

8. Afigura-se igualmente necessário delimitar as actividades da futura Agência Europeia do Ambiente no que respeita a recolha de dados. O Comité entende

que os diversos instrumentos de informação de que a Comunidade dispõe no domínio do ambiente devem ser utilizados com a máxima eficácia possível.

Feito em Bruxelas, em 18 de Dezembro de 1990.

*O Presidente
do Comité Económico e Social
François STAEDLIN*

Parecer sobre a proposta de directiva do Conselho que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação das regras comunitárias em matéria de processos de aquisição das entidades que operam nos sectores da água, energia, transportes e telecomunicações

(91/C 60/06)

Em 4 de Setembro de 1990, o Conselho decidiu, nos termos do artigo 100º A do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, consultar o Comité Económico e Social sobre a proposta supramencionada.

A Secção da Indústria, do Comércio, do Artesanato e dos Serviços, encarregada da preparação dos trabalhos do Comité sobre este assunto, emitiu parecer em 5 de Dezembro de 1990 (relator: Paul Kaaris).

Na 282ª reunião plenária (sessão de 18 de Dezembro de 1990), o Comité Económico e Social adoptou, por unanimidade, o seguinte parecer.

O Comité congratula-se com a presente proposta, com a ressalva das observações que se seguem.

Observações na generalidade

1. Em Dezembro de 1989, o Conselho adoptou a Directiva 89/665/CEE que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos. Esta directiva applicava-se aos domínios englobados pelas Directivas 71/305/CEE e 77/62/CEE: adjudicação de empreitadas de obras públicas e celebração de contratos de fornecimento de direito público. Não abrangia a adjudicação de contratos de direito público de obras e de fornecimento nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

2. O CES, no parecer que emitiu sobre a proposta respectiva, sublinhou que a elaboração das regras comunitárias não passaria de um puro exercício académico se não se previssessem simultaneamente os meios

necessários para garantir a sua aplicação. O CES acentuou então, uma vez mais, a necessidade de haver uma directiva de execução de que constassem três aspectos essenciais:

- a Comissão deverá colaborar com os Estados-membros na elaboração de prescrições uniformes em matéria de prazos, de sanções pecuniárias e de processos administrativos,
- a Comissão terá de dispor, ao abrigo da directiva de execução, do mesmo poder sancionatório que as autoridades nacionais,
- deverá ser instituído, a nível comunitário, um mecanismo de conciliação a fim de evitar o recurso sistemático ao processo excessivamente pesado que é a interposição de recurso no Tribunal de Justiça.

3. O Comité acolhe, pois, com agrado a presente proposta, porque a considera um passo na boa direcção.

4. Dadas as importantes disparidades existentes entre os Estados-membros no que se refere às possibili-

dade de recurso de que dispõem os empreiteiros ou os fornecedores, o Comité apoia o conteúdo do artigo 1º da proposta de directiva. A Comissão conseguiu, com efeito, um equilíbrio razoável entre as diferentes práticas tradicionais nacionais e a necessidade de obter uma certa homogeneidade a nível comunitário no que respeita às regras relativas ao acesso aos meios de defesa das pessoas que estejam ou tenham estado interessadas na obtenção de um determinado contrato e que tenham sido ou possam vir a ser lesadas por uma eventual violação. Estas disposições são, aliás, idênticas às da Directiva do Conselho 89/665/CEE. Constitui igualmente um progresso significativo o facto de se requerer especificamente que as garantias fundamentais oferecidas pelos diferentes sistemas nacionais produzam efeitos equivalentes, mesmo que as instâncias de recurso não possuam a mesma natureza jurídica, dado que as decisões tomadas a nível nacional podem sempre ser revistas por uma instância que, em certos casos, pode submeter o assunto em questão ao Tribunal de Justiça. É um contrapeso necessário, dado que os Estados-membros, devido à diversidade dos respectivos sistemas de recurso administrativos e judiciais, de requisitos processuais para interposição de recurso, etc., dispõem de considerável margem de manobra quanto à aplicação da directiva.

