



PARLAMENTO EUROPEU

2009 - 2014

Comissão do Mercado Interno e da Protecção dos Consumidores

2009/2175(INI)

5.2.2010

PROJECTO DE RELATÓRIO

sobre novos desenvolvimentos na adjudicação de contratos públicos
(2009/2175(INI))

Comissão do Mercado Interno e da Protecção dos Consumidores

Relator: Heide Rühle

ÍNDICE

	Página
PROJECTO DE RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU	3
EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS.....	10

PROJECTO DE RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU

sobre novos desenvolvimentos na adjudicação de contratos públicos (2009/2175(INI))

O Parlamento Europeu,

- Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia e, nomeadamente, as alterações introduzidas pelo Tratado Reformador de Lisboa,
- Tendo em conta as Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE relativas aos processos de adjudicação de contratos públicos e a Directiva 2007/66/CE relativa aos procedimentos de recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos,
- Tendo em conta a comunicação da Comissão de 19 de Novembro de 2009 - Mobilizar o investimento privado e público com vista ao relançamento da economia e à mudança estrutural a longo prazo: desenvolver parcerias público-privadas (COM(2009)0615),
- Tendo em conta a comunicação da Comissão de 5 de Maio de 2009 - Contribuir para o desenvolvimento sustentável: o papel do comércio equitativo e dos programas não governamentais de garantia da sustentabilidade relacionados com o comércio (COM(2009)215),
- Tendo em conta a comunicação da Comissão de 16 de Julho de 2008 - Contratos públicos para um ambiente melhor (COM(2008)0400),
- Tendo em conta a comunicação interpretativa da Comissão, de 5 de Fevereiro de 2008, sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI) (C(2007)6661),
- Tendo em conta o "Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos" (documento de trabalho dos serviços da Comissão SEC(2008)2193),
- Tendo em conta a comunicação interpretativa da Comissão, de 1 de Agosto de 2006, sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos (Jornal Oficial 2006/C 179/02),
- Tendo em conta os seguintes acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias:
 - de 19 de Abril de 2007, C-295/05 Tragsa,
 - de 18 de Dezembro de 2007, C-532/03 Irlanda (Serviços de transporte de urgência em ambulância),
 - de 13 de Novembro 2008, C-324/07 Coditel Brabant,
 - de 9 de Junho de 2009, C-480/06 Serviços municipais de Hamburgo,

- de 10 de Setembro de 2009, C-206/09 Eurawasser,
 - de 9 de Outubro de 2009, C-573/07 Sea Srl,
 - de 15 de Outubro de 2009, C-196/08 Acoset,
 - de 15 de Outubro de 2009, C-275/08 Central informática de Baden-Wurtemberg,
 - Tendo em conta as conclusões finais do Advogado-Geral Paolo Mengozzi, de 17 de Novembro de 2009, no processo C-451/08,
 - Tendo em conta os seguintes estudos:
 - "Evaluation of Public Procurement Directives Markt/2004/10/D Final Report", Europe Economics, 15 de Setembro de 2006, e
 - "The Institutional Impacts of EU Legislation on Local and Regional Governments, A Case Study of the 199/31/EC Landfill Waste and 2004/18/EC Public Procurement Directives", European Institute of Public Administration (EIPA), Setembro de 2009,
 - Tendo em conta a sua resolução, de 3 de Fevereiro de 2009, sobre "Contratos públicos em fase pré-comercial: Promover a inovação para garantir serviços públicos sustentáveis de alta qualidade na Europa"¹,
 - Tendo em conta a sua resolução, de 20 de Junho de 2007, sobre "Problemas específicos na transposição e execução da legislação em matéria de contratos públicos e a sua relação com a Agenda de Lisboa"²,
 - Tendo em conta a sua resolução, de 26 de Outubro de 2006, sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões³,
 - Tendo em conta o artigo 48.º do seu Regimento,
 - Tendo em conta o relatório da Comissão do Mercado Interno e da Protecção dos Consumidores, assim como os pareceres da Comissão do Comércio Internacional e da Comissão do Desenvolvimento Regional (A7-0000/2010),
- A. Considerando que a crise económica e financeira evidenciou a grande importância económica dos contratos públicos, que as administrações públicas, no entanto, só poderão cumprir correctamente as suas tarefas em prol da comunidade se gozarem da necessária segurança jurídica e se os procedimentos não forem demasiado complexos,
- B. Considerando que a revisão das directivas de 2004 relativas aos processos de adjudicação de contratos públicos deveria conduzir a uma simplificação, modernização e flexibilização, assim como a uma maior segurança jurídica,

¹ Textos aprovados, P6_TA(2009)0037.

