

PT

PT

PT



COMISSÃO EUROPEIA

Bruxelas, 27.1.2011
COM(2011) 15 final

LIVRO VERDE

**sobre a modernização da política de contratos públicos da UE
Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa**

ÍNDICE

1.	Regras em matéria de concursos públicos	6
1.1.	Actividades de aquisição.....	6
1.2.	Contratos públicos.....	7
1.3.	Adquirentes públicos.....	11
2.	Melhorar o conjunto de instrumentos à disposição das entidades adjudicantes	13
2.1.	Modernizar os procedimentos	14
2.2.	Instrumentos específicos para as entidades adjudicantes de pequena dimensão	20
2.3.	Cooperação entre organismos do sector público (cooperação público-público)	22
2.4.	Instrumentos adequados para agregação da procura/contratação conjunta.....	25
2.5.	Resposta às preocupações manifestadas em matéria de execução contratual.....	26
3.	Um acesso mais fácil ao mercado dos contratos públicos na Europa	29
3.1.	Acesso melhorado para as PME e para as empresas em fase de arranque.....	30
3.2.	Garantir uma concorrência leal e efectiva.....	32
3.3.	Contratação pública nos casos em que não existe concorrência/direitos exclusivos.	36
4.	Utilização estratégica dos contratos públicos para responder aos novos desafios.....	37
4.1.	«Como comprar» para atingir os objectivos da estratégia Europa 2020.....	38
4.2.	«Que comprar» para apoiar os objectivos políticos da estratégia Europa 2020	45
4.3.	Inovação	48
4.4.	Serviços sociais	51
5.	Garantir procedimentos sólidos.....	53
5.1.	Prevenir os conflitos de interesses	53
5.2.	Luta contra o favorecimento e a corrupção.....	54
5.3.	Exclusão dos concorrentes «duvidosos».....	56
5.4.	Evitar a concessão de vantagens injustificadas.....	58
6.	Acesso dos fornecedores de países terceiros ao mercado da União Europeia.....	58

LIVRO VERDE

sobre a modernização da política de contratos públicos da UE Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa

A estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo¹ apresenta uma visão da economia social de mercado da União Europeia para a próxima década, assente em três prioridades que se reforçam mutuamente: desenvolver uma economia baseada no conhecimento e na inovação, promover uma economia hipocarbónica, que utilize eficazmente os recursos e seja competitiva, e fomentar uma economia com níveis elevados de emprego e que assegure a coesão social e territorial.

Os contratos públicos, que desempenham um papel essencial na estratégia Europa 2020, são um dos instrumentos de mercado a utilizar para alcançar estes objectivos. Mais especificamente, a estratégia Europa 2020 convida a utilizar os contratos públicos para:

- melhorar as condições-quadro para a inovação empresarial, utilizando plenamente as políticas de estímulo à procura²,
- apoiar a transição para uma economia hipocarbónica e que utiliza eficazmente os recursos, nomeadamente promovendo um maior recurso aos contratos públicos ecológicos, e
- melhorar o ambiente empresarial, especialmente para as PME inovadoras.

A estratégia Europa 2020 sublinha ainda que a política de contratos públicos deve assegurar uma utilização o mais eficiente possível dos fundos públicos e que é necessário manter os mercados da contratação abertos em toda a UE. Num contexto de grandes restrições orçamentais e dificuldades económicas em muitos Estados-Membros da UE é especialmente importante otimizar os resultados dos contratos públicos através de procedimentos eficazes. Perante estes desafios, é mais do que nunca necessário um mercado europeu dos contratos públicos operacional e eficaz, que possa contribuir para atingir estes ambiciosos objectivos.

Muitas partes interessadas preconizam a revisão do sistema de contratos públicos da UE, a fim de aumentar a sua eficiência e eficácia. Por conseguinte, no Acto para o Mercado Único³, a Comissão anunciou que iria efectuar consultas alargadas tendo em vista a apresentação de propostas legislativas o mais tardar no início de 2012, com o objectivo de simplificar e actualizar a legislação europeia aplicável aos contratos públicos, a fim de tornar os processos de adjudicação mais flexíveis e permitir uma melhor utilização deste tipo de contratos para apoiar outras políticas.

¹ Ver Comunicação da Comissão de 3 de Março de 2010 - COM(2010) 2020.

² A Comunicação da Comissão «União da Inovação» - SEC(2010) 1161 - uma das iniciativas emblemáticas da estratégia Europa 2020, que incide na utilização estratégica dos contratos públicos para promover a investigação e a inovação, também foca esta questão. Os Estados-Membros são convidados a reservar parte dos seus orçamentos para contratos no domínio da investigação e da inovação e informados de que a Comissão estabelecerá linhas de orientação e mecanismos de apoio para as entidades adjudicantes.

³ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Um acto para o mercado único – Para uma economia social de mercado altamente competitiva, COM(2010) 608, de 27.10.2010.

A geração actual de directivas sobre contratos públicos, nomeadamente as Directivas 2004/17/CE⁴ e 2004/18/CE⁵, é o último passo de uma longa caminhada que teve início em 1971 com a adopção da Directiva 71/305/CEE⁶. Ao garantir procedimentos transparentes e não discriminatórios, estas directivas têm por objectivo principal garantir que os operadores económicos tirem pleno proveito das liberdades fundamentais no domínio dos contratos públicos. As actuais directivas mencionam também um conjunto de objectivos relacionados com a integração de outras políticas, nomeadamente a protecção do ambiente e as normas sociais⁷ ou a luta contra a corrupção⁸.

Dado o papel fundamental dos contratos públicos para enfrentar os actuais desafios, os instrumentos e métodos existentes devem ser modernizados, de modo a poder dar resposta à evolução do contexto político, social e económico. Haverá também que realizar vários objectivos complementares.

O primeiro consiste em aumentar a eficiência da despesa pública, incluindo a procura dos melhores resultados possíveis em termos de contratação (melhor relação qualidade-preço). Para alcançar este objectivo, é vital conseguir a maior concorrência possível no que respeita aos contratos públicos adjudicados no mercado interno. Deve ser dada aos proponentes a oportunidade de concorrer em igualdade de condições e devem ser evitadas as distorções da concorrência. Simultaneamente, é essencial aumentar a eficiência dos processos de adjudicação: a aplicação de processos modernos, com medidas de simplificação orientadas, que satisfaçam as necessidades específicas das entidades adjudicantes de pequena dimensão, poderá ajudar as entidades adjudicantes do sector público a obter os melhores resultados possíveis em matéria de contratos públicos, com o menor grau de investimento possível em termos de tempo e de dinheiros públicos. A adopção de procedimentos mais eficazes beneficiará todos os operadores económicos e facilitará a participação das PME e das empresas concorrentes transfronteiras. De facto, a participação transfronteiras nos processos de adjudicação de contratos públicos da UE continua a ser reduzida⁹. A comparação com o sector privado, onde o comércio transfronteiras é muito maior, mostra que existe ainda um

⁴ Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO L 134 de 30.4.2004, p. 1), com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1177/2009 da Comissão, de 30 de Novembro de 2009, que altera as Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE e 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho no respeitante aos seus limiares de aplicação no contexto dos processos de adjudicação de contratos (JO L 314 de 1.12.2009, p. 64).

⁵ Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134 de 30.4.2004, p. 114), com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1177/2009 da Comissão. O texto seguinte tem por base as disposições da Directiva 2004/18/CE; contudo, salvo indicação em contrário, pode ser interpretado como remetendo - *mutatis mutandis* - para as disposições correspondentes da Directiva 2004/17/CE. Por «entidade adjudicante» pode, por conseguinte, entender-se os organismos cujos contratos públicos estão abrangidos pelas Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE.

⁶ Directiva 71/305/CEE, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185 de 16.8.1971, p. 5).

⁷ Ver considerandos 5 e 46 da Directiva 2004/18/CE e considerandos 12 e 55 da Directiva 2004/17/CE.

⁸ Ver considerando 43 da Directiva 2004/18/CE e o correspondente considerando 40 da Directiva 2004/17/CE.

⁹ De acordo com estudos recentes, apenas 1,6% dos contratos públicos são adjudicados a operadores de outros Estados-Membros. A participação transfronteiras indirecta - através de filiais ou de parceiros empresariais situados no Estado-Membro da entidade adjudicante - é mais frequente. No entanto a taxa de adjudicação indirecta transfronteiras permanece relativamente baixa (11%).

potencial considerável a explorar. O objectivo de melhores contratos públicos é essencialmente abordado nas partes 2 (melhorar o conjunto de instrumentos à disposição das entidades adjudicantes) e 3 (acesso mais fácil ao mercado dos contratos públicos na Europa), do presente Livro Verde.

Outro objectivo complementar é permitir que as entidades adjudicantes utilizem melhor os contratos públicos para apoiar objectivos sociais comuns, incluindo a protecção do ambiente, uma maior eficiência quer a nível de recursos quer energético e a luta contra as alterações climáticas, a promoção da inovação e da integração social e a garantia das melhores condições possíveis para prestação de serviços públicos de elevada qualidade. Este objectivo pode também contribuir para alcançar a primeira meta de uma maior eficiência da despesa pública a longo prazo, por exemplo, substituindo o critério do preço inicial mais baixo pelo critério do custo mais baixo ao longo do ciclo de vida¹⁰. As questões que se prendem com este objectivo são tratadas na parte 4 do presente Livro Verde (utilização estratégica dos contratos públicos).

Além disso, poderá ser examinada a possibilidade de reforçar a legislação da UE aplicável aos contratos públicos, de modo a abordar questões importantes ainda não suficientemente exploradas como a prevenção e a luta contra a corrupção e o favorecimento (parte 5), a par da questão de saber como poderá ser melhorado o acesso das empresas europeias aos mercados dos países terceiros (parte 6). Além disso, a revisão do quadro jurídico permitirá também analisar a necessidade de aperfeiçoar determinadas noções de base e conceitos, a fim de garantir uma melhor segurança jurídica às autoridades e às empresas contratantes (parte 1). Neste contexto, a revisão pode oferecer a oportunidade de reforçar a convergência entre as regras da UE em matéria de contratos públicos e de auxílios estatais.

O Livro Verde expõe um conjunto de ideias sobre a melhor forma de alcançar os vários objectivos. No entanto, é conveniente ter consciência de que poderão surgir conflitos entre os diferentes objectivos (por exemplo, simplificar procedimentos *versus* ter outros objectivos políticos em conta). Estes diferentes objectivos traduzem-se por vezes em opções políticas, que podem apontar para diferentes direcções e que numa fase ulterior exigirão uma escolha fundamentada.

Além disso, o âmbito das possíveis alterações legislativas não é ilimitado. Estas alterações têm de ser coerentes com os compromissos assumidos pela UE a nível internacional podendo obrigar à abertura de negociações adequadas com todos os parceiros interessados quanto a eventuais pedidos de indemnização. Estes compromissos, conforme definidos no acordo multilateral¹¹ e em sete acordos bilaterais¹² podem, por conseguinte, vir a limitar o âmbito dos eventuais ajustamentos legislativos. Trata-se, nomeadamente, dos limiares de aplicação da regulamentação da UE em matéria de contratos públicos, das definições de «actividades de aquisição» e de «adquirentes públicos» e de certas questões processuais como o estabelecimento de especificações técnicas e a fixação de prazos.

¹⁰ Os investimentos rentáveis na eficiência energética, que não são realizados devido ao facto de haver uma gestão separada do investimento e da despesa operacional no quadro de processos orçamentais diferentes, constituem um caso típico.

¹¹ Para consultar o Acordo sobre Contratos Públicos celebrado com a OMC: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/international_en.htm.

¹² Para mais informações sobre os acordos bilaterais, consultar: <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/>.

Este processo de consulta não aborda a questão das concessões, que já foi objecto de um exercício de consulta e de avaliação de impacto separado. A Comissão pretende propor legislação para garantir uma maior segurança jurídica às autoridades locais e regionais e aos agentes económicos em toda a Europa e facilitar o desenvolvimento de parcerias público-privado. As questões ligadas à contratação pública electrónica são abordadas noutro Livro Verde, publicado em 18 de Outubro de 2010¹³.

Paralelamente ao presente Livro Verde, a Comissão está a efectuar uma avaliação exaustiva do impacto e da relação custo-eficácia da política de contratos públicos da UE. A avaliação reunirá provas, baseadas no mercado, sobre o funcionamento da actual legislação em matéria de contratos públicos, de modo a fornecer dados empíricos sobre os aspectos que precisam de ser melhorados. Os resultados desta nova investigação serão publicados no Verão de 2011.

Juntamente com os resultados da avaliação, as contribuições das partes interessadas no presente Livro Verde servirão para alimentar a reflexão sobre a futura revisão das regras aplicáveis aos contratos públicos da UE, que culminará com uma proposta de reforma legislativa.

1. REGRAS EM MATÉRIA DE CONCURSOS PÚBLICOS

Quando gastam dinheiros públicos, os adquirentes públicos têm de ponderar incentivos diferentes dos gestores de uma empresa privada, que assumem o risco de ter prejuízos e, em última análise, de falência, e são directamente controlados pelas forças do mercado.

Por estes motivos, a regulamentação aplicável prevê procedimentos específicos para a adjudicação de contratos públicos, de modo a permitir que os processos de aquisição do sector público sejam conduzidos da forma mais racional, transparente e equitativa possível. Estão previstas medidas de salvaguarda para compensar a eventual falta de disciplina comercial nas aquisições do sector público, assim como para evitar tratamentos de favorecimento dispendiosos em favor de operadores económicos nacionais ou locais.

Assim, a regulamentação europeia em matéria de contratação pública aplica-se a todos os contratos públicos com potencial interesse para os operadores que exercem a sua actividade no mercado interno garantindo a igualdade de acesso e uma concorrência equitativa em matéria de concursos públicos no mercado europeu.

1.1. Actividades de aquisição

Basicamente, o objectivo das regras para os contratos públicos é regular as actividades de aquisição das entidades adjudicantes. No entanto, as directivas da UE relativas aos contratos públicos não limitam explicitamente o seu âmbito de aplicação às aquisições que abrangem as necessidades específicas da entidade adjudicante¹⁴. Esta questão suscitou um debate sobre a necessidade de aplicação das directivas nos casos em que as autoridades públicas celebram acordos que incluem obrigações juridicamente vinculativas para fins não relacionados com as suas próprias necessidades de aquisição.

¹³ Livro Verde relativo ao alargamento da utilização da contratação pública electrónica na UE, SEC(2010) 1214, de 18.10.2010.

¹⁴ Ver Acórdão de 18.11.2004 no Processo C-126/03, Comissão/Alemanha, ponto 18.

Esta situação verifica-se, por exemplo, nos casos em que o acordo de subvenção para concessão de um auxílio inclui uma obrigação juridicamente vinculativa de o beneficiário prestar determinados serviços. Essas obrigações são normalmente previstas para garantir a utilização adequada dos fundos públicos; o objectivo não é satisfazer as necessidades da autoridade pública que concede o auxílio.

As autoridades dos Estados-Membros e outras partes interessadas queixaram-se da falta de segurança jurídica no que diz respeito ao âmbito da regulamentação aplicável aos contratos públicos nestes casos e solicitaram que fosse esclarecido o objectivo dessas regras. Na sua jurisprudência mais recente, o Tribunal considerou que o conceito de contrato público impõe que as obras, fornecimentos ou serviços objecto do contrato *sejam executados no interesse económico directo* da entidade adjudicante¹⁵.

Pergunta:

1. Considera que o âmbito de aplicação das directivas sobre contratos públicos se deve limitar às actividades de aquisição? Essa limitação deve simplesmente utilizar o critério de interesse económico directo defendido pelo Tribunal ou deve prever condições e conceitos adicionais/alternativos?

1.2. Contratos públicos

A actual classificação dos contratos públicos – contratos de empreitada de obras públicas, contratos de fornecimento e contratos de serviços – resulta, em parte, da evolução histórica. A necessidade de classificar os contratos públicos numa destas categorias, logo na fase inicial, pode levantar problemas, nomeadamente no caso dos contratos de aquisição de aplicações informáticas que, conforme os casos, poderão ser considerados contratos de fornecimento ou contratos de serviços. A Directiva 2004/18/CE inclui regras específicas para os contratos mistos, as quais foram aprofundadas pela jurisprudência. No parecer do Tribunal, quando um contrato contém elementos de diferentes tipos, para determinar as regras aplicáveis é necessário identificar o objecto principal do contrato.

Alguns destes problemas poderiam ser evitados com a simplificação da estrutura actual. Poder-se-ia, por exemplo, prever apenas dois tipos de contratos públicos, como acontece no sistema do Acordo sobre Contratos Públicos, que distingue apenas entre contratos de fornecimentos e de serviços, com as empreitadas de obras a serem consideradas um tipo de serviço («contrato de serviços de construção»). Também se poderá estudar a possibilidade de utilizar um conceito uniformizado de contrato público e de diferenciar de acordo com o objecto do contrato apenas quando tal for estritamente necessário (por exemplo, nas disposições relativas aos limiares).

Pergunta:

2. Considera adequada a actual estrutura do âmbito de aplicação material, com a subdivisão em contratos de empreitada de obras, fornecimentos e serviços? Em caso negativo, que estrutura alternativa propõe?

¹⁵ Acórdãos de 25.3.2010 no Processo C-451/08, *Helmut Müller GmbH*, pontos 47-54, e de 15.7.2010, Comissão/Alemanha, ponto 75.

Independentemente da sua eventual reestruturação, poderá ser necessário rever e simplificar as actuais definições dos vários tipos de contratos.

Tal aplica-se, em especial, à definição de «empreitadas de obras públicas» constante do artigo 1.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 2004/18/CE, que inclui três condições alternativas complexas e parcialmente sobrepostas. O conceito de contrato de empreitada de obras públicas inclui quer a execução de uma obra, quer o projecto e a execução da mesma, conforme definido no artigo 1.º, n.º 2, alínea b), da directiva, quer ainda «a realização, por qualquer meio, de uma obra que satisfaça as necessidades especificadas pela entidade adjudicante». A última condição foi aditada para garantir que a definição inclui os casos em que as obras são executadas, não pela empresa contratante, mas por terceiros agindo por conta desta.

Poderá ser estudada a possibilidade de simplificar a definição, substituindo a estrutura actual por um conjunto de requisitos muito mais simples e claros, que abranjam todos os tipos de actividades de construção, independentemente da sua natureza e finalidade, incluindo as actividades relacionadas com a execução de trabalhos específicos, eventualmente por terceiros.

Pergunta:

3. Considera que a definição de «contrato de empreitada de obras» deve ser revista e simplificada? Em caso afirmativo, propõe que se omita a referência a uma lista específica anexa à directiva? Quais seriam os elementos da definição que propõe?

Serviços de tipo «A» e «B»

No que se refere aos contratos de serviços, a questão do âmbito de aplicação é ainda mais importante.

As directivas em vigor estabelecem uma distinção entre os denominados serviços «A»¹⁶ e serviços «B»¹⁷. Enquanto os serviços «A» estão abrangidos por todos os procedimentos constantes das directivas, as adjudicações de contratos de serviços «B» apenas têm de cumprir as disposições em matéria de especificações técnicas e as relativas ao envio de um anúncio com os resultados do processo de adjudicação¹⁸. No entanto, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE, caso os contratos em questão tenham interesse transfronteiras¹⁹, as entidades adjudicantes que celebram contratos de serviços «B» têm de respeitar as principais normas do direito primário da UE, em especial os princípios da não discriminação, da igualdade de tratamento e da transparência. Significa isto que são obrigadas a garantir um nível suficiente de publicidade, de modo a permitir que operadores económicos interessados de outros Estados-Membros possam manifestar o seu interesse no contrato.

Inicialmente, a intenção do legislador era limitar, por um período transitório, a aplicação integral da directiva a determinados contratos de prestação de serviços específicos considerados como apresentando um potencial de crescimento do comércio transfronteiras²⁰.

¹⁶ Serviços enumerados no anexo II A da Directiva 2004/18/CE ou no anexo XVII A da Directiva 2004/17/CE.

¹⁷ Serviços enumerados no anexo II B da Directiva 2004/18/CE ou no anexo XVII B da Directiva 2004/17/CE.

¹⁸ Ver artigos 20.º e 21.º da Directiva 2004/18/CE e artigos 31.º e 32.º da Directiva 2004/17/CE.

¹⁹ Ver Acórdão de 13.11.2007 no Processo C-507/03, Comissão/Irlanda, pontos 24-31.

²⁰ Ver considerando 19 da Directiva 2004/18/CE.

Importa ter em mente que, dado o carácter aberto da lista de serviços «B» (ver categoria 27, «Outros serviços»), a aplicação integral das directivas ao sector dos serviços é, de facto, a excepção, enquanto que a regra é o tratamento como serviços «B».

Colocam-se algumas dúvidas sobre se esta situação continua a ser adequada à luz da evolução do mercado interno no plano económico e jurídico. No caso de alguns serviços explicitamente mencionados na lista de serviços «B» como, por exemplo, os serviços de transporte de água, os serviços hoteleiros, os serviços de colocação e de fornecimento de pessoal ou os serviços de segurança, parece efectivamente difícil admitir que apresentam um menor interesse transfronteiras do que os serviços constantes da lista de serviços «A».

Além disso, a distinção entre serviços «A» e serviços «B» é uma fonte de problemas e de possíveis erros na aplicação da regulamentação. Tal como na classificação dos contratos, registam-se problemas ligados às situações de classificação incerta e aos contratos mistos²¹. Além disso, esta distinção não existe na maior parte dos sistemas dos parceiros comerciais. O actual quadro jurídico torna assim mais difícil ainda obter dos parceiros comerciais compromissos adicionais em termos de acesso ao mercado, dado a UE não oferecer condições de reciprocidade, especialmente no caso dos serviços que passaram a ser relevantes para o mercado interno e para o comércio transfronteiras.

