



SEMINÁRIO

CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS REVISTO

30 Jan'18
. Lisboa

Auditório
Reitoria da Universidade
Nova de Lisboa



SNS SERVIÇO NACIONAL
DE SAÚDE



SPMS EPE
Serviços Partilhados do
Ministério da Saúde

APAH

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA
DE ADMINISTRADORES HOSPITALARES

- Parcerias para a Inovação
- Negociação de Propostas

Luís Verde de Sousa



SNS SERVIÇO NACIONAL
DE SAÚDE



SPMS EPE
Serviços Partilhados do
Ministério da Saúde

APAH
ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA
DE ADMINISTRADORES HOSPITALARES



ACADEMIA SPMS
qualificação & inovação

30 Jan'18
Lisboa
Infarmed

SEMINÁRIO

**CÓDIGO DOS CONTRATOS
PÚBLICOS REVISTO**

1. **O QUE É A PARCERIA PARA A INOVAÇÃO?**
2. **QUANDO PODE SER UTILIZADA?**
3. **COMO FUNCIONA?**
4. **ALGUNS RISCOS E DESAFIOS**

1. O QUE É A PARCERIA PARA A INOVAÇÃO?

- É uma nova *figura jurídica*, prevista nas Diretivas 2014/24/UE e 2014/25/UE, destinada ao desenvolvimento e posterior aquisição de produtos, serviços ou obras inovadoras.
- Mais do que um procedimento pré-contratual, as Diretivas traçaram também (ou sobretudo) as linhas de um modelo contratual.

- Pretende ser a resposta à necessidade de se combinar, num mesmo contrato, as fases de I&D e de fornecimento/aquisição dos bens, serviços ou obras.
- Procura-se, por esta forma:
 - Evitar a necessidade de um segundo procedimento;
 - Aumentar a concorrência, incentivando a participação dos operadores;
 - Evitar auxílios ilegais de Estado;
- Trata-se de um modelo de “parceria público-privada”.

2. QUANDO PODE SER UTILIZADA?

- A Diretiva 2014/24/UE não contém uma definição de parceria para a inovação, nem prevê o conjunto de situações em que a mesma pode ser utilizada.
- A “chave” está, pois, em saber o que é *inovação*.
- Abordagem “cética”: “you must know it when you see it”!
- No art. 2.º, n.º 22 a Diretiva define inovação como a *“implementação de um produto, serviço ou processo novo ou significativamente melhorado, incluindo mas não limitado aos processos de produção ou construção, um novo modelo de comercialização, ou um novo método organizacional nas práticas empresariais, na organização do local de trabalho ou nas relações externas, nomeadamente com o objetivo de ajudar a resolver os desafios sociais ou de apoiar a Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”*.

- A parceria para a inovação não parece estar vocacionada para as seguintes situações:
 - Permitir que as *propostas* inovem na resposta a uma necessidade concretamente definida (lógica das propostas variantes);
 - Definir a necessidade mediante objetivos a alcançar, sem concretizar ainda a *solução* (lógica do diálogo concorrencial);
- Não basta uma eventual insuficiência na definição da necessidade.
- Não basta a necessidade de meras adaptações do que existe no mercado.
- Parece exigir-se que a inovação (ou seja, a sua inexistência no mercado) faça parte da própria necessidade a satisfazer.

- O artigo 30.º-A do CCP prevê que *“a entidade adjudicante pode adotar a pareceria para a inovação quando pretenda a realização de atividades de investigação e o desenvolvimento de bens, serviços ou obras inovadoras, independentemente da sua natureza e das áreas de atividade, tendo em vista a sua aquisição posterior, desde que estes correspondam aos níveis de desempenho e preços máximos previamente acordados entre aquela e os participantes na parceria”*.
 - Optou-se por não transpor a definição de inovação;
 - Optou-se por não se exigir o elemento teleológico (ligação à estratégia Europa 2020).
- O artigo 218.º-A, n.º 3, alínea a) prevê que as peças do procedimento devem identificar *“a necessidade de bens, serviços ou obras inovadores que não possam ser obtidos mediante a aquisição de bens, serviços ou obras já disponíveis no mercado”*.

3. COMO FUNCIONA?

❖ Está estruturada em 3 fases distintas:

- 1) A fase de adjudicação da parceria;
- 2) A fase do desenvolvimento;
- 3) A fase de aquisição.

1) A fase de adjudicação da parceria, em que a entidade adjudicante escolhe o(s) projecto(s) de investigação e inovação destinados a satisfazer as necessidades identificadas e o(s) respectivo(s) parceiros.



Segue o modelo do
procedimento de negociação

O artigo 218.º-A do CCP estruturou esta primeira fase em 3 (sub)fases:

- Apresentação de candidaturas (com eventual qualificação para projetos dotados de especial complexidade);
- Apresentação de propostas de projetos de investigação e desenvolvimento;
- Análise das propostas (com negociação) e celebração da parceria.