² JO C 146E de 12.6.2008, p. 227.

³ JO C 313E de 20.12.2006, p. 447.

- C. Considerando que o Tratado Reformador de Lisboa reconhece, pela primeira vez, o direito de autogestão das colectividades regionais e locais no direito primário da União Europeia, tendo introduzido, de modo reforçado, o princípio da subsidiariedade e o direito ao recurso à via judicial, não só dos parlamentos nacionais, mas também do Conselho das Regiões,

Observações na generalidade

1. Lamenta que os objectivos visados pela revisão das directivas sobre o processo de adjudicação de contratos públicos de 2004 ainda não tenham sido atingidos; espera, porém, que os acórdãos mais recentes do TJCE contribuam para esclarecer as questões jurídicas pendentes e que se registre uma diminuição do número de processos de recurso;
2. Lamenta ainda que a articulação entre o direito comunitário, nacional e regional, em especial, através de múltiplas iniciativas no domínio da *soft law* (instrumentos jurídicos não vinculativos) por parte da Comissão Europeia e dos respectivos serviços, assim como através da interpretação de tribunais europeus, tenha levado a um regime jurídico complexo e pouco transparente, que coloca sobretudo os pequenos municípios e autarquias, mas também as pequenas e médias empresas, perante graves problemas de ordem jurídica, que estas já não conseguem resolver sem grandes esforços ou sem o recurso a consultoria jurídica externa; exorta vivamente a Comissão a encontrar soluções para auxiliar estas entidades e a examinar igualmente, no âmbito da iniciativa "legislar melhor", os efeitos da *soft law*, nomeadamente, à luz dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade;
3. Esclarece que as iniciativas europeias no domínio da adjudicação de contratos públicos deverão ser mais bem coordenadas, de modo a não ameaçar a coerência com as directivas relativas aos procedimentos de adjudicação de contratos públicos e a não criar problemas jurídicos aos que as aplicam na prática; exige, por conseguinte, uma coordenação obrigatória no seio da Comissão Europeia, incluindo uma presença uniforme na Internet, com o intuito de melhorar a transparência e a facilidade de utilização da legislação;
4. Acusa a falta de transparência existente no tocante à composição e resultados dos trabalhos do grupo consultivo dos serviços internos da Comissão que se dedica aos processos de adjudicação de contratos públicos, apelando à Comissão no sentido de zelar por uma composição equilibrada e uma maior transparência, tanto daquele comité, como do comité que a Comissão pretende instituir para tratar das parcerias público-privadas;
5. Insta a Comissão a ter em conta as conclusões do presente relatório ao examinar as directivas relativas aos processos de adjudicação de contratos públicos; espera que esse exame seja efectuado mediante o envolvimento de todos os círculos interessados; chama a atenção, a título cautelar, para o facto de, em seu entender, ainda ser cedo para proceder a uma revisão das referidas directivas; defende, porém, caso a revisão

venha a ser efectuada em data posterior, a inclusão da directiva relativa aos meios de recurso em matéria de contratos públicos, de modo a contrariar uma fragmentação ainda mais acentuada das disposições regulamentares em matéria de adjudicação de contratos públicos; é da opinião que ainda não é possível avaliar as consequências práticas da actual directiva, uma vez que esta ainda não foi implementada em todos os Estados-Membros;

