



COMISSÃO EUROPEIA

Bruxelas, 20.12.2011
SEC(2011) 1589 final

DOCUMENTO DE TRABALHO DOS SERVIÇOS DA COMISSÃO

RESUMO DA AVALIAÇÃO DE IMPACTO

que acompanha o documento

PROPOSTA DE DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO

relativa à adjudicação de contratos de concessão

{COM(2011) 897 final}

{SEC(2011) 1588 final}

RESUMO

DA AVALIAÇÃO DE IMPACTO RELATIVA À PROPOSTA DE DIRETIVA RELATIVA À ADJUDICAÇÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO

1. DEFINIÇÃO DO PROBLEMA

Os contratos de concessão são um meio habitualmente utilizado pelas autoridades públicas para assegurar a prestação de serviços ou a construção de infraestruturas. De modo geral, as concessões implicam um acordo contratual entre a autoridade pública e um operador económico (o concessionário), ao abrigo do qual este último presta serviços ou executa obras, consistindo parte substancial da sua remuneração na exploração da obra ou do serviço. As concessões são especialmente vantajosas para a realização de projetos de interesse público em que o Estado ou as autoridades locais necessitem de capital e conhecimentos técnicos do setor privado para complementar os escassos recursos públicos. Esses projetos representam uma percentagem importante da atividade económica na UE, com especial pertinência para as indústrias de rede e para a prestação de serviços de interesse económico geral. Os concessionários podem, por exemplo, construir e gerir autoestradas, prestar serviços aeroportuários e explorar redes de distribuição de água.

As concessões que envolvem parceiros privados representam uma forma específica de Parcerias Público-Privadas (PPP)¹. De acordo com as informações disponíveis, mais de 60% dos contratos de PPP podem ser classificados como concessões. Enquanto modelo em que a remuneração do parceiro privado assenta no direito de explorar a obra ou o serviço, com todos os riscos financeiros inerentes, as concessões constituem um quadro jurídico conveniente para a realização de tarefas públicas através de PPP, permitindo assim assegurar obras públicas e serviços essenciais e, simultaneamente, manter esses ativos fora do balanço do setor público.

Na medida em que está associada à afetação eficiente dos fundos públicos, a contratação de concessões (e, indiretamente, de PPP) é objeto de especial preocupação no atual contexto de profundas limitações orçamentais e dificuldades económicas em muitos Estados-Membros da UE. A iniciativa relativa às concessões deve ser entendida como uma das medidas que podem contribuir para garantir uma afetação mais eficiente dos dinheiros públicos mediante a criação de condições para a adjudicação concorrencial dos contratos.

Atualmente, a adjudicação de *concessões de serviços* está sujeita apenas aos princípios do Tratado (igualdade de tratamento, não-discriminação, transparência e proporcionalidade), enquanto as *concessões de obras* (com exceção dos chamados «setores especiais») são parcialmente abrangidas por várias disposições da legislação derivada. Em contrapartida, os contratos públicos estão sujeitos a legislação derivada pormenorizada (que abrange os setores «clássicos» e os setores «especiais»)².

¹ Para efeitos de tratamento estatístico, as concessões são definidas como projetos em que a maior parte do rendimento é gerado por terceiros utilizadores, enquanto que nas PPP provêm das autoridades públicas.

² Diretiva 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, dos contratos públicos de serviços, e Diretiva 2004/17/CE do Parlamento

A falta de clareza das regras da UE em matéria de concessões é a principal explicação para os problemas identificados em relação à atual situação, caracterizada pela insegurança jurídica (1.1), pelas barreiras à entrada (1.2) e pela inexistência de garantias judiciais adequadas para os proponentes (1.3).

1.1. Falta de segurança jurídica e consequentes ineficácias económicas

A insegurança jurídica afeta tanto a definição de concessão como o regime jurídico aplicável. A definição atual dificulta a distinção entre concessões e contratos públicos (e, do mesmo modo, entre concessões de obras e concessões de serviços). Embora o Tribunal já tenha explicado que uma concessão se caracteriza essencialmente pelo risco inerente à exploração de uma obra ou de um serviço, que o concessionário deve assumir, os aspetos fundamentais da definição, tais como o nível e os tipos de risco, continuam por definir. Por outro lado, o teor preciso dos deveres de transparência e não-discriminação decorrentes do Tratado ainda não foi esclarecido. Os quadros jurídicos nacionais também não apresentam soluções para este problema, visto que, pelos motivos já enunciados, não é fácil garantir o cumprimento das regras da UE.

