

Proposta alterada 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 ⁽¹⁾

(2002/C 203 E/31)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

COM(2002) 236 final — 2000/0115(COD)

(Apresentada pela Comissão em conformidade com o disposto no n.º 2 do artigo 250.º do Tratado CE de 6 de Maio de 2002)

1. Antecedentes

Envio da proposta ao Conselho e ao Parlamento Europeu [COM(2000) 275 final — 2000/0115(COD)] em conformidade com o n.º 1 do artigo 175.º do Tratado: 12 de Julho de 2000

Parecer do Comité Económico e Social: 26 de Abril de 2001

Parecer do Comité das Regiões: 13 de Dezembro de 2000

Parecer do Parlamento Europeu — primeira leitura: 17 de Janeiro de 2002

2. Objectivo da proposta da Comissão

A proposta visa reformular a legislação comunitária em matéria de contratos públicos, que tem por objecto a criação de um verdadeiro mercado interno europeu no domínio das aquisições públicas. Esta legislação não pretende substituir o direito nacional, mas garantir que sejam respeitados os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência aquando das celebrações de contratos públicos no conjunto dos Estados-Membros.

A presente proposta, que dá seguimento ao debate lançado pelo livro verde sobre os contratos públicos, prossegue o triplo objectivo de modernizar, simplificar e tornar mais flexível o quadro jurídico existente na matéria: modernizar, para ter em conta novas tecnologias e alterações do enquadramento económico; simplificar, para que os textos actuais sejam mais facilmente compreensíveis para os utilizadores, de modo a que as adjudicações se processem em perfeita conformidade com as normas e os princípios que as regem e a que as empresas implicadas possam conhecer melhor os seus direitos; tornar os processos mais flexíveis, para responder às necessidades dos adquirentes públicos e dos operadores económicos.

Além disso, a reformulação dos três actos legislativos em vigor colocará à disposição dos operadores económicos, das entidades adjudicantes e dos cidadãos europeus um texto único claro e transparente.

3. Parecer da Comissão sobre as alterações adoptadas pelo Parlamento

A Comissão aceitou, na íntegra ou em parte, seja em substância seja com reformulação, 63 das 103 alterações adoptadas pelo Parlamento Europeu.

3.1. Alterações aceites pela Comissão na íntegra ou reformuladas por razões de mera forma (alterações 1, 141, 4, 13, 125, 17, 50, 85, 88, 97 e 112)

A alteração 1 propõe um novo considerando no qual se reconhece que a participação de organismos de direito público em processos públicos de adjudicação pode provocar certas distorções de concorrência, pelo que prevê que os Estados-Membros possam estabelecer determinadas regras relativas aos métodos a aplicar para o cálculo do preço/custo efectivo das propostas.

A alteração 141 introduz um novo considerando onde se sublinha que a directiva não se opõe a que uma entidade adjudicante tome ou aplique as medidas necessárias à protecção de exigências de interesse geral: a ordem, a moral, a segurança e a saúde públicas, e a vida humana, animal e vegetal. A Comissão aceita esta alteração, salientando que é necessário redigi-la de forma a reproduzir o disposto no Tratado (artigo 30.º):

Considerando: «(6) Nenhuma disposição da presente directiva impede qualquer entidade adjudicante de impor ou aplicar medidas necessárias à protecção da moralidade pública, da ordem pública, da segurança pública, da saúde e da vida das pessoas e animais ou à preservação das plantas, em particular na perspectiva de um desenvolvimento sustentável, desde que tais medidas não sejam discriminatórias e não contrariem o objectivo da abertura dos mercados no sector dos contratos públicos nem o Tratado.»

A alteração 4 introduz um novo considerando ligado à alteração 40. Este considerando visa esclarecer, na linha da jurisprudência do Tribunal de Justiça [Acórdão «Teckal» ⁽²⁾], as condições que permitem às entidades adjudicantes atribuir contratos públicos directamente a uma entidade formalmente distinta, mas sobre a qual exercem um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços.

⁽¹⁾ JO C 29 E de 30.1.2001, p. 11.

⁽²⁾ Acórdão de 18 de Novembro de 1999 no Processo C-107/98, Colectânea 1999, p. I-8121.

A alteração 13 introduz um novo considerando que sublinha a obrigação de os Estados-Membros adoptarem as medidas necessárias à execução e à aplicação da directiva e ponderarem a necessidade da criação de um organismo independente em matéria de contratos públicos.

A alteração 125 modifica o considerando 31. Inclui as prestações dos engenheiros entre os exemplos de prestações cuja remuneração está regulamentada por disposições nacionais que não devem ser afectadas.

A alteração 17 introduz um novo considerando que convida a Comissão a examinar a possibilidade de adoptar uma proposta de directiva visando a regulamentação das concessões e do *project financing*.

Esta alteração é aceite com ligeiras modificações, por razões institucionais:

«(46) A Comissão é convidada a examinar a possibilidade de reforçar a segurança jurídica no sector das concessões e parcerias público-privado e a adoptar, se tal se lhe afigurar necessário, uma proposta legislativa.»

A alteração 50 altera o artigo 27.º — o título e o n.º 1 —, a fim de garantir que os proponentes disponham das informações necessárias sobre a legislação em matéria ambiental, fiscal e social aplicáveis ao local da prestação e de obrigar as entidades adjudicantes a indicar, no caderno de encargos, o organismo ou organismos junto dos quais os proponentes podem obter as informações pertinentes sobre essas legislações.

