

MGA&PLMJ

Uma Parceria de valores



Março 2010

PARCERIAS INTERNACIONAIS PORTUGAL - MOÇAMBIQUE

Contratação Pública em Moçambique



Miguel Spínola
mgsp@plmj.pt

PLMJ 
SOCIEDADE DE ADVOGADOS



Taciana Peão
Lopes
tpealopes@mga.co.mz

 MGA

I. Introdução

O regime jurídico da Contratação Pública Moçambicana (“Public Procurement”) encontra-se regulado pelo Decreto n. 54/2005, de 13/12, que aprovou o designado “Regulamento de Contratação de Empreitada de Obras Públicas, Fornecimento de Bens e Prestação de serviços ao Estado” (doravante “Regulamento”).

A aprovação deste Regulamento pelo Governo de Moçambique visa tratar, de forma unitária e sistemática, as matérias mais relevantes no âmbito da Contratação Pública, e representa sobretudo um esforço claro de tornar as regras de Contratação Pública mais adequadas às exigências do mercado do Public Procurement, quer ao nível nacional, quer ao nível internacional.

II. Âmbito e Princípios

O Regulamento define as principais regras aplicáveis à contratação de empreitada de obras públicas, fornecimento de bens e prestação de serviços ao Estado, nestas se incluindo os serviços de consultoria e atribuição de concessões.

O Regulamento consagra os tradicionais princípios de Direito Público norteadores da actuação da Administração Pública, a qual deve sempre actuar de acordo com os princípios da legalidade, finalidade,

razoabilidade, proporcionalidade, prossecução do interesse público, transparência, igualdade e publicidade.

O Regulamento aplica-se a todos os órgãos e instituições do Estado e é extensível aos escalões mais baixos que tiverem uma tabela orçamental para executar, incluindo as Autarquias e Empresas do Estado (nestes caso, todas aquelas em que o Estado tiver uma participação de 100%).

Em termos formais, todos os documentos inerentes à contratação devem ser redigidos em língua portuguesa, podendo, no entanto, a Entidade Contratante determinar a divulgação simultânea noutra língua, prevalecendo porém sempre a versão em língua portuguesa.

Às contratações que tenham por objecto, simultaneamente, uma empreitada de obras públicas, um fornecimento de bens e uma prestação de serviços e locação, aplica-se o regime do Regulamento que estiver previsto para a parte do objecto do contrato que tenha maior expressão económica.

III. Regimes Jurídicos de Contratação Pública:

O Regulamento prevê três regimes jurídicos de contratação distintos, a saber: o Regime Geral; o Regime Especial; e o Regime Excepcional.



PARCERIAS INTERNACIONAIS

O Concurso Público é a modalidade de contratação na qual pode intervir todo e qualquer participante interessado, desde que reúna os requisitos estabelecidos nos Documentos do Concurso.

(i) Regime Geral:

O Regime Geral para a contratação de empreitada de obras públicas, fornecimento de bens e de prestação de serviços ao Estado é o “Concurso Público”.

O Concurso Público é a modalidade de contratação na qual pode intervir todo e qualquer participante interessado, desde que reúna os requisitos estabelecidos nos Documentos do Concurso.

O Concurso Público processa-se de acordo com um encadearamento lógico de fases. As fases do processo são as seguintes: (i) Preparação; (ii) Lançamento; (iii) Apresentação e abertura de propostas e documentos de qualificação; (iv) Avaliação das propostas e documentos de qualificação; (v) Saneamento; (vi) Classificação; (vii) Recomendação do Júri; (viii) Decisão; (ix) Reclamação e recurso; (x) Adjudicação.

Os Documentos do Concurso podem exigir, como condição de aceitabilidade da proposta, a prestação de garantias. As referidas garantias podem ser definitivas ou provisórias, e o seu valor encontra limites máximos estipulados no Regulamento. Serão, normalmente, aceites pela Entidade Contratante as seguintes formas de garantia: (i) garantia bancária; (ii) caução em dinheiro; (iii) cheque visado; (iv) títulos de dívida pública; e (v) seguro-garantia. Porém, os Documentos do Concurso podem prever outras formas de garantia.

A proposta de preços deve ser apresentada em moeda nacional, o Metical, salvo nos casos excepcionais previstos nos Documentos de Concurso.

(ii) Regime Especial:

Por contraposição ao Regime Geral (Concurso Público), temos o designado Regime Especial, que permite à Entidade

Contratante adoptar normas distintas das definidas pelo Regulamento.