A solução mais consequente seria eliminar a distinção entre os actuais serviços «A» e «B» e aplicar um regime uniformizado a todos os contratos de serviço²². Esta opção apresenta a vantagem de simplificar as regras em vigor. Se a consulta em curso apontar para a necessidade de simplificar o regime geral, essa simplificação poderá também facilitar a abolição do actual regime especial para os serviços «B».

Perguntas:

4. Considera necessário rever a distinção entre serviços «A» e «B»?
5. Considera que as directivas relativas aos contratos públicos se devem aplicar a todos os serviços, eventualmente com base num regime geral mais flexível? Em caso negativo, indique o(s) serviço(s) que deve(m) continuar a ser objecto do regime actualmente aplicável aos serviços «B» e justifique.

Limiares

Actualmente, algumas partes interessadas consideram que os limiares fixados nas directivas são demasiado baixos, pelo que pedem o seu aumento argumentando que apresentam um interesse transfronteiras demasiado limitado para justificar os encargos administrativos do processo de adjudicação de contratos de valor relativamente baixo actualmente abrangidos pelas directivas.

Contudo, o aumento dos limiares isentaria um maior número de contratos do cumprimento do requisito da publicação de um anúncio à escala da UE, o que reduziria as oportunidades de negócio para as empresas em toda a Europa.

²¹ Ver artigo 22.º da Directiva 2004/18/CE.

²² No caso dos serviços sociais, ver secção 4.4 infra.

De qualquer modo, convém referir que todos os compromissos internacionais assumidos pela União Europeia incluem limiares fixados exactamente no mesmo valor que nas directivas em vigor, com excepção dos denominados serviços «B» (e, em especial, os serviços sociais)²³. Estes limiares determinam oportunidades de acesso ao mercado, constituindo um dos elementos mais importantes de todos estes acordos. Qualquer aumento dos limiares aplicáveis na UE implicaria automaticamente um aumento correspondente em todos os acordos celebrados pela UE (ou seja, não apenas no Acordo sobre Contratos Públicos, mas também em todos os outros acordos internacionais). Por seu turno, esta situação poderia conduzir a pedidos de indemnização por parte dos nossos parceiros, que poderiam atingir valores bastante significativos.

Pergunta:

6. Preconizaria um aumento dos limiares para aplicação das directivas da UE, não obstante tal implicar, no plano internacional, as consequências descritas acima?

Exclusões

A secção da Directiva 2004/18/CE²⁴ respeitante aos «contratos excluídos» é bastante heterogénea: algumas exclusões baseiam-se em excepções/limitações do âmbito do Tratado (artigo 14.º) ou em considerações ligadas à coerência com a ordem jurídica internacional (artigo 15.º) ou com outras disciplinas jurídicas (artigo 16.º, alíneas c) e e)), enquanto que outras decorrem de opções políticas (artigo 16.º, alíneas a), b), d) e f) e artigo 17.º). Esta situação dificulta a adopção de uma abordagem global quando da avaliação da necessidade de uma eventual revisão dessas disposições. Em qualquer caso, a revisão destas exclusões deve ser feita à luz dos compromissos internacionais assumidos pela União Europeia, que actualmente reflectem as excepções e derrogações incluídas nas directivas. Nesta perspectiva, a introdução de qualquer nova exclusão constituiria seguramente um motivo de preocupação. Os compromissos assumidos internacionalmente deixam, contudo, margem para actualizar ou esclarecer o teor e a composição das exclusões. Poderá também ser considerada a hipótese de eliminar as exclusões que, em termos jurídicos, políticos ou económicos, tenham deixado de ser necessárias.

Perguntas:

7. Considera adequadas as actuais disposições sobre contratos excluídos? Considera que a secção pertinente deve ser reestruturada ou que é necessário aclarar determinadas exclusões?
8. Considera necessário eliminar, reexaminar ou actualizar algumas exclusões? Em caso afirmativo, quais? Apresente a sua proposta.

²³ No caso dos serviços sociais, ver secção 4.4 infra.

²⁴ Artigos 12.º a 18.º da Directiva 2004/18/CE.

1.3. Adquirentes públicos

Contratação por entidades pertencentes à esfera do Estado

A Directiva 2004/18/CE aplica-se aos contratos adjudicados pelo Estado (incluindo todas as suas repartições), autoridades locais ou regionais e organismos de direito público, bem como associações constituídas por uma ou mais dessas entidades²⁵.

Embora os conceitos de «Estado» e de «autoridades locais e regionais» sejam relativamente simples, a noção de «organismos de direito público» é mais complexa. É suposto abranger entidades juridicamente independentes que mantêm relações estreitas com o Estado e actuam fundamentalmente como entidades públicas. A título de exemplo, incluem os organismos públicos de radiodifusão, as universidades, as caixas de previdência e as empresas municipais.

A definição dada pela Directiva 2004/18/CE foi objecto de uma série de acórdãos do Tribunal de Justiça. À luz desta jurisprudência, os requisitos a preencher resumem-se como segue:

- (1) Ter por objectivo específico a satisfação de necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial;
- (2) Ter personalidade jurídica própria (ao abrigo do direito público ou privado);
- (3) Depender estreitamente, para o seu financiamento, gestão ou supervisão, do Estado, autoridades locais ou regionais ou outros organismos de direito público - ver condições exactas no artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c).

A correcta aplicação desses elementos exige uma análise pormenorizada, caso a caso, tendo em conta factores como o nível de concorrência existente no mercado e a questão de saber se o organismo tem fins lucrativos e assume os prejuízos e riscos associados à actividade exercida.

Pergunta:

9. Considera adequada a abordagem actualmente adoptada na definição de entidade adjudicante do sector público? Em particular, considera que o conceito de «organismo de direito público» deve ser esclarecido e actualizado à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça? Em caso afirmativo, que tipo de actualização consideraria adequada?

Serviços públicos

No âmbito do actual regime de contratação pública, uma directiva especial (a Directiva 2004/17/CE) regula os contratos públicos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais. Estes sectores apresentam determinadas características comuns: trata-se de indústrias de rede, ou seja, que implicam a utilização de uma rede física ou «virtual» (por exemplo, condutas, redes de electricidade, infra-estruturas postais, linhas férreas, etc.) ou que exploram zonas geográficas, normalmente em regime de exclusividade, para instalar terminais ou realizar a prospecção e eventual extracção de minerais (petróleo, gás, carvão, etc.).

²⁵ Quanto às entidades a que se aplica a Directiva 2004/17/CE, ver ponto 7.

Outra das características destes sectores é que as actividades em causa não só são exercidas pelas autoridades públicas, mas também – e com especial incidência nalguns Estados-Membros – por empresas comerciais, independentemente de serem empresas públicas ou privadas, que operam com base em direitos especiais ou exclusivos. Uma das razões principais para a introdução das regras aplicáveis a estes sectores em matéria de contratos públicos foi a natureza fechada dos mercados em que os operadores exercem a sua actividade, atendendo aos direitos especiais ou exclusivos concedidos pelos Estados-Membros em termos de oferta, disponibilização ou exploração de redes para a prestação do serviço em causa. Atendendo a que as autoridades nacionais podem influenciar o comportamento dessas entidades de várias formas, incluindo a concessão (ou não) de direitos especiais ou exclusivos ou a participação no seu capital e representação nos respectivos órgãos de administração, gestão ou fiscalização, considerou-se que era necessário alargar a regras aplicáveis à contratação pública às empresas (comerciais) públicas ou privadas que prestam serviços de utilidade pública.

Por outras palavras, na ausência de pressão concorrencial suficiente, considerou-se que, para garantir a transparência e a não discriminação nos processos de contratação tendo em vista o exercício das actividades em causa, era necessária a disciplina posta em prática com a aplicação das regras processuais da Directiva «Serviços públicos». Na ausência de regras específicas, temia-se que as decisões de contratação pelos operadores de serviços de utilidade pública pudessem ser afectadas por práticas de favorecimento, preferência local ou outros factores.

Desde então, muitos destes sectores foram liberalizados quer a nível da UE quer nacional (nomeadamente os sectores da electricidade e do gás, a prospecção e exploração de hidrocarbonetos, os serviços postais, etc.). No entanto, a experiência mostra que a «liberalização», isto é, o processo que visa garantir o livre acesso à actividade em causa, não conduz necessária e automaticamente a um grau elevado de concorrência, pois os «operadores históricos» mantêm frequentemente quotas de mercado muito importantes e, nalguns Estados-Membros, a presença de empresas públicas pode também distorcer o funcionamento dos mercados.

A actual directiva inclui uma disposição (artigo 30.º) que autoriza a Comissão a isentar determinados contratos do seu âmbito de aplicação, nomeadamente quando a concorrência (nos mercados sem restrições de acesso) é de tal ordem que a pressão concorrencial garantirá a transparência e a não discriminação necessárias na adjudicação de contratos para exercer esse tipo de actividade. Até à data, a Comissão adoptou dezasseis decisões desse tipo relativas a nove Estados-Membros diferentes. Um dos pedidos foi retirado. Os sectores em causa foram os sectores da energia eléctrica (produção e venda), o sector do gás (venda), os sectores do petróleo e gás (natural), bem como diversas partes do sector dos serviços postais (nomeadamente serviços de logística, de encomendas e financeiros).

Um último aspecto a ter em conta é que cada vez mais entidades privadas adquirem o direito a exercer essas actividades na sequência da participação em processos abertos e transparentes, pelo que não beneficiam de direitos especiais ou exclusivos na aceção da directiva.

De notar também que o âmbito de aplicação da Directiva «Serviços públicos» ficou consagrado no plano internacional, quer no quadro do Acordo sobre Contratos Públicos quer dos acordos bilaterais. A introdução de eventuais restrições ao âmbito de aplicação poderá conduzir a uma alteração dos compromissos internacionais assumidos pela UE e dar lugar a pedidos de indemnização.

Perguntas:

10. Considera que, no caso destes sectores, continua a ser necessário dispor de regulamentação da UE em matéria de contratos públicos? Justifique.
- 10.1. Em caso afirmativo, considera que certos sectores actualmente abrangidos devem passar a ser excluídos ou, inversamente, que estas disposições devem também abranger outros sectores? Especifique quais os sectores que devem ser abrangidos e justifique.
11. Actualmente, o âmbito de aplicação da directiva é definido com base nas actividades exercidas pelas entidades em causa, no seu estatuto jurídico (direito público ou privado) e, no caso das entidades privadas, na existência ou não de direitos especiais ou exclusivos. Considera que estes critérios são pertinentes ou que devem ser utilizados outros? Justifique.
12. Os fins lucrativos ou a ética comercial das empresas privadas podem considerar-se suficientes para garantir a celebração de contratos públicos objectivos e equitativos por essas entidades (mesmo que operem com base em direitos especiais ou exclusivos)?
13. A disposição actualmente incluída no artigo 30.º da directiva constitui um meio eficaz de adaptar o âmbito de aplicação da directiva à evolução dos padrões de regulamentação e de concorrência nos mercados relevantes (a nível nacional e sectorial)?

2. MELHORAR O CONJUNTO DE INSTRUMENTOS À DISPOSIÇÃO DAS ENTIDADES ADJUDICANTES

As entidades adjudicantes lamentam, por vezes, que os instrumentos regulamentares previstos na legislação da UE não estejam totalmente adaptados às suas necessidades de aquisição. Em especial, alegam que são necessários procedimentos mais racionais e/ou mais flexíveis. Defendem ainda que, nalguns casos, não é possível aplicar toda a regulamentação (em especial no caso dos contratos públicos celebrados por entidades adjudicantes de muito pequena dimensão) e que existem situações (certas formas de cooperação entre organismos do sector público) que deveriam estar totalmente excluídas do seu âmbito de aplicação. Existem também outras áreas das aquisições públicas em que os instrumentos previstos na regulamentação da UE relativa aos contratos públicos podem não ser suficientes (contratos conjuntos, problemas específicos verificados após a adjudicação do contrato).

Estas questões são abordadas na secção abaixo. É evidente, partindo das reacções dos operadores económicos, que a regulamentação da UE deve incluir requisitos de base, a fim de garantir condições equitativas ao nível europeu, enquanto que algumas regras mais pormenorizadas das actuais directivas poderão ser revistas. Importa contudo salientar que a possibilidade de reduzir as regras da UE comporta certos limites. Muitos dos requisitos processuais decorrem directamente do Acordo sobre Contratos Públicos e dos acordos bilaterais assinados pela UE, nomeadamente os prazos de aplicação dos diversos procedimentos, as condições para se recorrer a um procedimento por negociação sem publicação de aviso de concurso ou a publicação de um anúncio de adjudicação. Não é possível eliminar nem alterar estes requisitos sem uma renegociação das obrigações

internacionais da UE. Convém ainda ter em conta que a regulamentação da UE é completada por um muito vasto conjunto de regras a nível nacional ou regional. A regulamentação revogada ao nível da UE poderá vir a ser substituída a outros níveis, criando assim um risco de mais legislação nacional divergente e, eventualmente, de sobre-regulamentação²⁶ a nível nacional. A eventual revisão das regras processuais deverá também compaginar-se com o objectivo de assegurar a maior coerência possível entre o direito dos contratos públicos e outros domínios do direito da UE, nomeadamente o controlo dos auxílios estatais.

Perguntas:

14. Considera adequado o actual grau de pormenor da regulamentação da UE em matéria de contratos públicos? Em caso negativo, considera a regulamentação demasiado pormenorizada ou não suficientemente pormenorizada?

2.1. Modernizar os procedimentos

Um dos principais temas do debate público é a questão de saber se os procedimentos previstos nas directivas ainda são plenamente adequados às necessidades das entidades adjudicantes e dos operadores económicos ou se devem ser alterados, e, em caso afirmativo, de que forma - em especial para reduzir a complexidade e a carga administrativa, garantindo simultaneamente uma concorrência leal e resultados otimizados em termos de contratação pública.

Procedimentos gerais

As directivas actuais prevêm uma vasta gama de instrumentos e de procedimentos. Ambas as Directivas (2004/17/CE e 2004/18/CE) oferecem às entidades adjudicantes a possibilidade de escolher livremente entre o concurso público²⁷ e o concurso limitado²⁸. A situação é ligeiramente diferente no caso do procedimento por negociação com publicação prévia²⁹ de um anúncio de concurso. A Directiva «Serviços públicos» prevê uma maior flexibilidade³⁰, pelo que os serviços de utilidade pública podem optar livremente por adjudicar os seus contratos através de procedimentos por negociação, desde que tenham publicado um convite à apresentação de propostas. Por outro lado, de acordo com a Directiva 2004/18/CE, os

²⁶ A noção de «sobre-regulamentação» («*Gold-plating*») remete para a legislação nacional, a qual acrescenta regras ou requisitos complementares às normas impostas pela regulamentação da UE.

²⁷ No caso dos concursos públicos, as autoridades e entidades adjudicantes publicam um anúncio de concurso com base no qual todas as partes interessadas podem apresentar as suas propostas. Entre os proponentes que preenchem os critérios de selecção qualitativa, a autoridade adjudicante escolhe a proposta que melhor satisfaz os critérios de adjudicação indicados no anúncio de concurso (preço mais baixo ou proposta economicamente mais vantajosa). Este tipo de processo representa cerca de 3/4 dos processos abrangidos pelo âmbito de aplicação das directivas.

²⁸ No caso dos concursos limitados, todos os operadores económicos podem responder ao anúncio de concurso e manifestar o seu interesse em participar, mas apenas alguns candidatos, escolhidos com base nos critérios indicados no anúncio de concurso, são convidados a apresentar propostas.

²⁹ No caso do procedimento por negociação, as autoridades e entidades adjudicantes consultam os operadores económicos da sua escolha e negociam com um ou vários de entre eles as condições do contrato a celebrar. No caso do concurso público e do concurso limitado não é possível negociar os termos da proposta.

³⁰ A maior flexibilidade prevista na Directiva «Serviços públicos» deve-se ao facto de se aplicar não apenas às autoridades públicas, mas também às sociedades comerciais, sejam elas empresas públicas ou privadas, que operam com base em direitos especiais ou exclusivos. Assim, os seus procedimentos visam aproximar-se das práticas comerciais, preservando contudo um mínimo de transparência e de igualdade de tratamento.

procedimentos por negociação com publicação prévia de um anúncio de concurso só podem ser utilizados nos casos específicos enumerados no artigo 30.º. Em ambas as directivas a utilização de procedimentos por negociação sem publicação prévia de um anúncio de concurso está limitada a casos excepcionais, que são exaustivamente enumerados³¹ e interpretados restritivamente.

No sector dos serviços, as entidades adjudicantes podem também lançar concursos para trabalhos de concepção³². Em 2004, foram introduzidas várias opções e instrumentos processuais específicos nas directivas, designadamente o diálogo concorrencial³³, os sistemas de aquisição dinâmicos³⁴ e os leilões electrónicos³⁵. A maior flexibilidade processual introduzida em 2004 inclui a possibilidade de centralizar os contratos públicos recorrendo a uma central de compras³⁶ ou à celebração de acordos-quadro³⁷. Por outro lado, no contexto da crise financeira, a Comissão considerou justificada a utilização de um procedimento acelerado³⁸ para executar grandes projectos de investimento público, em 2009 e 2010.

Esta variedade crescente de opções processuais deve agora ser analisada para apurar se os procedimentos previstos na actual directiva continuam a constituir a melhor panóplia de instrumentos possível para garantir a eficácia dos contratos públicos, tendo nomeadamente em conta a importância crescente das parcerias público-privado. Quer a concepção dos vários tipos de procedimentos enquanto tais, quer as diferentes exigências impostas pelas directivas nas várias etapas do processo³⁹ devem ser analisadas em profundidade quanto à sua eficácia para garantir resultados otimizados em termos de contratação pública, com o mínimo possível de encargos administrativos⁴⁰.

³¹ Artigo 31.º da Directiva 2004/18/CE e artigo 40.º, n.º 3, da Directiva 2004/17/CE.

³² Os concursos para trabalhos de concepção são procedimentos que permitem à autoridade ou entidade adjudicante adquirir um plano ou projecto seleccionado por um júri após abertura de um concurso, por exemplo um concurso de ideias para um projecto de centro comunitário num bairro abrangido por um programa de requalificação urbana. Os concursos para trabalhos de concepção podem também ser utilizados noutros domínios, por exemplo para obter planos para uma eventual estrutura futura de uma rede de comunicações entre administrações a diferentes níveis.

³³ No âmbito deste procedimento para os contratos particularmente complexos, as condições contratuais detalhadas podem ser fixadas através de um processo de diálogo entre a autoridade adjudicante e os candidatos; artigo 29.º da Directiva 2004/18/CE (apenas consta da Directiva 2004/18/CE). De acordo com dados estatísticos recentes, o diálogo concorrencial foi utilizado em menos de 0,4% dos processos.

³⁴ Artigo 33.º da Directiva 2004/18/CE.

³⁵ Artigo 54.º da Directiva 2004/18/CE.

³⁶ Artigo 11.º da Directiva 2004/18/CE.

³⁷ Neste contexto, só foi introduzida mais flexibilidade na Directiva 2004/18/CE (ver artigo 32.º), pois as disposições já constantes (e diferentes) da Directiva «Serviços públicos» (artigo 14.º) foram consideradas satisfatórias no contexto específico dos contratos de serviços de interesse público.

³⁸ Este procedimento está previsto no artigo 38.º, n.º 8, da Directiva 2004/18/CE, nos casos em que a urgência torna impraticáveis os prazos normais. Ver Comunicado de imprensa IP/08/2040, de 19 de Dezembro de 2008.

³⁹ Por exemplo, regras relativas à publicação de anúncios, ao teor da documentação do concurso, aos prazos, aos documentos comprovativos do cumprimento dos critérios de selecção, à documentação e à comunicação com os proponentes.

⁴⁰ Como é evidente, as tecnologias de informação e de comunicação actualizadas apresentam um potencial considerável ao aumentarem a eficácia dos procedimentos para todas as partes e ajudarem a reduzir a burocracia, nomeadamente quando se trata de recolher e apresentar certificados. Este aspecto do debate sobre a modernização não é contudo abordado no presente Livro Verde, sendo objecto de uma consulta separada, o Livro Verde relativo ao alargamento da utilização da contratação pública electrónica na UE, SEC(2010) 1214 de 18.10.2010.

Perguntas:

15. Considera que os procedimentos estabelecidos nas actuais directivas permitem às entidades adjudicantes obter os melhores resultados possíveis em matéria de contratos públicos? Em caso negativo, de que forma poderão os procedimentos ser melhorados para reduzir os encargos administrativos/baixar os custos de transacção e os prazos de execução dos processos, garantindo simultaneamente às entidades adjudicantes a melhor relação qualidade/preço?
16. Em seu entender, existem outros tipos de procedimentos não previstos nas directivas em vigor que poderiam melhorar a relação custo/eficácia dos processos de adjudicação dos contratos públicos?
17. Considera que os procedimentos e instrumentos previstos na directiva para satisfazer necessidades específicas e facilitar a participação do sector privado nos investimentos públicos, através das parcerias público-privado (por exemplo, sistema de aquisição dinâmico, diálogo concorrencial, leilões electrónicos e concursos para trabalhos de concepção) devem manter a sua forma actual, ser alterados (em caso afirmativo, de que forma) ou abolidos?
18. À luz da experiência adquirida em 2009 e 2010 com a utilização do procedimento acelerado, preconizaria uma generalização dessa possibilidade de redução dos prazos em determinadas circunstâncias? Em sua opinião, tal seria possível sem comprometer a qualidade das propostas?

Mais negociação

As partes interessadas apontam com frequência para a necessidade de uma maior flexibilização dos processos de adjudicação, sugerindo nomeadamente que as entidades adjudicantes deveriam ter a possibilidade de negociar as condições do contrato com os potenciais concorrentes.

O Acordo sobre Contratos Públicos autoriza a negociação desde que essa possibilidade seja comunicada no anúncio de concurso. A legislação geral da UE em matéria de contratos públicos poderá, por conseguinte, considerar essa hipótese, desde que sejam respeitados os princípios da não discriminação e da equidade processual. Esta medida poderá, de facto, oferecer às entidades adjudicantes mais flexibilidade para obter resultados mais adequados às suas necessidades.

