para a sua instituição em Cabo Verde.

3. Tribunais Administrativos

Nos termos do n.º 1 do artigo 45.º do RJCA, são competentes para decidir as questões sobre interpretação, validade ou execução dos contratos administrativos os Tribunais administrativos. Sucede, porém, que não foram ainda instituídos, na organização Judiciária de Cabo Verde, os Tribunais administrativos. Nesta conformidade, os litígios emergentes da execução dos contratos administrativos são decididos pelos Tribunais de competência genérica.

Isto significa que os litígios administrativos não são decididos por juízos especializados, o que, naturalmente, prejudica a justiça administrativa, quer ao nível do conteúdo das decisões como quanto à celeridade na prolação das mesmas.

Foi também neste sentido que se pronunciou, em sede de Consulta Pública, a ICV, considerando ser imperiosa a necessidade de consagração da jurisdição administrativa, permitindo às entidades adjudicantes formular todo o tipo de pretensões junto de Tribunais administrativos.

- o Proposta: sugere-se ainda um reforço no número de juízes especializados em contratação pública e contratos administrativos.

De todo o modo, as soluções para esta questão entroncam numa problemática mais ampla, que se prende com a organização judiciária do País, que ultrapassa o âmbito do Estudo ora produzido.

4. Arbitragem

O RJCA admite a convenção de arbitragem, seja originariamente no próprio contrato administrativo (cláusula compromissória – artigo 46.º), seja já no decurso da execução do contrato (compromisso arbitral – n.º 1 do artigo 47.º). O artigo 200.º do RJCA introduz uma norma especial aplicável nas empreitadas de obras públicas.

Em abstrato, a arbitragem constitui uma solução alternativa aos Tribunais comuns, sendo-lhes reconhecidas as vantagens da especialização e celeridade.

De qualquer forma, uma solução mais arrojada (que previsse a arbitragem obrigatória em determinados casos) dependeria da existência de um conjunto de condições, designadamente centros de arbitragem operacionais, árbitros com experiência, e prática reiterada na matéria.

Não parece que existam condições, nesta altura, para que se introduza tal solução, sendo cauteloso que se mantenha uma previsão de possibilidade (e não obrigatoriedade) de recurso à arbitragem, podendo o regime vir a sofrer algumas melhorias.

Também neste particular, algumas das questões relacionadas com a eficácia das arbitragens na resolução de litígios emergentes da execução dos contratos administrativos prendem-se com a própria Lei que regula essa matéria em geral (Lei n.º 76/VI/2005, de 16 de agosto), assim como com a necessidade de uma natureza vinculativa das decisões arbitrais, o que extravasa o âmbito do presente Relatório.

F.3. CONTRAORDENAÇÕES

I. ADEQUAÇÃO DOS VALORES

As molduras sancionatórias associadas à prática das contraordenações previstas nos artigos 189.º e 193.º do CCP revelam-se manifestamente insuficientes.

- o Proposta: ponderar a alteração dos referidos valores tendo em conta uma lógica de prevenção geral negativa (dissuasão da prática de contraordenações), para que não transpareça a ideia de que, dado os reduzidos valores das coimas, a infração dessas normas não gera consequências relevantes.

Foi neste sentido que se pronunciou a ICV, em sede de Consulta Pública. Já pelo BCV foi proposta uma lógica de proporcionalidade dos valores das coimas face aos valores envolvidos nos procedimentos em causa, considerando adequados os valores atualmente previstos para procedimentos de contratação que envolvam valores diminutos.

II. SANÇÃO ACESSÓRIA

O n.º 1 do artigo 190.º do CCP consagra a possibilidade de aplicação de sanção acessória de privação do direito de participar em qualquer procedimento adotado para a formação de contratos públicos, quando a gravidade da infração e a culpa do agente o justifiquem. Não parece que seja razoável que tal sanção se mantenha indefinidamente.

Neste contexto, a ICV manifestou-se, em sede de Consulta Pública, no sentido da necessidade de introdução de limites para a duração da sanção acessória de privação do direito de participar em procedimentos para a formação de contratos públicos, sugerindo os limites mínimo de 6 meses e máximo de 1 ano. Também a ENAPOR se pronunciou no sentido de considerar necessária a introdução de um limite temporal, a definir de acordo com a modalidade procedimental em causa e com os valores envolvidos no contrato em execução.

- o Proposta: sugere-se ponderar a introdução de um limite máximo para a duração desta sanção acessória, atendendo-se, como referência, ao prazo máximo de 2 anos fixado pelo n.º 2 do artigo 460.º do Código dos Contratos Públicos Português.