As normas especiais devem constar no Anúncio e dos Documentos de Concurso, e são admissíveis nos casos em que a Entidade Contratante pretenda:

- Proceder a uma contratação no âmbito de um Tratado ou acordo internacional entre Moçambique e outro Estado ou organização internacional, que exija a adopção de um regime especial, ou;

- Proceder a uma contratação no âmbito de projectos financiados, com recursos provenientes de uma agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral, sempre que a adopção de normas distintas seja uma condição do respectivo acordo ou contrato.

(iii) Regime Excepcional:

Por último, existe ainda o Regime Excepcional, o qual permite, com fundamento no “Interesse Público”, que sejam escolhidos pela Entidade Pública Contratante qualquer um dos seguintes procedimentos pré-contratuais:

- Concurso com Prévia Qualificação;
- Concurso Limitado;
- Concurso em Duas Etapas;
- Concurso por Lances; e
- Ajuste Directo.

Importa referir que as contratações feitas ao abrigo do Regime Excepcional regem-se, subsidiariamente, pelas normas do Concurso Público previstas no Regulamento.

IV. Concorrentes

São elegíveis para concorrer à contratação de empreitada de obras, fornecimento de bens ou prestação de serviços ao Estado Moçambicano, as pessoas singulares ou colectivas, nacionais ou estrangeiras, que demonstrem possuir qualificação jurídica, económico-financeira e técnica e que se encontrem numa situação de regularidade fiscal.

No âmbito desta “qualificação”, destaca-se a necessidade de as propostas deverem ser instruídas, entre outros, com os seguintes documentos: (i) certidão de registo comercial e estatutos actualizados; (ii) declaração subscrita pelos concorrentes de que não incorrem

em nenhum dos vários, mas comuns, “impedimentos” (cfr. Art. 19º do Regulamento); (iii) projecto de consórcio ou acordo de constituição de consórcio (nos casos de agrupamentos de empresas); (iv) declaração periódica de rendimentos e declaração anual de informação contabilística e fiscal; (v) certidão comprovativa de registo ou inscrição em actividade profissional compatível com o objecto da contratação em causa, alvará ou documento equivalente emitido pela entidade competente (no caso de actividades sujeitas a tais títulos).

Os documentos referidos supra (necessários a uma correcta qualificação jurídica, económico-financeira e técnica) poderão ser dispensados, no todo ou em parte, quando se tratar de empreitada de obras, fornecimento de bens ou prestação de serviços de pequena dimensão.

Concorrente Nacional vs Concorrente Estrangeiro

Para efeitos do Regulamento, considera-se como concorrente “nacional”: (i) a pessoa singular que possua nacionalidade moçambicana; e (ii) a pessoa colectiva que tenha sido constituída nos termos da lei moçambicana e cujo capital social seja detido em mais de 50% por pessoa singular moçambicana ou por pessoa colectiva cujo capital social seja maioritariamente detido em mais de 50% por pessoa singular moçambicana.

A Entidade Contratante pode restringir o Concurso à participação de concorrentes nacionais, sempre que se trate de contratação cujo valor estimado seja inferior a 5.250.000.000,00 de Meticais, no caso de empreitadas de obras públicas, e a 2.625.000.000,00 de Meticais, no caso de aquisição de bens e serviços.

É de salientar ainda a possibilidade de a Entidade Contratante estabelecer “margens de preferência nacionais” (10% do valor do contrato, sem impostos, para obras; e 15% do valor do contrato, sem

Importa referir que as contratações feitas ao abrigo do Regime Excepcional regem-se, subsidiariamente, pelas normas do Concurso Público previstas no Regulamento.

impostos, para bens e serviços) e ainda margens mínimas de “incorporação de factores nacionais” (30% do preço à porta da fábrica do produto acabado, podendo, o Ministro que superintende a área das Finanças ajustar a referida percentagem).

O concorrente estrangeiro deve atender às normas gerais fixadas no Regulamento, em legislação específica e nos documentos de concurso, mediante a apresentação de documentos equivalentes aos exigidos a concorrentes nacionais.

O concorrente estrangeiro (quer esteja ou não autorizado a exercer a sua actividade em Moçambique) deverá ainda, complementarmente: (i) ter procurador residente e domiciliado no País, com poderes especiais para receber citação, intimação e responder administrativa e judicialmente pelos seus actos, devendo juntar o relevante instrumento de mandato com os documentos determinados no Regulamento; (ii) comprovar a sua qualificação jurídica, económico-financeira, técnica e regularidade fiscal no país de origem; (iii) comprovar a inexistência de pedidos de falência ou concordata em Moçambique e no país de origem e por último; (iv) proceder à entrega dos documentos escritos em língua portuguesa.

