



Nº: 4/2011/RUMOS

Versão: 02.0

**Data de
Aprovação:** 2012-05-07

Elaborada por: Unidade de Apoio Jurídico/Unidade de Controlo

**Tema
Área:** Contratação Pública

Assunto: Orientações em matéria de contratação pública - Definição de entidades adjudicantes e exceções ao cumprimento do Código da Contratação Pública por entidades adjudicantes

Síntese

Face à relevância da contratação pública no âmbito dos programas operacionais financiados pela União Europeia, o Instituto de Desenvolvimento Regional (IDR), na qualidade de Autoridade de Gestão do “Programa Rumos”, tem vindo a fixar orientações nesta matéria;

Essas orientações têm vindo a ser sucessivamente alteradas face à experiência adquirida com a sua aplicação;

Por outro lado, o Instituto de Gestão do Fundo Social Europeu (IGFSE), enquanto Autoridade de Certificação do FSE bem como entidade que coordena e centraliza a comunicação com a Comissão Europeia no que respeita a esse fundo e ainda como entidade que integra a Comissão Técnica de Coordenação do QREN, emitiu orientação em matéria de contratação pública, a aplicar às entidades que beneficiem dos financiamentos públicos a que se refere o Decreto Regulamentar n.º 84-A/2007, de 12 de Dezembro, no âmbito do Fundo Social Europeu (FSE);

Pela primeira versão da presente orientação pretendeu-se simplificar as orientações já emitidas, bem como a sua consulta, nomeadamente, tornando mais acessível a terminologia utilizada e reunindo num só documento essas orientações. Pretendeu-se ainda harmonizar tais orientações com as posições do IGFSE nesta matéria;



A primeira versão da orientação em causa, constituindo documento único, prevalecia sobre todas as anteriores orientações da Autoridade de Gestão do “Programa Rumos” tendo acolhido o essencial do conteúdo da orientação do IGFSE atrás mencionada.

A nova orientação emitida ainda em Novembro de 2011 pelo IGFSE em que se precisa o conceito de entidade adjudicante do nº 2 do artigo 2º do CCP e se altera o que se dispõe em sede de comprovação do requisito “financiamento maioritariamente público”, obriga, por uma questão de coerência entre as orientações deste organismo e da AG do PO “Rumos” a uma alteração dos pontos 1.2 e 1.3 da primeira versão da orientação 4/2011/RUMOS;

Por outro lado, por razões de transparência e de necessidade de publicitação de entendimentos em matéria de aplicação no tempo das presentes orientações e sua consequência em matéria de correções financeiras, adita-se um ponto que respeita a casos em que excepcionalmente o não cumprimento das orientações da AG e normas de contratação pública não dão origem a correções financeiras.

Finalmente, aproveita-se para fixar em orientação o caso específico dos contratos celebrados antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro e que se tenham renovado após a sua entrada em vigor.

Estas alterações deverão retroagir a 06-10-2011.

Enquadramento

A autoridade de gestão é responsável pela gestão e execução do programa operacional de acordo com o princípio da boa gestão financeira, nos termos do artigo 60º do Regulamento (CE) nº 1083/2006 do Conselho, de 11.07.2006, com a redacção dada pelo Regulamento (CE) nº 284/2009, de 07.04.2009.

A autoridade de gestão tem que garantir os meios necessários à promoção da gestão e controlo das operações financiadas, de acordo com o previsto na alínea g) do artigo 9º do Decreto Regulamentar nº 84-A/2007, de 10.12.2007, com a redacção dada pelo Decreto Regulamentar nº 13/2008.

Neste enquadramento, a autoridade de gestão pode definir orientações técnicas a cumprir pelas entidades beneficiárias, em particular quando no decurso das suas verificações de gestão identifique que a execução das operações não está em linha com o princípio enunciado. Estas orientações devem ser objecto de adequada divulgação.

Orientação



1. Entidades Adjudicantes

1.1 Todas as pessoas colectivas que sejam consideradas “entidades adjudicantes” são obrigadas a cumprir o estabelecido no Código dos Contratos Públicos (CCP) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro. Não são só entidades adjudicantes as expressamente consideradas como tal pelo nº 1 do artigo 2º do CCP (Estado, Regiões Autónomas, Institutos Públicos, Autarquias Locais, Fundações Públicas, Associações Públicas). O nº 2 do artigo 2º do CCP procede ainda à qualificação de outras pessoas colectivas (quer sejam públicas quer sejam privadas) como entidades adjudicantes. Esta última norma, ao invés do citado nº 1 do artigo 2º, não refere expressamente nenhuma entidade como “adjudicante”, limitando-se a elencar um conjunto de características que a verificarem-se numa entidade, levam a que seja considerada “entidade adjudicante” e, por tal motivo, obrigada a seguir as normas do CCP. Quer isto dizer que, para além das entidades expressamente referidas no nº 1 do artigo 2º do CCP como “entidades adjudicantes” outras entidades podem também ser consideradas como tal (as referidas no nº 2 do citado artigo 2º do CCP).