Esta opção deve ser exaustivamente discutida com todas as partes interessadas, entidades adjudicantes e operadores económicos. As eventuais vantagens da maior flexibilidade e da simplificação potencial devem ser ponderadas à luz dos riscos acrescidos de favorecimento e, de uma forma geral, de tomada de decisões demasiado subjectivas decorrente do maior poder discricionário de que as entidades adjudicantes gozarão no âmbito do procedimento por negociação. Por seu lado, este grau de subjectividade tornará mais difícil mostrar que o contrato que daí resulta não envolve auxílios estatais. Além disso, a maior margem de manobra concedida às entidades adjudicantes só dará resultados úteis se estas dispuserem da especialização técnica, conhecimento do mercado e competências necessárias para negociar um bom acordo com os fornecedores.

Finalmente, é necessário analisar cuidadosamente em que casos faz sentido negociar (tipo e dimensão dos contratos). As partes interessadas afirmam com frequência que a negociação é particularmente adequada para adjudicar contratos mais pequenos. Por outro lado, poderá também ser útil – ou melhor – para projectos em larga escala, nomeadamente através de parcerias público-privado. Tendo em conta a complexidade dos contratos ligados a esses projectos, poderá verificar-se uma necessidade acrescida de procedimentos particularmente flexíveis e de uma grande margem para negociação, além de mais competências técnicas por parte da entidade adjudicante para conduzir as negociações.

Perguntas:

19. Concorde com a possibilidade de maior negociação nos processos de adjudicação de contratos públicos e/ou de generalização do recurso ao procedimento por negociação com publicação prévia de anúncio de concurso?
20. Neste último caso, considera que essa possibilidade deve ser oferecida para todos os tipos de contratos/todos os tipos de entidades adjudicantes ou apenas em certas condições?
21. Partilha da opinião de que uma utilização generalizada do procedimento por negociação poderá implicar certos riscos de abuso/discriminação? Além das medidas de salvaguarda já previstas nas directivas no caso do procedimento por negociação, serão necessárias medidas de salvaguarda adicionais em matéria de transparência e de não discriminação, de modo a compensar a maior margem discricionária? Em caso afirmativo, quais?

Bens e serviços comerciais

O Acordo sobre Contratos Públicos prevê algumas regras especiais para os bens e serviços geralmente vendidos ou postos à venda nos mercados comerciais e habitualmente adquiridos por adquirentes não governamentais para fins não governamentais. Considera-se que esses bens e serviços comerciais estão disponíveis no mercado sob uma forma normalizada, pelo que a sua contratação é simplificada pelo facto de o preço, a qualidade e as condições de venda estarem largamente estabelecidas nos mercados. Poderá justificar-se a introdução de procedimentos simplificados para a aquisição desses bens e serviços (por exemplo, procedimentos simplificados com prazos mais curtos).

Pergunta:

22. Considera conveniente prever procedimentos simplificados para a aquisição de bens e serviços comerciais? Em caso afirmativo, que tipo de simplificação propõe?

Seleção e adjudicação

Nos termos das actuais directivas, a selecção da proposta vencedora deve ser realizada em duas fases. Durante a fase de selecção, a entidade adjudicante avalia a capacidade e aptidão dos operadores económicos. Essa avaliação assenta em critérios de exclusão e em critérios de capacidade económica e financeira, capacidade profissional e conhecimentos e competências técnicas. Na fase de adjudicação, a entidade adjudicante examina as propostas e escolhe a melhor. A selecção assenta em critérios objectivos relacionados com a qualidade dos produtos e serviços propostos.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça⁴¹, as entidades adjudicantes são obrigadas a estabelecer uma distinção clara entre os critérios de selecção e os critérios de adjudicação. A decisão de adjudicação do contrato deve assentar exclusivamente nos critérios ligados aos produtos e serviços oferecidos. As considerações relacionadas com a capacidade do proponente para executar o contrato, tais como a experiência, os recursos humanos e os equipamentos, não são autorizadas.

O Acordo sobre Contratos Públicos também estabelece uma distinção entre o processo de selecção e a decisão de adjudicação do contrato. Todavia, esta distinção é menos rigorosa do que na jurisprudência citada anteriormente, uma vez que o Acordo sobre Contratos Públicos não proíbe explicitamente a tomada em consideração, na fase de adjudicação, de critérios não ligados aos bens e serviços oferecidos permitindo, por conseguinte, que sejam tidos em conta critérios relacionados com a empresa concorrente.

Por vezes, as entidades adjudicantes queixam-se dos encargos administrativos decorrentes da necessidade de verificar primeiro os critérios de selecção aplicáveis a todos os candidatos e empresas concorrentes antes de analisar os critérios de adjudicação. Alegam que, por vezes, se pudessem começar por examinar os critérios de adjudicação, o processo poderia avançar mais rapidamente, já que os critérios de selecção só necessitariam de ser analisados no caso do proponente seleccionado.

Neste particular, poderá justificar-se reconsiderar a organização e a sequência da análise dos critérios de selecção e de adjudicação no âmbito do quadro processual. O Tribunal de Justiça da UE, na sua jurisprudência mais recente, aponta neste sentido ao declarar que, embora as directivas em matéria de contratos públicos «não excluam, teoricamente, que a verificação da aptidão dos proponentes e a adjudicação do contrato possam ser simultâneas, não deixa de ser verdade que essas duas operações são distintas e que se regem por regras diferentes»⁴². Significa isto que o que importa não é tanto a sequência das etapas processuais, mas a separação, em princípio, entre critérios de selecção e critérios de adjudicação.

Contudo, a pertinência desta questão deve ser cuidadosamente analisada. Só é possível conceber uma redução efectiva da carga administrativa em determinadas circunstâncias. Só faz sentido analisar os critérios de selecção após os critérios de adjudicação se os critérios de adjudicação puderem ser avaliados de forma fácil e rápida para todas as propostas. Poderá ser esse o caso, em especial, aquando das adjudicações de contratos de compra de bens de uso corrente ao mais baixo preço. Além disso, no caso dos concursos limitados ou dos procedimentos por negociação, em que os candidatos convidados a apresentar propostas ou a negociar são normalmente seleccionados com base em critérios de selecção qualitativa, assim como em caso de utilização de sistemas de qualificação, esta abordagem seria difícil de aplicar.

Algumas partes interessadas apresentam propostas de maior alcance, que poderão pôr em causa a separação, em princípio, entre critérios de selecção e critérios de adjudicação. Argumentam que a possibilidade de ter em conta, como critérios de adjudicação, critérios relacionados com o proponente, nomeadamente a sua experiência e qualificações, poderá contribuir para melhorar os resultados dos contratos.

⁴¹ Ver Acórdãos de 20.9.1988 no Processo 31/87, *Beentjes*, pontos 15-19, de 24.1.2008 no Processo C-532/06, *Lianakis*, ponto 30, e de 12.11.2009 no Processo C-199/07, Comissão/Grécia, pontos 51 a 55.

⁴² Ver Acórdãos *Lianakis*, n.º 27, e Comissão/Grécia, n.º 51.

Contudo, há que ter presente que essa possibilidade implicaria uma alteração significativa do sistema processual estabelecido nas directivas sobre contratos públicos. A distinção entre critérios de selecção e critérios de adjudicação garante a imparcialidade e objectividade da comparação das propostas. Ao permitir a inclusão de critérios relacionados com o proponente, tais como a sua experiência e qualificações, enquanto critérios de adjudicação, poder-se-ia comprometer a comparabilidade dos factores a ter em conta e, em última instância, violar o princípio da igualdade de tratamento. A confiança depositada nos critérios relacionados com as empresas concorrentes pode por conseguinte conduzir a distorções da concorrência. Assim, as propostas neste sentido só devem ser consideradas, se for caso disso, num número limitado de casos, nomeadamente certos tipos específicos de contratos, em que as qualificações e os *curriculum vitae* do pessoal são particularmente relevantes.

De qualquer modo, as alterações que incidam no princípio da separação entre critérios de selecção e critérios de adjudicação terão de ser examinadas de forma muito cuidada. Poderá ser necessário prever medidas de salvaguarda suplementares para assegurar a imparcialidade e a objectividade dos processos.

Perguntas:

23. Concorde com uma abordagem mais flexível no que respeita à organização e à sequência da análise dos critérios de selecção e de adjudicação enquanto parte do processo de adjudicação? Em caso afirmativo, considera possível examinar os critérios de adjudicação antes dos critérios de selecção?
24. Considera que, nalguns casos especiais, se justifica permitir às entidades adjudicantes ter em conta, na fase de adjudicação, critérios relacionados com o próprio proponente? Na afirmativa, em que casos e que medidas de salvaguarda adicionais seriam necessárias para garantir a imparcialidade e a objectividade da decisão de adjudicação nesse tipo de sistema?

Ter em conta anteriores desempenhos

As partes interessadas apontam também para o facto de que as actuais directivas não prevêm instrumentos adequados para permitir ter em conta anteriores experiências da entidade adjudicante relativamente ao desempenho dos concorrentes. É certo que a tomada em consideração dessa experiência pode dar indicações preciosas sobre a qualidade do proponente e o seu trabalho futuro. Contudo, esta possibilidade implica um risco óbvio de discriminação entre proponentes. Por conseguinte, seria necessário adoptar medidas de salvaguarda adequadas para garantir a igualdade de tratamento dos proponentes, a transparência e um processo equitativo.

Pergunta:

25. Considera que a directiva deve permitir explicitamente que seja tida em conta a experiência anterior com um ou mais proponentes? Em caso afirmativo, que medidas seriam necessárias para evitar práticas discriminatórias?

Instrumentos específicos para os serviços públicos

Os instrumentos processuais da Directiva «Serviços públicos» diferem substancialmente dos da Directiva 2004/18/CE em vários aspectos. Um dos aspectos é que se caracterizam por uma

maior flexibilidade processual para as entidades adjudicantes. Além de se poder optar livremente por um procedimento por negociação com abertura de concurso, os operadores de serviços públicos têm também à sua disposição dois instrumentos específicos para organizar concursos, ou seja, os sistemas de qualificação⁴³ e os anúncios periódicos indicativos⁴⁴.

Nos termos da actual Directiva «Serviços públicos», é possível utilizar os anúncios relativos à existência de um sistema de qualificação como meio de abertura de concurso para contratos de qualquer tipo de obras, fornecimentos ou serviços a adquirir durante o período de validade do sistema de qualificação, independentemente do número de processos de adjudicação lançados com este objectivo. Caso se opte por um anúncio relativo à existência de um sistema de qualificação como meio de abertura de concurso, os contratos específicos em causa só poderão ser adjudicados através de concursos limitados ou de procedimentos por negociação, em que os participantes são escolhidos entre os participantes já qualificados – e apenas entre esses, em conformidade com as disposições aplicáveis ao sistema em causa. Os sistemas de qualificação podem revelar-se um instrumento útil no caso dos contratos públicos relativos a obras, fornecimentos ou serviços tecnicamente exigentes⁴⁵, que implicam um longo processo de qualificação dos operadores económicos⁴⁶, sendo vantajoso para todas as partes utilizar o mesmo processo de qualificação para todo um conjunto de processos de adjudicação, em vez de ter de repetir o processo de qualificação para cada concurso.

Os anúncios periódicos indicativos podem ser utilizados como meio de abertura de concurso no que respeita a contratos relativos a quaisquer tipos de obras, fornecimentos ou serviços a celebrar ao longo de um período de doze meses, independentemente do número de processos de adjudicação lançados para o efeito. Se o meio escolhido para abertura do concurso for um anúncio periódico indicativo, o contrato específico em causa não poderá ser adjudicado por meio de procedimentos abertos, devendo apenas sê-lo por meio de concursos limitados ou de procedimentos por negociação, nos quais os participantes são escolhidos entre os operadores - e apenas entre esses - que tenham manifestado o seu interesse em resposta ao anúncio periódico indicativo. Os anúncios periódicos indicativos são, com frequência, usados como meio de abertura de concursos no que respeita a aquisições repetitivas de bens, serviços ou obras uniformes e similares, podendo, por conseguinte, tornar mais fácil a gestão corrente dos operadores de serviços públicos.

Pergunta:

26. Considera necessário adoptar regras específicas para os contratos celebrados pelos operadores de serviços públicos? As diferentes regras aplicáveis aos operadores de serviços públicos e empresas públicas reconhecem adequadamente o carácter específico dos contratos de serviços públicos?

2.2. Instrumentos específicos para as entidades adjudicantes de pequena dimensão

As pequenas entidades adjudicantes, em especial, queixam-se frequentemente de que a aplicação integral do regime de regras processuais e das medidas de salvaguarda aplicáveis à adjudicação dos seus contratos relativamente pequenos requer um tempo e um esforço desproporcionados. No caso dos pequenos contratos de valor inferior aos limiares previstos

⁴³ Ver, nomeadamente, o artigo 53.º.

⁴⁴ Ver artigo 42.º, n.º 3.

⁴⁵ Por exemplo, material circulante ferroviário, condutas de gás sob alta pressão, etc.

⁴⁶ Nalguns casos, superior a seis meses.

nas directivas, queixam-se igualmente da incerteza jurídica no que respeita à necessidade de cumprimento ou não dos requisitos decorrentes do direito primário. Abaixo indicam-se algumas formas de resolver estas duas questões.

Um quadro processual mais leve para as entidades adjudicantes locais e regionais em caso de adjudicação de contratos acima dos limiares das directivas

Poderá ser conveniente estabelecer um quadro processual mais simples para as entidades adjudicantes locais e regionais, de modo a permitir a plena utilização da flexibilidade oferecida às autoridades subcentrais e aos operadores de serviços públicos no âmbito do Acordo sobre Contratos Públicos, sem comprometer a necessidade de transparência. As actuais directivas só prevêm essa flexibilidade no caso dos operadores de serviços públicos, não abrangendo as entidades adjudicantes locais e regionais. A adopção de um sistema diferenciado deste tipo daria mais liberdade às autoridades locais em termos de contratação, reduzindo a carga administrativa precisamente naquelas áreas em que esta poderá ser desproporcionada. Por outro lado, a criação de diferentes níveis de requisitos processuais poderá aumentar a complexidade do quadro jurídico geral e tornar difícil a transposição e aplicação prática, nomeadamente no que respeita à aplicação da regulamentação relativa aos auxílios estatais⁴⁷.

Um elemento desse quadro processual mais simples poderá consistir em requisitos de publicação menos rigorosos: no âmbito do Acordo sobre Contratos Públicos, uma entidade adjudicante subcentral pode adjudicar um contrato sem publicação de um anúncio de concurso desde que tenha manifestado essa intenção e publicado informações específicas num anúncio periódico indicativo ou num anúncio relativo à existência de um sistema de qualificação⁴⁸. Esta possibilidade poderia reduzir consideravelmente a carga administrativa das entidades adjudicantes. Um eventual inconveniente será um menor grau de acesso dos operadores económicos aos contratos, o que, no caso dos contratos específicos, se traduziria em menos concorrência.

Outra opção seria permitir uma utilização generalizada do procedimento por negociação com publicação prévia de um anúncio de concurso. A possibilidade de autorizar negociações em geral já foi abordada acima (secção 2.1). A pertinência desta possibilidade especificamente para as entidades adjudicantes locais e regionais deverá ser cuidadosamente analisada. Poderá representar uma boa forma de adaptar os contratos, de modo a ter em conta as preocupações e necessidades específicas destas entidades. Por outro lado, não é garantido que as pequenas entidades adjudicantes disponham sempre do poder negocial e das competências técnicas indispensáveis para poderem conduzir as negociações em pé de igualdade com os proponentes.

Perguntas:

27. Considera que o regime de contratação pública é totalmente adequado ou que não se adequa às necessidades das entidades adjudicantes de menor dimensão? Justifique.

⁴⁷ A regulamentação relativa aos auxílios estatais incide na compensação concedida e não na dimensão da entidade adjudicante. Uma eventual revisão no sentido de um quadro processual menos pesado será sem prejuízo da aplicação da regulamentação relativa aos auxílios estatais.

⁴⁸ Para mais informações sobre estes instrumentos, ver secção 2.1.

28. Em caso afirmativo, preconizaria um regime de contratação simplificado para os contratos de pequeno montante adjudicados pelas autoridades locais e regionais? Em sua opinião, quais devem ser as características de um regime simplificado?

Mais segurança jurídica para as adjudicações de contratos abaixo dos limiares estabelecidos pelas directivas

Muitos dos contratos adjudicados por pequenas entidades adjudicantes locais e regionais apresentam valores inferiores aos limiares previstos nas directivas. No entanto, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a adjudicação desses contratos tem de respeitar os princípios básicos do direito comunitário, nomeadamente a não discriminação e a transparência, caso apresentem um interesse transfronteiras. A Comissão transmitiu a sua posição sobre as exigências da jurisprudência do Tribunal na sua *Comunicação interpretativa sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos*⁴⁹.

Contudo, muitas entidades adjudicantes alegam que os esclarecimentos dados nesta comunicação podem nem sempre ser suficientes na prática, especialmente quando se trata de determinar se existe ou não um interesse transfronteiras. A questão de saber se, nalguns casos específicos, é ou não necessário cumprir as normas no domínio dos princípios básicos, dificulta o processo, especialmente para as pequenas entidades adjudicantes. A importância desta questão decorre também das medidas tomadas pelos Estados-Membros neste domínio no contexto da crise financeira.

Ainda que os contratos abaixo dos limiares não devam muito provavelmente ser abrangidos por uma futura proposta legislativa, poder-se-á considerar a formulação de orientações complementares para ajudar as entidades adjudicantes na avaliação da existência ou não de um determinado interesse transfronteiras em casos específicos.

Pergunta:

29. Considera que a jurisprudência do Tribunal de Justiça, conforme apresentada na comunicação interpretativa da Comissão, oferece segurança jurídica suficiente em caso de adjudicação de contratos abaixo dos limiares fixados nas directivas? Ou considera necessário formular orientações adicionais, por exemplo, indicações sobre o eventual interesse transfronteiras ou qualquer outra iniciativa da UE? Em que aspectos considera tal medida relevante ou necessária?

2.3. Cooperação entre organismos do sector público (cooperação público-público)

Outro tema que tem sido objecto de controvérsia nas últimas décadas é a questão de saber se, e em que medida, as regras em matéria de contratos públicos se devem aplicar aos contratos celebrados entre autoridades públicas.

O princípio da concorrência leal e aberta impede a exclusão *automática* dos contratos celebrados entre autoridades públicas do âmbito de aplicação das directivas da UE nesta

⁴⁹ Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos (JO C 179 de 1.8.2006, p. 2). Ver também a decisão do Tribunal de Justiça de 20 de Maio de 2010 no Processo T-258/06, Alemanha/Comissão.

matéria. No entanto, é verdade que a aplicação destas regras não é adequada para determinadas formas de cooperação entre autoridades públicas e, por conseguinte, o Tribunal de Justiça considera que não se trata de contratos públicos.

No essencial, é necessário estabelecer uma distinção entre os acordos celebrados entre entidades adjudicantes para cumprimento da sua missão e no exercício do seu direito à auto-organização, por um lado, e as actividades de contratação que deveriam beneficiar da livre concorrência entre operadores económicos, por outro. O Tribunal de Justiça da UE distinguiu, nomeadamente, dois cenários em matéria de cooperação público-público não abrangidos pelas directivas da UE relativas aos contratos públicos.

«Cooperação interna»: os contratos adjudicados a uma entidade de capitais públicos não são considerados contratos públicos se as entidades adjudicantes exercerem sobre essa entidade um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços e a entidade desenvolver o essencial da sua actividade com as entidades adjudicantes⁵⁰. Várias entidades adjudicantes podem utilizar uma única entidade interna, conjuntamente controlada (cooperação vertical/institucionalizada). Todavia, esta jurisprudência do Tribunal de Justiça deixa uma série de questões em aberto, designadamente a questão de saber o que se entende exactamente por «controlo análogo» ou a adjudicação de contratos pelas entidades controladas à(s) entidade(s)-mãe(s) ou a uma entidade-irmã a nível interno (ou seja, a uma entidade controlada pela mesma entidade-mãe).

«Cooperação horizontal»: num acórdão mais recente⁵¹, o Tribunal de Justiça declarou que a utilização de entidades internas conjuntamente controladas não era a única forma de cooperação público-público e que essa cooperação se pode manter a um nível estritamente contratual (cooperação horizontal/não-institucionalizada). Este tipo de mecanismo não está abrangido pela regulamentação da UE no domínio da contratação pública, em caso de exercício conjunto, exclusivamente por entidades públicas, de uma actividade pública, com os seus próprios recursos, objectivos comuns e direitos e obrigações mútuos que vão para além da prestação de um serviço contra remuneração, na prossecução de objectivos de interesse público.

Além destas duas formas de cooperação, há que referir outro processo, que não diz respeito à «cooperação» em sentido estrito entre várias entidades adjudicantes, mas antes à transferência, de uma entidade para a outra, de competências para exercer uma actividade pública. Essa transferência de competências não está abrangida pelo âmbito de aplicação das directivas da UE relativas aos contratos públicos se a responsabilidade pela realização do serviço enquanto tal for integralmente transferida (em vez de se limitar apenas a confiar a execução efectiva do serviço a outra entidade).

A evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça deu origem a um retrato complexo das excepções possíveis em caso de cooperação público-público, e a experiência mostrou que as entidades adjudicantes nem sempre têm uma visão clara quanto à questão de saber se, e em que condições, as suas relações são abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito da UE em matéria de contratos públicos. Para dar resposta a esta necessidade de esclarecimento a curto prazo, os serviços da Comissão formularão orientações sobre a interpretação da jurisprudência num documento de trabalho dos serviços da Comissão que será publicado em 2011.

⁵⁰ Ver, por exemplo, Processos C-107/98, *Teckal*; C-324/07, *Coditel* e C-573/07, *Sea*.

⁵¹ Processo C-480/06, Comissão/Alemanha.