É sempre permitida a participação nos Concursos por parte de concorrentes constituídos em consórcio ou associações.

Os membros integrantes de um consórcio ou associação não podem participar - isoladamente nem integrando outro consórcio ou associação - no mesmo Concurso.

V. Publicação

È obrigatória a publicação do Anúncio de Concurso quer na imprensa, quer na sede da Entidade Contratante, devendo em caso de “Concurso Internacional” a divulgação ser feita através de Boletim da Republica e/ou página da internet.

É sempre permitida a participação nos Concursos por parte de concorrentes constituídos em consórcio ou associações.

Como regra geral todos os documentos integrantes do procedimento administrativo de contratação são abertos à consulta do público, salvaguardando-se as excepções previstas no Regulamento.

VI. Critérios de Avaliação e Decisão das Propostas

Relativamente aos critérios de avaliação – vulgo critérios de adjudicação – importa assinalar que o critério regra é o do “menor preço”. Consequentemente, em geral, a proposta de mais baixo preço é a Proposta escolhida para efeitos de adjudicação. Em caso de empate, a classificação final das Propostas é apurada por “sorteio”.

O Regulamento prevê ainda que, excepcionalmente, o critério de adjudicação possa ser um “critério conjugado”, leia-se, um critério que leve em consideração a avaliação técnica da proposta e o respectivo preço, sendo que, naturalmente, é exigível a devida fundamentação. Em situações de empate na avaliação das Propostas, prevalece a melhor proposta técnica. Caso o empate na classificação das Propostas persista, recorre-se a um “sorteio” no âmbito de uma sessão pública.

VII. Critérios de Decisão de Concurso para Concessão

A decisão de Concurso para a concessão de obras ou prestação de serviços públicos pode ser adoptada, observando, isolada ou conjuntamente, os seguintes critérios:

- Maior oferta de preço pela outorga;
- Menor tarifa ou preço a ser praticado junto dos utilizadores;
- Melhor qualidade dos serviços ou dos bens postos à disposição do público; e
- Melhor atendimento e satisfação da procura.

VIII. Dos Contratos - Regras Aplicáveis

Os contratos regulados no Regulamento têm natureza administrativa, com as implicações legais daí decorrentes. Ou seja, a execução dos contratos de empreitada de obras públicas, fornecimento de bens e prestação de serviços celebrados por órgãos e instituições do Estado regulam-se pela Secção IX do Regulamento, pelas cláusulas de tais contrato e pelas normas gerais de Direito Público, aplicando-se-lhes os princípios da teoria geral

Relativamente aos critérios de avaliação – vulgo critérios de adjudicação – importa assinalar que o critério regra é o do “menor preço”. Consequentemente, em geral, a proposta de mais baixo preço é a Proposta escolhida para efeitos de adjudicação. Em caso de empate, a classificação final das Propostas é apurada por “sorteio”.

dos contratos e, supletivamente, as disposições de direito privado.

Os contratos previstos no Regulamento serão reduzidos a escrito e deverão obedecer aos modelos constantes dos Documentos de Concurso, os quais deverão, obrigatoriamente, ser submetidos a fiscalização prévia do Tribunal Administrativo, num prazo de 5 dias após a sua celebração.

Em virtude da natureza administrativa dos Contratos em causa, o Regulamento prevê certas cláusulas, designadas de essenciais, tais como (i) a Identificação das partes; (ii) Objecto do contrato; (iii) Datas de início e termo; (iv) Garantias; (v) termos e condições de Pagamento; (vi) Estimativa do Encargo total; (vii) Sanções aplicáveis; (viii) Foro judicial ou outro, para resolução de litígios; (ix) Cláusula anti-corrupção; e (x) Outras condições que as partes considerem essenciais à boa execução do contrato.

Importante do ponto de vista do investidor/concorrente estrangeiro é a hipótese da inclusão de uma cláusula que preveja a adopção de arbitragem independente para a solução de conflitos resultantes da interpretação e execução do contrato, a ser realizada em Moçambique e em língua portuguesa (com observância da legislação específica sobre a matéria).