5. O Comité acolhe, também, favoravelmente o artigo 2º, onde, reflectindo a solicitação por si formulada de disposições de aplicação eficazes, é feita distinção entre a possibilidade de se recorrer rapidamente a um processo de urgência, tomando medidas provisórias no sentido de suspender alegadas violações, e a possibilidade de anular decisões ilegais, incluindo a supressão de especificações técnicas ou económicas discriminatórias que constem dos documentos do concurso. O Comité congratula-se, igualmente, com a cláusula que prevê especificamente a concessão de indemnizações a pessoas lesadas por uma infracção. O Comité verifica com agrado que, no caso de pedido de indemnização por danos relativos aos custos de apresentação de uma proposta, o requerente apenas deve provar que a infracção prejudicou a possibilidade de lhe ser atribuído o contrato e não que, na ausência de infracção, o contrato lhe teria sido atribuído. O Comité saúda, também, a fixação de uma norma, para efeitos de indemnização, de 1% do valor do contrato.

6. O capítulo III prevê essencialmente um mecanismo de correcção que corresponde inteiramente ao previsto na Directiva 89/655/CEE: a Comissão tem o direito de intervir no sentido de fazer respeitar a conformidade com as disposições comunitárias relativas às aquisições do sector público no decurso de um processo de adjudicação de contratos.

7. O capítulo IV atende à solicitação feita pelo CES no sentido da criação de um mecanismo de conciliação. Nele se prevê mais em pormenor um processo de conciliação ao qual poderão recorrer as pessoas que estão ou estiveram interessadas na obtenção de determinado contrato que cabe no âmbito da directiva e que tenham sido ou possam vir a ser lesadas por eventuais violações. No entanto, quer a Comissão quer as autoridades nacio-

nais têm de estar preparadas para submeter o assunto ao Comité Consultivo para os mercados públicos ou, no domínio das telecomunicações, ao Comité Consultivo de aquisições no domínio das telecomunicações.

8. A proposta da Comissão é, porém, prejudicada por uma importante deficiência. Todo o sistema de recurso, os processos de intervenção da Comissão, a conciliação e as indemnizações por danos ficam comprometidos pelo disposto nos artigos 4º a 10º do capítulo II, que institui um processo alternativo (« certificação »), segundo o qual as entidades adjudicantes que obtiverem certificação ficam isentas das disposições relativas à suspensão do processo de adjudicação do contrato ou à anulação de decisões ilegais, incluindo as especificações ilegais. Estes artigos reduzem significativamente o potencial impacte da directiva, embora essas entidades continuem sujeitas a outras disposições transitórias, nomeadamente as destinadas a impedir que as pessoas em questão sofram maiores prejuízos, e a disposições relativas a indemnizações nos termos do artigo 11º. Fortes razões terá de haver para que a Comissão, na sua própria proposta, permita aos Estados-membros abandonarem o método « tradicional » aplicável às entidades públicas, renunciando, com fundamento relativamente vago, a medidas que corporizam princípios tão importantes como a suspensão dos processos e a anulação das decisões. A Comissão explica que « os trabalhos preparatórios e as consultas efectuadas sobre a presente proposta demonstraram, todavia, que as características específicas dos sectores em questão ... requerem uma certa flexibilidade da proposta ». De um ponto de vista jurídico e político, a suspensão dos processos de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos e a anulação de decisões de adjudicação não são aceitáveis para todos os Estados-membros. A título de exemplo, na Alemanha os processos de recurso previstos na proposta de directiva poderiam colidir com o direito à liberdade de exercício de uma actividade ou profissão consignado na lei fundamental. O Comité não ignora que a questão do primado do direito comunitário em relação às legislações nacionais tem suscitado grande interesse nos últimos anos. No entanto, do ponto de vista jurídico, a questão não é desprovida de ambiguidade. A título de exemplo, no caso do processo 44/79, o Tribunal de Justiça decidiu que a regulamentação da actividade comercial não podia normalmente ser considerada incompatível com o direito de propriedade ou ao livre exercício de uma actividade ou profissão. No entanto, o Tribunal Constitucional Federal da RFA (acórdão de 22 de Novembro de 1986) abandonou as reservas de carácter que punha à legislação comunitária ao declarar que se absterá de uma apreciação independente das disposições comunitárias, enquanto a prática da CE (e nomeadamente do Tribunal de Justiça) garantir, em termos gerais, uma protecção eficaz dos direitos fundamentais.