1.2 As entidades adjudicantes previstas no nº 2 artigo 2.º, são aquelas a que o direito comunitário designa como “organismos públicos”.

1.2.1 São consideradas entidades adjudicantes por virtude do citado nº 2 do artigo 2º todas as pessoas coletivas que reúnam os seguintes requisitos:

- a) Sejam criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral - primeira parte da alínea i) do nº 2 do artigo 2º (Ver sobre este conceito o que se refere no ponto 1.2.4)
- b) Sem carácter industrial ou comercial - segunda parte da alínea i) do nº 2 do artigo 2º. (Ver sobre este conceito o que se diz no ponto 1.2.5)
- c) E que sejam maioritariamente financiadas por entidades adjudicantes ou estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada por aquelas entidades. (ver sobre o conceito de entidade maioritariamente financiada por entidades adjudicantes o que se refere no ponto 1.2.6)

1.2.2 Resumindo, para que certa entidade seja considerada como adjudicante para efeitos do nº 2 do artigo 2º do CCP é necessário que reúna em si o requisito da alínea a) cumulativamente com o requisito da alínea b) e ainda, cumulativamente com qualquer um dos três requisitos da alínea c).

1.2.3 Dito de outra forma, só serão entidades adjudicantes aquelas pessoas coletivas que:





a) Sejam criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial e que sejam maioritariamente financiada por entidades adjudicantes,

ou aquelas pessoas coletivas que:

b) Sejam criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial e que estejam sujeitas ao controlo de gestão por parte de entidades adjudicantes,

ou aquelas pessoas coletivas que:

c) Sejam criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial e tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada por entidades adjudicantes.

(Dentro de cada alínea ou se verificam de forma cumulativa todos os requisitos ou então não estamos perante entidades adjudicantes, ou seja, não estamos perante entidades obrigadas a cumprir as regras constantes do Código da Contratação Pública)

1.2.4 Entidades criadas especificamente para **satisfazer necessidade de interesse geral**:

a) No âmbito do FSE, a existência ou não de necessidades de interesse geral deve ser apreciada objetiva e casuisticamente, sendo indiferente a forma jurídica de quem prossegue essas atividades (v.g. associação, fundação, sociedade, sindicato) ou a natureza das disposições em que tais necessidades são expressas;

b) Devem ter-se em conta a totalidade dos elementos de direito e de facto relevantes, tais como as circunstâncias que presidiram à criação da entidade e as condições em que exerce a sua atividade, não relevando o facto de tais necessidades não terem sido atribuídas de início ou seja aquando da sua constituição;

c) Assim, se o alargamento do campo de atividades da entidade não deu origem a uma modificação das suas disposições estatutárias relativas ao seu objeto social, tal facto, por si só, é irrelevante;

d) Não se exige que a entidade esteja unicamente, ou mesmo predominantemente, encarregue de satisfazer necessidades de interesse geral;

e) O facto de uma entidade satisfazer necessidades de interesse geral, ainda que estas constituam apenas uma pequena parte da sua atividade, é fator relevante para se entender que a entidade tem por missão a satisfação de necessidades de interesse geral;

f) Prossegue necessidades de interesse geral a entidade cuja atividade, não obstante vise satisfazer interesses específicos, beneficie um grupo de interesses deles destacados, designadamente da comunidade local, regional ou nacional;



g) Cumpre salientar que, o desenvolvimento de projetos cofinanciados no âmbito do FSE constitui um instrumento das políticas públicas dirigidas à qualificação dos recursos humanos e à promoção do emprego, visando cumprir objetivos de manifesto interesse geral;

h) Satisfazem “necessidades de interesse geral”, designadamente, as Escolas Profissionais ou qualquer estrutura formativa que desenvolva uma atividade formativa e que genericamente preste serviços de educação e formação profissional a que se refere o Anexo II B da Diretiva n.º 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.