Observações na especialidade

6. Recorda que o Tratado Reformador de Lisboa, que vigora desde 1 de Dezembro de 2009, reconhece, pela primeira vez, no direito primário da União Europeia, o direito à autonomia regional e local (n.º 2 do artigo 4.º do Tratado da União Europeia); salienta que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) já abordou, no quadro de vários acórdãos, a questão do direito do poder local à autonomia administrativa, chamando a atenção para a possibilidade de as autoridades públicas recorrerem aos seus próprios meios para darem execução às suas missões de serviço público, podendo esse direito ser exercido em colaboração com outras autoridades públicas (C-324/07); chama ainda a atenção para o acórdão da Grande Secção do TJCE de 9 de Junho de 2009 (C-480/06), que concluiu, a título complementar, que o direito comunitário não prevê qualquer forma jurídica especial para a assunção conjunta das tarefas por parte das autoridades públicas; entende, por esse motivo, que as parcerias público-privadas, como as sociedades cooperativas intermunicipais e outras formas de cooperação a nível nacional, deveriam ser isentas da aplicação do direito comunitário em matéria de adjudicação de contratos públicos desde que satisfaçam os seguintes critérios de modo cumulativo:
 - Tratar-se da prestação conjunta de uma tarefa pública que incumba a todas as autoridades locais,
 - na qual participem exclusivamente autoridades públicas, ou seja, sem inclusão de entidades privadas,
 - sendo a actividade em causa exercida, na sua essência, para ambas as autoridades públicas envolvidas;
7. Chama a atenção para o facto de o TJCE ter decidido, no seu acórdão de 10 de Setembro de 2009 (C-573/07), que a mera possibilidade de uma abertura, a investidores privados, do capital de uma sociedade anteriormente pública só fica sujeita à legislação em matéria de contratos públicos se, no momento da adjudicação, já existir a intenção concreta de proceder em breve a uma abertura de capital; conclui que, a este título, a jurisprudência alcançou entretanto suficiente clareza; exorta a Comissão e os Estados-Membros a informarem sobre as consequências legais destes acórdãos e espera que, no futuro, não se verifiquem mais reclamações;
8. Lembra que, nos termos do n.º 3, alínea b), do artigo 1.º da Directiva 2004/17/CE e do artigo 4.º da Directiva 2004/18/CE, as concessões de serviços constituem contratos, nos quais "a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito

de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento"; salienta que as concessões de serviços foram excluídas do âmbito de aplicação das regras da adjudicação de contratos públicos para dotar as entidades adjudicantes e os adjudicatários de mais flexibilidade; recorda que também o TJCE sustentou, em diferentes acórdãos, que as concessões de serviços não são abrangidas pela presente directiva, mas, sim, pelos princípios gerais do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (proibição da discriminação, igualdade de tratamento e transparência) e que os poderes públicos devem continuar a ter a possibilidade de garantir a prestação de serviços através de uma concessão, se entenderem que se trata da melhor maneira de assegurar o serviço de interesse geral em causa, desde que o poder público transfira para o concessionário a totalidade do risco de exploração que suporta, mesmo que esse risco seja muito limitado, devido às modalidades de direito público da organização do serviço (Acórdão C-206/08, de 10 de Setembro de 2009, n.ºs 72 - 75);

9. Toma nota da comunicação da Comissão, de 19 de Novembro de 2009, sobre o desenvolvimento de parcerias público-privadas e aguarda, com muito interesse, a respectiva avaliação de impacto; realça que tanto a complexidade dos processos como as grandes disparidades na cultura e prática jurídicas entre os Estados-Membros deverá ser tida devidamente em conta nas concessões de serviços, duvidando, por isso, das vantagens de uma proposta de acto legislativo sobre a concessão de serviços; entende que, através das directivas de 2004, relativas ao processo de adjudicação de concursos públicos, e da jurisprudência complementar do TJCE, se encontra, entretanto, concluído o debate sobre a definição de concessão de serviços e do respectivo enquadramento jurídico;
10. Congratula-se com a explicação jurídica das condições em que a legislação em matéria de adjudicação de contratos públicos se aplica às parcerias público-privadas institucionalizadas, dada a grande importância que a Comissão lhes atribui, na sua comunicação de 19 de Novembro de 2009, em termos de combate às alterações climáticas e de fomento de energias regenerativas e transportes sustentáveis; assinala que as directivas relativas à adjudicação de contratos públicos se aplicam sempre que se pretender confiar uma tarefa a uma empresa privada, por mais pequena que seja a sua quota; salienta, porém, que tanto a Comissão, na sua comunicação de 5 de Fevereiro de 2008, como o Tribunal de Justiça, no seu acórdão de 15 de Outubro de 2009 (C-196/08), concluíram que, para a contratação e cedência de determinadas tarefas a uma parceria público-privada criada de raiz não é necessário um concurso público duplo; faz, contudo, notar que as seguintes condições deverão ser preenchidas de modo cumulativo, para que a cedência de uma concessão a uma empresa mista público-privada previamente constituída para esse fim se possa processar sem sujeição às regras da adjudicação de contratos públicos:
 - A selecção do sócio privado decorre mediante um procedimento público, no qual se verificam os aspectos financeiros, técnicos, operativos e técnico-administrativo, bem como as características da oferta face aos requisitos do serviço a prestar.
 - A empresa mista público-privada preserva inalterado o seu objecto social durante toda a vigência da concessão. No entender do TJCE, qualquer modificação substancial do objecto social ou da missão a transferir implicaria a abertura obrigatória de um concurso público; considera, por esse motivo, esclarecida a

questão da aplicação da legislação em matéria de adjudicação de contratos públicos a parcerias público-privadas institucionalizadas e insta a Comissão e os Estados-Membros a divulgarem esse facto em conformidade;

