

Parecer do Comité Económico e Social sobre a «Proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação de fornecimentos públicos, de prestação de serviços públicos e de empreitadas de obras públicas»

(2001/C 193/02)

Em 8 de Setembro de 2000, o Conselho da União Europeia decidiu, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 47.º e nos artigos 55.º e 95.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, consultar o Comité Económico e Social sobre a proposta supramencionada.

Incumbida da preparação dos correspondentes trabalhos, a Secção do Mercado Único, Produção e Consumo emitiu parecer em 7 de Fevereiro de 2001, tendo sido relator Bo Green.

Na 381.ª reunião plenária de 25 e 26 de Abril de 2001 (sessão de 26 de Abril), o Comité Económico e Social adoptou por 92 votos a favor, com 21 votos contra e 8 abstenções, o presente parecer.

1. Introdução

1.1. Em resposta ao Livro Verde «Os contratos públicos na União Europeia: pistas de reflexão para o futuro», publicado pela Comissão em Novembro de 1996⁽¹⁾, o Comité Económico e Social adoptou um parecer por unanimidade em 28 de Maio de 1997⁽²⁾.

Após análise daquele e de outros contributos, a Comissão definiu as perspectivas da sua acção futura na comunicação «Os contratos públicos na União Europeia»⁽³⁾ em Março de 1998. As reacções dos meios económicos ao Livro Verde tornaram patente a necessidade de simplificar o quadro jurídico europeu em matéria de contratos públicos e de o adaptar à era electrónica, embora mantendo a sua estrutura básica. A Comissão optou por uma fusão das directivas existentes, uma medida que se inscreve na linha das conclusões do Conselho Europeu de Lisboa, nas quais se pedem reformas económicas para consumir e tornar plenamente operacional o mercado interno.

1.2. Na proposta de fusão das directivas, a Comissão empenhou-se em quatro vertentes:

- simplificação do quadro jurídico existente;
- clarificação das disposições obscuras ou complexas;
- modificação do conteúdo, e
- codificação das três directivas «clássicas», reunindo-as num texto único, que é o objecto da proposta ora em questão.

O Comité felicita a Comissão pelo trabalho realizado nestas quatro perspectivas, mas pretende propor algumas modificações ou alterações ao texto da directiva apresentada pela Comissão.

⁽¹⁾ COM(96) 583 final.

⁽²⁾ Parecer sobre o Livro Verde (JO C 287 de 22.9.1997, p. 92).

⁽³⁾ COM(1998) 143 final, de 11 de Março de 1998.

1.3. Após algumas observações na generalidade, respeitantes, por um lado, às simplificações — que se referem principalmente à fusão das três antigas directivas — e suscitadas, por outro, pelas modificações da legislação propostas neste texto da Comissão, passar-se-á à apresentação das propostas do Comité.

2. Observações sobre a simplificação pretendida com a fusão das três antigas directivas

2.1. Tendo presente o facto de as directivas relativas aos contratos públicos terem tido um impacto diminuto na abertura de concursos públicos, a Comissão decidiu eliminar certas incoerências entre as três directivas «clássicas», a saber, a Directiva 92/50/CEE relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços⁽⁴⁾, a Directiva 93/36/CEE relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento⁽⁵⁾ e a Directiva 93/37/CEE relativa à coordenação dos processos de adjudicação das empreitadas de obras públicas⁽⁵⁾. Não obstante, essa tentativa de clarificação não foi totalmente conseguida, visto que a situação dos contratos de concessão e de PPP (parcerias entre os sectores público e privado) no direito comunitário permanece extremamente confusa. Aliás, a comunicação interpretativa sobre o regime jurídico das concessões em direito comunitário⁽⁶⁾, de Abril de 2000, deveria ter sido integrada na fusão dos textos, dada a sua importância capital para este assunto. Ainda que a Comissão anuncie que esta comunicação não prejudica uma eventual proposta legislativa especificamente dedicada às concessões, teria sido oportuno incluir na directiva proposta uma definição mais adaptada às realidades dos contratos de concessão e de PPP, de forma a evitar constantes modificações da legislação europeia. Teria sido necessário que a Comissão se tivesse decidido claramente entre duas posições: ou bem definia melhor concessões de obras públicas, contratos de parceria entre os sectores público e

⁽⁴⁾ JO L 209 de 24.7.1992, com a nova redacção que lhe foi dada pela Directiva 97/52/CE de 13.10.1997 (JO L 328 de 28.11.1997).

⁽⁵⁾ JO L 199 de 9.8.1993, com a nova redacção que lhe foi dada pela Directiva 97/52/CE de 13.10.1997 (JO L 328 de 28.11.1997).

⁽⁶⁾ Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário (JO C 121 de 29.4.2000, p. 2).

privado e concessões de serviços — pois o projecto de directiva em causa abrange todos esses assuntos —, ou bem indicava que estes contratos eram excluídos da directiva em questão e seriam objecto de uma directiva futura, como proposto pelo Comité.

