

Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

(2008/C 91/02)

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, assistimos ao desenvolvimento do fenómeno das parcerias público-privadas (PPP) em muitos domínios. A particularidade desta forma de cooperação, geralmente de longo prazo, reside no papel do parceiro privado que participa nas várias fases do projecto em causa (concepção, execução e exploração), suporta riscos tradicionalmente a cargo do sector público e que frequentemente contribui para o financiamento do projecto.

No direito comunitário, as autoridades públicas são, com efeito, livres de desenvolver uma actividade económica ou de a confiar a terceiros, nomeadamente a entidades de capital misto criadas no âmbito de uma PPP. No entanto, quando decidem convidar terceiros a participar numa actividade económica e impõem condições susceptíveis de serem qualificadas de contratos públicos ou concessões, os organismos públicos devem respeitar as disposições do direito comunitário aplicáveis na matéria. O objectivo é oferecer a todos os operadores económicos interessados a possibilidade de manifestarem o seu interesse nesses contratos públicos e concessões numa base equitativa e transparente, dentro do espírito do mercado interno europeu, aumentando assim a qualidade deste tipo de projectos e baixando os seus custos graças a uma maior concorrência ⁽¹⁾.

A consulta pública relativa ao Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões ⁽²⁾ mostrou ⁽³⁾ que havia necessidade de clarificar a aplicação das regras relativas às denominadas PPP «institucionalizadas» (PPPI). Para a Comissão, as PPPI consistem numa cooperação entre parceiros públicos e privados que criam uma entidade de capital misto que executa contratos públicos ou concessões ⁽⁴⁾. A contribuição privada nos trabalhos da PPPI traduz-se, com excepção da participação no capital ou outros activos, numa participação activa na execução das missões confiadas à entidade de capital misto e/ou na gestão da entidade de capital misto. Em contrapartida, a simples injeção de capital por uma entidade financiadora privada numa empresa pública não constitui uma PPPI. Por conseguinte, a presente comunicação não aborda essa matéria.

A incerteza jurídica gerada pela participação de parceiros privados nas PPPI pode prejudicar o sucesso desta forma de cooperação. O risco de se criarem estruturas baseadas em contratos que, mais tarde, possam vir a revelar-se não conformes com o direito comunitário pode mesmo dissuadir as autoridades públicas e as entidades privadas de constituírem PPPI.

O Parlamento Europeu, na sua Resolução de 26 de Outubro de 2006 ⁽⁵⁾ sobre as parcerias público-privadas reconheceu o desejo dos operadores do sector de ver clarificada a aplicação do direito em matéria de contratos públicos à constituição de sociedades de economia mista no contexto da adjudicação de um contrato público ou concessão, e solicitou à Comissão que proceda às clarificações necessárias com a maior brevidade possível.

A presente comunicação clarifica a posição da Comissão em matéria de aplicação das disposições comunitárias relativas aos contratos públicos e às concessões ⁽⁶⁾ aos casos de criação e de execução de PPPI ⁽⁷⁾. O objectivo é reforçar a segurança jurídica e, nomeadamente, ter em conta as dúvidas frequentemente manifestadas sobre a aplicação do direito comunitário à participação de parceiros privados nas PPPI, dado o risco

⁽¹⁾ Neste contexto, o Parlamento Europeu estabeleceu que o cumprimento destas regras «pode constituir um instrumento eficaz para obviar a restrições da concorrência inadequadas, permitindo simultaneamente às entidades públicas definirem elas próprias e fiscalizarem as condições inerentes à qualidade, à disponibilidade, às normas sociais e aos preceitos ambientais» (Resolução do Parlamento Europeu sobre o Livro Verde sobre serviços de interesse geral [P5_TA(2004)0018], n.º 32).

⁽²⁾ COM(2004) 327, de 30 de Abril de 2004.

⁽³⁾ As parcerias público-privadas e o direito comunitário sobre contratos públicos e concessões — COM(2005) 569 final, de 15 de Novembro de 2005, p. 9.

