



O GESTOR DO CONTRATO

No anteprojeto de alteração
ao Código dos Contratos Públicos



MACEDO VITORINO & ASSOCIADOS
Sociedade de Advogados, RL

Índice

- 01 Introdução
- 02 A perspetiva dos Adjudicatários
- 03 A perspetiva das Entidades Adjudicantes
- 04 O GC substitui o regime da fiscalização da execução do contrato?
- 05 As qualidades do GC e o momento para o designar
- 06 Pode o GC ser alguém externo à entidade adjudicante?
- 07 Pode o GC ser uma pessoa coletiva? Poderá delegar poderes?
- 08 A responsabilidade que impende sobre o GC

Introdução

Encontra-se prevista no início deste novo ano de 2017 a publicação do decreto-lei de alteração ao Código dos Contratos Públicos ("CCP"), transpondo um conjunto de Diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho, datadas de 2014. Afigura-se, por isso, oportuno refletir sobre uma das inovações mais relevantes face ao regime vigente, a saber, a criação da figura do Gestor do Contrato ("GC").

Procura-se, assim, neste breve estudo enquadrar a figura do GC, analisando a sua compatibilização com as disposições conexas do CCP e dar resposta a um conjunto de questões práticas que certamente irão colocar-se, fundamentalmente aos contraentes públicos (entidades adjudicantes), relacionadas nomeadamente com a designação do GC, sua articulação com o regime da fiscalização e com modo de execução do contrato previsto no CCP.

A figura do GC é inserida no CCP através de um novo Artigo 290º - A, que terá a seguinte redação:

Artigo 290.º - A

- 1. O contraente público deve designar um gestor do contrato, com a função de acompanhar permanentemente a execução deste.*
- 2. Quando se trate de contratos com especiais características de complexidade técnica ou financeira ou de duração superior a três anos, e sem prejuízo das funções que sejam definidas por cada contraente público, o gestor deve elaborar indicadores de execução quantitativos e qualitativos adequados a cada tipo de contrato, que permitam, entre outros aspetos, medir os níveis de desempenho do cocontratante, a execução financeira, técnica e material do contrato.*
- 3. Caso o gestor detete desvios, defeitos ou outras anomalias na execução do contrato, deve comunicá-los de imediato ao órgão competente, propondo em relatório fundamentado as medidas corretivas que, em cada caso, se revelem adequadas.*
- 4. Ao gestor do contrato podem ser delegados poderes para a adoção das medidas a que se refere o número anterior, exceto em matéria de modificação e cessação do contrato.*

A perspetiva dos adjudicatários

Com a ressalva de se estar ainda numa reflexão sobre um normativo não incorporado no ordenamento jurídico e, por isso, ainda não materializado nos processos de gestão sobre os quais irá recair importará, desde já, procurar antecipar qual o seu alcance prático, designadamente na perspetiva das entidades adjudicantes (os contraentes públicos), bem como na perspetiva dos adjudicatários (os cocontratantes).

Começando pela perspetiva dos adjudicatários, dir-se-á à partida que não deverá decorrer nenhuma especial alteração ao *modus operandi* daqueles com a entrada em vigor da figura do GC.

Não constituirá propriamente novidade para os adjudicatários, saberem que existe alguém do lado da entidade adjudicante a quem, ao longo do período de execução do contrato, podem vir a ter de prestar informações e/ou facultar elementos documentais relacionados com um acompanhamento, uma direção, ou um controlo sobre essa mesma execução.

Isto já decorre das atuais normas do CCP que materializam os poderes de direção e de fiscalização do contraente público sobre os cocontratantes.

Ademais, para além e independentemente do regime legal instituído, obviamente que, com maior ou menor eficácia face aos recursos e meios disponíveis, sempre os contraentes públicos foram desenvolvendo mecanismos de controlo que implicam forçosamente articulações diretas com os cocontratantes, em virtude quer das práticas e procedimentos correntes na gestão dos contratos em geral, quer das particularidades que impendem sobre os contratos públicos designadamente ao nível das obrigações de reporte interno e externo sobre a boa execução dos mesmos.

Sobretudo, e com especial incidência, nos contratos de empreitada de obra pública e de contratos de prestação de serviços com componentes significativas de execução física e de manutenção de infraestruturas, face aos especiais cuidados a ter por parte do gestor público relacionados com a boa execução desse tipo de contratos.

A grande diferença é que passará a existir um enquadramento legal expresso e detalhado que obriga desde logo à identificação do GC no clausulado do contrato a celebrar.