2.2. As directivas existentes foram refundidas sem que, porém, as obrigações jurídicas por elas impostas se tenham alterado radicalmente: doravante, os contratos de fornecimentos, de empreitadas de obras e de prestação de serviços serão regulados por um único diploma. Esta simplificação comporta vantagens tangíveis para os utilizadores, mas é inevitável pensar que uma legislação demasiado inconstante neste domínio é nefasta à própria legislação e à correcta aplicação das regras a impor. Ademais, o proteccionismo dos interesses públicos constitui um problema num domínio em que as empresas estão amiúde numa posição mais frágil do que os adquirentes públicos, em especial em matéria de prazos de pagamento.

2.3. Quando da avaliação da qualidade das propostas, as entidades adjudicantes, poderão, com toda a legitimidade, ter em conta considerações de carácter social ou ambiental, desde que seja simultaneamente respeitado o princípio da igualdade de tratamento, bem como a legislação nacional e comunitária vigente em matéria social e ambiental. É preciso que a directiva mostre se a convenção 94 sobre cláusulas laborais (OIT) é respeitada.

2.4. O Comité constata também vários factores a favor da adopção de um regulamento nesta matéria:

- a importância e a complexidade dos textos propostos;
- o número de regulamentações nacionais existentes, o que constitui um obstáculo determinante à harmonização do mercado europeu;
- o número de países que aderirão à Comunidade e que serão dotados, ou não, de regulamentação local; o facto de alguns desses países nunca terem tido regulamentação em matéria de contratos públicos;
- o número de regulamentações a nível local;
- o facto de as directivas deverem ser transpostas para a legislação nacional devido às inovações legislativas que contêm.

Também se pode questionar se seria razoável adoptar uma nova directiva num domínio em que os operadores económicos e as entidades adjudicantes recorrem frequentemente aos textos das directivas para interpretar os seus próprios diplomas nacionais: no entender do Comité, um regulamento seria uma opção mais adaptada às necessidades, pois permitiria evitar disparidades entre os textos nacionais num domínio em que a unificação do mercado avança dificilmente devido, em especial, à variedade de regulamentações nacionais que inibem a abertura dos mercados. Para assegurar a eficácia da regulamentação europeia, será necessário dispor de um texto comum.

2.5. O Comité também se questiona sobre a ausência, no texto proposto, de referências a questões ambientais determinantes para o futuro da Europa. A tomada em conta de critérios ambientais que sejam razoavelmente compatíveis com o objecto do contrato e que tenham directamente a ver com os produtos ou serviços em causa poderia figurar mais especificamente no artigo 53.º Tal só seria necessário desde que esses critérios constituíssem um elemento determinante para o impacto ambiental do modo de realização das obras proposto pelos concorrentes.

2.6. Igualmente notável é a ausência de quaisquer aspectos sociais entre os critérios de adjudicação dos contratos. Os critérios sociais também deveriam ser especificamente referidos no artigo 53.º O Comité reconhece que é difícil analisar todos estes pontos em pormenor e recomenda que as futuras comunicações interpretativas da Comissão que tenham a ver com aspectos sociais e ambientais sejam transformadas em orientações para os Estados-Membros, descrevendo em pormenor de que forma esses aspectos devem ser integrados. Além disso, a Comissão está neste momento a preparar um guia para os contratos públicos respeitadores do ambiente que deverá instruir os poderes públicos sobre como ter em conta considerações ambientais ao adjudicarem um contrato. O CES recomenda a elaboração de um guia para contratos públicos no domínio social que contenha orientações para os poderes públicos também nesse domínio.

2.7. O Comité apoia esta fusão simplificadora, a qual consiste em substituir três textos distintos — que, em grande medida, tratam as mesmas questões e contêm, respectivamente, 35 artigos (fornecimentos), 37 artigos (empreitadas de obras) e 45 artigos (prestação de serviços) — por um texto único perfazendo 82 artigos. O Comité faz, contudo, notar que a fusão das três directivas obrigará os Estados a procederem a uma nova transposição em função de alterações às disposições existentes e à inclusão de novas — contrariamente ao afirmado no texto introdutório da nova directiva.

2.8. O Comité observa que seria preciso introduzir condições reais de igualdade de concorrência em todos os Estados-Membros, evitando que alguns mantenham legislações excessivas que obstruem a abertura dos mercados. Esta observação não diz respeito ao direito do trabalho.

2.9. O Comité questiona-se muito seriamente sobre a questão de saber se a confidencialidade das propostas é realmente assegurada nos meios electrónicos de adjudicação de contratos, numa altura em que a pirataria informática parece ser usual, mesmo nas redes melhor protegidas.