A presente situação de insegurança a vários níveis está a provocar importantes ineficácias económicas e revela-se prejudicial para as autoridades e entidades adjudicantes, os operadores económicos e os utilizadores dos serviços. De facto, no caso das autoridades e entidades adjudicantes, a falta de segurança jurídica aumenta o risco de cancelamento ou cessação antecipada de contratos ilegalmente adjudicados e, em última instância, desencoraja-as de recorrer às concessões em situações em que este tipo de contrato poderia ser uma boa solução. Também os operadores económicos podem mostrar-se menos interessados em participar em projetos cujos concursos possam ter sido lançados em violação da legislação da UE. O desinteresse pelas concessões pode ainda ter um efeito negativo sobre o recurso às PPP e, por conseguinte, colocar em risco o aumento da eficiência e da inovação na prestação de serviços essenciais para os cidadãos da UE.

1.2. Barreiras à entrada

Para além da insegurança jurídica, a atual situação caracteriza-se pela existência de barreiras à entrada de novos operadores no mercado.

Os sistemas jurídicos dos Estados-Membros são muito diferentes no que respeita ao âmbito de aplicação das regras de adjudicação de concessões, às normas de publicação e de transparência, à seleção dos procedimentos, aos critérios de seleção e adjudicação ou às especificações técnicas. Esta situação traduz-se na fragmentação dos quadros nacionais, agravada por práticas por vezes ilegais das autoridades e entidades adjudicantes, tais como a adjudicação direta de contratos de concessão ou a aplicação de critérios não objetivos.

Os operadores económicos veem-se, pois, numa situação de desigualdade que frequentemente os leva a perder oportunidades de mercado. Tal como foi confirmado por vários participantes nas consultas públicas, a situação descrita agrava os custos relacionados com o aconselhamento jurídico e com a necessidade de um conhecimento aprofundado das condições locais específicas, para além de erguer obstáculos à entrada no mercado de

Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO L 134 de 30.04.2004).

operadores de outros Estados-Membros da UE. São prejudicados não só os concorrentes de outros Estados-Membros, como também as entidades adjudicantes e os consumidores, que não beneficiam dos resultados esperados.

1.3. Proteção jurídica insuficiente dos proponentes

As concessões de serviços e, em certa medida, as concessões de obras, não são abrangidas pelas regras em matéria de recurso judicial no domínio dos contratos públicos. Por conseguinte, os proponentes rejeitados não beneficiam da importante proteção jurídica prevista na Diretiva Procedimentos de Recurso. Apesar de alguns Estados-Membros já terem alargado a aplicação dessa diretiva às concessões de serviços, outros há que ainda não o fizeram. Deste modo, não é possível abordar de forma adequada a eventual violação dos princípios do Tratado da UE.

2. SUBSIDIARIEDADE

Apesar de os efeitos dos problemas acima referidos se manifestarem a nível nacional, não deixam de afetar o bom funcionamento do mercado interno da UE.

Mesmo que os Estados-Membros tomassem medidas legislativas no sentido de criar um quadro jurídico assente nos princípios do Tratado, pelo menos dois problemas continuariam por resolver: o risco de insegurança jurídica associado à interpretação desses princípios pelos legisladores nacionais e a forte disparidade entre as legislações dos diferentes Estados-Membros.

Um entendimento comum em todos os Estados-Membros das obrigações decorrentes dos princípios da UE só poderá ser alcançado através de uma iniciativa a nível da UE. Do mesmo modo, a harmonização das regras pelo legislador europeu é a melhor solução para eliminar as discrepâncias entre os regimes nacionais.

3. OBJETIVOS

O objetivo geral da presente iniciativa consiste em criar um quadro de apoio com vista a aumentar o recurso às concessões, contribuindo assim para o crescimento económico e a inovação. A iniciativa concentrar-se-á em soluções destinadas a melhorar a qualidade e a acessibilidade de diversos serviços social e economicamente importantes, facilitando os investimentos e reforçando a concorrência na adjudicação de concessões, o que permitirá criar mais oportunidades de negócio para as empresas da UE, assim como promover a inovação.

4. ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO

A legislação relativa às concessões deve abranger não só a adjudicação deste tipo de contratos no que se refere aos setores «clássicos» (Diretiva 2004/18/CE), mas também aos «setores especiais» (Diretiva 2004/17/CE), caracterizados por um importante número de concessões.

Atualmente, os serviços não prioritários (tais como a saúde, a educação e os serviços sociais) só são abrangidos em parte pelas diretivas relativas aos contratos públicos, na medida em que não foram considerados pertinentes em termos de potencial de comércio transfronteiras. No entanto, à luz das recentes constatações da Comissão no seguimento da avaliação do impacto

e da eficácia da legislação da UE em matéria de contratos públicos, diversas categorias de serviços anteriormente classificados como não-prioritários mostraram uma proporção relativamente elevada de atividade transfronteiras. Qualquer nova proposta no domínio das compras públicas deverá ter em conta essa constatação. As conclusões justificam o alargamento das regras previstas a esses serviços. No entanto, serviços como os serviços sociais, de saúde e de educação continuam a apresentar uma dimensão transfronteiras limitada, devido ao forte impacto das diferentes tradições culturais nacionais, e são menos frequentemente objeto de concessões.

A adjudicação dos contratos de concessão para certos tipos de serviços, como os serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros (abrangidos pelo Regulamento (CE) n.º 1370/2007) e os serviços de transporte aéreo (abrangidos pelo Regulamento (CE) n.º 1008/2008), já se encontra sujeita a legislação específica em matéria de adjudicação de contratos, pelo que estes devem ser excluídos do âmbito da futura legislação em matéria de concessões.

5. OPÇÕES POLÍTICAS

A Comissão analisou diferentes opções políticas com vista ao cumprimento dos objetivos descritos na secção anterior. Estas incluem as seguintes ações legislativas e não legislativas: não proceder a qualquer alteração política, política centrada no incumprimento, direito indicativo, legislação vinculativa: regras básicas, regras pormenorizadas, regras mistas.

Relativamente às opções acima referidas, apenas as opções legislativas serão objeto de uma análise aprofundada, uma vez que, como explicado adiante, nem a opção de política centrada no incumprimento nem a opção de direito indicativo se mostram adequadas para o pleno cumprimento dos objetivos propostos.

5.1. Cenário de base (opção 1)

Esta opção não prevê qualquer ação para alterar a situação vigente. Nesse caso, persistirão as ineficácias económicas decorrentes da insegurança jurídica e das atuais barreiras à entrada no mercado de concessões da UE: as autoridades e entidades adjudicantes perderão a oportunidade de garantir a melhor relação qualidade/preço na adjudicação de concessões, os operadores económicos perderão importantes oportunidades de negócio e os consumidores continuarão a usufruir de vantagens limitadas.

5.2. Política centrada no incumprimento (opção 2)

Esta opção consistiria numa aplicação mais frequente e sistemática dos processos por incumprimento previstos no artigo 258.º do TFUE para dar resposta aos casos de desrespeito dos princípios do Tratado aquando da adjudicação de concessões. Embora esta opção ofereça alguns efeitos positivos, não resolve os problemas identificados e apenas seriam de esperar resultados a longo prazo. Por conseguinte, esta opção não satisfaz os objetivos da iniciativa, podendo ser posta de parte.

5.3. Direito indicativo (opção 3)

A opção não-legislativa poderia consistir numa comunicação interpretativa da Comissão ou numa recomendação. A comunicação da Comissão sobre as concessões, de 2000, não permitiu ainda garantir a segurança jurídica e o cumprimento dos princípios do Tratado³. Uma nova comunicação permitiria provavelmente chamar a atenção das partes interessadas para a jurisprudência do Tribunal, mas não poderia ir mais além do que a explicação dessa mesma jurisprudência. Para além disso, uma comunicação não tem carácter vinculativo, pelo que provavelmente não permitiria assegurar a publicidade dos contratos de concessão na UE nem a justiça dos seus procedimentos de adjudicação.

Estas observações são igualmente aplicáveis a uma recomendação da Comissão. Conclui-se, pois, que nem uma comunicação nem uma recomendação permitiriam atingir os objetivos da iniciativa. Esta opção pode portanto ser posta de parte.