⁽⁴⁾ Nos Estados-Membros, utilizam-se, neste contexto, terminologias e formulações diferentes (nomeadamente «Kooperationsmodell», «joint ventures», sociedades de economia mista).

⁽⁵⁾ P6_TA(2006)0462, n.º 35.

⁽⁶⁾ A «concessão de obras públicas» é um contrato com as mesmas características que um contrato de empreitada de obras públicas, com excepção de que a contrapartida das obras a efectuar consiste quer unicamente no direito de exploração da obra, quer nesse direito acompanhado de um pagamento. A «concessão de serviços» é um contrato com as mesmas características que um contrato público de serviços, com excepção de que a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento (ver n.ºs 3 e 4 do artigo 1.º da Directiva 2004/18/CE, JO L 134 de 30.4.2004, p. 114).

⁽⁷⁾ A presente comunicação não abrange os contratos públicos nem as concessões de serviço a que se referem os n.ºs 2 a 7 do artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2007, relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros e que revoga os Regulamentos (CEE) n.º 1191/69 e (CEE) n.º 1107/70 do Conselho (JO L 315 de 3.12.2007, p. 1).

de a fórmula se tornar pouco atractiva ou mesmo impossível de pôr em prática. A adopção da presente comunicação inscreve-se nos compromissos assumidos pela Comissão de estabelecer orientações no domínio dos serviços de interesse geral, conforme constam da comunicação sobre esses serviços, incluindo os serviços sociais de interesse geral ⁽⁸⁾, de 20 de Novembro de 2007.

A presente comunicação não cria regulamentação nova. É o resultado da interpretação que a Comissão faz do Tratado CE, das directivas relativas aos contratos públicos e da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE). Importa salientar que, em qualquer caso, a interpretação do direito comunitário incumbe, em última análise, ao TJCE.

2. A CRIAÇÃO DE UMA PPPI

2.1. Princípios

Não existe, a nível comunitário, regulamentação específica aplicável à criação de PPPI. Contudo, no domínio dos contratos públicos e das concessões, quando uma autoridade pública confia o exercício de uma actividade económica a terceiros ⁽⁹⁾ aplica-se o princípio da igualdade de tratamento e as suas expressões específicas, nomeadamente o princípio da não-discriminação em razão da nacionalidade, bem como os artigos 43.º e 49.º do Tratado CE, respectivamente sobre a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços. Mais especificamente, os princípios decorrentes dos artigos 43.º e 49.º do Tratado CE são, não apenas a não-discriminação e a igualdade de tratamento, mas também a transparência, o reconhecimento mútuo e a proporcionalidade ⁽¹⁰⁾. Os casos abrangidos pelas directivas relativas à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos ⁽¹¹⁾ (directivas relativas aos contratos públicos) estão sujeitos a disposições específicas.

O facto de uma entidade privada e de uma entidade adjudicante ⁽¹²⁾ cooperarem no âmbito de uma entidade de capital misto não pode justificar o incumprimento das disposições aplicáveis aos contratos públicos e às concessões quando da adjudicação de contratos públicos ou concessões a essa entidade privada ou à entidade de capital misto. Com efeito, o TJCE observou ⁽¹³⁾ que a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital social de uma empresa em que também participa a entidade adjudicante em causa exclui, em qualquer caso, a possibilidade de uma relação «interna» (*in-house*) — a que a legislação relativa aos contratos públicos não é, em princípio, aplicável — entre esta entidade adjudicante e aquela empresa ⁽¹⁴⁾.

2.2. Processo de criação

Na prática, a criação de uma PPPI traduz-se habitualmente:

- na criação de uma nova empresa, cujo capital pertence conjuntamente à entidade adjudicante e ao parceiro privado — nalguns casos especiais a várias entidades adjudicantes e/ou a vários parceiros privados — e na adjudicação de um contrato público ou de uma concessão a essa entidade de capital misto recém-criada, ou
- na participação de um parceiro privado numa empresa pública pré-existente, que executa contratos públicos ou concessões atribuídas no passado no quadro de uma relação «interna».

⁽⁸⁾ COM(2007) 725, de 20 de Novembro de 2007; ver também 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 [SEC(2007) 1514], e que acompanha a comunicação de 20 de Novembro de 2007.