9. Embora o Comité compreenda perfeitamente as dificuldades jurídicas e políticas com que poderão ser confrontados certos Estados-membros ao aplicarem o sistema fundamental proposto pela Comissão, não pode deixar de insistir em que, com o pretexto da « flexibilidade », a directiva não venha a ser, logo à partida, letra morta. Tal como é assinalado pela própria Comissão, o artigo 5º do Tratado impõe aos Estados-membros o dever geral de adoptarem medidas adequadas para tornar efectivos os meios de tutela judicial existentes para fazer respeitar os direitos comunitários directamente em causa. No processo 14/83, o Tribunal de Justiça invocou o artigo 5º para acentuar a obrigação que os Estados-membros têm de aplicar sanções eficazes destinadas a garantir o respeito das proibições decorrentes das directivas comunitárias. A ser mantido o capítulo II, dificilmente se poderá dizer que a proposta cumpre este requisito. Recorde-se ainda que, num parecer de Março de 1989⁽¹⁾ sobre as directivas relativas aos sectores excluídos, o CES exortara a Comissão a reduzir a um mínimo o número de isenções admitidas pela directiva e sublinhara a importância de ficarem abrangidas todas as actividades de entidades contratantes do sector público ou de entidades que operem com base em direitos especiais ou exclusivos, se se pretendesse que a directiva tivesse real impacto. Este apelo não foi, porém, escutado e há sectores-chave que se encontram ainda excluídos do âmbito destas directivas de base. Se a directiva de execução agora proposta der margem para iludir as regras fundamentais de aplicação, a Comunidade terá poucas ou nenhuma hipóteses de promover a abertura e a livre concorrência num sector onde o tratamento preferencial a entidades nacionais continua a ser a regra.

10. O Comité não pode aceitar como igualmente válidas e eficazes a atribuição de indemnizações *ex post* com base num procedimento de certificação e a suspensão de procedimentos ilegais antes que eles tenham dado lugar à celebração de contratos inválidos.

Se, porém, a alternativa que é o procedimento de certificação for considerada indispensável para a adopção da directiva, o Comité ficará seriamente preocupado caso tal alternativa não seja tornada extensiva à totalidade das entidades adjudicantes da Comunidade.

O Comité considera que a Comissão deveria garantir a aplicação do mesmo tratamento jurisdicional a todas as entidades adjudicantes, sejam elas de carácter « público » ou « privado », nos sectores em questão.

Com efeito, uma entidade « pública » de um Estado-membro poderá não ter a possibilidade de evitar a aplicação das vias de recurso existentes a nível nacional,

as quais incluem frequentemente a suspensão pronunciada por tribunal administrativo ou judicial, ao passo que uma entidade « privada », num outro Estado-membro, escaparia à suspensão.

A proposta de directiva não vai senão acentuar, *de facto*, essa disparidade.

Na opinião do CES, melhorar-se-ia consideravelmente a qualidade e a coesão da directiva se todas as entidades adjudicantes tivessem igual acesso às derrogações ao abrigo do artigo 2º com a condição de que pudessem provar a conformidade com as obrigações previstas no Tratado através da obtenção, para o efeito, de um certificado relativo aos últimos dois anos consecutivos emitido por um auditor (pessoa que certifica os processos e práticas de aquisição das entidades adjudicantes) autorizado e qualificado.

Se houver esta combinação do artigo 2º com o capítulo II, a possibilidade de suspensão de um processo de adjudicação de contratos existirá unicamente em relação a empresas com registo público de inobservância das regras comunitárias. Uma tal abordagem seria lógica e permitiria reintroduzir a objectividade e a igualdade perante a lei em vez da flexibilidade.