1.2.5 Carácter não industrial ou comercial da atividade de interesse geral:

a) Estatui o nº 3 do artigo 2º do CCP que atividade de carácter não industrial ou comercial é aquela que se não submete à lógica do mercado e da livre concorrência;

b) Constituem, de modo genérico, atividades sem carácter industrial ou comercial, as que satisfazem necessidades de interesse geral, de modo diferente da oferta de bens ou de serviços no mercado;

c) A fim de se avaliar se a necessidade de interesse geral é desprovida de carácter industrial ou comercial, cabe apreciar as circunstâncias que presidiram à criação desse organismo (conforme explanado no ponto anterior) e as condições em que o mesmo exerce a atividade, incluindo, nomeadamente a eventual prossecução de um fim lucrativo, a assunção dos riscos e o financiamento público dessa atividade;

d) O desenvolvimento de projetos cofinanciados pelo FSE consubstancia uma atividade de interesse geral destituída de carácter industrial ou comercial, porquanto, tais projetos não podem ter por fim a obtenção de lucro, mas antes a concretização de políticas públicas dirigidas à qualificação dos recursos humanos e à promoção do emprego;

e) De salientar ainda que a mera circunstância de uma entidade beneficiar de financiamento público de fonte comunitária e/ou nacional, coloca-a numa situação de desigualdade em relação ao universo dos operadores que não beneficiam de idênticos apoios no desenvolvimento da mesma atividade, o que consubstancia uma vantagem económica que, em condições normais num mercado de livre e plena concorrência, não existiria.

1.2.6 Entidade maioritariamente financiada por entidades adjudicantes ou “Financiamento Público”:

a) Constituem financiamento público todas as prestações referidas de financiamento ou de apoio das atividades da entidade provenientes de entidades que sejam, elas próprias, entidades adjudicantes, quer por virtude do nº 1 do artigoº 2º do CCP quer por virtude do seu nº 2 e que sejam atribuídas sem contraprestação específica;

b) O conceito de “financiamento público” deve ser interpretado no sentido de se considerar todo e qualquer fluxo de recursos financeiros públicos de origem nacional ou comunitária, que contribuam para o funcionamento e o desenvolvimento das atividades da entidade;

d) Neste conceito incluem-se os financiamentos do FSE, entendidos como “subsídios á exploração”.

1.3 Aferição do estatuto da entidade e momento para tal aferição



1.3.1 A aferição do estatuto da entidade deve fazer-se na fase de candidatura, ficando fixada pela assinatura do Termo de Aceitação da Decisão de Aprovação a que se reporta o n.º1 do artigo 28.º e o artigo 29.º do Decreto Regulamentar n.º 84-A/2007, de 10 de Dezembro.

1.3.2 Essa aferição em fase de candidatura poderá ter por base as normas legais enquadradoras da sua actividade, as disposições estatutárias ou qualquer disposição de diferente natureza, contrato ou outro documento relatórios e planos de atividades ou demais documentação que for considerada pertinente.

1.3.3 Nas situações em que releve a necessidade de comprovar a existência de um financiamento público maioritário, essa verificação poderá incidir, designadamente, sobre os documentos de prestação de contas referentes ao último exercício orçamental findo com relatório e contas aprovado (balanço, informação empresarial simplificada ou outros relevantes).

1.3.4 Alerta-se para o seguinte: O facto de num ano orçamental uma entidade ser considerada adjudicante, não significa que futuramente, nesse mesmo ano ou no ano seguinte, essa entidade não possa ver alterada essa mesma qualificação, relevando, portanto, para efeitos de análise da qualificação da entidade como adjudicante, o ano em que se dá início ao procedimento de contratação e não o ano de aprovação do projeto.

1.3.5 Assim, os procedimentos de contratação pública iniciados em momento em que a entidade que pretende contratar tem o estatuto de entidade adjudicante, mantêm a sujeição às normas de contratação pública até ao seu termo, nos termos do Código dos Contratos Públicos se aplicável e bem assim da presente orientação da Autoridade de Gestão do Programa Rumos, mesmo que no seu decurso a entidade tenha alterado o seu estatuto para entidade não adjudicante (nomeadamente devido ao facto do financiamento público deixar de maioritário, conforme constante no ponto 1.2.6).

1.3.6 Verificando-se uma divergência entre a qualificação defendida pela entidade em candidatura (por a mesma se considerar desobrigada da aplicação do CCP) e a apreciação da Autoridade de Gestão, deve ser observado o princípio do contraditório, dando-se cumprimento aos procedimentos previstos nos artigos 100.º e segs. Código do Procedimento Administrativo.