A alteração 85 altera a alínea c) do n.º 2 do artigo 46.º — relativa à possibilidade de excluir um candidato ou proponente por delito que afecte a sua honorabilidade profissional — para que a exclusão ocorra só após sentença transitada em julgado, nos termos da legislação nacional aplicável.

A alteração 88 suprime a alínea h) do n.º 2 do artigo 46.º, a qual previa a «possibilidade» de excluir um candidato ou proponente que tivesse sido objecto de uma sentença por fraude ou qualquer outra actividade ilegal na acepção do artigo 280.º do Tratado, para além das referidas no n.º 1 (exclusão obrigatória).

A alteração 97 introduz um novo artigo 50.ºA que prevê que, caso as entidades adjudicantes exijam a apresentação de certificados relativos a um sistema de gestão ambiental, devem aceitar os certificados EMAS e os certificados conformes com as normas internacionais, bem como quaisquer outros meios de prova equivalentes. Esta alteração deve ser lida conjuntamente com a alteração 93 relativa à capacidade técnica; com efeito, em certos casos apropriados — por exemplo, no que diz res-

peito à capacidade de respeitar um ecossistema na realização de uma obra pública —, um sistema de gestão ambiental pode atestar a capacidade técnica. Para esses casos, é útil prever os meios de prova possíveis, bem como o reconhecimento da equivalência, de forma a garantir que os contratos não fiquem reservados exclusivamente para os detentores de determinados certificados. Esta alteração retoma, em substância, o disposto no artigo 50.º relativamente aos certificados de garantia da qualidade.

A alteração 112 propõe que se complete a alínea a) do ponto 11 do anexo VII A, «Anúncios de concursos», relativa ao nome e endereço do serviço ao qual podem ser pedidos o caderno de encargo e demais documentos complementares, com o número de telefone e de fax e com o endereço electrónico.

3.2. *Alterações aceites pela Comissão com reformulação, em parte ou em substância (alterações 2, 5, 168, 126-172, 21, 175, 7, 142, 171-145, 9, 137, 138, 45, 46, 47-123, 109, 10, 127, 11, 51, 15, 100, 170, 23, 54, 65, 24, 30, 93, 95, 31, 147, 34, 35, 36, 121, 38, 40, 5, 150, 70, 74, 77-132, 80, 86, 87, 89, 153, 104, 110, 113, 114)*

A alteração 2 introduz um novo considerando com o intuito de salientar a integração da política do ambiente na dos contratos públicos. O artigo 6.º do Tratado impõe a integração da protecção do ambiente nas outras políticas, o que implica a conciliação das políticas do ambiente com as dos contratos públicos. A Comissão considera, portanto, que é necessário permitir aos adquirentes públicos a aquisição de produtos/serviços «verdes» com a melhor relação qualidade/preço. Aceita, pois, a alteração, reformula-a do seguinte modo:

Considerando: «(5) Nos termos do artigo 6.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, as exigências em matéria de protecção do ambiente devem ser integradas na definição e execução das políticas e acções da Comunidade previstas no artigo 3.º do mesmo Tratado, em especial com o objectivo de promover um desenvolvimento sustentável.

A presente directiva clarifica, pois, a forma como as entidades adjudicantes podem contribuir para a protecção do ambiente e a promoção do desenvolvimento sustentável, garantindo-lhes, simultaneamente, a possibilidade de obterem nos seus contratos a melhor relação qualidade/preço.»

A alteração 5 está ligada às alterações 168, 126-172 e 21: o conjunto destas alterações introduz disposições que permitem às entidades adjudicantes efectuar as suas aquisições recorrendo a uma central de compras.

A alteração 5 prevê um novo considerando que justifica a introdução de uma definição e de um regime de dispensas dos procedimentos para as entidades adjudicantes quando estas procedem a aquisições por intermédio de centrais de compras que são, elas próprias, entidades adjudicantes.

A alteração 168 introduz um novo considerando com o intuito de justificar as aquisições de fornecimentos e de serviços em centrais de compras, desde que estas tenham respeitado as regras processuais da directiva. A Comissão considera que o recurso a essas centrais deve igualmente ser possível para as obras.

A Comissão aceita essas alterações modificadas e reunidas num único considerando com a seguinte redacção:

Considerando: «(13) Nos Estados-Membros, desenvolveram-se certas técnicas de centralização de compras. Várias entidades adjudicantes são encarregadas de efectuar aquisições ou de celebrar contratos públicos em nome de outras entidades adjudicantes. Estas técnicas permitem, devido à importância do volume das aquisições, aumentar a concorrência e melhorar a eficácia dos contratos públicos. Convém, pois, prever uma definição comunitária das centrais de compras destinadas às entidades adjudicantes. Convém, igualmente, definir as condições em que se pode considerar que as entidades adjudicantes que, respeitando os princípios da não discriminação e da igualdade de tratamento, adquiram obras, fornecimentos e/ou serviços junto de uma central de compras cumprem as disposições da presente directiva.»

As alterações 126-172, 21 e 175 introduzem disposições específicas sobre as centrais de compras.

As alterações 126-172 incluem, entre «entidades adjudicantes» na acepção da directiva, as centrais de compras por elas criadas.

A alteração 21 introduz uma definição de central de compras e impõe a notificação da existência dessas centrais à Comissão.

O objectivo prosseguido pelas alterações 126-172 e 21 é legítimo, dado que as centrais de compras podem contribuir simultaneamente para fazer economias de escala, reforçar a concorrência através de publicações a nível europeu (dada a dimensão dos mercados) e auxiliar as autarquias locais. Convém, no entanto, enquadrar da forma mais lata possível as configurações existentes nos Estados-Membros.