A perspetiva das entidades adjudicantes

Em primeiro lugar, antecipando-nos à entrada em vigor da alteração ao CCP, coloca-se uma necessidade de “olhar para dentro” e verificar a capacidade expectável de acomodar a figura do GC no tecido organizacional e funcional das entidades adjudicantes, face à sua orgânica, aos recursos humanos disponíveis, às normas e procedimentos implementados e ainda ao volume e complexidade dos contratos a celebrar.

Note-se, a esse respeito, as responsabilidades acrescidas que recaem sobre o GC no tocante à elaboração de indicadores de execução quantitativos e qualitativos adequados a cada tipo de contrato, no caso de contratos de especial complexidade técnica ou financeira ou de duração superior a três anos.

E bem assim, a obrigação de comunicação ao órgão competente em caso de deteção de desvios, defeitos ou outras anomalias na execução do contrato, propondo em relatório fundamentado medidas corretivas.

Isto é, há que perceber por parte de cada entidade adjudicante se a mesma está devidamente organizada, dimensionada e tecnicamente preparada, para acomodar a figura do GC em conformidade com todas as exigências legais daí decorrentes.

Sob pena de, assim não sendo, desde já deverem as entidades adjudicantes procurar agir em ordem a obter as melhores condições possíveis para o cumprimento deste regime, assim que o mesmo entre em vigor.

Realçamos a relevância que cada vez mais assumirá o desenvolvimento por parte das entidades adjudicantes de normativos internos (*self regulation*) contendo regras, princípios e boas práticas a observar na gestão dos contratos, acompanhados de ações de formação periódicas e atualizadas aos colaboradores sobre os quais exista uma evidência ou forte probabilidade de virem a ser designados como GC.

Em segundo lugar, e resolvida que esteja a questão da acomodação da figura do GC à realidade orgânica e funcional do contraente público, haverá então que olhar para as questões mais práticas e concretas a ter em conta por este.

O GC substitui o regime da fiscalização da execução do contrato?

Na medida em que o GC surge com um claro intuito de incrementar os níveis de rigor e de eficiência na gestão dos contratos públicos, estamos em crer que o GC não substitui nenhuma figura nem nenhum regime de fiscalização já existente no CCP.

De facto, o GC vem para coexistir (e não para substituir) com todos os demais intervenientes na gestão contratual, tenham eles uma previsão legal expressa ou resultem apenas das regras e procedimentos internos, próprias de cada contraente público.

Nesses termos, deverá o GC ser entendido como um verdadeiro aliado e uma significativa mais valia junto dos diversos elementos que atuam sobre a gestão dos contratos (relembre-se aqui igualmente a figura do gestor de projeto), sem retirar importância aos mesmos, nem se sobrepondo às atribuições específicas de cada um deles. Não obstante, tal coexistência poderá, pelo menos até à consolidação da figura do GC no ordenamento jurídico, acarretar algumas dúvidas e dificuldades na sua aplicação concreta.

Caberá aos contraentes públicos um papel decisivo na consolidação do âmbito de tal atuação em função, designadamente, do objeto de cada contrato e do modo de atuação específico, característico daqueles contraentes.

Nesse aspeto, merece-nos especial atenção a enorme semelhança do texto das normas que estabelecem o regime do GC e os poderes de fiscalização do contraente público em sede de fiscalização do modo de execução do contrato.

Importa neste campo efetuar uma clara distinção entre o caso de estarmos em sede de execução de um contrato de empreitada de obra pública, por contraponto com um outro qualquer contrato público.

Se estivermos perante um contrato de empreitada de obra pública, a gestão do mesmo na perspetiva da sua ação de fiscalização com intervenção direta sobre o cocontratante (ou seja, o empreiteiro), ficará a cargo do diretor de fiscalização. Pelo que, a atuação do GC nesse tipo de contratos, parece-nos dever restringir-se a uma intervenção interna ao nível dos órgãos competentes da entidade adjudicante (dono de obra), sem articulação direta com o empreiteiro, sob pena de se verificar uma verdadeira sobreposição de funções entre o GC e o diretor de fiscalização.

De outro modo, não se estando no âmbito de um contrato de empreitada de obra pública, então, nesse caso, parece-nos que nada obstará a que o exercício dos poderes de fiscalização do modo de execução do contrato possa ser levado a cabo diretamente pelo GC junto do cocontratante.