2. Casos em que as entidades adjudicantes podem não seguir as normas do CCP relativas à formação de contratos públicos em função dos serviços a contratar

2.1 *Contratos a celebrar por entidades adjudicantes relativamente aos quais o artigo 5.º do CCP (nos seus n.º1 a 4) permite a não aplicação da Parte II do CCP (artigos 16.º a 277.º).*





2.1.1 A alínea f) no n.º 4 do citado artigo 5.º contempla os contratos que tenham por objecto: a) os serviços de educação e formação mencionados no Anexo II B da Directiva n.º 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março e que b) confirmam certificação escolar ou certificação profissional.

a) Consideram-se “serviços de formação”, o conjunto de actividades articuladas em torno de objectivos de aprendizagem, associadas a cada uma das fases que constituem o ciclo formativo, incluindo actividades de diagnóstico das necessidades de formação, de concepção dos objectivos e dos conteúdos formativos, de organização das acções de formação, de execução e acompanhamento da formação ou de avaliação dos resultados da formação;

b) Por outro lado, esses serviços de formação só se encontram excluídos da aplicação da II parte do CCP se corresponderem a “formação certificada” no âmbito do Sistema Nacional de Qualificações (regido pelo Decreto-Lei n.º 396/2007, de 31 de Dezembro) e, nesse enquadramento, as entidades que a realizam devem estar obrigatoriamente certificadas, sendo que se entende por “formação certificada” as modalidades de formação de dupla certificação, as que visam conferir certificação escolar ou profissional, as formações modulares certificadas e, ainda, a formação contínua e organizacional que, através do processo “Reconhecimento, Validação e Certificação de Competências” é objecto de reconhecimento para efeitos de dupla certificação.

Em conclusão, para que se verifique a exclusão aqui tratada, é necessário que estejam reunidas as duas condições mencionadas em “a)” e “b)”.

2.1.2 À luz da Directiva transposta pelo CCP, não configuram “serviços de educação e formação” os “serviços de familiarização e formação para o utilizador de informática”, “formação em matéria de informática” e “cursos de informática” (cfr. Anexos I e VII do Regulamento (CE) n.º 213/2008 da Comissão de 28 de Novembro de 2007, que alterou a Directiva n.º 2004/18/CE). No entanto, se pela análise do programa de formação, se constatar que a carga horária dos conteúdos de informática não é predominante em relação aos “serviços de educação”, o contrato em causa poderá ser excepcionado da aplicação da II parte do CCP nos mesmos termos que os referidos em 2.1.1.

2.1.3 “Contratos mistos” que incluam no seu objecto serviços mencionados em 2.1.1 e fornecimento de bens ou outros tipos de prestações

Na mencionada alínea f), do n.º 4, do artigo 5.º do CCP são ainda subsumíveis os contratos de objecto misto (que tenham simultaneamente por objecto serviços de formação mencionados em 2.1.1 e fornecimento de bens ou outros tipos de prestações) mas apenas se o valor da prestação dos serviços de formação mencionados em 2.1.1 for superior ao das restantes prestações de outra natureza que sejam objecto do contrato (cfr. artigo 32.º do CCP). Para tanto é condição necessária a discriminação, no seu clausulado, do valor de cada uma das prestações que integram o contrato.



2.2 Procedimentos mínimos a adotar quando o contrato a celebrar se enquadra na exceção da alínea f) do n.º4 do artigo 5.º do CCP e se pretenda aproveitar dessa exceção - casos de 2.1.1, 2.1.3 e 2.1.2 (neste último caso quando se trate de contratos mistos com conteúdos de informática não predominantes em função da carga horária)

Nestes casos a entidade adjudicante, apesar de isenta de aplicar a parte II do CCP, deve, ainda assim:

- a) Incluir em caderno de encargos, ainda que simplificado, especificações técnicas, claras, precisas e não discriminatórias, respeitando as condições fixadas no artigo 49.º do CCP (por virtude dos n.ºs 5 e 6 alínea a) do artigo 5.º, conjugados com o n.º 4 do artigo 1.º, todos do CCP);
- b) Obedecer, na formação dos contratos, aos princípios gerais da actividade administrativa (designadamente, da transparência e da não discriminação) e às normas que concretizem preceitos constitucionais constantes do Código do Procedimento Administrativo, devendo isso mesmo resultar do processo que suporta e fundamenta a decisão de contratar (cfr. n.º 6 do artigo 5.º do CCP);
- c) Dirigir convite a um número não inferior a três operadores económicos, para apresentação de propostas, relativamente aos contratos cujo preço contratual seja superior a € 6.750,00. *(Admite-se que, nos procedimentos destinados à contratação de pessoas singulares - formadores ou outro pessoal afecto ao projecto de formação – seja dispensado o envio de qualquer convite, ou seja que se dispense a consulta a três operadores);*
- d) Quando o valor do contrato que se pretenda celebrar seja igual ao superior aos limiares comunitários, independentemente do valor do financiamento aprovado no âmbito do projecto proceder ao envio, no prazo de 30 dias, após adjudicação, do anúncio de adjudicação do contrato ao Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias (O referido anúncio deve obedecer ao modelo constante do Anexo III ou do Anexo VI do Regulamento (CE) n.º 1564/2005, da Comissão, de 7 de Setembro (cfr. n.º 1 e 6 do artigo 78.º do CCP).
- e) Quando se trate de entidades adjudicantes do n.º 1 do artigo 2.º do CCP (Estado, Regiões Autónomas, Institutos Públicos, Autarquias Locais, Fundações Públicas, Associações Públicas) devem ainda as mesmas observar as obrigações relativas à habilitação do adjudicatário e à prestação de caução incluídas nos artigos 81.º a 91.º, do CCP por virtude do disposto n.º 7 do artigo 5.º desse mesmo diploma;

3. Procedimentos a adotar pelas entidades adjudicantes quando o contrato a celebrar não se enquadra na exceção da alínea f) do n.º4 do artigo 5.º do CCP (casos que não se enquadram nos pontos 2.1.1 e 2.1.3 e parte final de 2.1.2)

3.1 Qualquer contratação efectuada por entidades adjudicantes que não seja excepcionada pela alínea f) do nº 2 do artigo 5º do CCP deve cumprir na íntegra todas as normas referentes à formação dos contratos públicos (parte II do CCP).



3.2 Não obstante e sempre que as contratações de bens e serviços sejam de valor superior a € 6.750,00 e de valor igual ou inferior a €101.250,00, deverá a entidade adjudicante enviar convite a um número não inferior a 3 operadores económicos, para apresentação de propostas, nos termos definidos no CCP para este procedimento. Nas contratações de bens e serviços de montante superior a €101.250,00, deverá ser seguido procedimento mais solene, designadamente concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, nos termos do CCP.

3.3 Nos procedimentos destinados à contratação de serviços de formadores externos ou outro pessoal afecto ao projecto, objecto de financiamento pelo Programa Rumos e dentro dos limiares referidos no parágrafo anterior, é possível o recurso ao ajuste directo com convite a apenas um operador económico. Para além do envio do convite em causa devem ser escrupulosamente cumpridas as regras que no CCP regem esta modalidade de procedimento.

4. Exceções à aplicação de correções financeiras por não cumprimento das normas e orientações em matéria de contratação pública. Não devem ser aplicadas correções financeiras a procedimentos de contratação objeto de verificações de gestão quando, cumulativamente:

- a) Se estiver perante procedimentos de contratação levados a cabo por entidades do nº 2 do artigo 2º do CCP;
- b) Se esteja perante aquisição de bens e serviços abaixo dos limiares das Diretivas Comunitárias;
- c) Esses procedimentos tenham tido início antes de 6 de Outubro de 2011;
- d) As entidades referidas em a) não tenham sido notificadas pela Autoridade de Gestão da obrigação de cumprimento das normas sobre contratação pública e das orientações dessa mesma Autoridade.

5. Contratos celebrados ao abrigo do DL 197/99 de 8 de Junho e que se renovaram após a entrada em vigor do CCP. São consideradas elegíveis as renovações de contratos ocorridas após a entrada em vigor do CCP relativas a contratos celebrados ao abrigo do DL 197/99 desde de que somadas não ultrapassem:

- a) Os limiares das Diretivas Comunitárias e;
- b) A duração de três anos, contados da data de entrada em vigor do CCP.

6. Entrada em vigor: Esta orientação entra em vigor no dia seguinte à sua aprovação pelo Presidente do IDR, na qualidade de Autoridade de Gestão do “Programa Rumos”, retroagindo os seus efeitos à data de aprovação da sua primeira versão e revoga, a partir dessa data (06-10-2011), todas as anteriores orientações emitidas para esse programa sobre contratação pública.