O principal problema que se levanta é, contudo, a questão de saber se, e de que forma, esta matéria deverá ser tratada por meio de disposições legislativas, que incluam, em especial, uma definição clara dos vários tipos de cooperação não abrangidos pelo âmbito de aplicação das directivas da UE relativas aos contratos públicos.

Poderá ser útil verificar se haverá margem para um conceito com determinados critérios comuns para os tipos de cooperação público-público que não seriam abrangidos. Este conceito deve ser definido de modo a efectuar uma distinção clara entre, por um lado, as modernas formas de organização do fornecimento (conjunto) de serviços públicos por entidades adjudicantes unicamente regidas por considerações de interesse público (i.e. não abrangidas pelas regras aplicáveis aos contratos públicos) e, por outro, a simples compra e venda (actividades comerciais) de bens e serviços no mercado (abrangidas pela regulamentação). É necessário efectuar uma análise cuidada da forma como esta distinção pode ser aplicada na prática, tendo também em conta as declarações do Tribunal de Justiça nos seus acórdãos recentes. Os aspectos discutidos a seguir parecem particularmente importantes neste contexto.

Em primeiro lugar, resulta claramente da jurisprudência do Tribunal de Justiça⁵² que a cooperação público-público não abrangida pelo âmbito de aplicação da regulamentação da UE no domínio dos contratos públicos deve continuar a ser inteiramente pública. A participação de capitais privados numa das entidades envolvidas na cooperação impede, por conseguinte, que a cooperação enquanto tal seja abrangida pela regulamentação aplicável aos contratos públicos.

Outro elemento que se afigura importante é o critério da «orientação limitada para o mercado» das entidades em causa, questão recentemente desenvolvida pelo Tribunal de Justiça da UE⁵³. Se as entidades em causa estiverem orientadas para o mercado, exercem a sua actividade em concorrência directa com os operadores privados que desempenham a mesma actividade económica (ou similar) e utilizam os mesmos instrumentos. A cooperação isenta do cumprimento das regras aplicáveis aos contratos públicos e que visa a realização de um serviço público não deve, em princípio, incluir essas entidades. Os fornecedores internos orientados para o mercado podem também suscitar preocupações em termos de concorrência e de auxílios estatais.

Por último, é necessário ter em conta o tipo de relação entre as entidades envolvidas na cooperação. No caso da cooperação institucionalizada, é a existência de um controlo interno (conjunto) que permite isentar do âmbito de aplicação mesmo um acordo que normalmente seria abrangido pelo regime aplicável aos contratos públicos. Na ausência desse controlo e para estabelecer a distinção entre uma cooperação não-institucionalizada e um contrato público normal, parece importante que o primeiro envolva direitos e obrigações mútuos, que vão para além «do desempenho de uma função contra remuneração», e que o objectivo principal da cooperação não seja de natureza comercial.

Perguntas:

⁵² Processo C-26/03, *Stadt Halle*.

⁵³ Processo C-573/07, ponto 73. O disposto no Acórdão C-480/07 aponta na mesma direcção: «desde que a realização desta cooperação seja regida unicamente por considerações e exigências próprias à prossecução de objectivos de interesse público e que o princípio da igualdade de tratamento dos interessados [...] seja garantido».

- | | |
|-----|---|
| 30. | Em face do exposto, considera útil estabelecer disposições legislativas a nível da UE sobre o âmbito de aplicação e os critérios aplicáveis à cooperação público-público? |
| 31. | Considera que deve ser desenvolvido um conceito com determinados critérios comuns no que respeita a formas de cooperação público-público? Em sua opinião, quais seriam os elementos mais importantes desse conceito? |
| 32. | Ou considera mais útil adoptar regras específicas para os vários tipos de cooperação, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE (por exemplo, cooperação interna e horizontal)? Em caso afirmativo, justifique e indique quais deveriam ser essas regras. |
| 33. | Considera que a regulamentação da UE deve também abranger as transferências de competências? Justifique. |

2.4. Instrumentos adequados para agregação da procura/contratação conjunta

Uma das áreas em que as partes interessadas frequentemente lamentam aquilo que consideram uma insuficiência dos instrumentos existentes ao nível da UE é a questão da agregação da procura/coordenação de contratos públicos entre entidades adjudicantes.

As partes em favor da agregação da procura realçam os efeitos positivos consideráveis para os fornecedores e para as entidades adjudicantes, nomeadamente as economias de escala, os custos de produção mais baixos, em benefício das empresas e dos contribuintes europeus, o maior poder de compra das autoridades públicas e a possibilidade de agregar conhecimentos e competências e de partilhar os custos e riscos associados aos contratos. A partilha de custos e de riscos, entre outros, também facilitaria a contratação estratégica de novos produtos e serviços inovadores, incentivando assim a criação de novos produtos e mercados⁵⁴.

A cooperação transfronteiras entre entidades adjudicantes de diferentes Estados-Membros poderia, nomeadamente, contribuir para uma maior integração dos mercados de contratos públicos, fomentando a desfragmentação dos mercados europeus para além das fronteiras nacionais e criando uma base industrial viável, internacionalmente competitiva, à escala europeia.

As directivas em vigor já prevêm um conjunto de instrumentos para agregação da procura, incluindo as centrais de compras⁵⁵. Existem outros instrumentos, não especificamente concebidos para agregar a procura, mas que podem ser utilizados com esta finalidade, por exemplo, a possibilidade de celebrar contratos-quadro em que participam várias entidades adjudicantes. As entidades adjudicantes podem evidentemente coordenar também as suas actividades de contratação, partilhando simplesmente as suas experiências ou coordenando certas fases do processo de adjudicação.

Contudo, é necessário reflectir sobre os apelos reiterados no sentido de serem criados instrumentos mais específicos a nível da UE para agregar a procura, em particular a celebração de contratos públicos conjuntos transfronteiras. Tais instrumentos e mecanismos

⁵⁴ É por essa razão que a iniciativa emblemática «União da Inovação» - SEC(2010) 1161 - que visa relançar as políticas da investigação e inovação na Europa, enquanto parte da estratégia Europa 2020, apela também à adopção de uma iniciativa da UE no domínio dos contratos públicos conjuntos.

⁵⁵ Ver artigo 1.º, n.º 10, da Directiva 2004/18/CE.

teriam de alcançar o justo equilíbrio entre permitir uma maior agregação da procura em sectores estratégicos sem restringir a concorrência nos mercados dos contratos públicos (em especial, em detrimento das PME), i.e. dividindo os contratos em lotes.

No que se refere aos contratos públicos conjuntos transfronteiras, poderá ser necessário abordar questões jurídicas adicionais, nomeadamente identificar a legislação nacional aplicável ao processo de adjudicação e ao contrato, a capacidade das entidades adjudicantes para utilizar uma legislação nacional diferente da sua, decidir sobre os organismos competentes e a regulamentação aplicável em caso de revisão das decisões de adjudicação, etc.

Perguntas:

34. Como regra geral, preconiza uma maior agregação da procura/mais contratos públicos conjuntos? Em sua opinião, quais são as vantagens e/ou os inconvenientes desta medida?
35. Considera que existem obstáculos à agregação da procura/celebração de contratos conjuntos, em termos de eficiência? Considera que os instrumentos previstos nas directivas para agregar a procura (centrais de compras, contratos-quadro) são eficazes e suficientes? Em caso negativo, de que forma deveriam ser alterados? Em sua opinião, que outros instrumentos ou disposições poderão ser necessários?
36. Considera que o reforço da agregação da procura/contratos públicos conjuntos poderá implicar certos riscos em termos de restrições da concorrência e de dificuldades de acesso aos contratos públicos por parte das PME? Em caso afirmativo, de que forma poderão os eventuais riscos ser mitigados?
37. Considera que a contratação pública conjunta é mais adequada para alguns produtos específicos do que para outros? Em caso afirmativo, especifique em que áreas e justifique.
38. Os contratos públicos conjuntos transfronteiras levantam problemas específicos (por exemplo, no que respeita à legislação aplicável e aos procedimentos de revisão)? Concretamente, em sua opinião, a legislação do seu país deve permitir que uma entidade adjudicante seja objecto de um procedimento de revisão nouro Estado-Membro?

2.5. Resposta às preocupações manifestadas em matéria de execução contratual

Além de exigir a transparência prévia no que respeita às cláusulas de execução do contrato (indicação no anúncio do concurso ou no caderno de encargos), as directivas em vigor não regulam a execução dos contratos. No entanto, alguns dos problemas verificados durante a fase de execução de um contrato podem ter consequências graves do ponto de vista do princípio da não discriminação entre empresas concorrentes e da solidez das aquisições do sector público em geral. Coloca-se a questão de saber se as regras da UE devem prever instrumentos regulamentares específicos que permitam às entidades adjudicantes lidar com estes problemas de forma mais eficaz.

Alterações substanciais

Uma questão particularmente complexa é o problema dos ulteriores desenvolvimentos com impacto no próprio contrato ou na sua execução.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE, a alteração das disposições de um contrato público em vigor obriga a lançar um novo processo de adjudicação do contrato em causa, caso apresentem características significativamente diferentes do contrato inicial⁵⁶.

O Tribunal de Justiça deu já algumas indicações sobre os casos em que as alterações devem ser consideradas substanciais. É nomeadamente esse o caso quando se introduzem condições susceptíveis de permitir a participação ou a qualificação de outros proponentes, de alargar consideravelmente o âmbito do contrato ou de alterar o seu equilíbrio económico⁵⁷. No entanto, as entidades adjudicantes indicaram que a jurisprudência não parece ser suficientemente clara relativamente a determinados tipos de alterações, quando se trata de determinar a necessidade de novo processo de concurso.

A presente consulta procura estabelecer se será necessário introduzir um esclarecimento jurídico à escala da UE para estabelecer em que condições as alterações ao contrato obrigam a lançar novo processo de concurso. Esse esclarecimento pode também abordar as eventuais consequências dessas alterações (por exemplo, prever um processo de adjudicação mais simples para levar o contrato alterado a concurso)⁵⁸.

Perguntas:

39. Devem as directivas relativas aos contratos públicos regular a questão das alterações substanciais introduzidas num contrato enquanto este ainda esteja em vigor? Em caso afirmativo, que elementos de esclarecimento proporia?
40. Caso seja necessário lançar um novo concurso público na sequência da alteração de uma ou mais condições essenciais, justificar-se-ia a aplicação de um procedimento mais flexível? De que tipo?

Alterações ligadas à empresa contratante e rescisão de contratos

As alterações relacionadas com a empresa contratante seleccionada levantam igualmente questões complexas. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE, a substituição do contratante a que a entidade adjudicante havia inicialmente adjudicado o contrato por um novo parceiro contratual constitui uma alteração substancial, obrigando por conseguinte a novo processo de adjudicação, a menos que essa substituição esteja prevista nos termos do contrato inicial, por exemplo através de uma disposição que preveja a subcontratação. Esta regra não se aplica, todavia, aos casos em que um contrato é transferido para outro contratante pertencente ao mesmo grupo, como parte de uma reorganização

⁵⁶ Ver Acórdãos de 5.10.2000 no Processo C-337/98, Comissão/França, pontos 44 e 46; de 19.6.2008 no Processo C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, pontos 34-37; e de 13.4.2010 no Processo C-91/08, *Wall AG*, ponto 37.

⁵⁷ Ver Acórdão *pressetext Nachrichtenagentur*, pontos 35-37.

⁵⁸ O artigo 31.º, n.º 4, da Directiva 2004/18/CE, prevê já uma solução para algumas alterações específicas ao permitir utilizar o procedimento por negociação sem publicação prévia de um anúncio de concurso em caso de execução de obras ou serviços complementares, sob determinadas circunstâncias.

interna⁵⁹. Por outro lado, em situações excepcionais, a mudança de subcontratante pode ser considerada uma alteração substancial do contrato, ainda que tal possibilidade conste dos termos do contrato⁶⁰.

De acordo com a experiência das partes interessadas, além da substituição da empresa contratante por outra entidade jurídica, também as mudanças no seu estatuto podem ter um impacto significativo no equilíbrio contratual ou na boa execução do contrato (por exemplo, incidentes com impacto na capacidade de execução do contrato, designadamente falência, saída de peritos essenciais para a empresa, etc.).

Mais uma vez, coloca-se a questão de saber se é necessário criar instrumentos a nível da UE para ajudar as entidades adjudicantes a resolver estas questões de forma adequada, por exemplo concedendo a essas entidades o direito a rescindir o contrato em caso de alterações substanciais relacionadas com a empresa contratante e/ou a lançar um novo procedimento simplificado para substituição do anterior contratante neste tipo de casos⁶¹.

Esta possibilidade explícita de as entidades adjudicantes rescindirem o contrato poderá igualmente ser necessária nos casos em que o Tribunal de Justiça da UE declara que determinado contrato foi adjudicado em violação das regras da UE em matéria de contratação pública. Embora os Estados-Membros sejam obrigados a pôr termo aos contratos adjudicados em violação das regras da UE⁶², algumas legislações nacionais não prevêem o direito de rescisão desses contratos, o que não só complica o processo como pode impedir, de facto, as entidades adjudicantes de tomarem as medidas adequadas para dar cumprimento aos acórdãos do Tribunal de Justiça da UE nos processos por infracção.

Perguntas:

41. Considera que o estabelecimento de regras da UE para regular a introdução de alterações no contexto da execução de contratos traria algum valor acrescentado? Em caso afirmativo, qual seria o valor acrescentado da regulamentação a nível da UE? Em especial, deve a regulamentação da UE prever a obrigação explícita ou conceder às entidades adjudicantes o direito de, em certas circunstâncias, mudarem de fornecedor/rescindirem o contrato? Em caso afirmativo, em que casos? Deverá a UE igualmente estabelecer procedimentos específicos sobre a forma como o novo fornecedor deve/pode ser seleccionado?
42. Concorda que as directivas da UE relativas aos contratos públicos devem obrigar os Estados-Membros a, na sua legislação nacional, prever o direito a rescindir contratos adjudicados em violação da regulamentação aplicável aos contratos públicos?

De uma forma mais geral, a regulamentação nacional aplicável à execução dos contratos é muito pormenorizada em muitos Estados-Membros, podendo constituir uma fonte de encargos administrativos (por exemplo, regras sobre execução de garantias, condições de entrega, prazos, alterações de preço, etc.). A quantidade de normas nacionais neste domínio poderia

⁵⁹ Acórdão *pressetext Nachrichtenagentur*, ponto 40.

⁶⁰ Ver Acórdão *Wall AG*, ponto 39.

⁶¹ Esse procedimento poderia igualmente propor soluções intermédias, nomeadamente a possibilidade de mandar o segundo melhor classificado no processo de concurso inicial ou de reabrir o concurso apenas para os proponentes que tivessem participado no concurso inicial, desde que o processo inicial não fosse muito antigo.

⁶² Ver Processo C-503/04, Comissão/Alemanha.

eventualmente ser reduzida com a introdução de normas comuns sobre determinados aspectos à escala da UE.

Pergunta:

43. Considera que certos aspectos da execução contratual devem ser regulamentados a nível da UE? Em caso afirmativo, justifique.

Subcontratação

A legislação em vigor apenas contém regras muito limitadas no que respeita à subcontratação. O artigo 25.º da Directiva 2004/18/CE estabelece que as entidades adjudicantes podem obrigar o proponente a dar indicações sobre a sua intenção de subcontratar terceiros. No entanto, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, um proponente tem, em princípio, o direito de recorrer a empresas subcontratantes para executar o contrato, ainda que tal signifique que o mesmo será executado, no todo ou em parte, por subcontratantes. A subcontratação de partes essenciais do contrato só pode ser restringida ou proibida se a entidade adjudicante não tiver condições para verificar a capacidade técnica e financeira dos subcontratantes.

Algumas partes interessadas preconizam a imposição de restrições adicionais em matéria de subcontratação, a fim de permitir às entidades adjudicantes exercer uma maior influência sobre a execução do contrato. Defendem, por exemplo, a possibilidade de excluir totalmente a subcontratação ou, pelo menos no que respeita a partes essenciais do contrato, de a restringir a determinada percentagem do contrato ou de conceder à entidade adjudicante o direito de recusar os subcontratantes propostos.

Pergunta:

44. Considera que devem ser dadas às entidades adjudicantes maiores possibilidades de exercer a sua influência sobre a subcontratação pelo proponente seleccionado? Em caso afirmativo, quais seriam os instrumentos que propõe?

3. UM ACESSO MAIS FÁCIL AO MERCADO DOS CONTRATOS PÚBLICOS NA EUROPA

Um dos principais objectivos da legislação da UE aplicável aos contratos públicos é permitir aos operadores económicos participar efectivamente nos concursos públicos lançados noutros Estados-Membros. Muitos foram os avanços nesta área desde a introdução das primeiras directivas sobre contratos públicos, nos anos 70. No entanto, parece que continua a haver margem para introduzir melhoramentos, de modo a criar um verdadeiro mercado dos contratos públicos na Europa, plenamente acessível a todas as empresas europeias. Significa isto, nomeadamente, um acesso mais fácil para as PME e, em geral, mercados de contratos públicos mais competitivos.

Pergunta:

45. Considera que as actuais directivas permitem aos operadores económicos beneficiar plenamente das oportunidades oferecidas pelos contratos públicos no mercado interno? Em caso negativo, quais são as disposições que não estão devidamente adaptadas às necessidades dos operadores económicos e porquê?

3.1. Acesso melhorado para as PME e para as empresas em fase de arranque

O objectivo das directivas da UE no domínio da contratação pública é abrir o mercado dos contratos públicos a todos os operadores económicos, independentemente da sua dimensão. Contudo, é necessário prestar especial atenção à questão do acesso das pequenas e médias empresas (PME) a esses mercados⁶³.

As PME são consideradas a espinha dorsal da economia da UE e apresentam um enorme potencial de criação de emprego, crescimento e inovação. Facilitar-lhes o acesso aos mercados dos contratos públicos pode ajudar a desbloquear esse potencial de crescimento e de inovação, além de ter um impacto positivo na economia europeia. Acresce que, ao participarem activamente nas aquisições públicas, as PME permitem às entidades adjudicantes alargar consideravelmente a sua base de fornecedores potenciais, com consequências positivas em termos de maior participação nos concursos públicos e como contraponto aos operadores que ocupam uma posição dominante no mercado.

Para que os contratos públicos, independentemente da sua dimensão, sejam tão acessíveis quanto possível às PME, a Comissão publicou, em 2008, o «Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos»⁶⁴. Este código chama a atenção e identifica um conjunto de práticas no quadro regulamentar da UE que optimizam a participação das PME nos concursos e garantem iguais oportunidades a este grupo de empresas concorrentes.

Um estudo recente, encomendado pela Comissão Europeia⁶⁵, mostra que, de 2006 a 2008, de entre as empresas a quem foram adjudicados contratos públicos *acima dos limiares da UE*, a percentagem de PME se situou entre os 58% e os 61% (UE-27). No que se refere ao valor total estimado dos contratos celebrados, as PME representam 31% a 38% dos contratos públicos, enquanto que a sua quota global na economia, calculada em função do seu volume de negócios agregado, é de 52%.

Neste contexto, valerá a pena analisar se será necessário adoptar medidas legislativas a nível da UE para garantir que as entidades adjudicantes tirem pleno proveito do potencial das PME, em termos económicos e de inovação, nos seus processos de aquisição.

Reduzir a carga administrativa na fase de selecção

De acordo com os pequenos e médios operadores económicos, os maiores obstáculos à participação das PME nos concursos públicos surgem na fase de selecção. Em primeiro lugar, prendem-se com a documentação a fornecer. O grande número de certificados frequentemente exigidos na fase de selecção implica uma carga administrativa que pode ser difícil de suportar para as PME, especialmente num contexto transnacional, quando esses certificados têm ainda de ser traduzidos. Por outro lado, os próprios critérios de selecção são, com frequência, fixados num patamar tão elevado (por exemplo, requisitos em termos de volume de negócios

⁶³ Ver também, o pedido formulado pelo Parlamento Europeu, no seu relatório sobre os novos desenvolvimentos nos contratos públicos, para que a Comissão envie esforços no sentido de facilitar o acesso das PME aos mercados dos contratos públicos ([2009/2175\(INI\)](#)).

⁶⁴ Documento de trabalho dos serviços da Comissão SEC(2008) 2193.

⁶⁵ Avaliação do acesso das PME aos mercados dos contratos públicos na UE (actualização de 2009), elaborada em Setembro de 2010, encomendada pela Direcção-Geral das Empresas e da Indústria ao Consultor GHK.

ou número de contratos de referência exigidos) que são praticamente impossíveis de satisfazer pelas PME.

No que respeita à primeira questão (documentação comprovativa do preenchimento dos critérios de selecção), a solução habitualmente proposta consiste em, como regra geral, autorizar as empresas a, numa primeira fase, apresentar apenas um resumo das informações relevantes para efeitos de selecção e/ou juntar declarações dos próprios sobre o preenchimento dos critérios de selecção. Em princípio, apenas o proponente seleccionado ou os proponentes admitidos à fase de adjudicação devem ser convidados a apresentar a documentação de apoio definitiva (certificados). Contudo, seria dada à entidade adjudicante a possibilidade de requerer documentos a qualquer momento, durante ou após o processo de adjudicação, de modo a prevenir a fraude. Esta medida permitiria reduzir a carga administrativa, nomeadamente para as pequenas e médias empresas, sem pôr em causa as garantias de uma escolha acertada.

Quanto à segunda questão (critérios de selecção excessivamente exigentes), a regulamentação da UE poderia passar a incluir um limite máximo para determinados requisitos de selecção qualitativa, nomeadamente no que respeita à situação financeira. Assim se evitará que as entidades adjudicantes estabeleçam critérios de selecção demasiado exigentes (por exemplo, em relação ao volume de negócios), que conduziriam inevitavelmente à exclusão das PME. Este tipo de medida complementaria a obrigação já existente de aplicar critérios de selecção proporcionados. Além disso, restringiria a liberdade das entidades adjudicantes para determinar as normas que consideram necessárias para garantir a correcta execução do contrato.