As qualidades do GC e o momento para o designar

Atendendo à abrangência de matérias sobre as quais o GC terá de se debruçar relacionadas com a execução financeira, técnica e material do contrato, é fácil de perceber que se está perante alguém que deverá deter necessariamente:

- conhecimentos técnicos adequados ao objeto e complexidade do contrato;
- conhecimentos sobre os instrumentos de natureza financeira inerentes à execução do contrato; e
- elevado sentido de responsabilidade.

Para além disso, e a acrescer às qualidades indispensáveis atrás identificadas, o exercício de funções por parte do GC ficará claramente enriquecido se este possuir conhecimentos gerais de gestão e estiver familiarizado com o regime jurídico substantivo dos contratos administrativos, vertido na Parte III do CCP.

Tendo em conta que, conforme acima referido, a lei irá obrigar à identificação do GC no clausulado do contrato a celebrar, a designação do mesmo por parte do órgão da entidade adjudicante com poderes para tal (originários ou delegados), deverá ocorrer em momento prévio à elaboração e aprovação da minuta de contrato a notificar ao adjudicatário.

Atente-se ao disposto *infra* a propósito da possibilidade de o GC ser uma pessoa coletiva para efeitos do cumprimento da exigência de identificação do mesmo no contrato.

Caberá aqui ainda referir a prudência que deverá assistir à entidade adjudicante no sentido de designar um elemento que substitua o GC nos seus impedimentos (não tendo, contudo, que o identificar no clausulado do contrato).

O GC pode ser externo à entidade adjudicante?

Numa primeira e mais óbvia apreciação, dir-se-á sem grande margem para dúvidas que, no espírito do legislador, estará a ideia de que o GC será fundamentalmente e em primeira instância alguém pertencente aos quadros técnicos da entidade adjudicante, com experiência e perfil adequado para a função.

De facto, a circunstância de a instituição de cada GC ser efetuada por designação direta do contraente público indicia, à partida, um considerável grau de conhecimento e de confiança naquela pessoa em concreto. Ou seja, numa aplicação corrente e "normal" do regime de designação do GC, esta recairá naturalmente sobre um colaborador interno ao serviço do contraente público.

Sem prejuízo, e desde logo atendendo à similitude de conceitos existente entre a figura do GC e o regime da fiscalização do modo de execução do contrato com a previsão normativa de que tal fiscalização pode ser parcial ou totalmente delegada em comissões paritárias de acompanhamento ou entidades públicas ou privadas especializadas, consideramos possível recorrer a terceiros contratados para o exercício da função de GC.

A este entendimento não deverá ser alheia a consciência detida por parte do legislador quanto aos muitos constrangimentos que limitam a capacidade técnica e de gestão das entidades adjudicantes em virtude, designadamente, da forte descapitalização ao nível dos seus quadros técnicos mais experientes e qualificados que estas têm vindo a sofrer nos últimos tempos.

Isto é, considerar à partida como inadmissível o recurso ao *outsourcing* para o exercício de funções de GC, poderá configurar um verdadeiro obstáculo ao sucesso que se pretende obter com a instituição desta figura, por falta de meios internos suficientes do lado dos contraentes públicos.

Todavia, neste juízo de admissibilidade da contratação externa do GC, sempre se dirá que o contraente público deverá ter aí uma especial preocupação em acautelar, rigorosa e devidamente, no contrato a celebrar com esse GC quais as obrigações concretas do mesmo, consequências para o seu incumprimento e deveres de confidencialidade a que aquele deve ficar sujeito.

Como última observação neste ponto, sublinha-se aqui a importância que teria uma clarificação deste tema no anteprojeto de decreto-lei.

Pode o GC ser uma pessoa coletiva e poderá delegar poderes?

Admitindo o recurso à contratação externa nos termos acima expressos, mais facilmente se defenderá a possibilidade de essa contratação recair sobre uma pessoa coletiva, ao invés de uma pessoa singular.

Contudo, e “repescando” parte dos argumentos utilizados anteriormente, relacionados com a “pessoalização” da função do GC, consideramos que, mesmo que se entenda como possível recorrer a uma pessoa coletiva distinta do contraente público, essa mesma pessoa coletiva deverá, por sua vez, indicar um seu colaborador específico para exercer essa tarefa.

Caso em que, para cumprimento do disposto no anteprojeto de decreto-lei, o clausulado do contrato deveria conter a identificação da entidade empregadora do GC, para além da identificação do próprio GC.

Quanto a saber se o GC poderá delegar poderes, a resposta afigura-se-nos afirmativa na figura da subdelegação e no âmbito restrito do regime previsto para o GC no anteprojeto de decreto-lei.