11. Aguarda com grande interesse o acórdão do TJCE no processo C-451/08 e espera ver esclarecidas as questões controversas no domínio do planeamento urbanístico; sustenta o parecer do Advogado-Geral do Tribunal de Justiça de 17 de Novembro de 2009 nesse mesmo processo: "Os amplos e ambiciosos objectivos da directiva, que importa ter em mente na interpretação da mesma, não devem no entanto alimentar a ideia de que, tomando como base os objectivos desse texto, o seu âmbito de aplicação possa ser alargado sem limites (n.º 35). Admitindo essa posição, arriscamo-nos a ter que admitir também a hipótese, por absurda que seja, da sujeição às regras da directiva *de todas as actividades de regulamentação urbanística*: com efeito, por definição, todas as disposições que regulam a possibilidade de realizar obras de construção alteram de forma substancial o valor dos terrenos a que se referem (n.º 35)."
12. Lembra que o Parlamento Europeu se associou à queixa apresentada ao TJCE contra a comunicação interpretativa da Comissão, de 1 de Agosto de 2006, sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos, aguardando uma decisão para breve;
13. Assinala a enorme relevância da adjudicação de contratos públicos para a protecção do clima, a eficiência energética, o ambiente e a inovação, reiterando que as administrações públicas devem ser encorajadas e dotadas de condições para utilizarem critérios ecológicos, sociais e outros na adjudicação de contratos públicos; saúda o recurso a formas práticas de auxiliar as autoridades públicas e outros serviços oficiais no desenvolvimento de modalidades sustentáveis de aprovisionamento, encorajando a Comissão e os Estados-Membros a realizarem acções de formação e campanhas de informação com vista a uma maior sensibilização para estas questões; chama a atenção para o facto de, precisamente no domínio dos critérios sociais, um processo semelhante se afigurar promissor;
14. Sugere o desenvolvimento de uma base de dados, de modo a poder utilizar os critérios subjacentes a cada uma das *labels* no contexto do aprovisionamento público; exorta a Comissão a tomar gradualmente iniciativas a nível europeu e internacional com vista à harmonização de *labels* e dos critérios que lhes estão na base; espera que os Estados-Membros sejam envolvidos plenamente nesse processo; chama, ao mesmo tempo, a atenção para os efeitos negativos de um mercado fragmentado devido à multiplicidade de *labels* regionais, nacionais, europeias e internacionais que existem sobretudo nos domínios da inovação e da investigação;
15. Constata a falta de clareza no domínio da adjudicação socialmente responsável de contratos públicos e insta a Comissão a oferecer ajudas neste domínio sob a forma de manuais; chama a atenção, neste contexto, para as condições de enquadramento alteradas por força do Tratado Reformador de Lisboa e da Carta dos Direitos Fundamentais e espera que esses princípios sejam aplicados na prática pela Comissão; deixa bem claro, em relação à problemática em causa, que os critérios sociais se

referem basicamente ao processo de fabrico, pelo que, na maioria dos casos, não são reconhecíveis no produto final e, no caso de uma produção objecto de globalização e de cadeias de distribuição complexas, não permitem um fácil controlo; aguarda, por conseguinte, também no sector da adjudicação de contratos públicos com responsabilidade social, o desenvolvimento de critérios precisos e fáceis de conferir, ou o desenvolvimento de uma base de dados com critérios especificamente orientados para os produtos; chama a atenção para a dificuldade e os custos que a verificação do cumprimento dos critérios representaria para os serviços públicos de aprovisionamento, exortando a Comissão a oferecer auxílio em conformidade, bem como a fomentar instrumentos que permitam certificar a fiabilidade das cadeias de distribuição;

16. Encarrega o seu Presidente de transmitir a presente resolução ao Conselho e à Comissão.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

O volume de negócios anual do aprovisionamento público de bens e serviços na União Europeia eleva-se a mais de 16% do produto interno bruto, ou seja, acima de 1.500 mil milhões de euros¹. Contudo, por representar cerca de 3% do volume total, a sua parte transfronteiriça é reduzida. A principal missão dos serviços de aprovisionamento público consiste na compra, favorável em termos económicos e de custos, de bens e serviços para dar cumprimento à missão de serviço público.

