

ANTÓNIO PEDRO PINTO DE SOUSA TEIXEIRA

**CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS.
A FASE PRÉ-CONTRATUAL NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE
EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS**



UNIVERSIDADE
PORTUCALENSE

DEPARTAMENTO DE DIREITO

PORTO

JUNHO DE 2012

ANTÓNIO PEDRO PINTO DE SOUSA TEIXEIRA

**CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS.
A FASE PRÉ-CONTRATUAL NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE
EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS**

DISSERTAÇÃO APRESENTADA NA UNIVERSIDADE PORTUCALENSE
INFANTE D. HENRIQUE PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM
DIREITO COM ESPECIALIZAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-
ADMINISTRATIVAS E TRIBUTÁRIAS

TRABALHO REALIZADO SOB A ORIENTAÇÃO DO PROFESSOR
DOUTOR LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES



UNIVERSIDADE
PORTUCALENSE

DEPARTAMENTO DE DIREITO

PORTO

JUNHO DE 2012

CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS.
A FASE PRÉ-CONTRATUAL NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE EMPREITADAS DE OBRAS
PÚBLICAS

RESUMO

Na escolha do tema para a elaboração da presente dissertação de mestrado entendemos que dois fatores teriam de ser decisivamente ponderados: a atualidade do tema; o interesse prático que esse tema tem e terá na nossa vida profissional.

Conjugados estes dois fatores, entendemos que o estudo de um tema associado ao Código do Contratos Públicos (adiante CCP) seria bastante apropriado, na medida em que se trata de uma temática de grande relevo jurídico, assente num documento de rutura, que alterou substancialmente os termos em que se desenvolvia a atividade de contratação pública, e que sem dúvida será bastante importante no desenvolvimento das funções que desenvolvemos numa Autarquia Local, levando-nos a refletir sobre aquela que é a matriz da contratação pública e, conseqüentemente, sobre o acervo de legislação, doutrina e jurisprudência existentes sobre o assunto.

Naturalmente que era desadequado do formato que se pretende para a elaboração de uma dissertação de mestrado, abordar o CCP no seu todo. Tal decisão levar-nos-ia, inevitavelmente, a ficar pela enunciação genérica dos imensos pontos tratados pelo Código, de uma forma necessariamente superficial e pouco fundamentada.

Assim sendo, optamos por nos centrar nas empreitadas de obras públicas, e dentro deste tema, fazer uma abordagem genérica ao procedimento pré-contratual.

Iniciaremos esta dissertação com uma referência à evolução da legislação, à evolução do sector das obras públicas e da sua importância na economia nacional, e às inovações aportadas por este novo Código.

Iremos assim concentra-nos, ao longo deste estudo, na Parte I (âmbito de aplicação) e sobretudo na Parte II (Contratação pública) do CCP, de forma a abordar o regime pré-contratual dos contratos públicos, em especial do contrato de empreitada de obras públicas, ficando de

fora deste estudo a Parte III (regime substantivo dos contratos administrativos), que regula a relação contratual emergente do designado contrato administrativo.

Do estudo de preparação que foi já desenvolvido para a escolha do tema, a verificação da ainda limitada produção jurisprudencial dos Tribunais Superiores sobre a matéria, constitui, sem dúvida, o maior foco de incerteza sobre a escolha do tema, e sobre a nossa capacidade para o desenvolver com a dignidade que uma dissertação de mestrado exige.

Consciente das referidas dificuldades e limitações procuraremos neste estudo tratar os principais temas associados à fase pré-contratual da formação do contrato de empreitada de obras públicas, abordando, sempre que possível de forma crítica, a evolução imposta pelo novo CCP, as vantagens e desvantagens associadas ao mesmo, numa perspetiva inevitavelmente prática, associada ao conhecimento que advém da referida experiência de doze anos de trabalho, enquanto jurista, numa Câmara Municipal de pequena dimensão, do Norte de Portugal.

Cientes de que não desenvolvemos o trabalho que era desejável que fosse executado, temos contudo a certeza de que apresentamos um trabalho feito com seriedade.

ABSTRACT

When choosing the theme of the present dissertation, it was our believe that two main factors should be carefully weighed :the timeliness of the topic and the practical interest that this issue has and will have in our life.

Combined these two factors, we trustthat the study of a subject associated with the Procurement Code would be quite appropriate, since it is an issue of great importance in law, based on a breaking document, which substantially changed the terms on which the business of procurement as been developing, and no doubt will be very important in the evolution of the functions we performin the Local Management, leading us to reflect on what is the matrix of public procurement and, consequently, on the body of legislation, doctrine and existing case law on the subject.

Of course that was humanly impossible and inappropriate, considering the format that is intended for the preparation of a dissertation, to address the Public Contract Code as a whole. Such decision would lead us inevitably to formulate general statement regarding the huge number of points covered by the Code, in a necessarily shallow and poorly reasoned perspective.