3. Observações na generalidade

3.1. O Comité saúda a clarificação proporcionada pelo novo texto de directiva, estruturado em seis títulos, a saber: definições, disposições aplicáveis aos contratos públicos, concessão de direitos especiais ou exclusivos, regras aplicáveis aos

concursos no domínio dos serviços, regras no domínio das concessões e disposições finais. Os artigos foram ordenados segundo a ordem lógica do desenrolar de um processo de adjudicação de contrato. Não obstante, o Comité não concorda com a definição dada de organismos de direito público (n.º 5 do artigo 1.º), que conviria completar e clarificar. O projecto de comunicação interpretativa da Comissão sobre as actividades administrativas internas («in house») devia ser integrado no presente projecto de directiva, pois convém saber com precisão e certeza em que casos se aplicam as regras de adjudicação do direito europeu entre as entidades adjudicantes e os operadores que delas dependem. A comunicação interpretativa sobre as concessões fornece elementos decisivos a este respeito que deviam ser reproduzidos na presente proposta, como é sobretudo o caso da obrigação de abertura efectiva à concorrência e da regra da transparência.

3.2. O Comité tem por bem recordar que os organismos públicos que actuam como operadores económicos não se devem aproveitar das vantagens que o seu estatuto lhes proporciona para desvirtuarem as condições da concorrência. Na Europa não é raro verem-se empresas em regime de administração pública ou sociedades com estatuto privilegiado beneficiar de vantagens competitivas. Afigura-se, por conseguinte, indispensável introduzir regras complementares para impor às entidades adjudicantes a obrigatoriedade de se certificarem que os organismos públicos suportam os mesmos encargos, nomeadamente fiscais, sociais e financeiros, que os operadores privados. A obrigação de recorrer à abertura de concursos para a adjudicação de contratos, ou de actividades com valor contratual, no sector privado, deve ser igualmente imposta às entidades adjudicantes no que respeita às suas relações com entidades públicas/parapúblicas ou privadas dependentes dessas ou de outras entidades adjudicantes.

3.3. Do mesmo modo, não é desejável que em determinados mercados prevaleçam condições monopolísticas a favor de empresas privadas. Por outro lado, cumpre assegurar que os operadores, quer públicos quer privados, não sejam objecto de tratamento discriminatório nos processos de adjudicação de contratos públicos e que as condições de concorrência sejam rigorosamente iguais para todos os participantes e conformes com o direito comunitário.

3.4. O Comité apoia os três princípios estabelecidos pela Comissão para presidirem à redacção das novas disposições, a saber, modernização, simplificação e flexibilidade, de modo a ter em conta a emergência da sociedade da informação, a desvinculação progressiva de certas actividades económicas por parte do Estado, bem como o acrescido rigor orçamental. Não obstante, o Comité observa que, para tirar máximo partido dessa desvinculação, será necessário definir mais claramente a adjudicação de contratos públicos que a directiva visa regulamentar e precisar em especial o que, no seu artigo 1.º, entende por: «[...] contratos [...] que têm por objecto [...] a realização, por qualquer meio, [...] de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante». De uma maneira geral, a manutenção das antigas definições das directivas precedentes não é satisfatória, devendo-se a uma certa falta de clareza, como acontece, em particular, no domínio das concessões, matéria que constituirá objecto do ponto seguinte.

3.5. A Comissão propõe sete alterações substanciais, nomeadamente: a introdução de mecanismos electrónicos de aquisições; a introdução de um novo processo por negociação, permitindo, no caso de contratos particularmente complexos, o «diálogo concorrencial» entre a entidade adjudicante e os diferentes candidatos; a possibilidade dada aos adquirentes públicos de celebrarem acordos ditos «quadro»; uma clarificação das disposições relativas às especificações técnicas; um reforço das disposições relativas aos critérios de adjudicação e à selecção, e, finalmente uma simplificação dos limiares. São de saudar todas estas alterações desejadas por entidades públicas e privadas, mas é de lamentar que a Comissão não aproveite esta ocasião de renovação das directivas para estabelecer uma nova definição de contratos de concessão e de parcerias entre os sectores público e privado, como o Comité tem sugerido em vários pareceres e mais recentemente no parecer sobre «O reforço do direito das concessões e dos contratos de parcerias públicas e privadas (PPP)»⁽¹⁾: «Uma concessão de obras públicas é um acto (contrato ou acto unilateral) pelo qual uma entidade pública delega numa entidade privada a responsabilidade de conceber, construir, financiar, manter e explorar uma infra-estrutura e/ou serviço por um período determinado».

3.6. As alterações propostas pela Comissão à directiva «sectores especiais» (93/38/CEE), relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações⁽²⁾, na sequência da progressiva liberalização de certos sectores, implicam, nalguns casos, a necessidade de modificar certas disposições das directivas «clássicas». A este respeito devia ser adoptado um processo de ordem geral.

4. Observações na especialidade

4.1. O reconhecimento (no artigo 5.º) de um princípio de confidencialidade das informações comunicadas pelos operadores económicos vai no sentido do apoio à inovação das empresas através da protecção do seu contributo intelectual e técnico. Importaria, contudo, que um texto desta importância especificasse com maior clareza o âmbito de aplicação deste princípio, em particular, quanto ao seu objecto e duração. O Comité considera que este princípio de confidencialidade não se devia aplicar apenas às candidaturas propriamente ditas, mas ser extensivo a todas as outras propostas aduzidas à entidade adjudicante⁽³⁾ — designadamente, de variantes —

⁽¹⁾ Parecer do CES, JO C 14 de 16.1.2001, relator P. Levaux, ponto 4.1.3.