No entanto, os poderes públicos não são um operador económico como os demais, possuindo uma responsabilidade especial, na medida em que administram dinheiros públicos. O aprovisionamento público deveria, sempre que possível, prestar um contributo para a resolução dos grandes desafios: superar a crise económica e financeira, as alterações climáticas e a crescente crise de pobreza nos países do Sul.

Não restam dúvidas que as entidades adjudicantes públicas tiram partido do mercado único europeu e das suas regras: mercados maiores criam uma maior liberdade de escolha, o que conduz a preços mais baixos e a uma melhor qualidade; uma maior transparência contribui para o combate à corrupção e à fraude; a cooperação transfronteiriça gera novas possibilidades de intervenção e aquisição de experiências. Mas também existe o verso da moeda: em muitos Estados-Membros, as autoridades regionais e locais são as principais entidades adjudicantes de contratos públicos. E é precisamente nelas que, na actual crise económica, as directivas relativas aos contratos públicos reduzem as possibilidades de actuação, encarecendo e atrasando os processos de adjudicação.

Também os adjudicatários, sobretudo as pequenas e médias empresas, sofrem com os processos burocráticos e a falta de segurança jurídica. Existem numerosos estudos que comprovam os custos adicionais e a maior lentidão dos processos, aos quais não é possível fazer aqui uma referência especial.

Inseguranças jurídicas

As causas desta evolução situam-se a diferentes níveis. A revisão das directivas sobre a adjudicação de contratos públicos em 2004 tinha por objectivo simplificar, modernizar e dotar de maior flexibilidade o processo de adjudicação de contratos públicos. Contudo, esse objectivo não foi alcançado.

Por um lado, em relação a alguns aspectos, as próprias directivas não são suficientemente claras, tendo as diferenças políticas no Conselho e no Parlamento conduzido a compromissos formais, a lacunas e incoerências no acto legislativo.

Por outro lado, a transposição nos Estados-Membros levou muito tempo, as disposições das directivas tornaram-se, em muitos casos, ainda mais severas, foram introduzidos novos critérios, não tendo, em contrapartida, sido retomados certos instrumentos de flexibilização; em suma, a legislação comunitária não foi transposta à letra.

As inseguranças jurídicas conduziram à apresentação de múltiplos processos de recurso e a um elevado número de processos judiciais perante tribunais nacionais e europeus. A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a *soft law* da Comissão Europeia tentaram colmatar os vazios jurídicos, o que não favoreceu a transparência.

¹ Dados segundo o Fundo Monetário Internacional para 2006, valor nominal do PIB em milhões de dólares norte-americanos, com base na taxa de câmbio de Outubro de 2007 para a UE: 14.609.840 milhões de dólares norte-americanos – ainda que daí seja gasta uma parte considerável na aquisição de bens de defesa.

Todas estas circunstâncias conduziram a um regime jurídico complexo, que coloca sobretudo os pequenos municípios e autarquias, mas também as pequenas e médias empresas, perante sérios problemas jurídicos, que só conseguirão resolver mediante esforços acrescidos ou recorrendo a consultores jurídicos externos. Entretanto, importantes projectos de adjudicação permanecem parados. Não existe nenhum outro sector onde se verifiquem tantos litígios jurídicos. A aplicação incorrecta das disposições relativas à adjudicação de contratos públicos inscreve-se no grupo das principais fontes de erro no domínio dos fundos estruturais europeus.

As principais temáticas do debate jurídico dizem respeito, entre outros, ao sector das parcerias entre duas partes exclusivamente públicas, ao sector do planeamento urbanístico (incluindo a construção de habitações sociais) e às concessões de serviços. Mas também existem incertezas no domínio das parcerias público-privadas, da aquisição de produtos do comércio dito justo, da aplicação das directivas relativas ao processo de adjudicação abaixo dos limiares, assim como relativamente à possibilidade de, no aprovisionamento público, ter em conta critérios sociais como remuneração igual, justiça em matéria de género, cumprimento de convenções colectivas de trabalho, ocupação de desempregados de longa duração ou a situação dos jovens com reduzido índice de empregabilidade.

Falta de coordenação no seio da Comissão Europeia

Além do anteriormente exposto, falta ainda uma maior coordenação no seio da Comissão Europeia. Muitos serviços "descobriram" na adjudicação de contratos públicos um instrumento para atingir objectivos, algo para o que a União Europeia não dispõe, de resto, de meios financeiros suficientes ou não tem competência legal. Naturalmente, faz sentido encorajar os adjudicadores públicos e apoiar um aprovisionamento ecológico e responsável do ponto de vista social, apoiando a investigação e a inovação. Mas a grande variedade de iniciativas não tem conduzido a uma maior clareza dos preceitos legais, anulando o que seria um objectivo digno de ser apoiado. *Soft law* em abundância excessiva acarreta incoerências jurídicas adicionais.