Outras sugestões

Por vezes, as partes interessadas sugerem também a introdução de medidas de discriminação positiva para as PME, designadamente a fixação prévia de quotas reservadas exclusivamente às PME em matéria de contratos públicos. Ao contrário de alguns dos nossos parceiros comerciais que introduziram medidas deste tipo, a UE não é favorável à reserva de mercados para empresas específicas. Além disso, estas medidas violariam o princípio da igualdade de tratamento dos proponentes, um pilar fundamental do regime de contratação pública da UE ancorado na jurisprudência do Tribunal de Justiça e nas liberdades previstas no Tratado.

No entanto, a adopção de medidas administrativas internas para encorajar as entidades adjudicantes a envidarem esforços no sentido de melhorar o acesso das PME aos seus contratos públicos poderá constituir uma solução viável. Poderão, por exemplo, ser fixados objectivos em termos de quotas para as PME no total dos contratos públicos. Este tipo de sistema não implicaria a *reserva de contratos específicos* para as PME, apenas incentivaria as entidades adjudicantes a utilizar da melhor forma possível os instrumentos disponíveis, de modo a facilitar a participação das PME nos concursos públicos.

Outra opção seria permitir que as entidades adjudicantes obrigassem o proponente seleccionado a subcontratar a terceiros determinada percentagem do valor do contrato. Esta obrigação já está prevista na Directiva 2004/18/CE, no caso das concessões de obras públicas (artigo 60.º) e da Directiva 2009/81/CE, no caso dos contratos públicos no domínio da defesa e da segurança (artigo 21.º).

Perguntas:

46. Considera a regulamentação e as políticas da UE em matéria de contratos públicos suficientemente favoráveis às PME? Ou considera antes que devem ser revistas certas disposições da directiva ou introduzidas medidas adicionais para favorecer a participação das PME nos concursos públicos? Justifique a sua escolha.
47. Considera necessário tornar algumas das medidas constantes do Código de Boas Práticas obrigatórias para as entidades adjudicantes, nomeadamente a subdivisão em lotes (sob certas condições)?
48. Considera que as regras aplicáveis à selecção das empresas concorrentes implicam uma carga administrativa desproporcionada para as PME? Em caso afirmativo, de que forma poderiam estas regras ser simplificadas sem pôr em causa as garantias de transparência, não discriminação e alta qualidade de execução dos contratos?
49. Seria favorável a uma solução que apenas exigisse a apresentação e a verificação da documentação comprovativa dos candidatos da lista restrita/empresa concorrente seleccionada?
50. Considera as declarações do interessado uma forma adequada de reduzir a carga administrativa no que respeita à documentação comprovativa do preenchimento dos critérios de selecção ou estas não são suficientemente fiáveis para substituírem os certificados? Em que casos poderão as declarações do próprio interessado ser úteis (nomeadamente no que se refere a factos da esfera da própria empresa) e em que casos não o serão?
51. Considera a imposição de requisitos excessivamente rígidos em termos de volume de negócios, para comprovar a capacidade financeira, problemática para as PME? Considera que a legislação da UE deve estabelecer um rácio máximo para assegurar a proporcionalidade dos critérios de selecção (por exemplo, o volume de negócios máximo exigido não poderia exceder um determinado múltiplo do valor do contrato)? Preconiza outros instrumentos para garantir critérios de selecção proporcionados ao valor e objecto do contrato?
52. Quais são as vantagens e desvantagens de ser dada aos Estados-Membros a possibilidade de autorizarem ou exigirem que as respectivas entidades adjudicantes obriguem o proponente seleccionado a subcontratar determinada parte do contrato principal a terceiros?

3.2. Garantir uma concorrência leal e efectiva

As entidades adjudicantes do sector público realizam com frequência compras em mercados com estruturas anticoncorrenciais⁶⁶. Nesses mercados, o objectivo das regras em matéria de contratos públicos - concretamente, uma concorrência aberta e efectiva - pode ser difícil de

⁶⁶ O mercado da eliminação de resíduos é, em muitos Estados-Membros, dominado por um ou dois grandes operadores. O sector da construção, pelo menos no que respeita aos grandes projectos de infra-estruturas, é oligopolístico e propício à cartelização. Outros exemplos são os fornecimentos no domínio das tecnologias de informação, o mercado da electricidade em certos Estados-Membros, conforme demonstrado pelas decisões nos termos do artigo 30.º relativas ao mercado da electricidade da República Checa, Espanha e Itália, e ao mercado de certos serviços postais em alguns Estados-Membros, conforme demonstrado pelas decisões nos termos do artigo 30.º relativas ao sector postal na Suécia, Finlândia e Áustria.

atingir se apenas forem aplicadas as regras processuais previstas nas directivas em vigor. As decisões de contratação pública tomadas sem ter em conta as estruturas de mercado, mesmo que cumpram plenamente as normas das directivas, implicam o risco de consolidação ou mesmo de agravamento das estruturas anticoncorrenciais. Tal verifica-se, em especial, no caso dos contratos de valores elevados e em sectores em que as autoridades públicas são os principais clientes e a procura privada não é suficiente para compensar o impacto das aquisições do sector público no mercado.

Os contratos públicos inteligentes, que visam maximizar a concorrência nesses mercados, obrigariam em primeiro lugar as entidades adjudicantes a conhecer a estrutura dos mercados em questão. Além disso, seriam forçadas a adaptar as suas estratégias de adjudicação de contratos (estrutura dos contratos e opções processuais) em conformidade. Por exemplo, as entidades adjudicantes devem evitar a abertura de concursos para contratos que só possam ser executados por uma única empresa ou por um pequeno número de operadores no mercado, uma vez que tal consolidaria as estruturas oligopolistas e tornaria praticamente impossível a entrada de novos operadores. No pior dos cenários, a entidade adjudicante pode ser obrigada a contratar um fornecedor em posição dominante, que ditará os termos do contrato e os preços.

O modelo adequado de contrato depende, obviamente, da estrutura do mercado em causa. Se as empresas mais pequenas que concorrem no mercado forem capazes de fornecer o serviço ou produto em questão em menor escala, a redução do volume ou da duração dos contratos pode constituir uma forma eficaz de maximizar a concorrência. Uma concorrência eficaz pode também passar pela divisão dos contratos em lotes, eventualmente conjugada com um número máximo de lotes a adjudicar a uma única empresa concorrente. Caso não existam concorrentes suficientes entre as empresas de menor dimensão, uma forma alternativa de garantir uma concorrência eficaz pode consistir em agrupar várias aquisições num único contrato, a fim de incentivar os potenciais concorrentes de outros Estados-Membros.

Outros instrumentos muitas vezes preconizados como formas úteis de salvaguardar a eficácia da concorrência nos mercados dos contratos públicos poderiam ser adoptados a nível da UE como opções facultativas para os Estados-Membros ou para as entidades adjudicantes. Conforme atrás referido, de um modo geral, quanto menos exigentes os critérios de selecção, maior o número de propostas válidas⁶⁷. Os contratos desfavoráveis impostos pelos fornecedores que detêm uma posição dominante no mercado podem ser evitados pela definição prévia de um preço limite, acima do qual o contrato não poderá ser adjudicado, ou pela possibilidade de anular o procedimento no caso de apenas passarem à fase de selecção a(s) proposta(s) de uma única empresa concorrente.

De uma forma geral, sempre que possível, deve também ser considerada a adopção de medidas para facilitar a participação das empresas concorrentes de outros Estados-Membros. Conforme já foi sublinhado, existe um considerável potencial não explorado para aumentar as trocas comerciais intra-europeias no sector dos contratos públicos, de modo a criar um verdadeiro mercado dos contratos públicos na Europa. Esta medida permitiria simultaneamente multiplicar as oportunidades de negócio das empresas europeias e aumentar a base de fornecedores potenciais à disposição das entidades adjudicantes. As medidas destinadas a facilitar a participação transfronteiras poderão incluir um melhor reconhecimento mútuo dos certificados (ou mesmo a criação de um sistema comum de pré-selecção à escala

⁶⁷ Com requisitos menos rigorosos quanto ao volume de negócios, facilita-se a participação das empresas mais pequenas, com requisitos menos rigorosos quanto à experiência anterior, favorece-se a entrada de novas empresas no mercado, etc.

européia). Algumas partes interessadas sugerem mesmo que, no caso de certos contratos de valor elevado, poderá ser útil redigir os cadernos de encargos numa segunda língua ou aceitar propostas noutras línguas. Além disso, poderia também ser considerada a possibilidade de utilizar um sistema de tradução automática – pelo menos para informação prévia – nalgumas fases do processo de consulta.

Todas as medidas destinadas a reforçar a concorrência nos mercados dos contratos públicos pressupõem que as entidades adjudicantes têm um bom conhecimento dos mercados onde realizam as suas aquisições (por exemplo, mediante a realização, previamente à adjudicação do contrato, de estudos sobre a estrutura e as características do mercado-alvo). Estas (ou outras) medidas de salvaguarda implicam um esforço adicional da parte das autoridades adjudicantes, o que provavelmente apenas se justificará no caso dos grandes contratos, com considerável impacto potencial na estrutura de mercado.

Perguntas:

53. Considera que os contratos públicos podem ter um impacto importante nas estruturas de mercado e que as entidades adjudicantes devem, sempre que possível, procurar ajustar as suas estratégias em matéria de contratos públicos, de modo a evitar as estruturas de mercado anticoncorrenciais?
54. Considera que a regulamentação e a política da UE em matéria de contratos públicos devem prever instrumentos (opcionais) para fomentar essas estratégias de contratação favoráveis à concorrência? Em caso afirmativo, quais?
55. Neste contexto, considera que são também necessários instrumentos ou iniciativas mais específicos para incentivar a participação de concorrentes de outros Estados-Membros? Em caso afirmativo, quais?
56. Considera necessário melhorar o reconhecimento mútuo dos certificados? Seria favorável à criação de um sistema de pré-selecção à escala europeia?
57. Como abordaria a questão das barreiras linguísticas? Considera que as entidades adjudicantes devem ser obrigadas a redigir os cadernos de encargos para contratos de valor elevado numa segunda língua ou a aceitar propostas noutras línguas?
58. A nível da regulamentação sobre contratos públicos, que instrumentos poderão ser adoptados para evitar o aparecimento de fornecedores que detenham uma posição dominante? De que forma poderão as entidades adjudicantes ser melhor protegidas face ao poder dos fornecedores que detêm uma posição dominante?

Prevenir os comportamentos anti-concorrenciais

Outra questão conexa é o problema dos comportamentos anticoncorrenciais nos mercados dos contratos públicos. Estes mercados parecem ser particularmente permeáveis aos comportamentos colusórios dos participantes (fraude, partilha de mercado, etc.)⁶⁸, entre outros

⁶⁸ Ver também o extenso trabalho da OCDE nesta matéria, nomeadamente as orientações no domínio da luta contra a fraude nos contratos públicos:
http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en_2649_40381615_42230813_1_1_1_1,00.html.

factores, devido à estabilidade e previsibilidade da procura pública. Alguns analistas consideram ainda que, na prática, a transparência do processo conduz à cartelização.

Apesar de o número de violações do direito da concorrência no âmbito de processos de adjudicação de contratos públicos estar longe de ser marginal⁶⁹, a actual regulamentação da UE em matéria de contratos públicos não aborda especificamente esta questão. Até ao momento, tem prevalecido a ideia de que o problema poderá ser eficazmente atacado com base nas normas actuais, nomeadamente formulando orientações para os agentes envolvidos nos contratos públicos sobre as formas de prevenir ou detectar comportamentos colusórios.

No entanto, é necessário lançar um debate sobre a questão de saber se tais orientações são suficientes para lutar eficazmente contra a colusão nos mercados dos contratos públicos ou se será conveniente criar instrumentos legislativos específicos, nomeadamente o estabelecimento de regras de exclusão mais estritas em caso de fraude, a possibilidade de não divulgar determinado tipo de informação e a utilização obrigatória do procedimento por negociação nos sectores onde a probabilidade de cartelização é elevada, a utilização de certificados que garantam a independência das propostas, a obrigação de as entidades adjudicantes consultarem as autoridades da concorrência em caso de comportamento suspeito na apresentação de propostas, etc.

A experiência mostra também que poderá ser útil tornar certos instrumentos que apresentam um maior risco de utilização abusiva para colusão mais «à prova de colusão». A título de exemplo, a subcontratação de certas partes de um contrato é uma fórmula geralmente usada pelas empresas concorrentes seleccionadas para recompensarem os membros do cartel por terem respeitado o acordo de cartelização. Uma forma possível de resolver o problema poderia consistir em proibir, sob certas condições, a subcontratação das empresas que também tenham participado no processo de concurso⁷⁰.

É claro que a adopção de medidas de salvaguarda adicionais contra os comportamentos anti-concorrenciais pode contribuir para manter uma concorrência sã nos mercados dos contratos públicos. Uma vez mais, esta vantagem deve ser criteriosamente ponderada face à carga administrativa adicional que essas regras implicam para a entidade adjudicante e para as empresas.

Pergunta:

59. Considera que a regulamentação da UE em matéria de contratos públicos deve incluir medidas de salvaguarda mais rigorosas contra os comportamentos anti-concorrenciais nos processos de concurso? Em caso afirmativo, quais seriam esses novos instrumentos/novas disposições?

⁶⁹ Para mais informações sobre alguns cartéis «famosos» nos mercados dos contratos públicos, ver, por exemplo, o caso das «senhas de almoço», em Itália, ou dos «liceus da Ile-de-France», em França.

⁷⁰ A participação dos proponentes, só pode contudo ser restringida, dado o risco de colusão, sob condições relativamente estritas (Ver Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2009 no Processo C-538/07, Assitur (agrupamentos temporários de empresas)).

3.3. Contratação pública nos casos em que não existe concorrência/direitos exclusivos

Na prática, as entidades adjudicantes são com frequência obrigadas a contratar com um operador económico específico, uma vez que a empresa detém direitos exclusivos para a produção dos bens ou a prestação dos serviços em causa. Nesses casos, está excluída a possibilidade de concorrência normal nos contratos. É por esta razão que as directivas sobre contratos públicos permitem utilizar o procedimento por negociação sem publicação prévia de um anúncio de concurso, «quando, por motivos técnicos, artísticos ou atinentes à protecção de direitos de exclusividade, o contrato só possa ser executado por um operador económico determinado»⁷¹.

Na verdade, dado existir um direito exclusivo, o convite à apresentação de propostas é uma mera formalidade, sem qualquer efeito prático. Porém, é inegável que o acesso ao contrato público em questão foi bloqueado pela concessão prévia do direito exclusivo, eliminando qualquer possibilidade de concorrência antes mesmo de se dar início ao processo de concurso.

A questão de saber de que forma foi concedido o direito exclusivo e, nomeadamente, se houve concorrência leal na fase de concessão dos direitos exclusivos (que determina a posterior decisão de contratação), não consta das actuais directivas sobre contratos públicos no que se respeita aos contratos celebrados com operadores privados.

A questão só é abordada no quadro da cooperação público-público, em que os contratos de serviço público entre entidades adjudicantes são excluídos do âmbito de aplicação da directiva caso sejam adjudicados com base num direito exclusivo – desde que esse direito exclusivo seja compatível com os princípios do Tratado⁷².

Esta disposição específica deixará provavelmente de ser necessária quando for encontrada uma solução global para as questões relacionadas com a cooperação público-público. No entanto, para assegurar uma concorrência efectiva nos mercados dos contratos públicos, deve ser considerada a possibilidade de generalizar a ideia subjacente a este princípio. Este princípio só permitiria a adjudicação de contratos sem processo de concurso com base em direitos exclusivos se esses direitos exclusivos tiverem sido objecto de um concurso público.

Perguntas:

60. Em sua opinião, a atribuição de direitos exclusivos pode prejudicar a concorrência leal nos mercados dos contratos públicos?
61. Em caso afirmativo, que instrumentos propõe para mitigar esses riscos/assegurar condições de concorrência equitativas? Considera que a regulamentação da UE em matéria de contratos públicos deve permitir a adjudicação de contratos sem processo de concurso com base em direitos exclusivos, apenas nos casos em que o direito exclusivo em causa tenha sido concedido no âmbito de um processo de concurso transparente?

⁷¹ Artigo 31.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 2004/18/CE.

⁷² Artigo 18.º da Directiva 2004/18/CE.

4. UTILIZAÇÃO ESTRATÉGICA DOS CONTRATOS PÚBLICOS PARA RESPONDER AOS NOVOS DESAFIOS

As autoridades públicas podem dar um grande contributo para a consecução dos objectivos da estratégia Europa 2020⁷³, utilizando o seu poder de aquisição para contratar bens e serviços com valor acrescentado para a sociedade em termos de promoção da inovação, respeito pelo ambiente e luta contra as alterações climáticas, redução do consumo energético, melhoria do emprego, da saúde pública⁷⁴ e das condições sociais, assim como da igualdade, incrementando simultaneamente o nível de inclusão dos grupos desfavorecidos⁷⁵. A grande procura, por parte das autoridades públicas, de bens e serviços mais «ecológicos», com baixas emissões de carbono, mais inovadores e socialmente responsáveis, poderá também orientar as tendências em termos de produção e de consumo nos próximos anos. Naturalmente, enfrentar os desafios sociais não significa reduzir a eficácia dos contratos públicos. Atendendo às questões políticas que se colocam no domínio dos contratos públicos, as medidas devem ser adoptadas de modo a evitar criar novos encargos administrativos desproporcionados para as entidades adjudicantes ou falsear a concorrência nos mercados dos contratos públicos.

Para alcançar os objectivos políticos da estratégia Europa 2020, os contratos públicos podem ser usados de duas formas:

- dando às entidades adjudicantes os meios necessários para ter em conta esses objectivos, de acordo com as regras processuais aplicáveis aos contratos públicos («como comprar»);
- impondo requisitos obrigatórios às entidades adjudicantes ou prever incentivos para orientar as suas decisões sobre os bens e serviços a contratar («que comprar»).

As directivas sobre contratos públicos prevêm um quadro comum para as aquisições no sector público, estabelecendo regras processuais sobre «como comprar», mas dando total liberdade às entidades adjudicantes para, na sua decisão de base sobre o «que comprar», definirem as características das obras, produtos ou serviços que melhor respondem às suas necessidades e as condições mais adequadas aos objectivos políticos a atingir (desde que sejam transparentes e não discriminatórias).

A legislação da UE aplicável aos contratos públicos permite igualmente conceder incentivos de harmonia com os objectivos da estratégia Europa 2020 ou impor às entidades adjudicantes obrigações sobre o «que comprar», tanto a nível europeu como nacional, de modo a assegurar que as estratégias de contratação pública sejam coerentes com os objectivos políticos globais.

Nos últimos anos, foi lançado um conjunto de iniciativas políticas específicas, tanto a nível europeu como nacional, para incentivar a utilização dos contratos públicos em apoio aos objectivos políticos já referidos, com destaque para os trabalhos em curso no domínio da

⁷³ Ver Comunicação da Comissão de 3 de Março de 2010 - COM(2010) 2020.

⁷⁴ Ver conclusões do Conselho, de 13 de Setembro de 2010, sobre as lições retiradas da pandemia de A/H1N1.

⁷⁵ Esta reflexão está, nomeadamente, em conformidade com o disposto no artigo 9.º do TFUE, que insta a União a ter em conta a promoção de um nível elevado de emprego, a garantia de uma protecção social adequada e a luta contra a exclusão social.

promoção dos contratos públicos ecológicos (CPE)⁷⁶, para a inclusão das considerações sociais nos contratos públicos⁷⁷ e para a inovação⁷⁸.

Há mais de uma década que os Estados-Membros recorrem, nomeadamente, aos contratos públicos ecológicos. Muitos deles adoptaram Planos de Acção Nacionais nesta matéria, incluindo objectivos, voluntários ou obrigatórios, e medidas específicas para promover e implementar os CPE. A UE desenvolveu os critérios aplicáveis aos CPE de 18 grupos de produtos e serviços⁷⁹. Os trabalhos prosseguem nesta área.

A secção abaixo aborda a questão de saber se será ou não necessário introduzir alterações na regulamentação da UE aplicável aos contratos públicos para garantir a coerência e pertinência das várias medidas adoptadas, ou passíveis de serem adoptadas, a nível nacional e da UE.

4.1. «Como comprar» para atingir os objectivos da estratégia Europa 2020

As questões que se prendem com a protecção do ambiente, a inclusão social ou a promoção da inovação podem ter relevância em fases diferentes do processo de adjudicação, conforme a sua natureza. As várias questões levantadas por estes objectivos políticos não podem ser todas tidas em conta em todas as fases. Esta secção aborda a questão da forma como cada um dos diferentes objectivos políticos poderá ser tido em conta nas diversas etapas do processo de adjudicação.

Definir o objecto do contrato e as especificações técnicas

De acordo com a regulamentação aplicável aos contratos públicos actualmente em vigor na UE, as entidades adjudicantes devem fornecer uma descrição clara e não discriminatória do objecto do contrato e definir especificações técnicas que não podem ter por efeito favorecer certas empresas.

Os requisitos em matéria de processos e métodos de produção devem estar ligados ao fabrico do produto e contribuir para as suas características, sem serem necessariamente visíveis. Nos termos da regulamentação actualmente em vigor, não é possível impor requisitos processuais

⁷⁶ Ver Comunicação da Comissão «*Contratos públicos para um ambiente melhor*» - COM(2008) 400 – que fixa metas para a utilização dos contratos públicos ecológicos nos Estados-Membros e lançou o processo de definição a nível europeu de critérios comuns voluntários no domínio dos «contratos ecológicos». Ver também «*Manual de Contratos Públicos Ecológicos (Comprar ecológico)*» http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm.

⁷⁷ Ver Guia «*Buying social – A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*» – SEC(2010) 1258.