⁽²⁾ JO L 199 de 9.8.1993, com a última alteração que lhe foi dada pela Directiva 94/22/CE de 30.5.1994 (JO L 164 de 30.6.1994) e pela Directiva 98/4/CE de 16.2.1998 (JO L 101 de 1.4.1998).

⁽³⁾ Por exemplo, projectos de soluções, variantes autorizadas, propostas feitas em negociações e tudo o que se relaciona com comunicações entre a entidade adjudicante e as empresas.

bem como a todas as informações sobre os proponentes e todo o tipo de informação comercial, ou de qualquer outra natureza, sobre a operação ou as empresas. Esta questão podia, aliás, ser regulada mediante referência ao artigo XIV do Acordo sobre Contratos Públicos(*)).

4.2. A introdução de mecanismos electrónicos de aquisições é imprescindível devido à evolução dos métodos modernos. Já nas conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Lisboa, de 23 e 24 de Março de 2000, se solicitava à Comissão, ao Conselho e aos Estados-Membros que «tom[assem] as medidas necessárias para assegurar [ser] possível, até 2003, efectuar por via electrónica as aquisições comunitárias e do sector público»⁽¹⁾. O Comité associa-se a este repto, embora sob a reserva já anteriormente expressa de que se melhore significativamente a segurança das comunicações electrónicas e do armazenamento de dados. Os Estados não podem correr o risco de uma eventual captura e divulgação ilegal — por terceiros — de dados confidenciais. A segurança das transmissões e da aceitação de propostas é um pressuposto imprescindível. Neste sentido, faria todo o sentido reforçar os mecanismos de assinatura electrónica e de cifragem.

4.3. A legislação actual não prevê nem autoriza o recurso a meios electrónicos⁽²⁾. Segundo a Comissão, a transmissão electrónica devia permitir reduzir o prazo de 12 dias — actualmente necessário para a transmissão ao Serviço de Publicações e para a publicação no Jornal Oficial —, com o que o prazo máximo de publicação passaria de 12 para 5 dias. Estas reduções parecem excessivas em dois casos: 1) quando o prazo mínimo para apresentação das propostas, calculado a contar da data de envio do anúncio do concurso, e na condição de o caderno de encargos do concurso estar acessível electronicamente desde essa data, é reduzido em 5 dias (pois as empresas não terão, na prática, conhecimento dele antes da publicação do anúncio), e 2) quando o prazo concedido às empresas para apresentarem as suas propostas no âmbito de concursos limitados ou de processos por negociação com urgência é reduzido a um mínimo de 10 dias. Em qualquer dos casos, o importante é que a poupança de tempo proporcionada pela publicação electrónica e por outros meios também redunde em benefício das empresas e dos proponentes.

4.4. O «diálogo concorrencial» entre a entidade adjudicante e os candidatos constitui uma inovação bem conseguida, uma vez que as entidades adjudicantes devem poder examinar soluções inovadoras quando não conheçam ou sejam objectivamente incapazes de avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas ou financeiras. A jurisprudên-

cia do Tribunal de Justiça não permite um diálogo deste tipo no âmbito dos concursos públicos e dos concursos limitados actuais e as disposições existentes sobre o recurso ao processo por negociação com publicação prévia de um anúncio limitam-se a focar situações excepcionais. O Comité apoia esta proposta, mas reafirma a necessidade de reforçar e de clarificar a aplicação do princípio de confidencialidade das informações transmitidas pelos operadores.

4.4.1. A Comissão tem, portanto, razão em pretender introduzir disposições que permitam a ocorrência de um diálogo no âmbito de um processo de adjudicação único que culminará na celebração do contrato. Seria, contudo, de desejar que este processo consistisse numa fase durante a qual as especificações seriam estabelecidas com base numa negociação com os participantes seleccionados, a que se seguiria a apresentação das propostas pelos participantes na negociação e, finalmente, a adjudicação à melhor proposta. Só este procedimento é verdadeiramente respeitador dos interesses das empresas que participam nesse diálogo. Ora, não é isso que acontece, pois a Comissão prevê que, concluídas as negociações com os participantes seleccionados para analisar a melhor forma de satisfazer as suas necessidades, a entidade adjudicante defina as especificações técnicas finais, quer adoptando uma das soluções apresentadas por um dos participantes, quer combinando duas ou mais soluções apresentadas (prática designada por «*cherry picking*» — escolha selectiva).