Ao desenvolver instrumentos de *soft law*, a Comissão deveria ter em atenção a proporcionalidade e as suas consequências práticas a nível local. O estudo mais recente do European Institute of Public Administration (EIPA) "The Institutional Impacts of EU Legislation on Local and Regional Governments, A Case Study of the 199/31/EC Landfill Waste and 2004/18/EC Public Procurement Directives", denuncia, entre outras coisas, a forte utilização de *soft law*, afirmando que "usar *soft law* para regular aspectos muito importantes da directiva é mais uma das deficiências graves: não é possível antever o impacto institucional da *soft law*". No âmbito da iniciativa para uma melhor legislação, convinha igualmente avaliar os efeitos da *soft law* e a questão da subsidiariedade e da proporcionalidade (estudo de impacto abreviado).

Infelizmente, falta equilíbrio político na transposição da legislação comunitária em matéria de adjudicação de contratos públicos. Apesar de existir um grande número de iniciativas, manuais e meios auxiliares no domínio do aprovisionamento ecológico e eficiente do ponto de vista energético, a última comunicação da Comissão no domínio do aprovisionamento social data de 2000, ou seja, antes da revisão das directivas relativas aos concursos públicos. No sector, particularmente complexo do ponto de vista jurídico, do aprovisionamento justo, só existe até à data uma única comunicação, nenhuns meios auxiliares do trabalho e nenhuns manuais. Tal poderia ser interpretado incorrectamente como tratando-se de uma definição de prioridades indirecta por parte da Comissão Europeia.

A relatora insiste, portanto, em que haja uma melhor coordenação do processo de adjudicação

de contratos públicos no seio da Comissão entre os diferentes serviços da Comissão e uma estratégia conjunta facilmente reconhecível no domínio do aprovisionamento público, incluindo uma presença uniforme na Internet, para melhorar a transparência e a qualidade da legislação.

Além disso, seriam desejáveis mais iniciativas na organização da troca de experiências, no desenvolvimento de processos e métodos de validade comprovada e no apoio a programas de formação nos Estados-Membros. Esses programas não deveriam apenas dirigir-se às entidades locais responsáveis pelo aprovisionamento, mas abranger também decisores políticos e outros actores, sobretudo organizações não governamentais, que prestam serviços sociais. Nesse contexto, poder-se-ia igualmente tirar partido das experiências da França, uma vez que este modelo é actualmente testado naquele país.

O relatório critica ainda a falta de transparência no tocante à composição e aos resultados dos trabalhos do grupo consultivo dos serviços internos da Comissão que trata das questões da adjudicação de contratos públicos, apelando à Comissão no sentido de zelar por uma composição equilibrada e maior transparência, tanto naquela instância como no comité que a Comissão prevê criar para tratar das parcerias público-privadas

Esclarecimento jurídico das parcerias público-privadas pelo TJCE

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, alterou-se o panorama jurídico. Acima de tudo, foi reforçado o papel das autoridades locais e regionais. Pela primeira vez foi reconhecido, no direito primário da União Europeia, o direito a autonomia administrativa à escala regional e local (n.º 2 do artigo 4.º do Tratado da União Europeia):

"A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respectiva identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional."

Inclusivamente o novo protocolo sobre os serviços de interesse geral (n.º 26) salienta no seu artigo 1.º:

"o papel essencial e o amplo poder de apreciação das autoridades nacionais, regionais e locais para prestar, mandar executar e organizar serviços de interesse económico geral de uma forma que atenda tanto quanto possível às necessidades dos utilizadores."

Em diferentes acórdãos, ainda antes da entrada em vigor do novo Tratado, o TJCE já referira a questão da autonomia local, indicando que a "possibilidade de as autoridades públicas recorrerem aos seus próprios meios para darem execução às suas missões de serviço público pode ser exercida em colaboração com outras autoridades públicas" (C-480/06 Stadtwerke Hamburg). Desse modo, o TJCE reforça a liberdade de escolha das autarquias e a autonomia administrativa das mesmas. Todavia, os acórdãos não representam uma luz verde para todo e qualquer tipo de cooperação entre autarquias. O TJCE entende que as parcerias público-públicas, como as cooperativas intermunicipais e a cooperação a nível interno são isentas da aplicação das disposições comunitárias em matéria de adjudicação de contratos públicos sempre que se cumpram os seguintes critérios:

1. Tratar-se da prestação conjunta de uma missão pública que incumba a todas as autoridades locais,
2. na qual participem exclusivamente autoridades públicas, ou seja, sem inclusão de entidades privadas,

3. sendo a actividade em causa exercida, na sua essência, para ambas as autoridades públicas envolvidas.