Isto é, aquando da delegação de poderes ao GC para a adoção das medidas corretivas, caso detete desvios, defeitos ou outras anomalias na execução do contrato que se, poderá o órgão delegante autorizar ao GC a respetiva subdelegação, como estabelece o artigo 46.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo.

Sem prejuízo, como é óbvio, do apoio meramente técnico e/ou administrativo que o GC sempre poderá solicitar a outrem para auxílio na execução das suas tarefas, sem estarmos, a esse nível, perante um qualquer ato de delegação/subdelegação.

A responsabilidade que impende sobre o GC

As responsabilidades do GC serão forçosamente aferidas em consonância com o “leque” de tarefas que lhe forem, em cada caso, cometidas.

A este respeito, atente-se na previsão normativa expressa de que, para além das tarefas concretas identificadas na lei, o GC ficará ainda incumbido das funções que lhe forem definidas por cada contraente público.

Ora, no cumprimento do conjunto das suas obrigações/funções, sejam aquelas fixadas na lei, sejam as definidas pelo contraente público, o GC deverá atuar em conformidade com as regras comuns de boa gestão aplicáveis ao caso concreto, sob pena de poder incorrer em responsabilidade civil e/ou criminal, consoante o grau de ilicitude verificado.

Caso o GC pertença aos quadros técnicos do contraente público - o que, conforme já referimos, representará certamente a regra - haverá ainda que considerar o nível da responsabilidade disciplinar.

Como nota final, realçar a importância que o GC terá para o sucesso dos regimes contraordenacionais relacionados com o incumprimento contratual por parte dos cocontratantes, conforme inovação prevista no anteprojeto de decreto-lei. Relembre-se a este propósito a função de acompanhamento permanente da execução do contrato a cabo do GC e a obrigação de comunicação de desvios, defeitos ou outras anomalias ao órgão competente, que sobre ele impende.

A nova figura do GC apresenta-se claramente como uma potencial mais-valia para o rigor, a eficiência e a eficácia na gestão dos contratos públicos.

Ficará a ganhar, em primeira instância, o interesse público subjacente à atividade de cada uma das entidades adjudicantes.

Porém, há que tomar rápida consciência das várias nuances e questões que a figura coloca no plano da sua aplicação concreta, assumindo a este nível o universo dos contraentes públicos um papel decisivo no sucesso pretendido por parte do legislador.



QUEM SOMOS
E O QUE FAZEMOS

Quem somos

A Macedo Vitorino & Associados foi fundada em 1996, centrando a sua atividade na assessoria a clientes nacionais e estrangeiros em sectores específicos de atividade, de que destacamos o sector financeiro, as telecomunicações, a energia e as infraestruturas.

Desde a sua constituição, a Macedo Vitorino & Associados estabeleceu relações estreitas de correspondência e de parceria com algumas das mais prestigiadas sociedades de advogados internacionais da Europa e dos Estados Unidos, o que nos permite prestar aconselhamento em operações internacionais de forma eficaz.

Somos citados em doze das quinze áreas de trabalho analisadas pelo diretório internacional, The European Legal 500, nomeadamente em "Banking and Finance", "Capital Markets", "Public Law", "Corporate", "Tax", "Telecoms" e "Litigation".

A atuação da Macedo Vitorino & Associados é ainda destacada pela IFLR 1000 em "Project Finance", "Corporate Finance" e "Mergers and Acquisitions" e pela Chambers and Partners em "Banking & Finance", "Corporate and M&A", "Tax" e "TMT".

O nosso Grupo de Projetos e Infraestruturas aconselha clientes nas seguintes matérias:

- Energia e telecomunicações
- Água e resíduos
- Infraestruturas e transportes
- Hospitais

Prestamos ainda serviços jurídicos relacionados com:

- Formação de consórcios
- Preparação e acompanhamento de concursos públicos
- Negociação de contratos de empreitada e acompanhamento da obra
- Financiamento do projeto
- Ordenamento do território e regulação
- Questões fiscais

Se quiser saber mais sobre a Macedo Vitorino & Associados por favor visite o nosso website www.macedovitorino.com ou contacte-nos para mva@macedovitorino.com.



Jorge Castilho Does
jdores@macedovitorino.com

Rua do Alecrim 26E | 1200-018 Lisboa | Portugal
Tel.: (351)21 324 19 00 | Fax: (351)21 324 19 29
www.macedovitorino.com