11. O sistema deveria ser completado com um procedimento de recurso e de exame dos relatórios dos auditores, de modo a garantir a igual aplicação da directiva nos diferentes Estados-membros. Os fornecedores visados deveriam ter ocasião de se pronunciarem, se assim o desejassem, por intermédio das respectivas organizações, sobre a exactidão e a validade dos relatórios dos auditores.

Observações na especialidade

O Comité formula, também, as seguintes observações sobre alguns dos artigos da directiva proposta.

Artigo 1º, nº 3

A redacção do texto deveria permitir a interposição de recurso pelas organizações profissionais em nome dos seus membros.

Artigo 2º, nº 2

A palavra « aspectos » deveria ser substituída por « fases ».

Artigo 2º, nº 7

Seria conveniente especificar qual é a base de cálculo do valor dos custos a indemnizar quando é aplicada a percentagem de indemnização.

Artigo 7º

O Comité preferiria que neste artigo ficasse expressamente previsto que os auditores deverão determinar se

⁽¹⁾ JO nº C 139 de 5. 6. 1989.

foram realmente dadas iguais possibilidades aos potenciais fornecedores e empreiteiros independentemente da respectiva nacionalidade.

Artigo 8º, alínea c)

O Comité não vê qualquer justificação para o facto de as pessoas que certificam os processos e práticas de

aquisição ser cometida a responsabilidade de formularem sugestões quando haja infracções das disposições do Tratado. Esta disposição poderia, pois, ser suprimida, sendo esta supressão tanto mais lógica quanto a aceitação de um relatório favorável dos auditores é condição necessária da não aplicação do artigo 2º, tal como é proposto no ponto 10 supra. Caso haja infracção às disposições do Tratado, dever-se-á simplesmente recusar a concessão de um certificado.

Feito em Bruxelas, em 18 de Dezembro de 1990.

O Presidente

do Comité Económico e Social

François STAEDLIN

Parecer sobre o décimo nono relatório sobre a política de concorrência

(91/C 60/07)

Em 23 de Julho de 1990, a Comissão decidiu, nos termos do artigo 198º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, consultar o Comité Económico e Social sobre o decimo nono relatório sobre a política de concorrência.

A Secção da Indústria, do Comércio, do Artesanato e dos Serviços, incumbida da preparação dos trabalhos do Comité sobre esta matéria, emitiu parecer em 5 de Dezembro de 1990. Foi relator Edoardo Bagliano.

Na 282ª reunião plenária, sessão de 19 de Dezembro de 1990, o Comité Económico e Social adoptou por unanimidade e três abstenções o parecer que se segue.

1. Considerações gerais e introdutórias

1.1. Um objectivo finalmente atingido

O decimo nono relatório sobre a política de concorrência começa por salientar os resultados obtidos no fim do ano em sede de controlo das concentrações.

O regulamento sobre concentrações foi aprovado em 21 de Dezembro de 1989 e entrou em vigor em 21 de Setembro do corrente ano. [N.T. Regulamento (CEE) nº 4064/89 do Conselho de 21 de Dezembro de 1989, (JO nº L 395 de 30 de Dezembro de 1989, p. 1).]

Embora haja, evidentemente, razões para partilhar da satisfação da Comissão a este respeito, não deixam de subsistir algumas dúvidas no que respeita a interpretação e a aplicação do citado regulamento.

1.2. A Comissão e o Comité Económico e Social

Se é justo e legítimo congratularmo-nos com os resultados obtidos durante o ano sobre o qual somos chamados a fazer um balanço, é igualmente justo e legítimo, e mais ainda, útil para o futuro, interrogarmo-nos sobre a qualidade do resultado, sobre o seu carácter exaustivo, sobre as suas reais possibilidades de aplicação, sobre as reacções e as implicações observadas ou previsíveis, etc.

Com efeito, uma atitude crítica, e autocrítica, só pode ser benéfica se for ditada por um verdadeiro espírito de colaboração e pela determinação em participar na realização dos objectivos fixados anualmente pela Comissão no âmbito do seu programa de acção com vista a realização do mercado Único.

E este é o espírito que anima o Comité Económico e Social e é com este mesmo espírito que no presente