Além disso, o TJCE reiterou que a mera possibilidade da abertura de uma parceria público-pública a participações privadas não constituiria um obstáculo, desde que no momento da adjudicação não houvesse já uma intenção concreta nesse sentido.

Desse modo, fica suficientemente esclarecido um domínio controverso da adjudicação dos contratos públicos. Uma consequência inevitável desta jurisprudência é a Comissão abandonar a ideia de abrir, neste domínio, processos de infracção do Tratado contra os Estados-Membros e dar início, em conjunto com o Parlamento e as partes interessadas, aos trabalhos com vista à consolidação da jurisprudência do TJCE. A esse título, o presente relatório deveria constituir uma primeira base.

Esclarecimento jurídico das concessões de serviços

As concessões de serviços são definidas, pela primeira vez, na versão revista das directivas, como tratando-se de contratos, nos quais "a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento". Foram excluídas explicitamente pelo legislador do âmbito de aplicação das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos, de modo a proporcionar uma maior flexibilidade às entidades adjudicantes e aos adjudicatários e a ter em conta a variedade de culturas e tradições jurídicas nos Estados-Membros. Este princípio foi reiterado pelo TJCE num seu recente acórdão (C-206/09 Eurawasser, de 10.09.2009). As concessões de serviços não são abrangidas pelas referidas directivas, mas unicamente pelo regime "mais ligeiro" dos Tratados da UE. O TJCE procedeu ainda, no mesmo acórdão, a uma delimitação mais exacta do critério da transferência de riscos. Na opinião daquela instituição, as concessões de serviços no domínio da gestão dos recursos hídricos não excluem que a relação de utilização seja regulamentada em estatutos e dotada de uma obrigação de ligação à rede e utilização dos respectivos serviços. O risco económico necessariamente subjacente a uma concessão de serviços poderá igualmente circunscrever-se a um âmbito limitado. O TJCE insiste em que as entidades adjudicantes do sector público são livres de prestar os serviços através de uma concessão dos mesmos, se entenderem que essa é a melhor forma de assegurar a prestação do serviço de interesse geral em causa. Deste modo, o TJCE esclarece definitivamente mais um domínio que frequentemente dava azo a discussões jurídicas.

Esclarecimento no domínio das parcerias público-privadas

Houve ainda outros domínios em que foi possível alcançar uma maior clareza graças aos esforços da Comissão e do TJCE: tanto a Comissão, na sua comunicação de 2008 sobre as parcerias público-privadas, como o TJCE, no seu acórdão de 15 de Outubro de 2009 (C-1906/08 Acoset), concluíram que para contratar e ceder determinadas tarefas a uma parceria público-privada constituída de raiz não é necessário um concurso público duplo. Assim, a cedência de uma concessão a uma sociedade público-privada anteriormente constituída para esse efeito seria possível sem a abertura de um concurso público, desde que se encontrem reunidas as seguintes condições:

- A selecção do sócio privado decorre mediante um procedimento público, no qual se verificam os aspectos financeiros, técnicos, operativos e técnico-administrativos, bem como as características da oferta face aos requisitos do serviço a prestar;
- A empresa mista público-privada preserva inalterado o seu objecto social durante toda a vigência da concessão. No entender do TJCE, qualquer modificação

substancial do objecto social ou da missão a transferir implicaria a abertura obrigatória de um concurso público;

Deste modo, passa a existir, igualmente para o domínio das parcerias público-privadas, suficiente clareza jurídica.

Planeamento urbanístico

Todavia, ainda não ficam resolvidos todos os problemas. Um domínio que suscita actualmente problemas particularmente preocupantes é o planeamento urbanístico. A este título, foi alargado, através de uma interpretação alargada, sobretudo por parte de tribunais alemães, nos termos do acórdão do TJCE no processo C-220-05 Roanne, o âmbito de aplicação das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos a domínios que as mesmas não visavam à partida. Deve, contudo, ser possível às autoridades locais vender terrenos com imposição de determinadas condições (como, por exemplo, a obrigação de o urbanizar no espaço de dois anos), sem ter de sujeitar essa venda a nível europeu aos critérios da adjudicação de contratos públicos. De outro modo, correr-se-ia o risco de *"ter que admitir também a hipótese, por absurda que seja, da sujeição às regras da directiva de todas as actividades de regulamentação urbanística: com efeito, por definição, todas as disposições que regulam a possibilidade de realizar obras de construção alteram de forma substancial o valor dos terrenos a que se referem"* (citação do advogado-geral Paolo Mengozzi nas suas alegações finais perante o TJCE em 17.11.2009).