⁽⁹⁾ Processo C-458/03, Parking Brixen, Col. 2005, p. I-8612, n.º 61.

⁽¹⁰⁾ Ver Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário (JO C 121 de 29.4.2000, p. 6).

⁽¹¹⁾ Directiva 2004/18/CE (ver nota de rodapé n.º 6) e Directiva 2004/17/CE (JO L 134 de 30.4.2004, p. 1).

⁽¹²⁾ Na presente comunicação, a expressão «entidades adjudicantes» abrange as entidades adjudicantes na acepção do n.º 9 do artigo 1.º da Directiva 2004/18/CE e as entidades adjudicantes na acepção do artigo 2.º da Directiva 2004/17/CE.

⁽¹³⁾ Processo C-26/03, Stadt Halle, Col. 2005, p. I-1, n.º 49.

⁽¹⁴⁾ De acordo com o TJCE (processo C-410/04, ANAV, Col. 2006, p. I-3303, n.º 30 e seguintes), à luz do direito sobre contratos públicos, o que importa, contudo, não é apenas a participação efectiva de um terceiro no capital de uma empresa pública, mas também a intenção de uma entidade adjudicante abrir, no futuro, o capital de uma filial ao sector privado. Noutros termos, a atribuição interna de um contrato público ou de uma concessão a uma empresa pública fica excluída se a intenção for a abertura do seu capital às entidades privadas durante o período de execução desses contratos. Em contrapartida, a simples possibilidade teórica de uma entidade privada participar no capital de uma filial de uma entidade adjudicante não põe em causa, segundo a Comissão, a relação interna entre a entidade adjudicante e a sua filial.

Independentemente da forma como foi criada a PPPI, as disposições do direito comunitário aplicáveis aos contratos públicos e às concessões obrigam a entidade adjudicante a adoptar um procedimento equitativo e transparente quando selecciona o parceiro privado que, no quadro da sua participação na entidade de capital misto, efectua fornecimentos, realiza obras ou presta serviços ⁽¹⁵⁾ ou quando adjudica um contrato público ou uma concessão a uma entidade de capital misto ⁽¹⁶⁾. Em qualquer caso, as entidades adjudicantes não podem «recorrer a manobras destinadas a dissimular a adjudicação de contratos públicos de serviços a empresas de economia mista» ⁽¹⁷⁾.

A este respeito, a Comissão considera que o duplo procedimento (numa primeira fase para seleccionar o parceiro privado da PPPI e numa segunda para adjudicar o contrato público ou a concessão à entidade de capital misto) é difícil de pôr em prática.

Para criar uma PPPI de acordo com os princípios do direito comunitário, evitando os problemas decorrentes do duplo procedimento, há a seguinte possibilidade: o parceiro privado é seleccionado no âmbito de um procedimento transparente e concorrencial, cujo objecto será, por um lado, o contrato público ou a concessão ⁽¹⁸⁾ a adjudicar à entidade de capital misto e, por outro, a contribuição operacional do parceiro privado para a execução dessas tarefas e/ou a sua contribuição administrativa para a gestão da entidade de capital misto. A selecção do parceiro privado é acompanhada da criação da PPPI e da adjudicação do contrato público ou da concessão à entidade de capital misto.

2.3. Selecção dos parceiros privados para as PPPI

2.3.1. Base jurídica

Se a missão atribuída a uma entidade de capital misto for um contrato público abrangido pelas directivas relativas aos contratos públicos, são estas directivas que determinam o processo de selecção do parceiro privado. No caso das concessões de obras ou dos contratos públicos parcialmente abrangidos pelas directivas, aplicam-se as regras e princípios fundamentais do Tratado CE, paralelamente às disposições pertinentes das directivas. No caso dos serviços enumerados no anexo II B da Directiva 2004/18/CE, se esses contratos forem susceptíveis de serem considerados como apresentando um interesse evidente para as empresas estabelecidas num Estado-Membro diferente do Estado-Membro de estabelecimento da entidade adjudicante interessada ⁽¹⁹⁾, aplicam-se os princípios fundamentais referidos nos artigos 43.º e 49.º do Tratado CE. Por último, no caso das concessões de serviços ou dos contratos públicos não abrangidos pelas directivas relativas aos contratos públicos, a selecção dos parceiros privados deve respeitar os princípios do Tratado CE.