A alteração 175 pretende obrigar as centrais de compras a respeitar plenamente a directiva e permitir que entidades adjudicantes adquiram directamente, ou por intermédio de terceiros, serviços e fornecimentos junto dessas centrais, sem aplicação posterior, pela sua parte, da directiva.

A alteração pode ser aceite, em princípio, no que toca ao recurso a uma central de compras, alargando-se essa possibilidade aos contratos de obras, a fim de facilitar um acordo entre os co-legisladores.

Por conseguinte, a Comissão retoma o espírito dessas alterações, através de uma definição de central de compras e da inclusão de um artigo que, em conformidade com o princípio da subsidiariedade, permite aos Estados-Membros recorrer a essas centrais, bem como, se for caso disso, limitar esse recurso a certos contratos.

«Artigo 1.º

Definições

1. Para efeitos do disposto na presente directiva, aplicam-se as definições dos n.ºs 2 a 12.

...

7A. Uma “central de compras” é uma entidade adjudicante que:

— adquire fornecimentos e/ou serviços destinados a entidades adjudicantes, e/ou

— celebra contratos públicos ou conclui acordos-quadro de obras, fornecimentos ou serviços destinados a entidades adjudicantes.»

«Artigo 7.ºA

Contratos públicos e acordos-quadro celebrados pelas centrais de compras

1. Os Estados-Membros podem prever a possibilidade de as entidades adjudicantes adquirirem obras, fornecimentos e/ou serviços junto de centrais de compras.

2. Considera-se que as entidades adjudicantes que adquiram obras, fornecimentos e/ou serviços junto de uma central de compras nas hipóteses referidas no n.º 7A do artigo 1.º respeitaram as disposições da presente directiva, desde que a central de compras as tenha respeitado.»

As alterações 7, 142 e 171-145 dizem respeito aos contratos mistos «serviços/obras».

A alteração 7 está ligada às alterações 171-145 e introduz um novo considerando, com o propósito de precisar que a opção entre a adjudicação conjunta, abrangendo simultaneamente a concepção e a realização de trabalhos de execução, e a adjudicação separada compete às entidades adjudicantes e não pode ser imposta pela directiva. A alteração explícita ainda que a entidade adjudicante deve orientar a sua escolha por critérios qualitativos e económicos, e impõe também à entidade adjudicante que justifique a escolha da adjudicação conjunta.

A Comissão concorda que é oportuno indicar que a liberdade de escolha entre a adjudicação conjunta e a adjudicação separada se deve basear em critérios qualitativos e económicos. Todavia, não considera que deva ser obrigatório justificar a escolha de um contrato de concepção/realização. Com efeito, se essa obrigação for imposta apenas em caso de opção por uma adjudicação conjunta, estar-se-á a incentivar o recurso à adjudicação separada, que presumivelmente satisfaz de forma automática os critérios qualitativos e económicos. Essa presunção, por um lado, não é um dado adquirido e, por outro, contraria a liberdade de escolha, que constitui uma expressão do princípio da subsidiariedade. Por último, não parece apropriado penalizar a adjudicação conjunta, pois esta permite, com efeito, atingir mais facilmente o limiar a partir do qual é desencadeada a aplicação das regras processuais da directiva, ao acumular os serviços de concepção e os trabalhos de execução.

A alteração 142 está ligada às alterações 171-145; introduz um novo considerando que visa esclarecer a distinção entre contratos de empreitadas de obras públicas e contratos de prestação de serviços públicos (contratos de gestão imobiliária que incluam obras consecutivas ou complementares e contratos de obras que incluam os serviços necessários à realização das obras). Esta alteração situa-se na linha da jurisprudência do Tribunal [Acórdão «Gestión Hotelera»⁽¹⁾].

As alterações 171-145 alteram o artigo 1.º, a fim de mencionar especificamente os contratos mistos obras/serviços e serviços/obras. Explicam, em particular, em que condições um contrato de prestação de serviços de gestão imobiliária que implique obras não deve ser classificado como contrato de empreitada de obras públicas. Além disso, contém uma disposição relativa à adjudicação separada ou conjunta de obras/serviços (critérios de escolha do método de adjudicação e obrigação de justificar a adjudicação conjunta), referida na alteração 7. As situações em que um contrato apresenta simultaneamente serviços e obras são resolvidas com a aplicação do critério do objecto principal do contrato, tal como indicado na proposta da Comissão. Estas alterações explicitam ainda esta regra no caso específico dos serviços de gestão imobiliária que impliquem obras, pelo que faria mais sentido inseri-las num considerando. Além disso, convém assinalar que a limitação exclusivamente aos trabalhos «de execução» não se justifica.

Por conseguinte, a Comissão reformula as alterações 7, 142, e 171-145 num único considerando:

«(10) Face à diversidade dos contratos de empreitadas de obras públicas, as entidades adjudicantes devem poder prever tanto a adjudicação separada como a adjudicação conjunta das obras e dos serviços de concepção. A presente directiva não visa prescrever a adjudicação separada ou conjunta dos con-

tratos. A decisão quanto à adjudicação separada ou conjunta do contrato deve orientar-se por critérios qualitativos e económicos, que podem ser definidos pelas legislações nacionais.

Um contrato só pode ser considerado como uma empreitada de obras públicas se tiver especificamente por objecto a realização das actividades referidas no anexo I, mesmo que possa compreender outros serviços necessários à realização dessas actividades. Os contratos de prestação de serviços públicos, em particular no domínio dos serviços de gestão de propriedades, podem, em certos casos, incluir obras; todavia, essas obras — desde que sejam acessórias e, em resultado, apenas constituam uma consequência eventual ou um complemento do objecto principal do contrato — não podem justificar a classificação do contrato como contrato de empreitada de obras públicas.».