⁷⁸ Na sequência da Comunicação «*União da Inovação*» (compromisso n.º 17), a Comissão Europeia acompanha actualmente a realização de um estudo (que teve início em Novembro de 2010 e ficará concluído em Novembro de 2011), com o objectivo de desenvolver um novo mecanismo de apoio para os contratos públicos no domínio da inovação. A Comissão formulará orientações e estabelecerá um mecanismo de apoio (financeiro) para ajudar as entidades adjudicantes a executar esses processos de concurso de forma não discriminatória e aberta, congregar a procura, redigir cadernos de encargos comuns e promover o acesso das PME. No que respeita aos contratos pré-comerciais, ver Comunicação da Comissão «*Contratos pré-comerciais: promover a inovação para garantir serviços públicos sustentáveis de alta qualidade na Europa*» - COM(2007) 799.

⁷⁹ Ver Comunicação da Comissão «*Contratos públicos para um ambiente melhor*» - COM(2008) 400 – a qual fixa metas para a utilização dos contratos públicos ecológicos nos Estados-Membros e lançou o processo de definição a nível europeu de critérios comuns voluntários no domínio dos «contratos ecológicos». Ver também «*Manual de Contratos Públicos Ecológicos (Comprar ecológico)*» http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm.

e métodos de produção não relacionados com o fabrico do produto ou que não estejam reflectidos nas características do produto.

Nalguns casos, as autoridades públicas e as partes interessadas alegam que, por razões ambientais e relacionadas com a saúde, certos produtos têm de ou devem necessariamente ser adquiridos localmente. Neste contexto, importa salientar que, se derem lugar a uma discriminação injustificada, directa ou indirecta, entre fornecedores, esses requisitos violam a legislação da UE. Só podem justificar-se a título excepcional, em caso de necessidades legítimas e objectivas, não relacionadas com considerações de natureza exclusivamente económica, que só possam ser satisfeitas por produtos de determinada região.

Perguntas:

62. Considera que as regras em matéria de especificações técnicas permitem introduzir um nível suficiente de considerações relacionadas com outros objectivos políticos?
63. Partilha do ponto de vista de que a possibilidade de definir especificações técnicas em termos de desempenho ou de requisitos funcionais poderá ajudar as entidades adjudicantes a alcançar melhor os seus objectivos políticos do que se estas forem definidas em termos de requisitos técnicos detalhados estritos? Em caso afirmativo, considera que os requisitos de desempenho ou funcionais devem passar a ser de cumprimento obrigatório sob certas condições?
64. A título de exemplo, considera que as entidades adjudicantes utilizam suficientemente as possibilidades oferecidas ao abrigo do artigo 23.º da Directiva 2004/18/CE no que respeita aos critérios de acessibilidade⁸⁰, para as pessoas com deficiência, ou de concepção, para todos os utilizadores? Em caso negativo, o que deverá ser feito?
65. Considera que alguns dos procedimentos previstos nas directivas em vigor⁸¹ (diálogo concorrencial, concursos para trabalhos de concepção) são especialmente adequados para ter em conta as políticas ambientais, sociais e em matéria de acessibilidades e de inovação?
66. Que alterações devem ser introduzidas nos procedimentos estabelecidos nas directivas actualmente em vigor para ter o mais possível em conta os objectivos políticos supra, garantindo simultaneamente o respeito pelos princípios da não discriminação e da transparência e assegurando condições de concorrência equitativas entre as empresas europeias? A utilização de tecnologias da informação e da comunicação inovadoras pode contribuir especificamente para as entidades adjudicantes atingirem os objectivos da estratégia Europa 2020?
67. Considera que há casos em que se justifica restringir o mercado aos fornecedores locais ou regionais por razões objectivas e legítimas não baseadas em considerações puramente económicas?

⁸⁰ Por acessibilidade, entende-se, neste contexto, a acessibilidade para as pessoas com limitações funcionais (com deficiência).

⁸¹ No que respeita à caracterização dos processos, ver secção 2.1.

68. Considera que se for permitido utilizar o processo de negociação com publicação prévia como um procedimento normalizado se estará a contribuir para melhor ter em conta considerações de ordem política, como as questões do ambiente, sociais, ligadas à inovação, etc.? Ou considera antes que o risco de discriminação e de restrições da concorrência é demasiado elevado?

Exigir critérios de selecção mais pertinentes

Aquando da avaliação da capacidade dos candidatos para executar o contrato, as entidades adjudicantes devem ter em conta a sua experiência e competências específicas no que respeita aos aspectos sociais ou ambientais pertinentes para o objecto do contrato.

Pergunta:

69. Pode dar exemplos úteis de competências técnicas ou de outros critérios de selecção para promover a realização de objectivos como a protecção do ambiente, a promoção da inclusão social, a melhoria das acessibilidades para as pessoas com deficiência e o reforço da inovação?

Utilizar critérios de adjudicação mais adequados

Para garantir uma concorrência efectiva entre operadores económicos e evitar decisões arbitrárias por parte das administrações públicas, a regulamentação da UE em vigor relativa aos contratos públicos exige que os critérios de adjudicação estejam ligados ao objecto do contrato, não confirmam à entidade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada e sejam expressamente mencionados na documentação do concurso.

As entidades adjudicantes têm total liberdade para decidir sobre o peso relativo de cada um dos critérios utilizados para identificar a proposta economicamente mais vantajosa. Tal permite-lhes fazer valer na avaliação a importância que pretendem dar aos critérios ambientais ou sociais por comparação com outros critérios, incluindo o preço.

No caso dos bens e serviços normais, em muitos casos, já é possível exigir, ao nível dos cadernos de encargos ou das condições de execução dos contratos, o cumprimento de normas estritas em termos ambientais ou sociais, adjudicando ao mesmo tempo o contrato com base no critério do preço mais baixo. Desta forma, as entidades adjudicantes podem obter produtos e serviços conformes com normas exigentes ao melhor preço.

Contudo, a utilização de critérios ligados ao ambiente, eficiência energética, acessibilidade ou inovação na fase de adjudicação, e não apenas a nível das especificações técnicas ou das condições de execução do contrato, tem a vantagem de incentivar as empresas a apresentarem propostas que vão para além do nível fixado nos cadernos de encargos e, assim, promover a entrada de produtos inovadores no mercado. A aplicação destes critérios poderá também revelar-se útil na fase de adjudicação, em caso de dúvidas quanto aos produtos ou serviços disponíveis no mercado.

Perguntas:

70. O critério da proposta economicamente mais vantajosa parece ser o mais adequado para alcançar outros objectivos políticos. Considera que, para melhor ter em conta

esses objectivos políticos, será útil alterar as regras em vigor (para determinados tipos de contratos/alguns sectores específicos/em determinadas circunstâncias):

- 70.1.1. para eliminar o critério único do preço mais baixo;
- 70.1.2. para limitar a utilização do critério do preço ou o peso que as entidades adjudicantes podem atribuir-lhe;
- 70.1.3. para introduzir uma terceira possibilidade de critério de adjudicação, a acrescentar aos critérios do preço mais baixo e da proposta economicamente mais vantajosa? Em caso afirmativo, que critério alternativo proporia, de modo a permitir simultaneamente realizar mais eficazmente outros objectivos políticos e garantir condições equitativas e uma concorrência leal entre empresas europeias?
71. Em qualquer caso, considera que a pontuação atribuída aos critérios ambientais, sociais ou relacionados com a inovação deve, por exemplo, ser limitada a determinado máximo, de modo que esses critérios não passem a ser mais importantes que os critérios de desempenho ou os ligados ao custo?
72. Considera que a possibilidade de incluir critérios ambientais ou sociais na fase de adjudicação é compreendida e utilizada? Em sua opinião, essa possibilidade deve ser melhor especificada na directiva?
73. Em sua opinião, deve ser obrigatório ter em conta os custos ao longo do ciclo de vida para determinação da proposta economicamente mais vantajosa, especialmente no caso dos grandes projectos? Em caso afirmativo, considera necessário/adequado que os serviços da Comissão desenvolvam uma metodologia para efectuar a estimativa desses custos?

Impor cláusulas de execução específicas ao contrato

De acordo com a regulamentação da UE em vigor no domínio dos contratos públicos, as cláusulas de execução dos contratos devem estar relacionadas com as tarefas necessárias para a produção e o fornecimento dos produtos ou serviços contratados. Essas condições de execução do contrato podem ter em conta outras considerações políticas, nomeadamente questões sociais e ambientais⁸². Estas últimas podem, por exemplo, consistir em exigir a compensação das emissões produzidas em caso de aquisições específicas com uma pegada carbónica significativa. Alguns Estados-Membros, quando contratam serviços de táxi ou outros serviços de transportes, exigem a utilização de veículos das classes mais eficientes para a sua prestação. As cláusulas de execução contratual podem também ser usadas para estimular a inovação durante a fase de execução do contrato, o que pode designadamente passar pela concessão de incentivos ao desenvolvimento continuado dos produtos ou serviços durante essa execução.

Nesta fase, as entidades adjudicantes podem impor ao proponente seleccionado certas obrigações relacionadas com a consecução de diferentes objectivos ambientais ou sociais e que não podiam estar reflectidas nas fases anteriores do processo de adjudicação.

Perguntas:

⁸² Ver artigo 26.º da Directiva 2004/18/CE.

- | | |
|-----|--|
| 74. | Considera a fase de definição das cláusulas de execução do contrato a fase do processo mais adequada para incluir considerações de ordem social relacionadas com o emprego e as condições de trabalho das pessoas envolvidas? Em caso negativo, qual seria a melhor solução alternativa? |
| 75. | Em sua opinião, que tipo de cláusulas de execução seria particularmente adequado para ter em conta considerações de ordem social, ambiental e de eficiência energética? |
| 76. | Considera que determinadas cláusulas gerais de execução dos contratos, em especial as relacionadas com o emprego e as condições de trabalho das pessoas envolvidas na execução do contrato, devem ser definidas a nível da UE? |

Verificação dos requisitos

Aquando do estabelecimento das especificações técnicas e da definição dos critérios de selecção/adjudicação ou da introdução de cláusulas de execução no contrato, as entidades adjudicantes podem definir requisitos ambientais ou sociais. Nesse caso, normalmente, elaboram uma lista das informações (certificação/documentação e ou compromisso específico) que devem ser fornecidas pelos candidatos ou proponentes para fazer prova da sua capacidade para cumprirem esses requisitos no plano ambiental ou social. De acordo com as actuais regras, podem ser usados como meios de prova sistemas de certificação específicos (nomeadamente sistemas de certificação florestal, certificados sociais, etc.), devendo igualmente ser aceites meios equivalentes. Um dos problemas que geralmente se colocam a nível dos contratos públicos é o problema da verificação destes requisitos na cadeia de abastecimento, que assume particular importância nos casos em que uma parte dessa cadeia de abastecimento se encontra localizada num país terceiro.

Aquando da análise das manifestações de interesse e das propostas, as entidades adjudicantes verificam se a informação e a documentação fornecida pelos candidatos ou proponentes obedece aos requisitos. Na falta dos dados solicitados, ou se a informação facultada não for considerada satisfatória, os candidatos ou proponentes serão excluídos do processo.

Perguntas:

- | | |
|-----|--|
| 77. | Considera que o quadro da UE actualmente aplicável aos contratos públicos deve prever soluções específicas para a questão da verificação dos requisitos na cadeia de abastecimento? Em caso afirmativo, que soluções proporia para tratar esta questão? |
| 78. | Qual a melhor forma de ajudar as entidades adjudicantes a verificar os requisitos? O estabelecimento de sistemas de avaliação da conformidade e documentos «normalizados», assim como a atribuição de rótulos, facilitariam a tarefa? Ao adoptar esta estratégia, o que deve ser feito para reduzir a correspondente carga administrativa? |

Ligação ao objecto/ execução do contrato

Conforme já foi indicado, no actual quadro jurídico da UE em matéria de contratos públicos, a ligação ao objecto do contrato é condição fundamental a ter em conta quando são introduzidas considerações relacionadas com outras políticas no processo de contratação pública. Tal verifica-se ao longo das várias fases do processo de contratação e relativamente a diferentes

aspectos (especificações técnicas, critérios de selecção, critérios de adjudicação). Caso sejam definidas cláusulas de execução do contrato, é obrigatório estabelecer uma ligação com a execução das tarefas necessárias para a produção/fornecimento dos bens/serviços levados a concurso.

Ao reduzir o grau de exigência neste contexto, as administrações públicas poderão ir mais longe na prossecução dos objectivos políticos da estratégia Europa 2020, por via da contratação pública. Assim, as entidades adjudicantes poderão influenciar o comportamento das empresas, independentemente do produto ou serviço adquirido, incentivando, nomeadamente, uma maior responsabilidade ambiental ou uma maior atenção à responsabilidade social. Esta medida poderá constituir um poderoso instrumento de apoio aos objectivos políticos da estratégia Europa 2020.

Contudo, ao considerar essa possibilidade é necessário avaliar cuidadosamente as soluções de compromisso com outras considerações políticas. A ligação ao objecto do contrato garante que a aquisição em si mesma permanece um elemento central de um processo em que é utilizado o dinheiro dos contribuintes. Trata-se de uma importante garantia de que as entidades adjudicantes irão obter a melhor oferta possível, utilizando eficientemente os dinheiros públicos. Conforme explicado acima, este objectivo também é colocado em destaque na estratégia Europa 2020, que sublinha que a política de contratação pública deve garantir uma utilização o mais eficaz possível dos dinheiros públicos. Ao mesmo tempo, esta garantia da realização de compras ao melhor preço assegura alguma coerência entre a política de contratação pública da UE e as regras no domínio dos auxílios estatais, ao acautelar que os operadores económicos não beneficiem de qualquer vantagem económica indevida com os contratos públicos que lhes são adjudicados. A perda da ligação ao objecto do contrato poderá, por conseguinte, criar um risco de distanciamento entre a aplicação das regras da UE sobre contratos públicos e a aplicação das regras sobre auxílios estatais e, em última análise, ir contra o objectivo de uma maior convergência entre estas diferentes regras.

A ligação ao objecto pode também ajudar a evitar que alguns operadores económicos de determinados países possam eventualmente ser favorecidos em detrimento dos operadores de outros Estados-Membros. Embora esta questão assuma especial relevância no caso de alguns tipos de considerações (por exemplo, determinados requisitos sociais), já que podem radicar em realidades nacionais, regionais ou mesmo locais, o mesmo acontece com as outras considerações políticas, nomeadamente as questões ambientais. Por exemplo, no caso do fornecimento de bens, a exigência de os edifícios de escritórios dos proponentes serem exclusivamente aquecidos por energia solar poderá favorecer as empresas dos Estados-Membros com condições meteorológicas específicas favoráveis à tecnologia solar.

A ligação entre as considerações políticas e o objecto do contrato visa igualmente oferecer às empresas segurança e previsibilidade. Na ausência dessa ligação (assim como de requisitos harmonizados ao nível da UE), os operadores económicos poderiam ser chamados a satisfazer requisitos diferentes (no que respeita à percentagem de mulheres, ao número de desempregados recrutados, às estruturas de acolhimento de crianças oferecidas aos trabalhadores, às medidas em matéria de gestão do ambiente e de resíduos, aos rótulos ecológicos, etc.) conforme o contrato ou a entidade adjudicante.

Os diferentes requisitos impostos pelas entidades adjudicantes podem ser particularmente difíceis de cumprir para as PME, que poderão não dispor dos recursos económicos e humanos necessários para, caso a caso, satisfazer um vasto leque de requisitos sociais.

Finalmente, os requisitos não ligados ao produto ou serviço adquirido podem ser contrários ao objectivo de fomentar a inovação definido na estratégia Europa 2020, uma vez que a concorrência entre empresas deixaria de assentar no desenvolvimento do melhor produto ou serviço (eventualmente inovador), passando a depender da política empresarial.

Perguntas:

79. Algumas partes interessadas preconizam uma menor rigidez ou mesmo a eliminação da condição de que os requisitos impostos pela entidade adjudicante devem estar ligados ao objecto do contrato (o que permitiria, por exemplo, exigir que os proponentes executem políticas de emprego que assegurem a igualdade de género ou políticas gerais de utilização de quotas para determinadas categorias de pessoas, nomeadamente os desempregados, as pessoas com deficiência, etc.). Concorda com esta sugestão? Em sua opinião, quais poderão ser as vantagens/desvantagens da eliminação/perda da ligação ao objecto do contrato?
80. Se a ligação ao objecto passar a ser mais flexível, que mecanismos de correcção deverão eventualmente ser criados para reduzir os riscos de discriminação e de restrição considerável da concorrência?
81. Acredita que as PME podem vir a ter problemas se forem aplicados requisitos diferentes? Em caso afirmativo, como deverá esta questão ser tratada?
82. Caso considere que a ligação ao objecto deve ser mais flexível ou eliminada, em que fase do processo de contratação deve essa ligação ser estabelecida?
- 82.1. Considera que, na definição das especificações técnicas, se justifica a flexibilização do requisito que obriga a que as especificações relativas aos processos e métodos de produção estejam ligadas às características do produto, de modo a englobar elementos não reflectidos nas características do mesmo (por exemplo, no caso da aquisição de café, exigir que o fornecedor pague um suplemento aos produtores para ser investido em actividades de promoção do desenvolvimento socioeconómico das comunidades locais)?
- 82.2. Considera que a legislação da UE aplicável aos contratos públicos deve autorizar as entidades adjudicantes a aplicar critérios de selecção baseados em características das empresas não ligadas ao objecto do contrato (por exemplo, exigir que os proponentes executem políticas de emprego que garantem a igualdade de género ou políticas gerais de utilização de quotas para determinadas categorias de pessoas, nomeadamente os desempregados, as pessoas com deficiência, etc.)?
- 82.3. Considera que a ligação ao objecto do contrato deve ser menos estreita ou eliminada na fase de adjudicação, de modo a ter em conta outras considerações políticas (por exemplo, atribuir pontos adicionais aos proponentes que contratam desempregados ou pessoas com deficiência)?
- 82.3.1. Partilha a preocupação de que os critérios de adjudicação, que não o preço mais baixo/a proposta economicamente mais vantajosa/não ligados ao objecto do contrato, possam resultar em divergências entre a aplicação da regulamentação da UE sobre contratos públicos e a regulamentação sobre auxílios estatais, na medida em que os contratos adjudicados com base noutros critérios que não os de natureza económica podem implicar a concessão de auxílios estatais, potencialmente problemáticos nos

termos da regulamentação da UE neste domínio? Em caso afirmativo, como poderá o problema ser resolvido?

82.4. Considera que a legislação da UE aplicável aos contratos públicos deve autorizar as entidades adjudicantes a impor cláusulas de execução não exclusivamente relacionadas com o fornecimento dos bens e serviços em questão (por exemplo obrigar a empresa contratante a criar estruturas de acolhimento de crianças para os seus empregados ou a afectar um determinado montante da remuneração a projectos sociais)?

4.2. «Que comprar» para apoiar os objectivos políticos da estratégia Europa 2020

Outra forma de alcançar os objectivos da política de contratos públicos pode consistir em impor às entidades adjudicantes obrigações sobre o «que comprar», por exemplo definindo requisitos ou critérios de cumprimento obrigatório no que respeita às características dos produtos ou serviços a fornecer (nomeadamente níveis máximos de utilização de energia, de recursos ou de substâncias perigosas para o ambiente ou níveis mínimos de reciclagem) ou, em alternativa, a fixação de objectivos (por exemplo, 60% dos contratos de aquisição celebrados pelo sector público devem ser ecológicos)⁸³.

A legislação sectorial específica recentemente adoptada a nível da UE:

- Introduziu a obrigação de as entidades adjudicantes exigirem, a nível dos seus contratos públicos, determinado nível de eficiência energética⁸⁴;
- Introduziu a obrigação de as entidades adjudicantes terem em conta o consumo energético ou outros impactos ambientais nas suas decisões de contratação⁸⁵;
- Exortou o sector público a desempenhar um papel exemplar no domínio da eficiência energética, adoptando um número mínimo de medidas favoráveis à eficiência energética na sua contratação⁸⁶ e promovendo os edifícios públicos eficientes em termos de recursos (por exemplo, edifícios com um nível baixo ou nulo de consumo de energia primária⁸⁷).
- Convidou as entidades adjudicantes a procurar adquirir apenas produtos pertencentes à classe de maior eficiência energética⁸⁸.

Na sua recente Comunicação «Energia 2020 – Estratégia para uma energia competitiva, sustentável e segura»⁸⁹, a Comissão declara que todos os contratos públicos relativos a obras,

⁸³ Por exemplo, no domínio dos contratos públicos ecológicos, alguns Estados-Membros, nomeadamente os Países Baixos, a Finlândia, a Eslovénia, a Áustria e a Bélgica, fixaram objectivos nacionais ambiciosos nesta matéria.

⁸⁴ Regulamento (CE) n.º 106/2008, JO L 39 de 13.2.2008 (Regulamento *Energy Star*).

⁸⁵ Directiva 2009/33/CE, relativa à promoção de veículos de transporte rodoviário não poluentes e energeticamente eficientes.

⁸⁶ Directiva 2006/32/CE, relativa à eficiência na utilização final de energia e aos serviços energéticos.

⁸⁷ Directiva 2009/28/CE, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis (JO L 140 de 5.6.2009, p. 16), e Directiva 2010/31/UE, relativa ao desempenho energético dos edifícios (JO L 153 de 18.6.2010, p. 13).

⁸⁸ Directiva 2010/30/UE, relativa à indicação do consumo de energia e de outros recursos por parte dos produtos relacionados com a energia, por meio de rotulagem e outras indicações uniformes relativas aos produtos (JO L 153 de 18.6.2010, p. 6).

⁸⁹ COM(2010) 639 final de 10.11.2010.

serviços ou fornecimentos devem utilizar critérios em matéria de energia (relativos à eficiência, energias renováveis e ligação em rede inteligente).

No caso dos produtos, poderá ser igualmente utilizado de forma mais alargada um método de conversão como o desenvolvido para a Directiva «Veículos não poluentes»⁹⁰. De facto, a obrigação de incluir na decisão de compra o custo do consumo de energia gerado durante todo o ciclo de vida dos produtos e serviços (conforme já é exigido para os veículos) poderá garantir custos globais menos elevados. Esta medida obrigaria, contudo, a definir uma metodologia global que pudesse ser aplicada a todos os grupos de produtos.