A jurisprudência citada na presente comunicação diz, em parte, respeito aos contratos públicos abrangidos pelo conjunto das disposições pormenorizadas das directivas. Contudo, atendendo a que essa jurisprudência se baseia, com frequência, nos princípios do Tratado CE, pode ser também pertinente para a aplicação do direito comunitário noutras situações, designadamente no caso das concessões ou contratos não abrangidos ou abrangidos parcialmente pelas disposições pormenorizadas das directivas relativas aos contratos públicos ⁽²⁰⁾.

2.3.2. Processo de adjudicação

Quando a criação de uma PPPI implicar a adjudicação de um contrato público inteiramente abrangido pela Directiva 2004/18/CE a uma entidade de capital misto, pode dar-se o caso de, atendendo à complexidade financeira ou jurídica dessas montagens, os concursos públicos e limitados definidos na directiva não oferecerem flexibilidade suficiente. Nesse caso, a Directiva 2004/18/CE introduziu um processo inovador —

⁽¹⁵⁾ Um processo equitativo e transparente de selecção do parceiro privado de uma PPPI garante o cumprimento do objectivo da livre concorrência não falseada e do princípio da igualdade de tratamento, nomeadamente evitando que a empresa privada que participa no capital da PPPI beneficie de vantagens indevidas em relação aos seus concorrentes. Assim, a criação de uma PPPI mediante um processo de selecção equitativo e transparente do parceiro privado dessa entidade no capital misto responde às exigências do TJCE formuladas no processo Stadt Halle, n.º 51; ver nota de rodapé n.º 13.

⁽¹⁶⁾ As entidades adjudicantes podem adjudicar contratos públicos abrangidos pela Directiva 2004/17/CE a empresas associadas na acepção do artigo 23.º desta mesma directiva.

⁽¹⁷⁾ Processo C-29/04, Comissão contra Áustria, Col. 2005, p. I-9705, n.º 42.

⁽¹⁸⁾ Se a PPPI em causa for criada através da participação de um parceiro privado numa empresa pública existente, o objecto do processo de selecção do parceiro privado nesta PPPI pode consistir em confiar a execução de contratos públicos ou de concessões que, até então, haviam sido executados internamente pela empresa pública.

⁽¹⁹⁾ Processo C-507/03, Comissão contra Irlanda [2007], n.º 32, ainda não publicado na Colectânea.

⁽²⁰⁾ No caso das orientações para a adjudicação desse tipo de contratos, ver Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente abrangidos, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos (JO C 179 de 1.8.2006, p. 2). Alguns Estados-Membros, juntamente com o Parlamento Europeu, introduziram um recurso de anulação desta comunicação junto do Tribunal de Primeira Instância. O processo ainda se encontrava pendente à data da adopção da presente comunicação.

o diálogo concorrencial ⁽²¹⁾ — cujo objectivo é garantir a concorrência entre agentes económicos e, simultaneamente, ter em conta a necessidade de as entidades adjudicantes discutirem todos os aspectos do contrato com cada concorrente ⁽²²⁾.

No caso da adjudicação de contratos públicos inteiramente abrangidos pela Directiva 2004/18/CE, o procedimento negociado com publicação de um anúncio de concurso só pode ser utilizado em casos excepcionais ⁽²³⁾. Em contrapartida, para a adjudicação de concessões ou contratos públicos não inteiramente abrangidos pela Directiva 2004/18/CE, as entidades adjudicantes podem sempre recorrer ao procedimento negociado com publicação de um anúncio de concurso.