4.4.2. O Comité constata que a Comissão concede à entidade adjudicante a possibilidade de se apropriar do fruto do esforço de inventividade e de inovação dos candidatos para o submeter a novo processo de concorrência. É, aliás, de prever que, nestas condições, os candidatos não apresentem propostas verdadeiramente estudadas se estas puderem ser expostas aos seus concorrentes. Se, após a fase de negociação, cada candidato for convidado a apresentar a sua melhor proposta definitiva, com base em propostas suas anteriores, o projecto de directiva seria conforme com a lei tipo sobre adjudicação de contratos públicos de fornecimentos de bens, de empreitadas de obras e de prestação de serviços da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, que prevê um processo de «convite à apresentação de propostas» (artigo 48.º). O Comité considera, por conseguinte, que as disposições sobre contratos complexos devem ser alteradas e clarificadas no sentido acima exposto, com vista a assegurar um melhor equilíbrio entre os interesses das entidades adjudicantes e os dos operadores económicos. Por outro lado, rejeita categoricamente a prática denominada «*cherry picking*». Considera também que estes processos abrem às PME a possibilidade de participarem em projectos de grande envergadura.

4.5. A introdução de técnicas de aquisição mais flexíveis através da utilização de acordos-quadro é apresentada pela Comissão como uma necessidade de adaptar as directivas para possibilitar a utilização de técnicas de aquisição que permitam aos adquirentes beneficiar da evolução dos produtos e dos preços. Não sendo os acordos-quadro contratos públicos, por neles não serem fixados certos termos, e não podendo, consequentemente, dar lugar a execução nos mesmos moldes de um contrato, o Comité mantém certas dúvidas quando à

(*) N.T. — in JO L 336, de 23.12.1994.

(1) Cfr. ponto 17, quarto travessão, das «Conclusões da Presidência».

(2) A Comissão rejeita a hipótese de um período transitório destinado a impor a utilização em paralelo de meios tradicionais, pois considera que os prazos de adopção e de transposição da directiva em causa já exigirão, por si, um período de transição.

adopção desta medida. Não parece que tal medida deva figurar na directiva. Trata-se apenas de uma pré-selecção, já que os acordos-quadro seriam utilizados, em caso de aquisições recorrentes, para escolher certos operadores económicos que estariam posteriormente aptos a responder às necessidades do adquirente e — com a constante evolução do mercado certos produtos e serviços — a permitir-lhe efectuar aquisições em melhores condições. A dispensa da obrigação de publicação de um anúncio com os resultados da adjudicação dos contratos celebrados após um acordo-quadro é criticável face ao objectivo de transparência das condições de adjudicação dos contratos públicos. O procedimento previsto pode, por outro lado, criar práticas de «regateio» de preços por parte de certas entidades adjudicantes.

4.6. No que diz respeito às especificações técnicas, as disposições actualmente aplicáveis nesta matéria⁽¹⁾ têm por objectivo obrigar os adquirentes públicos a usar como referência alguns instrumentos exaustivamente enumerados para a definição das especificações técnicas, de forma a evitar qualquer vantagem a favor de um operador económico ou da produção nacional. Entre estes instrumentos figuram em primeiro lugar a norma — que é de preferência europeia, internacional, ou, à falta destas, nacional — e a aprovação técnica europeia, que é essencialmente requerida para produtos da construção, tal como previsto na Directiva 89/106/CEE.

4.6.1. A aplicação destas disposições levou, nalguns casos, a uma situação em que a norma foi considerada um instrumento obrigatório *de facto* e limitou, por conseguinte, enquanto obrigação oculta, a escolha do adquirente à aquisição de produtos em conformidade com a norma.

4.6.2. Esta situação inibe a inovação técnica. As alterações previstas aplicam-se a todas as aquisições de produtos, obras e serviços abrangidas pelas directivas ditas «clássicas», bem como às abrangidas pela directiva relativa aos sectores especiais.

4.6.3. O Comité considera que o novo texto do artigo 24.º está muito bem conseguido, pela referência que faz a termos de desempenho ou a exigências funcionais, bem como ao aumento do número de referências utilizáveis (n.º 5 e seguintes do artigo 24.º).

4.7. Igualmente de aplaudir é a admissão do recurso às variantes, constante no artigo 25.º, e a sujeição destas às mesmas disposições do que as previstas para as especificações técnicas. De notar, porém, que a utilização destas normas em todos os Estados-Membros não deve levar a que uma norma experimental seja reconhecida como equivalente a uma norma europeia absolutamente legítima.

4.8. As directivas existentes prevêm que a proposta seja publicada no JOCE (série «S») e no banco de dados TED (*Tenders*

Electronic Daily). A proposta de directiva limita-se a mencionar que o Serviço de Publicações da UE deve publicar os anúncios de concurso pelas vias oficiais. Já não se exige, portanto, que os anúncios de concurso estejam acessíveis numa base de dados específica, mas apenas que sejam divulgados na Internet, de modo não especificado. Sendo publicados 3 a 4 000 avisos de concursos por semana, é difícil para as empresas, sobretudo para as PME, saber quais correspondem ao seu domínio de actividade. O Comité encara com preocupação o facto de os anúncios já não serem publicados no banco de dados TED — ou num banco de dados indexável equivalente — que permite consultas rápidas e precisas. O Comité preconiza, portanto, que os concursos continuem, no mínimo, a ser publicados neste banco de dados.