A Entidade Contratante deve exigir, quando previsto nos Documentos de Concurso, que a Contratada preste garantia definitiva, adequada ao bom e pontual cumprimento das suas obrigações; sendo que a sua apresentação é condição prévia de celebração do contrato, não sendo, pois,

MGA

“Sociedade de Advogados Líder em Moçambique”

IFLR1000, 2007, 2008 & Chambers and Partners, 2006

“1st Overall Legal Firm”

Professional Management Review Africa, 2007, 2008

PLMJ

“Sociedade de Advogados Portuguesa do Ano”

Chambers Europe Excellence 2009, IFLR Awards 2006 & Who's Who legal Awards 2006, 2008, 2009

“Melhor Sociedade de Advocacia de negócios da Europa do Sul”

ACQ Finance Magazine, 2009

“Melhor Sociedade de Advogados no Serviço ao Cliente”

Clients Choice Award - International Law Office, 2008

“Melhor Departamento Fiscal do Ano”

International Tax Review - Tax Awards 2006, 2008

Prémio Mind Leaders Awards™

Human Resources Suppliers 2007

A presente Newslextter destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas e a informação nela contida é prestada de forma geral e abstracta, não devendo servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência profissional qualificada e dirigida ao caso concreto. O conteúdo desta Newslextter não pode ser reproduzido, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização do editor. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre este assunto contacte Miguel Spínola (mgsp@plmj.pt) ou Taciana Peão Lopes (tpealopes@mga.co.mz).

permitido o pagamento de adiantamento sem apresentação de garantia no mesmo valor - salvo raras excepções previstas no Regulamento e sujeitas a determinados pressupostos de admissibilidade.

IX. Modificação e Cessação dos Contratos

Os contratos regidos pelo Regulamento apenas podem ser modificados ou alterados mediante fundamentação e por apostilha, quando haja a necessidade de alteração (i) do projecto ou especificações; (ii) do valor contratual; (iii) do regime de execução da obra ou prestação de serviço ou do modo de fornecimento de bens; (iv) das condições de pagamento.

A lei moçambicana prevê a hipótese de uma alteração ou modificação unilateral das condições iniciais do contrato (cfr. art. 52º). Assim, a Entidade Contratada fica obrigada a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, bens ou serviços, até 25% do valor inicial do contrato.

No mesmo Regulamento são estabelecidos (cfr. art. 54º), os fundamentos com os quais a Entidade Contratante e a Contratada poderão, livremente, rescindir de forma unilateral o contrato. A parte que pretenda rescindir unilateralmente o contrato (com base num ou mais fundamentos) deve notificar a outra parte da sua intenção de rescisão indicando, com precisão, as causas e respectiva fundamentação. A parte notificada - num prazo não superior a trinta dias - deverá afastar as causas que lhe são imputadas, findo o qual poderá a parte notificante rescindir unilateralmente o contrato com base nos fundamentos constantes da notificação.

O referido Regulamento estabelece de forma clara e precisa as consequências da

rescisão unilateral na óptica da Entidade Contratante, bem como da Contratada (cfr. art. 55º).

Uma nota ainda relativa à obrigação de submeter estes contratos ao visto do Tribunal Administrativo.

Com efeito, a Lei n.º 5/92, de 6 de Maio de 1992, prescreve no seu art. 30º, n.º 2 que no âmbito da fiscalização através do visto compete à Secção de Fiscalização das Despesas Públicas e do Visto do Tribunal Administrativo, verificar a conformidade das leis em vigor dos contratos, de qualquer natureza, quando celebrados pelas entidades sujeitas à jurisdição do Tribunal.

Estão sujeitas a julgamento das despesas públicas, segundo o art. 32º, alínea a), os órgãos centrais do Estado e serviços do Estado, personalizados ou não, dotados de autonomia administrativa e financeira, incluindo os fundos autónomos.

Por outro lado, as únicas isenções do visto são aquelas constantes do art. 31º, n.º 1, alíneas a), b) e c), isto é, os diplomas de nomeações emanadas do Presidente da República, os diplomas relativos a cargos electivos e quaisquer outros diplomas, despachos ou contratos especialmente previstos na lei, acrescentando a Lei no n.º 2 que independentemente das excepções, deverá proceder-se à anotação sempre que a lei o exigir.

Estes são, em traços gerais e resumidos, as principais características do regime de Contratação Pública, país de enorme potencial e em franco desenvolvimento económico, que tem registado e irá continuar a registar, nos próximos anos, uma efervescente actividade ao nível de Public Procurement para a execução de mega projectos de natureza pública, sobretudo na área da energia, construção de infra-estruturas, exploração de recursos naturais e ferrovias.