2.3.3. Informação sobre o projecto

Se a missão a que está ligada a criação de uma PPPI for abrangida pelas directivas relativas aos contratos públicos ou por normas comunitárias sectoriais que prevejam disposições aplicáveis aos contratos públicos ⁽²⁴⁾, devem ser adoptadas disposições específicas em matéria de publicidade ⁽²⁵⁾. No que diz respeito aos outros contratos e às concessões de serviços, de acordo com os princípios da transparência e da igualdade de tratamento que decorrem do Tratado CE ⁽²⁶⁾, os potenciais concorrentes devem ter acesso a informações adequadas sobre a intenção de a entidade adjudicante criar uma entidade de capital misto e de lhe confiar um contrato público ou uma concessão. O acesso a informações adequadas só pode ser assegurado mediante a publicação de um anúncio acessível às partes eventualmente interessadas antes da selecção do parceiro privado.

2.3.4. Critérios de selecção e de adjudicação admitidos, exigências de transparência para estes critérios

Segundo a Comissão, o direito comunitário obriga a entidade adjudicante a publicar os critérios de selecção e de adjudicação aplicáveis à identificação do parceiro privado da PPPI. Os critérios aplicados devem respeitar o princípio da igualdade de tratamento. Esta obrigação aplica-se não só aos contratos públicos inteiramente abrangidos pelas directivas relativas aos contratos públicos ⁽²⁷⁾ mas também, segundo a Comissão, aos outros contratos públicos e concessões. Tanto a selecção dos concorrentes ou candidatos interessados em participar no processo como a selecção das propostas devem satisfazer estes critérios e a entidade adjudicante deve respeitar as regras processuais e as exigências fundamentais fixadas inicialmente ⁽²⁸⁾.

As directivas relativas aos contratos públicos prevêm obrigações específicas no que respeita às capacidades individuais do parceiro privado, nomeadamente a situação pessoal do candidato, a sua capacidade económica e financeira, a sua habilitação para o exercício da actividade profissional em causa e a sua capacidade técnica e/ou profissional ⁽²⁹⁾. Estes critérios podem igualmente ser utilizados no quadro das concessões e dos contratos públicos não inteiramente abrangidos pelas directivas relativas aos contratos públicos.

No que se refere aos serviços sociais de interesse geral, uma explicação quanto aos critérios de selecção e de adjudicação a utilizar consta do 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 ⁽³⁰⁾.

2.3.5. Elementos específicos dos estatutos, do acordo de accionistas e do contrato público ou da concessão

Os princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação implicam uma obrigação de transparência que consiste em assegurar a todos os potenciais concorrentes um grau de publicidade adequado, que permita abrir o mercado de serviços à concorrência ⁽³¹⁾. No contexto da criação de uma PPPI, esta obrigação implica, segundo a Comissão, a inclusão, pela entidade adjudicante, no anúncio de concurso ou no caderno de

⁽²¹⁾ Ver artigo 29.º da Directiva 2004/18/CE.

⁽²²⁾ Ver considerando 31 da Directiva 2004/18/CE.

⁽²³⁾ Ver artigos 30.º e 31.º da Directiva 2004/18/CE.

⁽²⁴⁾ Ver, nomeadamente, o artigo 4.º do Regulamento (CEE) n.º 2408/92 do Conselho, de 23 de Julho de 1992, relativo ao acesso das transportadoras aéreas comunitárias às rotas aéreas intracomunitárias (JO L 15 de 23.1.1993, p. 33).

⁽²⁵⁾ Ver artigo 41.º e seguintes da Directiva 2004/17/CE e artigos 35.º, 36.º e 58.º da Directiva 2004/18/CE.

⁽²⁶⁾ Processo C-324/98, *Telaustria*, Col. 2000, p. I-10745, n.ºs 60 e 61.

⁽²⁷⁾ Processo C-19/00, *SIAC Constructions*, Col. 2001, p. I-7725, n.ºs 41 a 45; processo C-31/87, *Bentjees*, Col. 1988, p. 4635, n.º 29 e seguintes.

⁽²⁸⁾ Embora as especificações prevejam a possibilidade de os candidatos introduzirem melhorias técnicas nas soluções propostas pela entidade adjudicante (o que será frequente no caso das PPPI), essas modificações não podem abranger as exigências fundamentais do projecto e devem ser circunscritas.