4.9. O reforço das disposições relativas aos critérios de adjudicação e à selecção é uma excelente inovação, pois o que as directivas actuais dispõem em matéria de critérios de adjudicação (n.º 2 do artigo 36.º da Directiva 92/50/CEE; n.º 2 do artigo 26.º da Directiva 93/36/CEE e n.º 2 do artigo 30.º da Directiva 93/37/CEE) prevê que estes critérios devam ser indicados no anúncio de concurso no caderno de encargos, «se possível» por ordem decrescente de importância atribuída pela entidade adjudicante. Esta disposição é pouco vinculativa no que se refere à menção de uma ordem decrescente de importância e as entidades adjudicantes continuam a ter considerável margem discricionária no momento da adjudicação do contrato. É saudável estabelecer uma regra geral e prévia que obrigue a indicar um valor relativo dos critérios desde o início de qualquer processo. A nova directiva propõe impor a obrigação de mencionar logo no anúncio do concurso, ou no caderno de encargos, a ponderação relativa de cada critério⁽²⁾. O Comité apoia plenamente a ponderação dos critérios de adjudicação para determinar, no quadro do artigo 53.º da directiva, a «proposta economicamente mais vantajosa», o que permitirá aumentar a transparência dos processos de adjudicação de contratos e garantir a igualdade de tratamento dos proponentes. A regra de concursos limitados e processos por negociação que prevejam uma restrição do número de candidatos convidados a apresentar propostas mediante aplicação de critérios objectivos previamente anunciados é outra disposição bem conseguida. A garantia de remuneração de acordo com as disposições legislativas, regulamentares e administrativas nacionais não pode ser apenas exigida para os serviços prestados por profissionais liberais por conta própria, como, por exemplo, arquitectos e advogados. Analogamente, também haverá que estabelecer com efeito vinculativo obrigatoriamente na directiva direitos de ordem material para os trabalhadores europeus por conta de outrem. Importaria, por isso, aditar no n.º 1 do artigo 53.º da directiva, após «determinados serviços»: «[...]», e das obrigações em matéria de remuneração que resultam do disposto em convenções colectivas de trabalho ou das leis em vigor no local da prestação dos serviços, [...]».

⁽¹⁾ As directivas relativas a fornecimentos (93/36/CEE), empreitadas de obras públicas (93/37/CEE) e serviços (92/50/CEE) contêm disposições análogas em matéria de regras técnicas comuns. A directiva relativa aos «sectores especiais» (93/38/CEE) contém disposições em grande medida equivalentes.

⁽²⁾ Esta ponderação pode assumir diferentes formas (ser expressa em percentagens ou em parte relativa por referência a outro critério) e, de forma a manter uma certa flexibilidade, pode ser expressa em termos de uma margem, no interior da qual se situará o valor conferido a cada critério.

4.9.1. Se a entidade adjudicante justificar as medidas previstas para os contratos complexos (artigo 29.º), o dispositivo previsto parece satisfatório. O Comité salienta que não é desejável delimitar demasiado a noção de contrato público, já de si particularmente complexa, pois a evolução económica e técnica já dificultam a avaliação exacta deste conceito. Em contrapartida, o Comité congratula-se pelo facto de a entidade adjudicante dever indicar os critérios e as ponderações, o mais tardar, no convite à apresentação de propostas (para os concursos limitados ou processos por negociação) ou no convite ao diálogo (para os processos por negociação, no caso de contratos complexos). Nos outros casos (concursos públicos), a ausência de indicação sobre a ponderação relativa desde o início do processo poderá pôr em risco a sua validade.

4.9.2. A directiva deixa às entidades adjudicantes a tarefa de fixar o nível específico de capacidade e de experiência requerido para um contrato determinado, o que permite uma selecção efectiva dos candidatos em função das suas aptidões para cumprirem o contrato nas melhores condições. O recurso — no âmbito dos concursos limitados ou dos processos por negociação, com publicação de anúncio — à obrigação de justificar uma eventual redução do número de candidatos em função de níveis específicos de capacidade e experiência aumenta a transparência destes procedimentos.

4.9.3. Do mesmo modo, o Comité propõe que o texto da directiva especifique que um proponente poderá ser excluído caso se prove que cometeu uma infracção da legislação ambiental ou social. Tal exclusão já é possível de acordo com as directivas em vigor mas deve ser reforçada e clarificada por uma referência específica no texto da futura directiva.

4.9.3.1. O Comité crê em particular que deveriam ter-se em conta os antecedentes do proponente e ser excluído da participação num contrato todo o agente económico que tenha violado as normas dos Estados-Membros em matéria de emprego, incluindo a igualdade de tratamento. Desse modo, as empresas adjudicantes poderão excluir os proponentes que não tenham respeitado as normas nacionais e regionais destinadas a alcançar determinados objectivos sociais.

4.9.3.2. Também é importante avaliar as qualificações técnicas e profissionais dos proponentes através da adopção de critérios como o cumprimento ou não da legislação obrigatória quanto à promoção do emprego, à integração de pessoas excluídas do mercado de trabalho e à igualdade de tratamento; esses critérios deverão ser expressamente mencionados no aviso de concurso.