- O critério de adjudicação só pode ser o da proposta economicamente mais vantajosa na modalidade qualidade preço.
- Deve existir um momento de negociação das propostas.
- A parceria pode ser estabelecida com um ou vários parceiros, ou seja, a adjudicação pode incidir sobre várias propostas.
- Caso haja vários parceiros, cada um deve realizar atividades de investigação e desenvolvimento distintas.
- No caso de uma parceria com vários parceiros, a relação entre estes parece ser, assim, competitiva e não colaborativa ≠ parcerias europeias para a inovação.

2) A fase do desenvolvimento dos produtos, serviços ou obras inovadoras;

- A parceria deve ser estruturada em fases sucessivas de acordo com a sequência de etapas do processo de investigação e inovação (v.g. investigação, desenvolvimento, produção, *etc.*);
- A parceria deve fixar metas intermédias a alcançar e o pagamento de remuneração em fracções adequadas.
- No final de cada fase, a entidade adjudicante pode decidir pôr termo à parceria ou, no caso de uma parceria com diversos parceiros, reduzir o número de parceiros, pondo termo aos contratos firmados com esses parceiros, desde que tal esteja expressamente previsto nas peças do procedimento.

3) A fase de aquisição dos bens, serviços ou obras “*desde que estes correspondam aos níveis de desempenho e preços máximos previamente acordados*” (cfr. art. 30.º-A).

- O valor estimado dos bens, serviços ou obras não deve ser desproporcionado em relação ao investimento exigido para o respetivo desenvolvimento.

- A parceria para a inovação já serviu, pelo menos, para chamar a atenção para a especificidade da execução de contratos com uma forte componente de inovação.
- O artigo 301.º-A do CCP reconhece certas especificidades a este tipo de contratos:
 - ✓ Possibilidade de definição das prestações por referência aos resultados a atingir, sem existir garantia da sua obtenção;
 - ✓ Possibilidade de faseamento da execução por referência ao grau de obtenção dos objetivos;
 - ✓ Possibilidade de o pagamento estar associado ao grau de obtenção dos objetivos e resultados, com a previsão de indicadores.

- ✓ Possibilidade de não existir remuneração (apenas reembolso de valores despendidos);
- ✓ Garantia de uma adequada flexibilidade das prestações e dos indicadores de controlo, com respeito pelos limites das modificações objetivas, nomeadamente através da previsão no contrato de cenários alternativos;
- ✓ Possibilidade de o contraente público pôr termo ao contrato em fases intermédias de avaliação sem custos adicionais, além dos valores já despendidos na tentativa de obtenção de resultados.

4. ALGUNS RISCOS E DESAFIOS:

- ❖ O risco de se “fechar o mercado”.



Prevê-se que a parceria “*não pode ser utilizada com o intuito de restringir ou falsear a concorrência*”.

- ❖ O risco de avaliação e comparação de propostas num momento tão precoce.
- ❖ O risco de favorecimento atendendo à dificuldade de concretização do critério de adjudicação.
- ❖ O risco inerente à estimativa dos preços de aquisição.
- ❖ O risco de o resultado exceder a necessidade que foi identificada nas peças do procedimento.

- ❖ O desafio de regular as disposições aplicáveis aos direitos de propriedade intelectual.
- ❖ O desafio de saber se este é o melhor modelo face às alternativas disponíveis (utilização de um outro tipo de procedimento ou de dois procedimentos autónomos).
- ❖ O desafio de congregar, numa mesma entidade, a capacidade de investigação, desenvolvimento e produção.

Era necessário criar um novo procedimento de
adjudicação para cumprir estes objetivos?

Os instrumentos previstos na
Directiva 2004/18 eram insuficientes?

NEGOCIAÇÃO DAS PROPOSTAS

- O paradoxo;
- O preconceito que sustenta este paradoxo:

Negociação

=

Favorecimento (“buy national” ou “buy local”)

Como se concretiza este favorecimento?

- Realização de negociações preliminares – “o taylor-made procedure”;
- Reserva, total ou parcial, da possibilidade de negociação;
- Limitações colocadas ao diálogo negocial;
- A negociação como pretexto para a correção de irregularidades;
- Adopção de diferentes “comportamentos negociais”;
- A “transfusão técnica”, com divulgação de “soluções negociais” alheias;
- “Steering” procedimental;
- Negociações pós-adjudicatórias que subvertem o concurso.

- Problemas da negociação ou do *modo* como se negocia?
- Os problemas podem ser combatidos através de uma adequada disciplina da negociação.
- A negociação, por si só, favorece os operadores mais capazes.
- Concorrência e negociação são realidades compatíveis.

“Um dinheiro público bem gasto é um dinheiro público que tenha sido objecto de disputa”.