⁽²⁹⁾ Ver artigos 45.º a 48.º da Directiva 2004/18/CE e artigo 54.º da Directiva 2004/17/CE.

⁽³⁰⁾ Ver nota de rodapé n.º 8.

⁽³¹⁾ Ver processo C-324/98, *Telaustria*, n.º 62 (ver também nota de rodapé n.º 26); processo C-458/03, *Parking Brixen*, n.º 49 (ver também nota de rodapé n.º 9).

encargos, de informação fundamental sobre os documentos seguintes: o contrato público e/ou a concessão a adjudicar à entidade de capital misto a criar, os estatutos dessa entidade, o acordo de accionistas e todos os outros elementos que regulam, por um lado, a relação contratual entre a entidade adjudicante e o parceiro privado e, por outro, a relação entre a entidade adjudicante e a entidade de capital misto a criar. Se a entidade adjudicante recorrer ao diálogo concorrencial ou ao procedimento negociado, uma parte da informação pode não ser fixada previamente. Esses elementos poderão ser identificados e definidos durante o diálogo ou a negociação com os concorrentes. O convite à apresentação de propostas deverá conter algumas informações sobre o período de vigência previsto para o contrato público a executar ou a concessão a explorar pela entidade de capital misto.

De acordo com o parecer da Comissão, o princípio da transparência obriga a indicar claramente na documentação do concurso a possibilidade de renovação ou de alteração do contrato público ou da concessão adjudicados à entidade de capital misto, bem como de atribuição de novas missões. A documentação do concurso deverá, no mínimo, indicar a quantidade e as condições de aplicação dessas opções. A informação prestada deve ser suficientemente pormenorizada para garantir uma concorrência leal e eficaz.

É desejável que o contrato entre a entidade adjudicante e o parceiro privado defina imediatamente as etapas a seguir caso não seja atribuída qualquer contrato público adicional à entidade de capital misto e/ou caso os contratos públicos que lhe tenham sido confiados não sejam renovados. Segundo a Comissão, convém elaborar os estatutos de modo a permitir a eventual mudança ulterior de parceiro privado. Atendendo a que o parceiro privado não pode ser automaticamente excluído de um novo processo de concurso, a entidade adjudicante deve prestar particular atenção à obrigação de transparência e de igualdade de tratamento de todos os concorrentes.

3. FASE POSTERIOR À CRIAÇÃO DA PPPI

O Tribunal de Justiça declarou que as sociedades abertas, mesmo que parcialmente, ao capital privado, não podem ser consideradas estruturas de gestão «interna» de um serviço por conta das entidades adjudicantes que as detêm⁽³²⁾. Donde se conclui que as regras aplicáveis aos contratos públicos e concessões, quer decorram do Tratado CE quer das directivas relativas aos contratos públicos devem ser respeitadas quando da adjudicação a entidades de capital misto de contratos públicos ou concessões que não tenham sido objecto de concurso no quadro do procedimento que antecedeu a criação da PPPI em causa. Isto significa que as PPPI conservam o seu âmbito de actividade inicial e não podem, em princípio, obter novos contratos públicos ou concessões sem passar por um procedimento concorrencial em conformidade com o disposto no direito comunitário aplicável aos contratos públicos e às concessões.

Contudo, atendendo a que as PPPI são habitualmente criadas para a prestação de um serviço durante um período bastante longo, devem ser criadas condições para se adaptarem a certas mudanças verificadas no ambiente económico, jurídico ou técnico. As disposições comunitárias relativas aos contratos públicos e às concessões não impedem de ter em conta estas evoluções, desde que sejam respeitados os princípios da igualdade de tratamento⁽³³⁾ e da transparência⁽³⁴⁾. Assim, se a entidade adjudicante, por motivos precisos, pretender ajustar certas condições da adjudicação após a selecção do contratante, essa possibilidade deve estar expressamente prevista, bem como as suas normas de execução, no anúncio de concurso ou nos cadernos de encargos, e deve ser definido o quadro em que se desenrolará o processo, de modo que todas as empresas interessadas em participar no concurso possam dele ter conhecimento desde o início e se encontrem em pé de igualdade no momento de apresentar a sua proposta⁽³⁵⁾.