Therefore, we chose to further study of the pre-contractual procedure, focusing more concretely the public works, while giving us refer to the development of legislation, the evolution of the public works sector and its importance in the national economy and innovations brought by this new code when comparing with the previous legal regime of public works contracts, regulated by Decree-Law 59/99 of 2 March.

Throughout this study we will mainly focus in Part I and Part II of the Public Contract Code, to address the procedural scheme of public works contracts, excluding of this study, Part III, which regulates the contractual relationship emerging from the designated administrative contract.

The study of preparation that has been developed for the choice of subject, the awareness of the overwhelming amount of existing documentation and the verification of case law has limited production of the Superior Courts on this mater, were undoubtedly source of uncertainty about the choice of subject, and on our ability to develop it with the dignity that a dissertation requires.

Aware of these difficulties and limitations, this study will seek to cover the main issues associated with pre-contractual stage of the formation of the contract of public works, addressing,

where possible in a critical way, the evolution imposed by the new Public Procurement Code, the advantages and disadvantages associated with it, in a perspective inevitably associated with the knowledge that comes from this experience of twelve years working as a lawyer in a small town hall, in northern Portugal.

Certain that we have not developed the work that was possible and even desirable to be executed, but however we are sure that we are presenting a work done with seriousness.

SUMÁRIO

Em 29 de Janeiro de 2008 foi publicado o Decreto-Lei 18/2008¹ que aprovou CCP.

O CCP constitui um importante diploma de mudança no sector da contratação pública, setor que tem um peso relativo na economia nacional bastante importante, tanto mais que é evidente a dependência da economia nacional, em especial do sector da construção, do investimento público nacional, que por sua vez está completamente dependente da evolução dos fundos comunitários a que Portugal tem acesso.

O CCP estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo, tendo procedido a uma profunda revisão de toda a matéria da contratação pública.

No que diretamente diz respeito às empreitadas de obras públicas o legislador procedeu redução substancial dos normativos que lhe são aplicáveis, por comparação com o anterior regime, regulado pelo Decreto -Lei n.º 59/99, de 2 de Março². Essa redução da conclusão a que chegou o legislador de que seria uma solução menos positiva a disciplina minuciosa do contrato de empreitadas de obras públicas, como vinha sendo tradicional entre nós, desde há várias décadas.

O anterior regime aplicável às empreitadas de obras públicas contribuiu, em larga medida, pelo carácter minucioso com que estava construído, para a cristalização de um regime que se deveria pretender dinâmico, transformando a lei em «contrato normativo» e, sobretudo, retirando aos sujeitos das relações contratuais um espaço de decisão que deveria ser deles por excelência.

A redução operada resulta ainda, da ideia simplificadora do CCP, particularmente do objectivo de o construir sobre títulos e capítulos equilibrados e com uma estrutura tão homogénea quanto possível e, ainda, do objectivo de remeter para a respectiva parte geral (título I da parte III) tudo o que se deva considerar próprio da teoria geral dos contratos públicos e não tanto exclusivo dos contratos de empreitada de obras públicas.

O CCP encontra-se em vigor desde 30 de Julho de 2008, o que já nos permite ter uma noção crítica do regime que veio instituir, não obstante ainda não existirem decisões dos

¹ Rectificado pela declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março (procede a 39 rectificações), e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, e pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro

² Alterado pela Lei n.º 163/99, de 14 de Setembro, e pelo Decreto-Lei n.º 159/2000, de 27 de Julho.

Tribunais Superiores em número que nos permita verificar em que sentido caminhará a interpretação das questões mais polémicas deste Código.

O CCP, tal como decorre do respectivo preâmbulo, procedeu à transposição das Directivas n.º 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, alteradas pela Directiva n.º 2005/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro, e rectificadas pela Directiva n.º 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 16 de Novembro.

No mesmo preâmbulo consta que o CCP desenha também uma linha de continuidade relativamente aos principais regimes jurídicos anteriormente em vigor (em especial, os Decretos-Leis n.º 59/99, de 2 de Março, 197/99, de 8 de Junho, e 223/2001, de 9 de Agosto, que têm constituído a matriz da contratação pública portuguesa nos últimos anos), de forma a garantir a necessária segurança e estabilidade jurídica aos operadores económicos.

Essa garantia de continuidade do CCP em relação aos anteriores regimes jurídicos decorre da margem de livre decisão na transposição das citadas directivas que o legislador europeu reservou para os legisladores nacionais, que assim puderam manter algumas das melhores práticas dos anteriores regimes jurídicos nacionais, o que, aliás, facilitou a adaptação desses mesmos operadores ao CCP.

O CCP, como aliás decorria de várias intervenções de vários Autores,³ constituiu ainda uma resposta à necessidade de codificar o regime geral da contratação pública, compilando num único documento as normas reguladoras dos diversos procedimentos de formação de alguns contratos da administração pública, que estavam sujeitos a regimes distintos e ainda o respectivo regime substantivo.