Alain Jossaud

Atenção: não podemos gastar um euro em negociações por cada cêntimo que poupamos no contrato.

- A obtenção de “good value for money” como a grande vantagem da negociação:
 1. O objecto do contrato deve responder, de forma óptima, às necessidades da entidade adjudicante;
 2. O contrato deve prever as melhores condições possíveis;
 3. O adjudicatário deve cumprir plenamente as obrigações assumidas.
- Outras razões:
 - Evita futuros litígios;
 - Previne o efeito “boomerang”.

Direito Europeu:

- A realidade anterior;
- O Livro Verde;
- A nova Diretiva Contratos Públicos:

“É muito importante que as autoridades adjudicantes disponham de maior flexibilidade para escolher um procedimento de contratação que preveja a negociação (...), pois a avaliação demonstrou que os contratos adjudicados através de um procedimento por negociação, com publicação prévia de anúncio, apresentam uma taxa de sucesso particularmente elevada das propostas transfronteiras” (Considerando 42).

- Uma nova perspetiva do procedimento concorrencial por negociação.
- No entanto, a negociação ainda não está amplamente disponível.

Direito Nacional:

- ✓ Procedimento de negociação;
- ✓ Pareceria para a inovação;
- ✓ Concurso público:
 - Na formação dos contratos de concessão de obras públicas ou concessão de serviços públicos, independentemente do valor;
 - Na formação de contratos de empreitadas de obras públicas de valor inferior ao limiar europeu (€ 5.548.000);
 - Na formação de contratos de locação ou aquisição de bens e aquisição de serviços de valor inferior ao liminar europeu.
- ✓ Consulta prévia;
- ✓ Ajuste direto (algumas considerações).

A negociação não é permitida:

- × Concurso limitado por prévia qualificação;
- × Diálogo concorrencial;
- × Demais concursos públicos.

PRESSUPOSTOS

- Procedimento de negociação:
 - *“As autoridades adjudicantes podem adjudicar contratos sem negociação, com base nas propostas iniciais apresentadas, se tiverem indicado (...) que se reservam essa possibilidade”* (artigo 29.º, n.º 4 da Diretiva).
 - As vantagens e os enormes riscos desta regra.
 - Esta norma não foi objeto de transposição.
 - No CCP, a negociação é um elemento essencial, não há qualquer pressuposto.

- Parceria para a inovação: a negociação é um elemento essencial, não há qualquer pressuposto;
- Concurso público e consulta prévia: previsão no programa do procedimento ou no convite à apresentação de propostas.



E se for apresentada apenas uma proposta?

“não há lugar às fases de negociação e audiência prévia, nem à elaboração dos relatórios preliminar e final, podendo, porém, o concorrente ser convidado a melhorar a sua proposta” – art. 125.º, n.º 2, do CCP.

O OBJETO DA NEGOCIAÇÃO

- Antes do CCP: “a proposta”.
- Com o CCP, em 2008: “*deve incidir apenas sobre os atributos da proposta*”.
- “*Durante a negociação, as autoridades adjudicantes (...) informam (...) sobre quaisquer alterações às especificações técnicas ou a outros documentos do concurso que não aquelas que definem os requisitos mínimos. Após estas alterações, as autoridades adjudicantes dão aos proponentes um prazo suficiente para que possam, se for caso disso, alterar e voltar a apresentar as suas propostas em conformidade com estas alterações*” (art. 29.º, n.º 5 da Diretiva 2014/24/UE).
- Indicia que nem todo o caderno de encargos é imutável.
- Os requisitos mínimos e os critérios de adjudicação não podem ser objeto de negociação (art. 29.º, n.º 3 da Diretiva).
- O Decreto-Lei n.º 111-B/2017 não alterou o objeto da negociação.

ALGUMAS REGRAS E PRINCÍPIOS A OBSERVAR DURANTE A NEGOCIAÇÃO

- Informalidade + flexibilidade ≠ espaço livre do Direito;
- As escolhas do legislador e o seu fundamento:

“4 – Os concorrentes devem ter idênticas oportunidades de propor, de aceitar e de contrapor modificações das respectivas propostas durante as sessões de negociação.

5 – As atas e quaisquer outras informações ou comunicações, escritas ou orais, prestadas pelos concorrentes à entidade adjudicante devem manter-se sigilosas durante a fase de negociação” (art. 120.º).

- O princípio da igualdade de tratamento;
- Obrigação de confidencialidade.



SEMINÁRIO

CÓDIGO DOS CONTRATOS
PÚBLICOS REVISTO



SNS SERVIÇO NACIONAL
DE SAÚDE



SPMS
Serviços Partilhados do
Ministério da Saúde

APAH
ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA
DE ADMISTRADORES HOSPITALARES

Muito obrigado pela vossa atenção!

lfvs@fd.uc.pt