As directivas relativas à adjudicação de contratos públicos não foram idealizadas para semelhantes casos e espera-se que o Tribunal siga a orientação do advogado-geral.

Aprovisionamento sustentável e inovador

Enquanto no domínio do aprovisionamento sustentável existem uma série de instrumentos de auxílio, como a caixa de ferramentas GPP, a 'Procura+Kampagne' ou o 'TopTen Pro', que prestam auxílio às autoridades a outras instituições públicas a nível do aprovisionamento sustentável, existindo, no caso do aprovisionamento inovador, uma comunicação da Comissão sobre a adjudicação pré-comercial de contratos públicos e uma comunicação sobre uma iniciativa relativa ao mercado líder, faltam iniciativas semelhantes no domínio do aprovisionamento socialmente responsável. Contudo, o Tratado Reformador de Lisboa insistiu igualmente na importância de uma Europa social. Sobretudo no seu novo n.º 3 do artigo 3.º do TUE, assim como na Carta dos Direitos Fundamentais agora vinculativa do ponto de vista jurídico, a orientação exclusivamente económica dada até à data à União Europeia foi agora alargada a objectivos sociais vinculativos. Este facto deverá reflectir-se igualmente nas iniciativas da Comissão.

Sobretudo o domínio do aprovisionamento socialmente responsável padece do facto de os critérios sociais se limitarem, essencialmente, ao processo de fabrico e não serem, por regra, reconhecíveis no produto final, pelo que, no caso da globalização da produção e de cadeias de distribuição complexas, se tornam mais dificilmente controláveis. A situação tornar-se-á ainda mais complexa e menos transparente pelo facto de, no concurso, deverem ser igualmente autorizados certificados passados pelo próprio titular de modo a não violar a proibição de discriminação. A respectiva verificação constitui uma sobrecarga para a maioria das autoridades públicas responsáveis pelo aprovisionamento. Assim, além de um manual, a Comissão deveria igualmente perspectivar o desenvolvimento de critérios mais precisos e verificáveis, ou o desenvolvimento de uma base de dados com critérios especificamente aplicáveis aos produtos. Conviria ponderar a instituição de um serviço a nível europeu que elaborasse e verificasse critérios para grupos de produtos e que pudesse intervir como

mediador extra-judicial no caso de reclamações.

Revisão das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos

De um modo geral, seria desejável que a Comissão, na prevista revisão das directivas sobre os procedimentos de adjudicação de contratos públicos, tivesse em conta os aspectos mencionados e esclarecesse as deficiências jurídicas e práticas a nível da transposição nos Estados-Membros, assim como incertezas jurídicas na aplicação da legislação em matéria de contratos públicos. Seria ainda desejável um esclarecimento sobre onde e como a União Europeia poderia contribuir para uma simplificação administrativa neste domínio. Tal implicaria, porém, uma necessária análise urgente e objectiva dos actuais encargos, a qual deveria pressupor, obviamente, a ampla participação de todas as partes interessadas. Alerta-se, contudo, para o grande perigo de iniciar uma revisão das directivas no momento actual. Tal seria, por ora, prematuro por diferentes razões. Por um lado, uma revisão das ditas directivas deveria envolver forçosamente a directiva relativa ao direito a recurso, de modo a evitar uma maior fragmentação do direito no domínio da adjudicação de contratos públicos. No momento actual, a directiva relativa ao direito de recurso ainda não se encontra transposta em todos os Estados-Membros, não sendo possível avaliar as suas repercussões práticas a nível da adjudicação de contratos públicos. Por outro lado, os Estados-Membros atravessam presentemente uma grave crise económica e financeira, cujos efeitos a nível autárquico ainda são desconhecidos, devendo certamente agravar-se nos próximos anos. Nas actuais circunstâncias, uma modificação da base jurídica aplicável aos concursos públicos conduziria a incertezas adicionais e a atrasos no desenrolar dos concursos, o que acabaria por prejudicar todas as partes.