As alterações 9 e 137 dizem respeito ao diálogo concorrencial e a alteração 138 a uma nova possibilidade de diálogo exclusivo.

A alteração 9 modifica o considerando 18 para precisar que, num diálogo concorrencial, a negociação termina com o fim da consulta, sem que se verifique (necessariamente) a preparação de um caderno de encargos definitivo.

A alteração 137 visa principalmente:

1. Tornar obrigatória a apresentação de um plano de solução. Após consultar as partes interessadas, a Comissão considera que a obrigação de apresentar um plano de solução constituiria uma fonte de complicações legislativas e de riscos de «cherry picking» («roubos» intelectuais que não podem ser acautelados). Em consequência, a Comissão não aceita essa obrigação.
2. Reforçar a confidencialidade dos dados transmitidos pelos operadores económicos. Para facilitar um acordo entre os co-legisladores, convém manter em aberto a possibilidade de as entidades adjudicantes comunicarem aos outros participantes os dados fornecidos por um participante, reservando essa possibilidade para os casos em que o participante em questão tenha dado o seu consentimento quanto a essa comunicação.
3. Limitar as negociações, durante a fase do diálogo, aos aspectos não económicos. Na medida em que a alteração visa efectivamente limitar as questões a tratar durante a fase do diálogo aos aspectos não económicos, essa parte da alteração não é aceitável. Com efeito, a Comissão considera que, para ser útil, o procedimento deve permitir a discussão de todos os aspectos do projecto durante a fase do diálogo.

⁽¹⁾ Acórdão de 19 Abril de 1994 no Processo C-331/92, Colectânea 1994, p. I-1329.

4. Alargar as possibilidades já previstas ou introduzir novas possibilidades de a entidade adjudicante modificar as especificações do contrato, os critérios de adjudicação e a sua ponderação (quanto a este último aspecto, a alteração é incoerente, pois tanto se refere explicitamente à ponderação como a uma simples ordem de importância dos critérios). A proposta inicial da Comissão previa a possibilidade de modificar os critérios de adjudicação, se estes deixassem de ser adequados à solução contida no caderno de encargos definitivo. No entanto, constatou-se que — quer para ter em conta os receios generalizados de «cherry picking», quer para facilitar a adopção pelos co-legisladores — é necessário abandonar a ideia de que o caderno de encargos pode ser estabelecido de forma definitiva no final da fase do diálogo, com base, eventualmente, numa mistura de várias soluções. Assim, a possibilidade de modificar os critérios de adjudicação no decurso do processo criaria sérios riscos de manipulação.
5. Introduzir uma remuneração obrigatória (que não poderia exceder, globalmente, 15 % do valor estimado do contrato) dos participantes. O princípio de uma remuneração obrigatória dos participantes pode ser admitido, inclusivamente porque os custos ligados à realização do diálogo podem levar as entidades adjudicantes a reservar esse novo procedimento às adjudicações particularmente complexas. Em contrapartida, e por motivos de subsidiariedade, convém não legislar quanto aos montantes a pagar.

A alteração 138 introduz um novo artigo 30.ºA que prevê, para os «contratos cujo objectivo é a criação de uma parceria público-privado», que a autoridade adjudicante possa desenvolver um «diálogo exclusivo» com o proponente que tiver apresentado a proposta economicamente mais vantajosa, desde que esse diálogo não altere substancialmente os aspectos fundamentais dessa proposta nem provoque distorções da concorrência. Embora ambígua neste ponto, a alteração parece introduzir essa possibilidade independentemente do processo de adjudicação escolhido.

Se esta parte da alteração visar todos os processos e não apenas a última fase de um diálogo concorrencial, a alteração não é aceitável. Com efeito, o novo procedimento do diálogo concorrencial foi introduzido precisamente para ter em conta, entre outros aspectos, as necessidades em matéria de flexibilidade que podem decorrer dos projectos que impliquem a criação de parcerias público-privado.

Em contrapartida, a ideia que está na base desta alteração — de acordo com a qual pode ser necessário esclarecer certos aspectos da proposta identificada como a mais vantajosa do ponto de vista económico ou confirmar compromissos que nela figurem — pode ser aceite, se estiver acompanhada por salvaguardas apropriadas, nomeadamente a fim de garantir que a mesma não tenha por efeito alterar elementos substanciais da proposta

ou do contrato a concurso, falsear a concorrência ou implicar discriminações. Convém igualmente garantir que esses esclarecimentos não impliquem outros proponentes para além daquele que apresentou a proposta economicamente mais vantajosa. Nessa medida, a ideia da alteração pode ser acolhida, através de formulações apropriadas, no considerando 18 e no próprio artigo 30.º

A Comissão toma em consideração as alterações 9, 137 e 138, reformulando-as da seguinte forma:

Considerando: «(27) As entidades adjudicantes que realizem projectos excepcionalmente complexos podem, sem que lhes possam ser dirigidas críticas a esse respeito, encontrar-se na impossibilidade objectiva de definir os meios susceptíveis de satisfazer as suas necessidades ou de avaliar o que o mercado pode oferecer em matéria de soluções técnicas e/ou de soluções financeiras/jurídicas. Essa situação pode, nomeadamente, verificar-se com a realização de grandes infra-estruturas de transportes integrados, de grandes redes informáticas ou de projectos que impliquem um financiamento complexo e estruturado, cuja montagem financeira e jurídica não possa ser previamente definida. Na medida em que o recurso a concursos públicos ou limitados não permitiria a atribuição desses contratos, convém prever um procedimento flexível que salvaguarde simultaneamente a concorrência entre os operadores económicos e a necessidade de as entidades adjudicantes discutirem com cada candidato todos os aspectos do contrato. Contudo, esse procedimento não deve ser utilizado de forma a restringir ou a falsear a concorrência, em particular através da modificação de elementos fundamentais das propostas ou da imposição de elementos novos substanciais ao proponente escolhido, ou ainda da implicação de qualquer outro proponente para além daquele que apresentou a proposta economicamente mais vantajosa.»