5.4. Legislação – Teor das opções

As duas opções legislativas «extremas» consistem na introdução de regras básicas correspondentes às atuais disposições relativas às concessões de obras previstas na Diretiva 2004/18/CE ou de regras pormenorizadas baseadas no quadro jurídico vigente para os contratos públicos. A terceira opção, composta por regras mistas, representa um compromisso entre as duas primeiras.

6. AVALIAÇÃO DO IMPACTO DAS OPÇÕES LEGISLATIVAS

6.1. Âmbito da legislação

Qualquer proposta de diretiva em matéria de concessões, independentemente do seu teor atual, deverá abranger as concessões tanto nos setores clássicos como nos setores especiais.

Em contrapartida, as novas regras não deverão aplicar-se às concessões de serviços atualmente abrangidas pelo Regulamento Transportes⁴ e pelo Regulamento Serviços de Transportes Aéreos⁵, de modo a garantir a estabilidade dos seus regimes jurídicos específicos, e só deverão aplicar-se parcialmente aos serviços sociais. O limiar aplicável às concessões de obras e de serviços deverá fazer com que as novas regras só abranjam as concessões com manifesto interesse transfronteiras.

6.2. Opção 4: Legislação – Regras básicas

As regras básicas incluiriam as disposições atualmente em vigor para as concessões de obras nos setores clássicos, bem como um esclarecimento do conceito de concessão.

A introdução de critérios mais claros para a distinção entre contratos públicos e concessões deverá permitir reduzir o número de contratos públicos indevidamente qualificados como concessões.

³ Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário (JO C 121 de 29.4.2000).

⁴ Regulamento (CE) n.º 1370/2007, JO L 315 de 3.12.2007

⁵ Regulamento (CE) n.º 1008/2008, JO L 293 de 31.10.2008

A mais importante destas regras é a obrigação de publicação de um anúncio de concessão no Jornal Oficial da UE. O objetivo deste requisito é reduzir o número de adjudicações diretas, contribuir para uma melhor informação sobre as concessões, eliminar a insegurança jurídica quanto ao cumprimento das normas de «publicidade adequada» e reduzir o custo da apresentação de propostas de concessão por parte das PME.

O reforço da concorrência e da contestabilidade poderá traduzir-se em propostas mais competitivas e, conseqüentemente, em melhores resultados para as autoridades e entidades adjudicantes e para os consumidores.

As disposições relativas aos prazos mínimos de apresentação de propostas poderão ajudar a evitar a discriminação, a combater a corrupção e a promover a participação de proponentes de outros países.

A legislação é a única opção viável para integrar os procedimentos de adjudicação das concessões de serviços no âmbito das Diretivas Procedimentos de Recurso. O reforço substancial da proteção jurídica dos proponentes daí resultante permitiria aumentar a sua confiança na imparcialidade das decisões das autoridades e entidades adjudicantes e incentivar a sua participação em mais procedimentos.

Por outro lado, as regras básicas garantiriam a igualdade de tratamento em todos os procedimentos. Contudo, a sua eficácia é mais incerta nesse respeito. Em relação aos possíveis inconvenientes, fica implícita a ideia de que uma maior transparência na adjudicação das concessões poderia acentuar o domínio das grandes empresas. Todavia, trata-se de um mero pressuposto, não confirmado. No que se refere aos custos administrativos e de cumprimento que decorreriam de uma legislação básica, as partes interessadas consideraram-nos insignificantes, para além de que seriam compensados pelo nível de eficácia obtido graças ao aumento da concorrência.

Quanto às possíveis conseqüências sociais, a legislação da UE relativa à salvaguarda dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas limita a possibilidade de despedimentos em caso de perda de contratos pelos operadores estabelecidos.

As regras básicas não têm qualquer impacto sobre a capacidade de imposição de normas ambientais pelas autoridades e entidades adjudicantes ou pelos organismos de regulamentação.

As regras básicas permitiram criar um quadro jurídico estável, incentivar o recurso às concessões e, por conseguinte, facilitar o investimento e promover a inovação. O aumento da transparência, que resultaria em abordagens mais inovadoras dos serviços públicos e a uma maior diversidade e eficiência dos mesmos, traria resultados positivos para as autoridades e entidades adjudicantes e para os utilizadores, melhoraria o acesso ao mercado e criaria novas oportunidades de negócio para as empresas.