De uma forma mais geral, foi defendida a introdução de requisitos obrigatórios nas regras da UE sobre contratos públicos através de legislação baseada em actos delegados, como forma adicional de promover a inovação e outros objectivos políticos constantes da estratégia Europa 2020⁹¹.

No que respeita à inclusão social, a nova Estratégia Europeia para a Deficiência 2010-2020⁹² refere que a Comissão analisará as vantagens de adoptar medidas regulamentares para garantir a acessibilidade de produtos e serviços, incluindo medidas destinadas a fomentar a utilização dos contratos públicos.

A imposição deste tipo de obrigações poderá constituir um instrumento muito eficaz para alcançar os objectivos políticos da estratégia Europa 2020, ao promover a aceitação pelo mercado de bens e serviços de elevado valor para a sociedade. Além disso, a centralização das decisões sobre estratégias de compra poderá evitar a fragmentação das políticas de contratação e aumentar a previsibilidade, com benefícios para os operadores económicos. Por exemplo, no domínio dos contratos públicos ecológicos, a adopção pelos Estados-Membros de abordagens divergentes nesta matéria pode criar problemas para os fornecedores, especialmente PME, que são obrigados a adaptar-se a diferentes enquadramentos em diferentes países, o que dificulta o desenvolvimento e a comercialização dos produtos e serviços ecológicos.

Por outro lado, foram manifestadas algumas preocupações no que se refere à imposição de obrigações sobre o «que comprar».

Um importante aspecto a ter em conta é o risco de a introdução dessas obrigações poder conduzir a discriminações ou restringir a concorrência nos mercados dos contratos públicos, resultando eventualmente num menor número de propostas e em preços mais altos, o que poderá ser problemático em período de crise económica e de restrições orçamentais em muitos Estados-Membros. Para reduzir este risco, as condições e critérios impostos devem ser objectivos e não discriminatórios, só sendo utilizados caso não exista, à escala da UE, um mercado suficientemente desenvolvido para assegurar uma concorrência efectiva. Além disso, deverá ser tido em conta que alguns requisitos no sentido de uma maior protecção ambiental (por exemplo, no domínio da eficiência energética) poderão conduzir, a médio ou longo prazo, a poupanças em termos económicos.

⁹⁰ Para apoiar o cumprimento da obrigação decorrente desta directiva, no sentido de ter em conta os custos do ciclo de vida, a Comissão criou um portal dos veículos não poluentes, que fornece toda a informação necessária para calcular o custo ao longo da vida útil nos termos da directiva: <http://www.cleanvehicle.eu/>; http://ec.europa.eu/transport/urban/vehicles/directive/directive_en.htm.

⁹¹ Relatório apresentado por Mario Monti ao Presidente da Comissão Europeia, de 9 de Maio de 2010, «Uma nova estratégia para o mercado único», ponto 3.4, p. 78.

⁹² COM(2010) 636.

Alguns tipos de obrigações podem ter um maior impacto na concorrência nos mercados dos contratos públicos do que outros.

- As especificações técnicas em termos de requisitos de desempenho são susceptíveis de ter um efeito menos limitador na concorrência do que os cadernos de encargos pormenorizados, com as características técnicas dos produtos a contratar.
- As prescrições obrigatórias em termos de características técnicas dos produtos a contratar podem reduzir consideravelmente as possibilidades de escolha e a concorrência nos mercados dos contratos públicos ou mesmo eliminá-las por completo, enquanto que as disposições de cumprimento obrigatório relativamente à decisão sobre os critérios de adjudicação a ter em conta (eficiência energética, estimativa do custo ao longo do ciclo de vida, acessibilidade) terão provavelmente menos efeitos restritivos na concorrência nos mercados dos contratos públicos.

Outra consequência da decisão de impor às entidades adjudicantes obrigações sobre o «que comprar» é que reduz a sua margem de manobra nos processos de adjudicação. Esta medida poderá afectar a sua capacidade de aquisição de bens e serviços perfeitamente adaptados para responder às suas necessidades específicas. Este risco poderá ser mitigado se a obrigação for imposta a um nível adequado.

As partes interessadas alegam ainda que as obrigações impostas a nível central sobre o «que comprar» gerariam uma carga administrativa adicional para as entidades adjudicantes e para os operadores económicos, designadamente um aumento da carga de trabalho para verificar o preenchimento dos requisitos. Com qualificações adicionais e formação adequada, assim como com instrumentos específicos⁹³, poder-se-á ajudar as entidades adjudicantes a responder eficazmente a essa carga de trabalho. Além disso, a adopção de requisitos harmonizados a nível da UE, nomeadamente a obrigação de comprar produtos rotulados que apresentem as classificações mais elevadas em termos de desempenho, permitirá eliminar a necessidade de as entidades adjudicantes terem conhecimentos técnicos específicos para elaborar cadernos de encargos, o que, nalguns casos, simplificará a tarefa de ter esses critérios em conta a nível local, regional e nacional.

Uma solução de menor alcance passaria pela concessão de incentivos à aquisição de certos tipos de bens ou serviços sem carácter obrigatório. Esses incentivos poderão consistir na concessão de vantagens financeiras às entidades adjudicantes que celebrem contratos de fornecimento de produtos e serviços respeitadores do ambiente, socialmente inclusivos ou inovadores ou que adoptem mecanismos de intercâmbio de boas práticas entre si ou noutros mecanismos de apoio às entidades adjudicantes que pretendam atingir os objectivos da estratégia Europa 2020 por via da sua política de contratos públicos.

Perguntas:

83. Considera que a imposição de obrigações a nível da UE sobre o «que comprar» é uma boa forma de alcançar outros objectivos políticos? Quais seriam as principais vantagens e desvantagens desta abordagem? Em que grupos específicos de produtos ou serviços ou em que políticas específicas seria útil impor obrigações sobre o «que comprar»? Justifique a sua escolha. Dê exemplos de práticas adoptadas pelos

⁹³ Como o já mencionado portal dos veículos não poluentes.

Estados-Membros em matéria de contratos públicos que possam ser reproduzidas a nível da UE.

84. Considera que a imposição de obrigações adicionais sobre o «que comprar» deve ficar consagrada em legislação específica, à escala da UE (no domínio do ambiente, energético, social, das acessibilidades, etc.), ou na legislação de carácter geral da UE aplicável aos contratos públicos?
85. Em sua opinião, devem ser impostas a nível nacional obrigações sobre o «que comprar»? Considera que essas obrigações nacionais podem conduzir a uma eventual fragmentação do mercado interno? Em caso afirmativo, qual será a forma mais adequada de reduzir esse risco?
86. Considera que as obrigações impostas às entidades adjudicantes sobre o «que comprar» devem estabelecer obrigações em termos de grau de utilização (por exemplo, dos CPE), das características dos bens/serviços/obras a adquirir ou de critérios específicos a ter conta entre muitos elementos da proposta?
- 86.1. De que margem de manobra devem as entidades adjudicantes dispor para as suas decisões de compra?
- 86.2. Considera que os requisitos obrigatórios apenas devem estabelecer níveis mínimos e dar às entidades adjudicantes a possibilidade de definir requisitos mais ambiciosos?
87. Qual é, em sua opinião, o instrumento mais adequado para lidar com o desenvolvimento tecnológico em termos de tecnologias mais avançadas (por exemplo, encarregar uma entidade de monitorizar a tecnologia desenvolvida até à fase mais avançada, pedir às entidades adjudicantes que tenham em conta a tecnologia mais avançada como um dos critérios de adjudicação, ou quaisquer outros meios)?
88. A introdução de critérios ou objectivos de cumprimento obrigatório sobre o «que comprar» não deve conduzir à eliminação da concorrência nos mercados dos contratos públicos. De que forma pode o objectivo da não eliminação da concorrência ser tido em conta na definição desses critérios ou objectivos?
89. Considera que a imposição de obrigações sobre o «que comprar» conduzirá ao aumento da carga burocrática, especialmente para as pequenas empresas? Em caso afirmativo, de que forma poderá esse risco ser mitigado? Que tipo de medidas de execução e/ou de orientações devem acompanhar essas obrigações?
90. Caso não seja favorável à introdução de obrigações sobre o «que comprar», que outros instrumentos (por exemplo, recomendações ou outros incentivos) considera adequados?

4.3. Inovação

A Europa dispõe de um enorme e desaproveitado potencial para fomentar a inovação através dos contratos públicos e, simultaneamente, incentivar a concorrência transfronteiras, promover uma economia hipocarbónica e obter a melhor relação qualidade-preço para as entidades públicas. A celebração de contratos públicos de fornecimento de produtos e serviços

inovadores é crucial para aumentar a qualidade e a eficiência dos serviços públicos num período de restrições orçamentais.

As actuais directivas da UE relativas aos contratos públicos adoptam uma abordagem flexível que autoriza as entidades adjudicantes a lançarem concursos orientados para a inovação, o que pode incentivar a indústria a encontrar novas soluções avançadas.

No caso dos concursos para trabalhos de concepção⁹⁴, as entidades adjudicantes podem contratar planos ou projectos em domínios como a arquitectura, a engenharia ou o processamento de dados: no quadro deste tipo de procedimentos, os participantes são convidados a apresentar projectos fora do âmbito restrito do caderno de encargos, tendo, por conseguinte, toda a liberdade para apresentar propostas inovadoras, que podem ser usadas num processo de adjudicação ulterior.

No que respeita aos contratos particularmente complexos, caso as entidades adjudicantes considerem que o recurso ao concurso público ou ao concurso limitado não permitirá a adjudicação do contrato, a directiva prevê outro procedimento, o diálogo concorrencial⁹⁵. No quadro deste procedimento, as entidades adjudicantes podem iniciar um diálogo com os candidatos para identificar e definir os meios que melhor permitem satisfazer as suas necessidades. Os participantes são convidados a apresentar propostas e soluções, que são discutidas com as entidades adjudicantes.

O objectivo da actual regulamentação da UE sobre contratos públicos é proteger as soluções inovadoras, mesmo que não se enquadrem nos direitos de propriedade intelectual. As entidades adjudicantes não podem comunicar aos outros participantes as soluções apresentadas e outras informações confidenciais sem o acordo da empresa concorrente⁹⁶.

Não obstante, foi levantada a questão da «utilização selectiva» dos direitos de propriedade intelectual, ou das soluções inovadoras elas próprias, particularmente no que diz respeito ao diálogo concorrencial: se um participante divulgar as características específicas da sua solução, estas podem passar a ser do conhecimento dos outros candidatos. Embora as regras actuais obriguem a salvaguardar a confidencialidade das informações, a entidade adjudicante fica dividida entre a obrigação de proteger essas informações confidenciais e a necessidade de divulgar parte dessas mesmas informações para identificar as soluções mais adequadas às suas necessidades. As entidades adjudicantes podem ser tentadas a pressionar os proponentes para que aceitem a divulgação. Além disso, o facto de a melhor solução (a seleccionada pela entidade adjudicante) ser inevitavelmente dada a conhecer a todos os participantes que entretanto são convidados a apresentar propostas nela baseadas, pode desincentivar os concorrentes que tenham apresentado soluções altamente inovadoras, dado não lhes ser dada qualquer garantia de virem a ser «recompensados», através da efectiva adjudicação do contrato, por terem apresentado essa solução.

Aquando da preparação do aviso de concurso, as entidades adjudicantes podem igualmente decidir autorizar os proponentes a apresentar variantes. Nesse caso, é possível apresentar

⁹⁴ Ver artigos 66.º a 74.º da Directiva 2004/18/CE.

⁹⁵ Ver o artigo 29.º e o considerando 31 da Directiva 2004/18/CE. O diálogo concorrencial não está previsto na Directiva 2004/17/CE. Contudo, nada impede uma entidade adjudicante que tenha optado por um processo de negociação com concurso prévio de, nos cadernos de encargos, estabelecer que, no que se respeita ao diálogo concorrencial, o processo obedece ao disposto na Directiva 2004/18/CE.

⁹⁶ Artigo 29.º, n.º 3, da Directiva 2004/18/CE. Esta garantia é mais uma das regras acrescentadas à cláusula de confidencialidade constante do artigo 6.º da directiva.

propostas de bens ou de serviços que não correspondam aos identificados pela entidade adjudicante, mas que cumprem os requisitos técnicos mínimos constantes dos cadernos de encargos. A possibilidade de apresentar propostas que se desviam das especificações técnicas inicialmente estabelecidas pelas entidades adjudicantes incentiva os operadores económicos a propor serviços ou produtos mais inovadores, o que poderá estimular a investigação em novas tecnologias e permitir aos utilizadores tirar proveito do progresso técnico.

Outra importante forma de estimular a inovação é as entidades adjudicantes requererem o desenvolvimento de produtos ou de serviços ainda não disponíveis no mercado. De acordo com o actual quadro jurídico, esta medida pode ser executada através dos denominados «contratos pré-comerciais»⁹⁷, que consistem na contratação de serviços de investigação e desenvolvimento para encontrar novas soluções⁹⁸ na perspectiva da eventual aquisição do produto ou serviço final por via de um processo de adjudicação de um contrato público normal, numa fase ulterior. Esta abordagem permite às administrações públicas partilhar com os fornecedores os riscos e benefícios dos projectos, protótipos e ensaios de uma quantidade limitada de novos produtos e serviços, sem envolver fundos públicos.

Os contratos pré-comerciais podem ajudar as entidades adjudicantes a introduzir melhorias radicais na qualidade e eficiência dos serviços públicos, ao criarem mercados pioneiros e incentivarem ao desenvolvimento de novas soluções inovadoras que podem responder aos desafios do sector público, em áreas onde ainda não existem no mercado produtos e serviços prontos para utilização.

Apesar das várias possibilidades de incrementar a inovação por via dos contratos públicos, as partes interessadas lamentam que apenas uma quantidade ínfima destes contratos vise a inovação. Tal deve-se a um conjunto de factores, nomeadamente a concessão de incentivos errados, que favorecem as soluções de baixo risco, a falta de conhecimentos e de capacidades no que respeita à correcta execução dos contratos públicos na área das novas tecnologias e da inovação, a falta de ligação entre contratos públicos e objectivos políticos e a ausência de abordagem estratégica. Assim, para dar resposta a uma necessidade de orientação identificada, é conveniente lançar um debate sobre a forma como a aplicação da regulamentação sobre contratos públicos e eventuais medidas futuras podem ajudar as entidades adjudicantes a fomentar a inovação. Deve ser dada especial atenção aos indicadores de desempenho, pois representam um papel crucial na avaliação dos efeitos da contratação pública em termos de inovação, melhoria de resultados e realização de objectivos.

Perguntas:

91. Considera que é necessário promover e conceder mais incentivos à inovação através dos contratos públicos? Que incentivos/medidas poderiam ser criados para apoiar e acelerar a adopção de medidas inovadoras pelos organismos do sector público?
92. Considera que o diálogo concorrencial oferece protecção suficiente a nível de direitos de propriedade intelectual e de soluções inovadoras, nomeadamente dando

⁹⁷ Para mais orientações, consultar a comunicação e o documento de trabalho dos serviços da Comissão «Contratos pré-comerciais: promover a inovação para garantir serviços públicos sustentáveis de alta qualidade na Europa», COM(2007) 799 final e SEC(2007) 1668. Para mais informações sobre os últimos desenvolvimentos e novidades sobre contratos pré-comerciais, consultar o sítio Internet seguinte: http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home_en.html.

⁹⁸ Contratos públicos não abrangidos pelas directivas da UE nesta matéria, nos termos do artigo 16.º, alínea f), da Directiva 2004/18/CE.

garantias de que os proponentes não são privados dos benefícios das suas ideias inovadoras?

93. Considera que seria mais fácil alcançar o objectivo do reforço da inovação protegendo as soluções originais com outros procedimentos? Em caso afirmativo, quais seriam os procedimentos mais adequados?
94. Em sua opinião, o conceito de contrato pré-comercial, em que estão envolvidas as entidades adjudicantes que contratam serviços de I&D, para desenvolver produtos ainda não disponíveis no mercado, serve para incentivar a inovação? Considera necessário uma maior partilha das boas práticas e/ou uma avaliação comparativa das práticas de contratação I&D utilizadas nos Estados-Membros para facilitar a utilização mais alargada dos contratos pré-comerciais? Que outros meios, não explicitamente incluídos no actual quadro jurídico, poderão as entidades adjudicantes utilizar para solicitar o desenvolvimento de produtos ou serviços ainda não disponíveis no mercado? De que forma poderão as entidades adjudicantes incentivar especificamente as PME a participarem nos contratos pré-comerciais?
95. É necessário adoptar medidas adicionais para promover a capacidade de inovação das PME? Em caso afirmativo, de que tipo?
96. No que respeita ao nível de desempenho, que tipo de medidas preconizaria para calcular os progressos e os impactos dos contratos públicos inovadores? Que dados seriam necessários para avaliar o desempenho e como poderão ser recolhidos sem criar encargos adicionais para as entidades adjudicantes e/ou para os operadores económicos?

4.4. Serviços sociais

Os serviços sociais são enumerados no anexo II B da Directiva 2004/18/CE. Por conseguinte, conforme exposto acima, os contratos de serviços sociais de montante superior aos limiares fixados nas directivas da UE relativas aos contratos públicos estão sujeitos apenas a determinadas disposições específicas dessas mesmas directivas (especificações técnicas e publicação dos resultados do processo de adjudicação) e aos princípios básicos do direito da UE, como a não discriminação e a transparência⁹⁹. Conforme mencionado acima, caso apresentem um interesse transfronteiras, os contratos de montante inferior aos limiares apenas devem obedecer aos princípios de base do direito da UE, como a não discriminação e a transparência.

Por conseguinte, quando da externalização de serviços sociais por meio de um contrato público de prestação de serviços, as autoridades públicas dispõem já de uma considerável margem de manobra no que respeita aos procedimentos a aplicar. Além disso, podem introduzir requisitos no que diz respeito, em especial, à qualidade, exaustividade e continuidade do serviço em causa, assim como no que respeita ao envolvimento e à

⁹⁹ Os serviços sociais constam dos serviços enumerados no anexo II B da Directiva 2004/18/CE, a que apenas se aplica um número limitado de disposições da referida directiva (para estabelecer a distinção entre os serviços referidos no anexo II A e os serviços referidos no anexo II B, ver artigos 20.º e 21.º da mesma directiva).

participação dos utentes na prestação e na avaliação do serviço ou à garantia de que, quando prestam serviços, os fornecedores têm conhecimento do contexto local¹⁰⁰.

No entanto, algumas partes interessadas alegam que será necessário adaptar as regras actuais para ter em conta, de uma forma mais adequada, as especificidades dos serviços sociais. No caso destes serviços, foram nomeadamente lançados apelos no sentido de serem fixados limiares mais elevados. Importa salientar que, no que respeita aos serviços sociais, o aumento dos limiares aplicáveis não daria lugar a restrições em termos de âmbito de aplicação nem a pedidos de indemnização ao abrigo do Acordo sobre Contratos Públicos e de outros acordos internacionais, atendendo a que os serviços B não são abrangidos por esses instrumentos.

Perguntas:

97. Considera que a legislação da UE aplicável aos contratos públicos deve ter melhor em conta as características específicas dos serviços sociais? Em caso afirmativo, de que forma?
- 97.1. Considera que, para aumentar a qualidade, há aspectos dos contratos de serviços sociais que devem ser mais regulamentados a nível da UE? Em especial:
- 97.1.1. Devem as directivas proibir o critério do preço mais baixo para adjudicação de contratos/limitar a utilização do critério do preço/limitar o peso atribuído pelas entidades adjudicantes ao critério do preço/introduzir uma terceira possibilidade de critério de adjudicação para além do preço mais baixo e da proposta economicamente mais vantajosa?
- 97.1.2. Devem as directivas admitir a possibilidade de reservar os contratos de serviços sociais às organizações sem fins lucrativos/deve este tipo de organizações beneficiar de outros privilégios no contexto da adjudicação de contratos de serviços sociais?
- 97.1.3. Ao flexibilizar os critérios de adjudicação ou reservar contratos para certos tipos de organizações poder-se-á comprometer a capacidade dos processos de adjudicação para garantir que os serviços sejam adquiridos «ao menor custo para a comunidade» e, assim, criar o risco de esses contratos envolverem auxílios estatais. Partilha esta preocupação?
- 97.2. Considera antes que há outros aspectos dos contratos de serviços sociais que devem ser menos regulamentados (por exemplo, limiares mais elevados, aplicação de regras *de minimis* para este tipo de serviços)? O que justificaria este tratamento especial dos serviços sociais?

¹⁰⁰ As orientações específicas sobre a aplicação das regras em matéria de contratos públicos no domínio dos serviços sociais de interesse geral, tendo em conta a grande margem de manobra de que dispõem as autoridades públicas neste domínio, constam do documento da Comissão «Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de "marchés publics" et de "marché intérieur"» (SEC(2010) 1545), que actualiza o documento de trabalho dos serviços da Comissão contendo as perguntas frequentes sobre as regras em matéria de contratos públicos aplicáveis aos serviços sociais de interesse geral («Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest»), SEC(2007) 1514.

5. GARANTIR PROCEDIMENTOS SÓLIDOS

Os riscos financeiros em causa e a interacção estreita entre os sectores público e privado tornam os contratos públicos um domínio de risco para práticas empresariais anti-éticas, nomeadamente conflitos de interesses, favorecimento e corrupção. Pela mesma ordem de ideias, o Programa de Estocolmo¹⁰¹ aponta os contratos públicos como um domínio que merece especial atenção no contexto da luta contra a corrupção.

Além de prevenirem as práticas empresariais anti-éticas no domínio dos contratos públicos, a fim de assegurar uma concorrência leal em condições de igualdade e garantir a utilização eficiente do dinheiro dos contribuintes, a adopção de mecanismos eficazes pode também contribuir fortemente para o sucesso das medidas de luta global contra os crimes económicos.