«Artigo 1.º

Definições

1. Para efeitos do disposto na presente directiva, aplicam-se as definições dos n.ºs 2 a 12.

8. ...

O “diálogo concorrencial” é um procedimento no qual qualquer operador económico pode pedir para participar e no contexto do qual a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos nele admitidos, com vista a desenvolver uma ou mais soluções susceptíveis de responder às suas necessidades e com base na qual ou nas quais os candidatos escolhidos serão convidados a apresentar uma proposta.

...».

«Artigo 30.º

Diálogo concorrencial

1. Os Estados-Membros podem prever que, se a entidade adjudicante considerar que o recurso aos concursos públicos ou limitados não permite a adjudicação, possa recorrer ao diálogo concorrencial, nos termos do disposto no presente artigo:

- a) Quando essa entidade não esteja objectivamente em condições de definir, nos termos das alíneas b), c) ou d) do n.º 3 do artigo 24.º, os meios técnicos susceptíveis de satisfazer as suas necessidades e os seus objectivos; e/ou
- b) Quando essa entidade não esteja objectivamente em condições de determinar a montagem jurídica e/ou financeira de um projecto.

A adjudicação é efectuada unicamente com base no critério de atribuição da proposta economicamente mais vantajosa.

2. As entidades adjudicantes publicam um anúncio de concurso no qual dão a conhecer as suas necessidades e exigências, que definem nesse mesmo anúncio e/ou num documento descritivo.

3. As entidades adjudicantes dão início, com os candidatos seleccionados nos termos do disposto nos artigos 43.ºA a 52.º, a um diálogo cujo objecto é a identificação e a definição dos meios susceptíveis de satisfazer da melhor forma as suas necessidades. No decurso desse diálogo, podem discutir com os candidatos seleccionados todos os aspectos do contrato.

No decurso do diálogo, as entidades adjudicantes asseguram a igualdade de tratamento de todos os proponentes. Em particular, não dão, de forma discriminatória, informações susceptíveis de colocar determinados proponentes em situação vantajosa em relação a outros.

As entidades adjudicantes não podem revelar aos outros participantes as soluções propostas nem outras informações confidenciais comunicadas por um candidato participante no diálogo sem o acordo deste.

4. As entidades adjudicantes podem prever que o processo se desenrole em fases sucessivas, de forma a reduzir o número de soluções a debater durante a fase do diálogo, aplicando os critérios de atribuição indicados no anúncio de concurso ou no documento descritivo. O recurso a esta possibilidade está indicado no anúncio de concurso ou no documento descritivo.

5. A entidade adjudicante prossegue o diálogo até se encontrar em condições de identificar — se for caso disso, após tê-las

comparado — a solução ou as soluções que são susceptíveis de satisfazer as suas necessidades.

6. Após terem declarado a conclusão do diálogo e informado todos os participantes, as entidades adjudicantes convidá-los-ão a apresentar as suas propostas finais, com base na ou nas soluções apresentadas e especificadas no decurso do diálogo. Essas propostas devem incluir todos os elementos requeridos e necessários à realização do projecto.

A pedido da entidade adjudicante, as propostas podem ser esclarecidas e especificadas. No entanto, essas especificações, esclarecimentos ou complementos não podem resultar na modificação dos elementos fundamentais da proposta ou do convite à apresentação de propostas, cuja alteração seria susceptível de falsear a concorrência ou de ter um efeito discriminatório.

7. As entidades adjudicantes avaliam as propostas recebidas em função dos critérios de atribuição definidos no anúncio de concurso e seleccionam a proposta economicamente mais vantajosa, nos termos do artigo 53.º

A pedido da entidade adjudicante, o proponente identificado como tendo enviado a proposta economicamente mais vantajosa poderá ter de esclarecer determinados aspectos da sua proposta ou confirmar os compromissos que nela figuram, desde que daí não resulte a modificação de elementos substanciais da proposta ou do convite à apresentação de propostas, a distorção da concorrência ou qualquer discriminação.

8. As entidades adjudicantes prevêem prémios ou pagamentos aos participantes no diálogo.»

As alterações 45, 46, 47-123 e 109 afectam o artigo 24.º, que diz respeito às especificações técnicas a utilizar para definir as obras, os fornecimentos e/ou os serviços pretendidos pela entidade adjudicante.

A alteração 45 introduz a obrigatoriedade da referência aos rótulos ecológicos europeus, o que não pode ser aceite, visto que a política comunitária em matéria de rótulos ecológicos não introduz uma hierarquia entre os rótulos ecológicos europeus, plurinacionais e nacionais.

Além disso, prevê que as especificações técnicas possam ser formuladas em termos de impacto do produto sobre o ambiente durante o seu ciclo de vida. A Comissão concorda com esta abordagem.

Por outro lado, a alteração introduz uma nova definição, designadamente a de «norma equivalente», quando, neste caso, pelo contrário, se trata de uma proposta que garanta uma solução equivalente.