Qualquer modificação aos termos essenciais do contrato não prevista nos cadernos de encargos obriga à abertura de novo concurso⁽³⁶⁾. O TJCE considera que um termo é essencial, em especial, quando se trata de uma estipulação que, se tivesse constado do anúncio de concurso ou do caderno de encargos, teria permitido aos concorrentes apresentar uma proposta substancialmente diferente⁽³⁷⁾. Como exemplo de termos essenciais do contrato, refira-se o objecto das obras ou dos serviços a prestar pelo contratante ou as taxas cobradas aos utilizadores do serviço prestado pelo contratante.

⁽³²⁾ Ver processo C-231/03, Coname, Col. 2005, p. I-7287, n.º 26; processo C-410/04, ANAV, n.º 32 (ver também nota de rodapé n.º 14).

⁽³³⁾ Ver, nomeadamente, os processos C-285/99 e C-286/99, Lombardini e Mantovani, Col. 2001, p. I-9233, n.º 37 e processo C-315/01, GAT, Col. 2003, p. I-6351, n.º 73.

⁽³⁴⁾ Ver, nomeadamente, processo C-92/00, HI, Col. 2002, p. I-5553, n.º 45 e processo C-470/99, Universale-Bau e outros, Col. 2002, p. I-11617, n.º 91.

⁽³⁵⁾ Ver processo C-496/99, Comissão contra CAS Succhi di Frutta SpA, Col. 2004, p. I-3801, n.º 118.

⁽³⁶⁾ Ver processo C-337/98, Comissão contra França, Col. 2000, p. I-8377, n.º 50.

⁽³⁷⁾ Ver processo C-496/99, Comissão contra CAS Succhi di Frutta SpA, n.ºs 116 e seguintes (ver também nota de rodapé n.º 35).

Quanto aos contratos públicos inteiramente abrangidos pelas directivas e às concessões de obras, recorde-se que o direito derivado enumera as situações excepcionais em que é permitida a adjudicação directa e sem concurso de obras ou serviços complementares não incluídos no projecto inicial ⁽³⁸⁾.

No direito comunitário, a entidade de capital misto, tal como qualquer outro agente económico, é livre de participar nos concursos públicos ⁽³⁹⁾. Esta regra também se aplica às adjudicações tornadas necessárias por força de uma modificação importante ou de uma renovação de contratos públicos ou concessões já adjudicados à entidade de capital misto pela entidade adjudicante que a criou. Neste caso, a entidade adjudicante deve prestar especial atenção à obrigação de transparência e de igualdade de tratamento de todos os concorrentes. Devem ser tomadas medidas de salvaguarda específicas para garantir uma estrita separação das pessoas que preparam o concurso e decidem sobre a adjudicação do contrato no quadro da entidade adjudicante, por um lado, e das que asseguram a gestão da PPP, por outro, de modo a impedir a transmissão de informações confidenciais da entidade adjudicante para a entidade de capital misto.

⁽³⁸⁾ Ver artigos 31.º e 61.º da Directiva 2004/18/CE e n.º 3, alíneas f) e g), do artigo 40.º da Directiva 2004/17/CE. A Comissão considera que as derrogações pertinentes podem também aplicar-se aos contratos não abrangidos pelas directivas, incluindo as concessões de serviços (ver conclusões do Advogado-Geral Jacobs no processo C-525/03, Comissão/Itália, n.ºs 46 a 48). Em princípio, a Comissão considera que as modificações dos termos essenciais de uma concessão de serviços não previstos na documentação da consulta só são aceitáveis quando tornadas necessárias por um acontecimento imprevisto ou justificadas por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública (artigo 46.º do Tratado CE).

⁽³⁹⁾ O quarto considerando da Directiva 2004/18/CE convida os Estados-Membros a velar por que a participação de um proponente que seja um organismo de direito público num processo de adjudicação de contratos públicos não cause distorções de concorrência relativamente a proponentes privados.