Esta dupla função reguladora do CCP encontra-se demonstrada na própria organização do Código. Com efeito, o CCP integra uma Parte II (art.º 16º a 277º) que estatui o regime aplicável à formação dos denominados contratos públicos (contratos que, independentemente da sua designação ou natureza, sejam celebrados por qualquer das entidades adjudicantes⁴

³ Mário Aroso de Almeida, in “As implicações de direito substantivo da reforma do contencioso administrativo”, CJA, n.º 34, Julho/Agosto de 2002, pag. 78; Gonçalo Guerra Tavares, As competências das comissões dos concursos de empreitadas de obras públicas e de aquisição de bens móveis e serviços, Direito e Justiça, Vol. XIX, 2005, Tomo I, Pag. 180.

⁴ O conceito de entidade adjudicante aplica-se à fase pré-contratual, e está diretamente relacionado com a adjudicação, por parte de qualquer uma das entidades a que se refere o art.º 2 do CCP, de uma proposta. Este conceito não se confunde com o conceito de contraente público, que se aplica apenas na fase de execução do contrato, e exclusivamente às entidades adjudicantes enunciadas no n.º 1 do art.º 2º, às indicadas no n.º 2 também do art.º 2º, sempre que o contrato seja qualificado pelas partes como contrato administrativo ou sujeito a um

referidas no Código) e uma Parte III (artigos 278º a 454º) que fixa o regime substantivo dos contratos públicos que revestem a natureza de contratos administrativos.

A aplicação do CCP não está isenta de polémica, dúvidas e dificuldades. Destacamos a dificuldade decorrente da sistematização imposta pelo Código, agravada pelo extenso número de artigos que o compõem (meio milhar de extensos artigos). Outra dificuldade está relacionada com a técnica legislativa utilizada pelo legislador na elaboração do Código, empregando sucessivas remissões, designadamente para legislação comunitária. As polémicas verificadas advêm essencialmente das dificuldades sentidas na interpretação de muitas normas do CCP.

Estamos, à data em que se conclui a presente da dissertação, na eminência de conhecer novas alterações ao CCP⁵, que, certamente, irão dar corpo a alguns dos compromissos que, relativamente a este assunto, foram assumidos pelo Governo português no memorando de entendimento com a troika.

O presente estudo está dividido dois Capítulos.

No primeiro será abordado, sob um ponto de vista necessariamente abrangente, o enquadramento legal do regime jurídico das empreitadas e a sua evolução ao longo dos tempos no direito nacional, passando de seguida, e após uma breve alusão à noção de empreitada de obras públicas, à análise da evolução do setor da construção de obras públicas em Portugal ao longo das últimas décadas.

Ainda no primeiro Capítulo, iremo-nos debruçar sobre o âmbito de aplicação do CCP, aflorando de seguida, ainda que de forma sintética as principais novidades trazidas pelo CCP no que às empreitadas de obras públicas diz respeito.

No segundo Capítulo deste trabalho incidirá especificamente sobre as principais fases do procedimento pré-contratual, sempre com uma referência concreta à formação dos contratos de empreitadas de obras públicas.

Serão de seguida apresentadas as conclusões deste trabalho, onde se procurará fazer, ainda que de forma muito sintética, uma abordagem crítica às inovações apostadas pelo CCP, fazendo ainda uma avaliação da aplicação do Código, e das mudanças que o mesmo tem imposto no setor da construção de obras públicas.

regime substantivo de direito público (art.º 3º n.º 1 alínea b do CCP), e ainda a quaisquer entidades que celebrem contratos no exercício de funções materialmente administrativas (art.º 3º n.º 2 do CCP).

⁵ O Conselho de Ministros, de 10 de maio de 2012, aprovou a proposta de alteração do CCP, aguardando-se a publicação dessas alterações.

ABREVIATURAS

CCP - Código dos Contratos Públicos

CEE - Comunidade Económica Europeia

CPA - Código do Procedimento Administrativo

CPTA - Código do Processo dos Tribunais Administrativos

CRP – Constituição da República Portuguesa

LOPTC - Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas

PIB – Produto Interno Bruto

RJEOP - Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas

RJDPLABS - Regime da Realização de Despesas Públicas com Locação e Aquisição de Bens e Serviços

STA - Supremo Tribunal Administrativo

INDICE DE QUADROS

Quadro 1 – Estrutura do Códigos dos Contratos Públicos

Quadro 2 - Evolução do investimento em infraestruturas verificado desde 1975 até 2003;

Quadro 3 - Evolução do PIB Nacional e do PIB da Construção (taxa de variação anual/preços constantes – Ano base 2006);

Quadro 4 - Relatório de auditoria n.º 17/09 AUDIT – Tribunal de Contas, Maio de 2009;

Quadro 5 – Definição dos limites do valor do contrato para a escolha do tipo de procedimento a adotar;

Quadro 6 – Definição dos termos e condições relativas ao procedimento de ajuste direto simplificado.