6.3. Opção 5: Legislação – Regras pormenorizadas

As regras pormenorizadas abrangem todas as soluções jurídicas previstas na opção das regras básicas. Como tal, o impacto das regras pormenorizadas sobre a segurança jurídica seria, em parte, idêntico ao das regras básicas. Esta opção envolveria ainda, porém, a aplicação das mesmas regras que para os contratos públicos, em particular no que respeita aos critérios de seleção e aos critérios e procedimentos de adjudicação. Por conseguinte, em certos aspetos,

estas regras permitiram garantir um maior nível de segurança jurídica, dado que garantiriam de forma exaustiva o cumprimento dos princípios do Tratado aplicáveis a vários aspetos do processo de adjudicação. Contudo, apesar de todos os benefícios esperados, a introdução das regras pormenorizadas pode revelar-se contraproducente e reduzir consideravelmente a atratividade das concessões. De facto, a complexidade das regras e das disposições específicas (tais como a utilização obrigatória de procedimentos regulamentares de concurso ou do critério de adjudicação à proposta economicamente mais vantajosa) pode ter um efeito dissuasor e, além disso, diminuir a segurança jurídica em termos gerais, devido ao risco mais elevado de litigação, desencorajando, em última instância, a utilização das concessões. Muitas partes interessadas consideram que a complexidade das regras pormenorizadas constitui uma grande ameaça.

Assim, a introdução das regras pormenorizadas teria provavelmente um efeito negativo, uma vez que as empresas poderiam abster-se de apresentar propostas para concessões, as autoridades e entidades adjudicantes não conseguiriam obter os benefícios esperados e os consumidores não teriam acesso a serviços mais baratos e de melhor qualidade.

O impacto em termos de emprego e de qualidade dos postos de trabalho seria provavelmente limitado, a par de um possível impacto social e ambiental negativo devido à diminuição da inovação e da qualidade dos serviços.

6.4. Opção 6: Legislação – Regras mistas

Não obstante, poderia ser útil complementar as regras básicas com algumas disposições aplicáveis aos critérios de seleção e adjudicação, bem como à condução dos procedimentos. Essas disposições não reproduziriam o conteúdo das diretivas em matéria de contratos públicos (como, por exemplo, as regras de adjudicação à proposta economicamente mais vantajosa), mas poderiam consistir, entre outras, na obrigação de publicação antecipada dos critérios de seleção e adjudicação relacionados com o objeto dos contratos ou da definição de prazos mínimos para a apresentação de propostas. Poderiam ainda incluir regras relativas às especificações técnicas, à obrigação de divulgar a mesma informação a todos os proponentes durante as negociações, à cooperação público-público e à modificação das concessões durante o seu período de vigência. Por último, poderiam impor a publicação obrigatória de anúncios de adjudicação.

As referidas disposições deveriam ter um impacto positivo em termos de transparência, justiça e segurança jurídica, contribuindo assim para um cumprimento mais eficaz de vários objetivos da presente iniciativa, nomeadamente um melhor acesso ao mercado, melhores oportunidades de investimento e, conseqüentemente, uma maior oferta de serviços de melhor qualidade. Ao incentivarem um maior recurso às concessões em comparação com as restantes opções, o seu impacto sobre a celebração de PPP também seria positivo. Muitas partes interessadas subscreveram a introdução das regras mistas.

O impacto a todos os níveis (económico, social e ambiental) poderia ser ligeiramente mais positivo em relação aos efeitos das regras básicas.

7. COMPARAÇÃO DAS OPÇÕES

Tanto as regras básicas como as regras mistas permitem reforçar significativamente a segurança jurídica e, dessa forma, facilitar o acesso ao mercado, com melhores resultados para as autoridades e entidades adjudicantes, para os utilizadores e para as empresas. As regras pormenorizadas garantiriam melhores resultados em termos de justiça dos procedimentos, embora com prováveis inconvenientes sob a forma de um menor recurso às concessões. As regras mistas parecem apresentar os melhores resultados não só em termos de justiça e de relação custo/eficácia como também, dada a sua flexibilidade, de incentivo à utilização de concessões.

À luz do que precede, é recomendada a opção 6 — «Regras mistas», que representa uma solução ambiciosa e abrangente.

8. ACOMPANHAMENTO E AVALIAÇÃO

A avaliação da legislação basear-se-á em indicadores como a flutuação do número e valor das concessões publicadas e adjudicadas, do número de proponentes e adjudicatários de outros países e da percentagem de PME entre os proponentes.