III. SANCIONAR OS CONCORRENTES?

A ASA sugere que sejam sancionados os concorrentes que apresentem impugnações sem fundamento, o que redundaria na introdução de atrasos nos procedimentos, compreendendo-se embora a observação da ASA, os Consultores não recomendam essa solução, não só porque a sua aplicação assentaria num conceito indeterminado impossível de ser concretizado objetivamente, como também porque a mesma poderia ser considerada inibidora de possíveis impugnações (face ao receio dos concorrentes de serem sancionados com base em “*impugnações infundadas*”), o que prejudicaria o princípio da justiça efetiva, constitucionalmente consagrado.

IV. SANÇÃO ACESSÓRIA DE INIBIÇÃO DE CONCORRER COM BASE EM INCUMPRIMENTO CONTRATUAL

Equaciona-se a hipótese de ser prevista sanção acessória de inibição de concorrer em novos procedimentos em caso de incumprimento contratual.

A ICV concorda com essa possibilidade, mas adverte, e bem, para a necessidade de serem claramente identificadas as situações de incumprimento contratual que relevariam, e quais os critérios de aplicação da sanção.

O BCV pronuncia-se também afirmativamente quanto à introdução dessa solução.

- o Proposta: nesta sequência, sugere-se a previsão legal da possibilidade de aplicação da sanção de privação do direito de participar em procedimento para a formação de contratos públicos em casos de incumprimento contratual, devendo ter-se em atenção a necessidade de identificação clara das situações de incumprimento contratual suscetíveis de desencadear esta resposta sancionatória. Foi neste sentido que se pronunciaram a grande maioria das entidades auscultadas em sede de Consulta Pública.

Caso se admita a introdução dessa solução, a mesma deverá assentar em incumprimentos aceites pelo cocontratante ou não contravertidos, ou em decisão judicial com efeito de caso julgado, sob pena de os particulares serem injustificadamente prejudicados pela aplicação sem razão desta sanção que é particularmente gravosa.

V. OBRIGAÇÃO DE COMUNICAÇÃO

Na sequência da apresentação, pelos Consultores, da Versão Preliminar do presente Estudo, a ARAP apresentou o seu contributo, manifestando-se no sentido da necessidade de inclusão de uma norma que estabeleça um dever de comunicação às entidades competentes, por parte das Entidades Adjudicantes, dos factos suscetíveis de constituir contraordenações ou crimes previstos no CCP.

Assim, tendo presentes as competências cometidas à ARAP em matéria sancionatória, nos termos do artigo 17.º do seu Estatuto, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 55/2015, de 9 de outubro, será de equacionar a inclusão, no Título VI do CCP, de uma norma no sentido de determinar que as Entidades Adjudicantes deverão comunicar à ARAP quaisquer factos de que tenham conhecimento e que sejam suscetíveis de consubstanciarem a prática de contraordenações ou crimes previstos no Código.

Concomitantemente, e tendo em conta que o artigo 26.º do Regime Jurídico das Entidades Reguladoras Independentes, aprovado pela Lei n.º 14/VIII/2012, de 11 de julho, estabelece que compete às entidades reguladoras, em matéria sancionatória, "*participar às autoridades competentes outras infrações de que tomem conhecimento no desempenho das suas funções*", afigura-se desnecessária a inclusão de uma norma no sentido de determinar a obrigação da ARAP comunicar ao Ministério Público factos de que tenha conhecimento, com potencial relevância criminal, uma vez que esse desígnio parece já resultar do normativo supra citado. Nos seus contributos posteriores à Versão Preliminar do Presente Estudo, a ARAP refere, a este respeito, o artigo 42.º, alínea c) do seu Estatuto, mas este normativo impõe apenas que a CRC, no âmbito das competências

da ARAP enquanto instância de recurso, encaminhe para as instituições competentes os processos que suscitam procedimento disciplinar e/ou processo-crime fundados na violação das regras de contratação pública. Esta obrigação de comunicação não se estende, portanto, aos factos de que a ARAP tenha conhecimento por outra via que não a atuação da CRC enquanto instância de recurso.

- o Proposta: sugere-se a introdução de uma norma que determine que as entidades adjudicantes deverão participar à ARAP quaisquer factos suscetíveis de constituírem contraordenações ou crimes, nos termos do disposto nos artigos 189.º, 193.º e 192.º do CCP.

Pela MLA,

Mário José Menezes

Pela PLMJ,