4.9.4. No que se refere ao artigo 49.º, o Comité considera oportuno indicar que alguns países da Comunidade criaram uma certificação de serviços e que este tipo de certificação deve figurar entre os critérios considerados neste artigo, sem poder, todavia, criar um obstáculo oculto à concorrência.

4.10. No atinente às propostas anormalmente baixas (artigo 54.º), seria útil prever que as entidades adjudicantes devessem obrigatoriamente examinar propostas que lhes parecessem anormalmente baixas em relação às demais propostas apresentadas em conformidade com as disposições do Acordo sobre os Mercados Públicos (n.º 4, alínea a), do artigo XIII). Importa, por outro lado, especificar que se essas justificações não forem satisfatórias, as propostas em causa devem ser obrigatoriamente rejeitadas. O Comité propõe que da directiva conste um método de prever garantias contratuais (ou de execução) e nela se disponha a faculdade de a entidade contratante exigir tal garantia para grandes contratos, isto é, aqueles cujo montante exceda os limiares previstos no artigo 8.º desta directiva. O objectivo deve consistir em garantir a transparência e a igualdade de tratamento, do ponto de vista fiscal e económico, na análise das propostas. As entidades adjudicantes devem ser submetidas a um processo particular de detecção, exame e rejeição desse tipo de propostas, independentemente de se tratar de proponentes públicos ou privados.

4.11. Os limiares actuais são extremamente diversificados. Não é fácil determinar o limiar aplicável a um concurso público específico. É urgente proceder a uma simplificação, reduzindo o número de limiares diferentes, eliminando todas as referências a «equivalente de DSE em euros» e indicando todos os limiares em euros até um limite compatível com as obrigações internacionais da Comunidade, a saber, o Acordo sobre os Contratos Públicos (ACP) celebrado no quadro das negociações multilaterais do Uruguay Round⁽¹⁾. Os limiares serão doravante indicados em euros e fixados em números redondos. Os limiares adoptados⁽²⁾ parecem satisfatórios ao Comité.

4.12. A utilização do Vocabulário Comum para os Contratos Públicos (*Common Procurement Vocabulary* — CPV) foi objecto de uma recomendação da Comissão em 1996⁽³⁾. Esta nomenclatura constitui uma evolução e um melhoramento das nomenclaturas CPA e NACE, no sentido de uma melhor adequação às especificidades do sector dos contratos públicos. Não obstante, uma vez que o CPV deverá ser objecto de uma proposta de regulamento do Conselho e do Parlamento Europeu, que o adoptará formalmente como a nomenclatura comunitária aplicável aos contratos públicos e organizará a sua manutenção, o Comité não é favorável à sua manutenção na directiva em exame.

(1) Decisão 94/800/CE do Conselho, de 22.12.1994, relativa à conclusão, em nome da Comunidade Europeia e em relação às matérias da sua competência, dos acordos resultantes das negociações multilaterais do Uruguay Round (1986-1994) (JO L 336 de 23.12.1994, p. 1).

(2) Directiva 93/37/CEE: um limiar único, aplicável a todos os contratos e concessões abrangidos no âmbito de aplicação da directiva, de 5 300 000 euros; Directivas 93/36/CEE e 92/50/CEE: dois limiares, aplicáveis a todos os contratos e concursos que se insiram nos domínios respectivos das directivas, de 1 300 000 euros ou de 200 000 euros, consoante a entidade adjudicante possua o estatuto de autoridade central ou não central.

(3) Recomendação 96/527/CE da Comissão, de 30.7.1996, relativa à utilização do Vocabulário Comum para os Contratos Públicos (CPV) para a descrição do objecto dos contratos públicos (JO L 222 de 3.9.1996).

4.13. O Comité apoia totalmente a chamada de atenção feita no artigo 55.º sobre os direitos exclusivos, que considera bastante importante. Infelizmente, essa lembrança não regula a concessão dos direitos exclusivos a montante, quando é a esse nível que o problema se coloca, sobretudo no que respeita às concessões de serviços. Isto inscreve-se no que já foi referido acerca da definição de contratos de concessão e de PPP, pelo

que o Comité insiste em afirmar que os elementos contidos na Comunicação interpretativa a este respeito se revestem de extrema importância, na medida em que indicam claramente que a concessão de direitos exclusivos se deve submeter às regras do Tratado e aos grandes princípios da jurisprudência europeia.

Bruxelas, 26 de Abril de 2001.

O Presidente
do Comité Económico e Social
Göke FRERICHS

ANEXO

ao parecer do Comité Económico e Social

Durante o debate foi rejeitada a seguinte alteração, que teve mais de 25 % dos votos expressos:

Ponto 2.3

Passa a ter a seguinte redacção:

«Ao avaliarem as propostas, as autoridades adjudicantes terão de tomar por base critérios directamente relacionados com o objecto do contrato público (i. é, produtos ou serviços) em causa e que respondam à finalidade de seleccionar a proposta melhor e economicamente mais vantajosa, de forma a que não haja discriminação entre os presumíveis adjudicatários.