A alteração 46 modifica o artigo 24.º para esclarecer que a entidade adjudicante não pode rejeitar uma proposta se o proponente lhe provar que a mesma satisfaz de forma equivalente as exigências do contrato, assegurar o maior leque possível de meios de prova e garantir ao proponente que lhe seja prestada a informação necessária sobre a não conformidade da sua proposta. Este último ponto é tido em conta a título geral no n.º 2 do artigo 41.º

As alterações 47-123 visam evitar discriminações, através de especificações referindo determinados produtores, fornecedores ou operadores.

A alteração 109 introduz, na definição das especificações técnicas referidas no anexo VI, o desempenho ambiental e o impacto ambiental, os processos ou métodos de produção.

Esta parte da alteração esclarece o texto na linha da Comunicação da Comissão sobre os contratos públicos e o ambiente ⁽¹⁾, sendo por isso aceitável com reformulação.

Em contrapartida, a compatibilidade ambiental não é uma especificação enquanto tal. Não obstante, pode dar azo à definição de especificações técnicas em termos de desempenho ambiental. O mesmo é válido para o impacto ambiental.

Além disso, a alteração prevê inserir a concepção respondendo a todos os requisitos, incluindo o acesso de deficientes.

A Comissão aceita as alterações 45, 46, 47-123 e 109 no considerando 25 (ex 17), o artigo 24.º, o artigo 41.º (reestruturado) e o anexo VI, com a seguinte reformulação:

Considerando: «(25) As especificações técnicas definidas pelos adquirentes públicos devem permitir a abertura dos contratos públicos à concorrência. Para este efeito, deve possibilitar-se a apresentação de propostas que reflectam diversidade nas soluções técnicas. Neste sentido, por um lado, as especificações técnicas devem poder ser estabelecidas em termos de desempenhos e de exigências funcionais, e, por outro lado, em caso de referência à norma europeia — ou, na ausência desta, à norma nacional — devem ser tomadas em conta, pelas entidades adjudicantes, propostas baseadas noutras soluções equivalentes. Os proponentes devem poder utilizar qualquer meio de prova para demonstrar a equivalência. A entidade adjudicante deve estar em condições de fundamentar todas as decisões que impliquem a não equivalência.

As entidades adjudicantes que desejarem definir requisitos ambientais nas especificações técnicas de um determinado contrato podem prescrever as características ambientais e/ou os efeitos ambientais específicos de grupos de produtos ou de

serviços. Podem, embora não sejam obrigadas a tal, utilizar as especificações detalhadas, ou partes destas, que sejam apropriadas para descrever as prestações ou os fornecimentos pretendidos, de acordo com as respectivas definições dadas por rótulos ecológicos como o rótulo ecológico europeu, o rótulo ecológico (pluri)nacional ou qualquer outro rótulo ecológico, se os requisitos do rótulo forem desenvolvidos com base numa informação científica e adoptados por meio de um processo em que as partes interessadas, como os organismos governamentais, os consumidores, os fabricantes, os distribuidores ou as organizações ambientais, possam participar, e ainda se o rótulo for acessível e disponibilizado a todas as partes interessadas.»

«Artigo 24.º

Especificações técnicas

1. As especificações técnicas definidas no n.º 1 do anexo VI constam dos documentos do concurso, como os anúncios de concurso, o caderno de encargos ou os documentos complementares.

2. As especificações técnicas devem permitir o acesso dos proponentes em condições de igualdade e não criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência.

3. Sem prejuízo das regras técnicas juridicamente vinculativas, desde que compatíveis com o direito comunitário, as especificações técnicas devem ser formuladas:

a) seja por referência às especificações definidas no anexo VI e, por ordem de preferência, às normas nacionais que transponham normas europeias, às homologações técnicas europeias, às especificações técnicas comuns, às normas internacionais, aos outros referenciais técnicos elaborados pelos organismos europeus de normalização ou, caso estes não existam, às normas nacionais, às homologações técnicas nacionais ou às especificações técnicas nacionais em matéria de concepção, cálculo e execução de obras, bem como de utilização de materiais. Cada referência será acompanhada da menção “ou equivalente”;

b) seja em termos de desempenhos ou de exigências funcionais, podendo, neste caso, incluir características ambientais, mas devendo ser suficientemente precisas para permitir aos proponentes determinar o objecto do contrato e às entidades adjudicantes escolher o adjudicatário;

c) seja em termos de desempenhos ou de exigências funcionais previstos na alínea b), remetendo, como meio de presunção de conformidade com esses desempenhos ou exigências, para as especificações a que se refere a alínea a);

⁽¹⁾ «Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar considerações ambientais nos contratos públicos» (JO C 333 de 28.11.2001, p. 13).

d) seja por referência às especificações a que se refere a alínea a), para certas características, e aos desempenhos ou exigências funcionais a que se refere a alínea b), para outras características.

4. Sempre que as entidades adjudicantes recorram à possibilidade de remeter para as especificações mencionadas na alínea a) do n.º 3, não poderão rejeitar uma proposta com o fundamento de que os produtos e serviços dela constantes não estão em conformidade com as suas especificações de referência, caso o proponente prove, na sua proposta, por qualquer meio adequado e a contento da entidade adjudicante, que as soluções apresentadas satisfazem de modo equivalente as exigências definidas pelas especificações técnicas.

A apresentação de um *dossier* técnico do fabricante ou de um relatório de ensaios de um organismo reconhecido pode constituir um meio adequado.