Os requisitos definidos nas directivas no que respeita à transparência do processo, de modo a garantir a igualdade de tratamento de todas as empresas concorrentes, reduzem já os riscos decorrentes das práticas empresariais anti-éticas. Contudo, as actuais directivas no domínio dos contratos públicos não incluem regras mais específicas para prevenir e reprimir os casos de conflitos de interesses, além de incluírem poucas regras específicas para aplicar sanções em caso de práticas de favorecimento e de corrupção. Estas questões são mais especificamente abordadas na legislação nacional, mas o nível de garantias específicas oferecido pelas legislações nacionais varia consideravelmente de um Estado-Membro para o outro.

Ao reforçar as garantias processuais contra as práticas empresariais anti-éticas ao nível da UE, poder-se-á melhorar o nível geral de protecção contra tais práticas, aumentar a equidade global dos procedimentos e tornar os processos de concurso menos permeáveis à fraude e à corrupção. No entanto, essas garantias adicionais poderão, com frequência, implicar encargos administrativos adicionais para as entidades adjudicantes e para as empresas, pelo que o seu valor acrescentado em termos de luta contra as práticas empresariais anti-éticas deve ser cuidadosamente ponderado face a um eventual impacto negativo no objectivo geral de simplificação administrativa.

5.1. Prevenir os conflitos de interesses

A noção de conflito de interesses caracteriza uma situação em que as pessoas que participam na decisão de adjudicação do contrato têm obrigações profissionais ou pessoais ou interesses pessoais ou financeiros que as podem impedir de cumprir os seus deveres de forma equitativa e imparcial, ou em que uma pessoa está em posição de influenciar o processo de tomada de decisão da entidade adjudicante para promover os seus próprios interesses. Este tipo de conflito de interesses não conduz necessariamente a actos de corrupção, mas pode originar comportamentos corruptos. A identificação e resolução dos conflitos de interesses é, por conseguinte, importante para a prevenção da fraude. Importa sublinhar que um conflito de interesses constitui objectivamente e em si mesmo uma irregularidade grave, independentemente das intenções das partes em causa e da sua boa ou má-fé¹⁰².

¹⁰¹ Documento do Conselho n.º 17024/09, adoptado pelo Conselho Europeu de 10/11 de Dezembro de 2009.

¹⁰² Ver Acórdão de 15 de Junho de 1999 no Processo T-277/97, *Ismeri Europa Srl/Tribunal de Contas*, ponto 123, sobre a aplicação das regras em matéria de contratos públicos pelas instituições da UE.

Deverá ser lançado um debate sobre a necessidade de estabelecer regras de base a nível da UE, nomeadamente uma definição comum das situações de conflitos de interesses inaceitáveis, assim como medidas de salvaguarda para prevenir ou resolver essas situações¹⁰³. Estas medidas de salvaguarda poderão incluir a necessidade de apresentar declarações de inexistência de conflito de interesses, bem como um certo nível de transparência e de responsabilização dos funcionários responsáveis pela adjudicação dos contratos face à sua situação pessoal, no pleno cumprimento, naturalmente, das regras e normas sobre protecção de dados. As regras da UE poderão, por exemplo, obrigar a divulgar os nomes dos membros do comité de avaliação a um organismo de controlo ou introduzir um requisito que obriga a entidade adjudicante a verificar, quando da criação do referido comité, que não existem conflitos de interesses.

Perguntas:

98. Seria favorável à introdução de uma definição UE de conflito de interesses em matéria de contratos públicos? Que actividades/situações de risco potencial devem ser abrangidas (relações pessoais, interesses das empresas, nomeadamente participações no capital, incompatibilidades com actividades externas, etc.)?
99. Considera que, para prevenir, identificar e resolver eficazmente situações de conflitos de interesses, será necessário estabelecer medidas de salvaguarda a nível da UE? Em caso afirmativo, que tipo de medidas de salvaguarda considera úteis?

5.2. Luta contra o favorecimento e a corrupção

Os mercados dos contratos públicos, com especial destaque para os projectos de grandes obras, são com frequência considerados um objectivo rentável para potenciais actos de corrupção. Importa igualmente salientar que é a integridade do processo que fica comprometida, não apenas em caso de corrupção, mas também e de uma forma mais geral, sempre que exista favorecimento, ainda que não se trate de actos de corrupção (por exemplo, favorecimento do candidato local). Os cenários de corrupção mais comuns susceptíveis de ocorrer nos processos de adjudicação de contratos públicos são as chamadas «comissões» (ou seja, o pagamento de subornos para recompensar o funcionário que influenciou o processo de adjudicação), a falsificação de documentação do concurso para favorecer determinado concorrente ou o recurso a empresas de fachada/intermediários para encobrir as actividades ilegais do funcionário corrupto.

As regras em matéria de contratos públicos em vigor num grande número de Estados-Membros contêm mecanismos especificamente concebidos para prevenir e lutar contra a corrupção e o favorecimento. Tal como no caso dos conflitos de interesses, deverá ser analisada a possibilidade de integrar na legislação da UE em matéria de contratos públicos algumas medidas de salvaguarda específicas, na condição de não serem criados encargos administrativos desproporcionados. No entanto, é preciso ter em conta, não só a corrupção é uma questão altamente sensível para os Estados-Membros, mas também que os problemas concretos e soluções possíveis neste domínio dependem das culturas – fortemente divergentes

¹⁰³ Ver, a título de exemplo, as regras relativas aos contratos públicos celebrados pelas instituições da UE (artigo 52.º do Regulamento n.º 1605/2002 do Conselho, que institui o Regulamento financeiro aplicável ao orçamento geral das Comunidades Europeias) e jurisprudência pertinente, designadamente os Acórdãos de 9 de Julho de 2002 no Processo T-21/01, *Zavvos/Comissão*, e de 17 de Março de 2005 no Processo T-160/0, *AFCon Management Consultants /Comissão*.

– no plano administrativo e empresarial nacional. Por conseguinte, poderá ser difícil encontrar uma solução única a pôr em prática a nível da UE.

Com frequência, propõe-se combater a corrupção no sector dos contratos públicos aumentando o nível de transparência no que diz respeito, em especial, às decisões tomadas no decurso do processo pelos funcionários responsáveis. Esta medida permitiria aos candidatos e, eventualmente, ao público em geral, escrutinar as decisões dos funcionários públicos e, por conseguinte, actuar como um instrumento eficaz de luta contra a corrupção. Essa transparência acrescida poderia, nomeadamente, ser introduzida no que respeita à abertura das propostas ou à publicação obrigatória dos relatórios que documentam o processo de adjudicação. Os encargos administrativos adicionais decorrentes desta medida seriam bastante limitados, uma vez que as entidades adjudicantes são já obrigadas a elaborar esses documentos¹⁰⁴. De igual modo, a publicação da informação relativa aos contratos celebrados (expurgada das informações comercialmente sensíveis) poderá conduzir a um melhor escrutínio democrático das decisões de adjudicação.

Poderá igualmente estudar-se a possibilidade de criar instrumentos específicos, nomeadamente uma linha telefónica gratuita ou sistemas de notificação da fraude baseados na Internet para incentivar os participantes ou outras pessoas a prestar informações acerca de quaisquer infracções ou irregularidades. O anúncio de concurso, o sítio Web da entidade adjudicante e outros meios de publicação poderão incluir referências a esse sistema, através do qual a entidade adjudicante ou a autoridade de supervisão poderão receber informações provenientes de fontes anónimas ou identificadas.

É conveniente promover o recurso a práticas, nomeadamente baseadas nos instrumentos existentes, que permitam uma gestão satisfatória e transparente de todo o processo. Neste contexto, apesar das limitações conhecidas¹⁰⁵, poderá ser útil elaborar listas de indicadores de alerta para as entidades adjudicantes. A promoção de regras claras no que respeita aos requisitos em matéria de apresentação de relatórios e de protecção dos informadores poderá contribuir para a adopção de práticas de comunicação mais eficazes. A utilização de monitores externos (nomeadamente peritos governamentais, ONG, etc.) poderá acrescentar valor aos instrumentos de controlo interno na avaliação do desempenho das empresas contratantes e na detecção e comunicação de casos suspeitos.

Além disso, pode igualmente ser considerada a hipótese de utilizar os actuais mecanismos de avaliação para monitorizar a conformidade com os instrumentos internacionais relevantes, incluindo as disposições sobre corrupção a nível de contratos públicos¹⁰⁶.

Por último, ao limitar a liberdade de apreciação das autoridades adjudicantes nalguns domínios (por exemplo, restringindo o seu poder em matéria de anulação de processos), poder-se-á impedir a execução de decisões não objectivamente justificadas e, por conseguinte, o favorecimento. No entanto, essas medidas não deverão prejudicar a margem de manobra necessária para as entidades adjudicantes poderem adquirir produtos e serviços adaptados às suas necessidades específicas.

Perguntas:

¹⁰⁴ Artigo 43.º da Directiva 2004/18/CE.

¹⁰⁵ *World Bank Policy Research Paper*, n.º 5243, de 29 de Março de 2010.

¹⁰⁶ Nomeadamente a Convenção da OCDE sobre a luta contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transacções comerciais internacionais e a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção.

- | | |
|------|---|
| 100. | Considera que os mercados dos contratos públicos estão expostos ao risco de corrupção e de favorecimento? Considera que será necessário a UE adoptar medidas neste domínio, ou que tal deverá ser deixado ao critério dos Estados-Membros? |
| 101. | Em sua opinião, quais são os riscos críticos para a integridade de cada uma das fases do processo de contratação pública (definição do objecto, preparação do concurso, fase de selecção, fase de adjudicação, resultados do contrato)? |
| 102. | Qual dos riscos identificados deve, em sua opinião, ser objecto de regras mais específicas/adicionais a nível das directivas da UE sobre contratos públicos e de que forma (regras/medidas de salvaguarda)? |
| 103. | Que instrumentos adicionais poderão ser incluídos nas directivas para resolver o problema do crime organizado no sector dos contratos públicos? Seria favorável, por exemplo, à criação de um controlo <i>ex-ante</i> em matéria de subcontratação? |

5.3. Exclusão dos concorrentes «duvidosos»

A exclusão dos concorrentes culpados de actos de corrupção e, de uma forma geral, de falta profissional («interdição») constitui uma arma poderosa para reprimir – e também, em certa medida, prevenir – os comportamentos empresariais anti-éticos. O artigo 45.º da Directiva 2004/18/CE prevê já a obrigação de exclusão dos concorrentes condenados por determinados crimes (nomeadamente actos de corrupção), assim como a possibilidade de excluir concorrentes por uma série de outras práticas empresariais anti-éticas (incluindo a «falta grave em matéria profissional»).

No entanto, dado o número de questões em aberto relacionadas com o âmbito de aplicação, a interpretação, a transposição e a aplicação prática desta disposição, os Estados-Membros e as entidades adjudicantes apelam a um maior esclarecimento das disposições.

É necessário analisar, em especial, a questão de saber se a exclusão com base no artigo 45.º será adequada, suficientemente clara (nomeadamente a exclusão devido a «falta em matéria profissional») e exaustiva, ou se devem ser incluídos outros motivos de exclusão. As entidades adjudicantes parecem igualmente confrontar-se com dificuldades práticas em obter todas as informações pertinentes sobre a situação pessoal dos proponentes e candidatos estabelecidos noutros Estados-Membros, bem como sobre a sua elegibilidade nos termos da legislação nacional.

Além disso, o âmbito de aplicação da legislação nacional no que respeita aos motivos de exclusão terá provavelmente de ser esclarecido. Se forem autorizados a introduzir outros motivos de exclusão na respectiva legislação, os Estados-Membros poderão combater mais eficazmente os problemas específicos colocados pelos comportamentos empresariais anti-éticos ligados ao contexto nacional. Por outro lado, a definição de motivos específicos de exclusão, no plano nacional, implica sempre o risco de discriminação dos concorrentes estrangeiros e poderá comprometer o princípio da igualdade de condições a nível europeu.

Uma questão importante a que as actuais directivas da UE relativas aos contratos públicos não dão resposta são as denominadas medidas de «limpeza automática», ou seja, as medidas tomadas pelo operador económico interessado para corrigir uma situação negativa que afecta a sua elegibilidade. A eficácia destas medidas depende do grau de aceitação pelos Estados-Membros. A questão das medidas de «limpeza automática» deriva da necessidade de

procurar o equilíbrio entre a aplicação dos critérios de exclusão e o respeito dos princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento. A consideração de medidas de «limpeza automática» pode ajudar as entidades adjudicantes a realizar um objectivo e uma avaliação mais exaustiva da situação pessoal do candidato ou concorrente, a fim de decidir da sua exclusão de um processo de adjudicação.

O artigo 45.º autoriza os Estados-Membros a ter em conta medidas de «limpeza automática», desde que tais medidas demonstrem que as dúvidas suscitadas quanto à honorabilidade profissional, solvabilidade e fiabilidade do candidato ou proponente foram esclarecidas. Apesar de as medidas adoptadas pelo operador económico para resolver uma situação de exclusão serem tidas em conta pelas entidades adjudicantes de certos Estados-Membros, não existem normas uniformes sobre o sistema de «limpeza automática».

Além disso, coloca-se a questão de saber se a UE deverá impor explicitamente sanções em caso de atentado contra a transparência e a imparcialidade do processo de adjudicação (por exemplo, candidatos ou concorrentes que tentam aceder a informações confidenciais ou influenciar indevidamente a actividade da entidade adjudicante - fases de selecção e de adjudicação). Essas sanções poderão consistir, designadamente, na recusa da candidatura ou proposta, desde que a decisão seja devidamente fundamentada.

Algumas formas graves de comportamento ilícito, tais como a corrupção ou os conflitos de interesses deliberadamente não declarados, deverão igualmente ser objecto de sanções mais pesadas, por exemplo, sanções penais. Os Estados-Membros são já obrigados a prever sanções penais em caso de actos de corrupção por parte dos seus funcionários. O interesse de prever normas mínimas em matéria de sanções deverá ser avaliado à luz da gravidade do crime e dos princípios da necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade¹⁰⁷.

Perguntas:

104. Considera que o artigo 45.º da Directiva 2004/18/CE, relativo à exclusão dos concorrentes, constitui um instrumento útil para aplicar sanções em caso de comportamentos empresariais anti-éticos? Que melhorias e/ou mecanismos alternativos proporia?
105. De que forma se poderá reforçar a colaboração entre autoridades adjudicantes para obter informações sobre a situação pessoal dos candidatos e proponentes?
106. Considera que a questão das «medidas de limpeza automática» deve ser expressamente tratada no artigo 45.º ou que só deverá ser regulamentada a nível nacional?
107. Considera a decisão fundamentada de recusa de uma proposta ou candidatura uma sanção adequada para reforçar o respeito do princípio da igualdade de tratamento?
108. À luz do Tratado de Lisboa, considera que, em determinadas circunstâncias, como os casos de corrupção ou de conflitos de interesses não declarados, devem ser estabelecidas normas mínimas em matéria de sanções penais à escala da UE?

¹⁰⁷ Ver Processo C-440/05, *Comissão/Conselho*, ponto 66, sobre a competência funcional da UE em matéria penal.

5.4. Evitar a concessão de vantagens injustificadas

Por último, pode dar-se o caso de, na ausência de qualquer situação de conflito de interesses ou de práticas empresariais anti-éticas, a imparcialidade do processo poder ser posta em risco devido ao facto de alguns concorrentes se encontrarem numa situação de vantagem. Por exemplo, a participação do candidato ou proponente nos trabalhos preparatórios de desenvolvimento do serviço a contratar (investigação e/ou projecto) poderá conferir-lhe vantagens consideráveis em termos de informação privilegiada e, conseqüentemente, suscitar dúvidas quanto à observância do princípio da igualdade de tratamento¹⁰⁸.

Neste caso, coloca-se a questão de saber em que medida poderão essas vantagens ser compensadas sem discriminar o concorrente em questão. A simples exclusão dos concorrentes que tenham participado na preparação do projecto será provavelmente uma reacção desproporcionada, eventualmente impossível de adoptar na prática, nomeadamente se houver um número reduzido de concorrentes qualificados no mercado posto a concurso. Uma medida compensatória significativa poderá consistir, por exemplo, na obrigação de comunicar a todos os concorrentes a informação privilegiada que o concorrente em vantagem possa ter obtido por já ter estado previamente associado ao projecto.

Outra questão ainda mais delicada é o problema das vantagens naturais dos operadores históricos, que são ainda mais difíceis de identificar claramente e de compensar. Também neste caso, a divulgação obrigatória de determinadas informações privilegiadas pode ser uma solução adequada para atenuar os riscos de discriminação, desde que as informações comercialmente sensíveis sejam adequadamente protegidas.

Perguntas:

109. Devem ser definidas regras específicas a nível da UE para responder à questão das vantagens detidas por certos concorrentes, devido à sua anterior participação no projecto que é objecto do convite à apresentação de propostas? Que medidas de salvaguarda própria?
110. Considera que a questão das vantagens eventualmente detidas pelo operador histórico deve ser abordada a nível da UE e, em caso afirmativo, de que modo?

6. ACESSO DOS FORNECEDORES DE PAÍSES TERCEIROS AO MERCADO DA UNIÃO EUROPEIA

Os compromissos internacionais assumidos pela UE no domínio dos contratos públicos estão reflectidos em várias disposições constantes das directivas.

O considerando 7 da Directiva 2004/18/CE e o considerando 14 da Directiva 2004/17/CE remetem expressamente para a Decisão 94/800/CE do Conselho, que aprovou o Acordo sobre Contratos Públicos da OMC. «*O regime aplicável aos proponentes e aos produtos dos países terceiros signatários é o definido pelo acordo.*» Além disso, as condições associadas ao Acordo sobre Contratos Públicos estão reflectidas no artigo 5.º da Directiva 2004/18/CE e no artigo 12.º da Directiva 2004/17/CE. Os operadores económicos originários dos países signatários do Acordo sobre Contratos Públicos devem, por conseguinte, beneficiar do mesmo

¹⁰⁸ Ver Processos apensos C-21/03 e C-34/03, *Fabricom*.

tratamento que os operadores económicos europeus, nas condições definidas no acordo, em especial no apêndice 1, que inclui todos os compromissos assumidos pela UE ao abrigo do acordo.

Além disso, no que respeita às áreas em que a UE não assumiu compromissos internacionais, o artigo 58.º da Directiva 2004/17/CE introduz uma preferência comunitária para a aquisição de bens e o artigo 59.º da mesma directiva prevê a possibilidade de restringir o acesso ao mercado dos contratos de serviços públicos da UE.

Recentemente, muitas partes interessadas observaram que o mercado dos contratos públicos da União Europeia está mais aberto do que os mercados dos contratos públicos dos nossos parceiros internacionais. Em consequência, as empresas da UE nem sempre concorrem em pé de igualdade com as empresas estrangeiras. Acresce que esta situação tem um efeito negativo sobre a posição negocial da UE nas negociações internacionais que visam melhorar o acesso ao mercado. Nestas circunstâncias, é necessário reflectir sobre a política da UE em matéria de contratos públicos relativamente aos países terceiros, bem como sobre a utilização das disposições acima referidas e os eventuais melhoramentos.

Esta questão prende-se com o debate em curso sobre as formas possíveis de reforçar a influência da UE nas negociações internacionais, de modo a assegurar um acesso mais equilibrado e recíproco aos mercados de contratos públicos, quer a nível da UE quer internacionalmente. A Comissão está presentemente envolvida na realização de uma avaliação de impacto que examina as várias opções políticas possíveis, com base na aplicação dos compromissos internacionais, nomeadamente o Acordo sobre Contratos Públicos, bem como na relação com os países terceiros com os quais a UE não celebrou ainda este tipo de acordo.

Perguntas:

- 111. Qual é a sua experiência e/ou opinião quanto aos mecanismos previstos nos artigos 58.º e 59.º da Directiva 2004/17/CE?
- 111.1. Devem estas disposições ser aperfeiçoadas? Em caso afirmativo, de que forma? Será adequado alargar o âmbito de aplicação destas disposições para além dos contratos de serviços públicos?
- 112. Que outros mecanismos proporia para obter condições de maior simetria no acesso aos mercados dos contratos públicos?

O presente Livro Verde aborda as questões que a Comissão considera como aspectos importantes da futura reforma da política da UE no domínio dos contratos públicos. Haverá seguramente outras matérias pertinentes que não foram aqui abordadas. Além disso, será interessante saber quais dos temas tratados acima as partes interessadas consideram mais pertinentes, assim como os aspectos que parecem menos importantes na perspectiva de uma revisão futura. Por conseguinte, convidam-se todas as partes interessadas a responder às questões colocadas a seguir:

Perguntas:

- 113. Existem outras matérias que, em sua opinião, devam ser tidas em conta numa futura reforma das directivas da UE relativas aos contratos públicos? Quais são essas

matérias? Em sua opinião, que problemas devem ser abordados e quais são as soluções possíveis para esses mesmos problemas?

114. É favor indicar as várias questões levantadas no presente Livro Verde, e outras que considere pertinentes, de acordo com a sua ordem de importância. Se tivesse que escolher três questões prioritárias a tratar em primeiro lugar, quais seriam? Justifique a sua escolha.

A Comissão convida todas as partes interessadas a enviar os seus contributos até 18 de Abril de 2011, de preferência por correio electrónico e em formato *Word* para o seguinte endereço: MARKT-CONSULT-PP-REFORM@ec.europa.eu.

Esses contributos não têm necessariamente de abranger todas as questões levantadas no presente documento. Podem limitar-se às questões que lhe interessam particularmente. Indique claramente as questões a que as suas contribuições dizem respeito.

Os contributos recebidos, juntamente com a identidade dos seus autores, serão publicados na Internet, salvo oposição à publicação dos dados pessoais por motivos de que tal publicação poderia prejudicar interesses legítimos. Nesse caso, os contributos podem ser publicados sob anonimato. Caso não seja apresentada qualquer justificação, esses contributos não serão publicados e a opinião expressa não será, em princípio, tida em conta.