Não obstante, as entidades adjudicantes poderão, com toda a legitimidade, ter em conta considerações de carácter social ou ambiental, sempre que visem assegurar o cumprimento da legislação nacional ou comunitária vigente naqueles domínios.»

Justificação

A avaliação de propostas para a adjudicação de um contrato público deve assentar em critérios directamente relacionados com o objecto do contrato e que respondam à finalidade de seleccionar a melhor e mais vantajosa das propostas, para favorecer a transparência, a concorrência, a não discriminação e a melhor adjudicação.

Enquanto os critérios ambientais se podem admitir como critérios de avaliação desde que seja respeitado o princípio enunciado no parágrafo precedente, as considerações de índole social, se não se referirem exclusivamente à observância de uma disposição legal, não se considera que tenham como finalidade a apreciação da proposta em si no que objectivamente tenha relação com o projecto a executar, podendo antes responder a imperativos políticos e a reivindicações de organizações sociais, pelo que não têm que ser transpostas para a adjudicação dos contratos públicos. Para lá do cumprimento da legalidade, a possibilidade de uma administração pública estabelecer arbitrariamente este tipo de cláusulas leva inevitavelmente à distorção da concorrência, prejudica o princípio da igualdade de oportunidades e a transparência, efeitos todos eles contrários ao que se pretende com a proposta de directiva — harmonizar procedimentos e promover o melhor funcionamento do mercado único.

Resultado da votação

Votos a favor: 46, votos contra: 59, abstenções: 0.

Ponto 2.6

Alterar o segundo período como segue:

«[...] Os critérios sociais também podiam ser especificamente referidos no artigo 53.º, desde que os mesmos não produzam, nem directa nem indirectamente, efeitos discriminatórios e que sejam impreterivelmente conciliáveis com o objecto principal do contrato. [...]»

Justificação

O critério adicional da não discriminação é importante para evitar abusos de carácter proteccionista. De resto, esta proposta de alteração corresponde à do parecer elaborado em paralelo (INT/074). Dever-se-ia velar pela coerência de ambos os pareceres.

Resultado da votação

Votos a favor: 50, votos contra: 61, abstenções: 1.

Ponto 4.9

Elidir os últimos três períodos (a partir de «A garantia de remuneração [...]).

Justificação

A garantia de remuneração constante do artigo 53.º, em conformidade com disposições legislativas, regulamentares e administrativas nacionais, é já de si bastante problemática. Torná-la extensiva, como aqui se pretende, a «disposições de convenções colectivas de trabalho e às leis em vigor no local da prestação dos serviços» teria por efeito dificultar grandemente, se não impedir totalmente, qualquer forma de concorrência transfronteiriça. O acatamento das «leis vigentes no local» representa uma barreira para os concorrentes estrangeiros. De resto, as convenções colectivas de trabalho não são disposições legais, mas acordos celebrados entre as partes — a sua observância obrigatória discriminaria todas as empresas que deles não fossem signatárias.

Resultado da votação

Votos a favor: 51, votos contra: 61, abstenções: 1.

Ponto 4.9.3

Completar no final do primeiro período como segue:

«[...] caso se prove judicialmente que cometeu uma infracção da legislação ambiental ou social. [...]»

Justificação

Só é admissível a exclusão de um proponente se este tiver sido condenado por sentença transitada em julgado.

Resultado da votação

Votos a favor: 40, votos contra: 73, abstenções: 4.

Pontos 4.9.3.1 e 4.9.3.2

Elidir ambos os pontos.

Justificação

A aqui requerida exclusão, por duração ilimitada, de um contrato, de proponentes que «tenham violado as normas dos Estados-Membros em matéria de emprego» e, além disso, a exigência de avaliar os proponentes com base em critérios destinados a provar «o cumprimento ou não da legislação obrigatória [nacional]» levaria, na prática, a práticas discriminatórias absolutamente incontroláveis e possivelmente também arbitrárias, que vitimariam, em especial, os concorrentes estrangeiros. Até insignificantes infracções de leis nacionais podiam levar à exclusão de proponentes, a morosos procedimentos de verificação dos antecedentes ou mesmo a processos judiciais. Por outro lado, só a verificação destes critérios já colocaria enormes problemas às administrações públicas.

Reformular o ponto 4.9.3 é o bastante para eliminar a possibilidade de infracções graves. As outras exigências lesam o princípio da proporcionalidade e não deviam constar do documento.

Resultado da votação

Votos a favor: 53, votos contra: 71, abstenções: 1.

Durante o debate em secção foi rejeitada a seguinte alteração, que teve mais de 25 % dos votos expressos:

«2.5. O Comité também se questiona sobre a ausência, no texto proposto, de referências a questões ambientais determinantes para o futuro da Europa. A tomada em conta de critérios ambientais que sejam razoavelmente compatíveis com o objecto do contrato e não o desvirtuem poderia figurar mais especificamente no artigo 53.º Tal só seria necessário desde que esses critérios constituíssem um elemento determinante para o impacto ambiental do modo de realização das obras proposto pelos concorrentes.»

Resultado da votação

Votos a favor: 48, votos contra: 30, abstenções: 4.