5. Sempre que as entidades adjudicantes recorram à possibilidade, prevista no n.º 3, de prescrição em termos de desempenhos ou de exigências funcionais, não podem rejeitar uma proposta de produtos, de serviços ou de obras que estejam em conformidade com uma norma nacional que transponha uma norma europeia, com uma homologação técnica europeia, com uma especificação técnica comum, com uma norma internacional ou com um referencial técnico estabelecido por um organismo europeu de normalização, se estas especificações comportarem as mesmas exigências funcionais ou de desempenhos por elas requeridas.

Na sua proposta, o proponente deve provar, por qualquer meio adequado e a contento da entidade adjudicante, que os produtos, serviços ou obras conformes à norma satisfazem as exigências funcionais ou de desempenhos da entidade adjudicante.

A apresentação de um *dossier* técnico do fabricante ou de um relatório de ensaios de um organismo reconhecido pode constituir um meio adequado.

5A. Sempre que as entidades adjudicantes prescrevam características ambientais em termos de desempenhos ou de exigências funcionais, tal como mencionado na alínea b) do n.º 3, podem utilizar as especificações pormenorizadas ou, se for caso disso, partes destas, definidas pelos rótulos ecológicos europeus, (pluri)nacionais ou por qualquer outro rótulo ecológico, se essas especificações forem adequadas para descrever as características dos fornecimentos ou das prestações que são objecto do contrato, se os requisitos do rótulo forem desenvolvidos com base numa informação científica e adoptados por meio de um processo em que todas as partes interessadas, como os organismos governamentais, os consumidores, os fabricantes, os distribuidores ou as organizações ambientais, possam participar, e ainda se o rótulo for acessível a todas as partes interessadas.

As entidades adjudicantes podem indicar que se presume que os produtos ou serviços munidos do rótulo ecológico satisfazem as especificações técnicas definidas no caderno de encargos; devem aceitar qualquer outro meio de prova adequado, como um *dossier* técnico do fabricante ou um relatório de ensaios de um organismo reconhecido.

6. Por “organismos reconhecidos”, na acepção do presente artigo, entendem-se os laboratórios de ensaios e de calibragem, bem como os organismos de inspecção e de certificação, conformes com as normas europeias aplicáveis.

As entidades adjudicantes aceitarão os certificados emitidos por organismos reconhecidos noutros Estados-Membros.

7. A menos que o objecto do contrato o justifique, as especificações técnicas não podem fazer referência a um fabricante ou proveniência determinados, a um processo específico, ou a uma marca, uma patente ou um tipo, ou ainda a uma origem ou produção específica, que possam ter por efeito favorecer ou eliminar certas empresas ou certos produtos. Tal referência será autorizada, a título excepcional, no caso de não ser possível uma descrição suficientemente precisa e inteligível do objecto do contrato nos termos dos n.ºs 3 e 4; tal referência deve ser acompanhada dos termos “ou equivalente”.

«Artigo 41.º

Informação dos candidatos e dos proponentes

1. As entidades adjudicantes informarão no mais breve prazo os candidatos e proponentes, por escrito se tal lhes for solicitado, das decisões tomadas relativamente à celebração de um acordo-quadro ou à adjudicação, incluindo os motivos pelos quais tenham decidido renunciar à celebração de um acordo-quadro ou de um contrato para o qual tenha havido abertura de concurso, ou os motivos pelos quais tenham decidido recomençar o processo.

2. As entidades adjudicantes comunicarão no mais breve prazo a todos os candidatos ou proponentes rejeitados que o solicitarem os motivos da recusa da sua candidatura ou proposta e, aos proponentes que tiverem apresentado uma proposta admissível, as características e vantagens relativas da proposta seleccionada, bem como o nome do adjudicatário ou das partes no acordo-quadro. Este prazo não pode nunca exceder 15 dias a contar da recepção do pedido escrito.

No entanto, as entidades adjudicantes podem decidir não comunicar certas informações relativas à adjudicação ou à celebração dos acordos-quadro, referidas no primeiro parágrafo, quando a sua divulgação possa obstar à aplicação da lei, ser contrária ao interesse público, lesar os legítimos interesses comerciais de operadores económicos públicos ou privados, ou prejudicar a concorrência leal entre estes.»

«ANEXO VI

DEFINIÇÃO DE DETERMINADAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS

Para efeitos da presente directiva, entende-se por:

1. a) “Especificação técnica” no caso de se tratar de prestação de serviços públicos ou de fornecimentos públicos: uma especificação que figure num documento e que defina as características requeridas para um produto ou serviço, como sejam níveis de qualidade, desempenho ambiental, concepção respondendo a todos os requisitos (que preveja inclusive o acesso de deficientes), níveis de avaliação de conformidade, de propriedade de emprego, de utilização do produto, respectiva segurança ou respectivas dimensões, incluindo prescrições aplicáveis ao produto no que respeita a denominação de venda, terminologia, símbolos, ensaios e métodos de ensaio, embalagem, marcação e rotulagem, instruções de utilização, processos e métodos de produção, bem como procedimentos de avaliação de conformidade;
- b) “Especificações técnicas” no caso de se tratar de contratos de empreitadas de obras públicas: o conjunto das prescrições técnicas contidas, nomeadamente, nos cadernos de encargos, que definam as características requeridas para um material, um produto ou um fornecimento e permitam caracterizá-los de modo a que correspondam à utilização a que os destina a entidade adjudicante. Estas características incluem níveis de desempenho ambiental, concepção respondendo a todos os requisitos (que preveja inclusive o acesso de deficientes), bem como níveis de avaliação de conformidade, propriedade de emprego, segurança ou dimensões, incluindo procedimentos relativos a garantia de qualidade, terminologia, símbolos, ensaios e métodos de ensaio, embalagem, marcação e rotulagem, e ainda processos e métodos de produção. Incluem também regras de concepção e previsão de obras, condições de ensaio, inspecção e recepção de obras, bem como técnicas ou métodos de construção e demais condições de carácter técnico que a entidade adjudicante possa prescrever, por meio de regulamentação geral ou específica, relativamente às obras acabadas e aos materiais ou elementos que integrem essas obras.
2. “Norma”: uma especificação técnica aprovada por um organismo reconhecido de actividade normativa, para aplicação repetida ou continuada, cuja observância não é obrigatória e que remete para uma das categorias seguintes:

— norma internacional: norma adoptada por um organismo internacional de normalização, que é colocada à disposição do público;

— norma europeia: norma adoptada por um organismo europeu de normalização, que é colocada à disposição do público;

— norma nacional: norma adoptada por um organismo nacional de normalização, que é colocada à disposição do público.

3. “Homologação técnica europeia”: apreciação técnica favorável da aptidão de um produto para ser utilizado, para um fim determinado, com fundamento no cumprimento dos requisitos essenciais para a construção, segundo as características intrínsecas do produto e as condições estabelecidas de execução e utilização. A homologação técnica europeia é conferida pelo organismo autorizado para esse efeito pelo Estado-Membro.
4. “Especificação técnica comum”: uma especificação técnica elaborada segundo um processo reconhecido pelos Estados-Membros, que tenha sido publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*.
5. “Referencial técnico”: qualquer produto elaborado pelos organismos europeus de normalização, que não as normas oficiais, segundo procedimentos adaptados à evolução das necessidades do mercado.»

As alterações 10 e 127 dizem respeito às condições de execução de um contrato.

A alteração 10 introduz modificações no considerando 22, com vista a esclarecer que as condições para a execução de um contrato não devem constituir uma discriminação e que podem prosseguir, entre outros, objectivos ambientais específicos.

A primeira parte da alteração modifica a redacção da Comissão («na medida em que não sejam directa ou indirectamente discriminatórias»). A redacção da Comissão baseia-se na jurisprudência do Tribunal [Acórdão «Beentjes»⁽¹⁾] e não deve, por isso, ser modificada, tanto mais que não tem efeitos restritivos sobre a tomada em conta das considerações ambientais referidas na segunda parte da alteração, cujo princípio é perfeitamente aceitável.

A alteração 127 visa reforçar mais o respeito pelos princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência sempre que as entidades adjudicantes exijam condições especiais de execução dos contratos públicos. Na verdade, esta alteração clarifica numa disposição específica o que já está contido no que o artigo 2.º, que tem um alcance geral, dispõe.

A Comissão contempla, assim, as alterações 10 e 27 através dos textos que se seguem, os quais têm igualmente em conta a oportunidade de facilitar um acordo entre os co-legisladores.

⁽¹⁾ Acórdão de 20 de Setembro de 1988 no Processo 31/87, Colectânea 1988, p. 4635.

Considerando: «(29) O estabelecimento de condições de execução de um contrato é compatível com a directiva desde que tais condições não sejam directa ou indirectamente discriminatórias e venham indicadas no anúncio utilizado como meio de abertura de concurso ou no caderno de encargos. Podem ter por objecto fomentar a formação profissional em exercício, o emprego de pessoas com dificuldades especiais de inserção, a luta contra o desemprego ou a protecção do ambiente e dar lugar a obrigações — aplicáveis à execução do contrato — como sejam, designadamente, o recrutamento de desempregados de longa duração ou a realização de acções de formação para os desempregados ou jovens, o respeito em substância pelo disposto nas convenções fundamentais da OIT na hipótese de que estas não tenham sido ainda implementadas no direito nacional e o recrutamento de um número de deficientes que vá além do exigido pela legislação nacional.»

«Artigo 26.ºA

Condições de execução do contrato

As entidades adjudicantes podem impor condições especiais de execução do contrato desde que as mesmas sejam compatíveis com o direito comunitário e venham indicadas no anúncio de concurso ou no caderno de encargos. As condições de execução de um contrato podem, nomeadamente, atender a considerações sociais e ambientais.»

As alterações 11 e 51 dizem respeito às disposições em matéria de protecção social.

A alteração 11 introduz um novo considerando lembrando que a Directiva 96/71/CE «destacamento de trabalhadores», que fixa as condições mínimas que devem ser respeitadas pelos proponentes em matéria de protecção do trabalho no país em que é efectuada a prestação, é aplicável. Esta alteração coincide com a que a própria Comissão recordou na sua Comunicação de 15 de Outubro de 2001 sobre os aspectos sociais nos contratos públicos⁽¹⁾, contribuindo para a informação dos proponentes, pelo que representa um valor acrescentado.

A alteração 51 visa obrigar os proponentes a respeitar a legislação social, incluindo os direitos colectivos e individuais, as decisões judiciais e os acordos colectivos declarados obrigatórios. Essas obrigações não devem prejudicar a aplicação de disposições de protecção do emprego e de condições de trabalho mais favoráveis.

É inegável que as empresas que apresentam propostas no âmbito de concursos públicos devem respeitar a legislação social aplicável no país de estabelecimento e, se for caso disso, no local da prestação (ver a comunicação da Comissão de 15 de

⁽¹⁾ «Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar considerações ambientais nos contratos públicos» (JO C 333 de 28.11.2001, p. 27).

Outubro de 2001 sobre os aspectos sociais dos contratos públicos). Essa remissão para o direito aplicável poderia ser objecto de um considerando; não deve, todavia, figurar no articulado, dado que o objectivo das directivas «contratos públicos» consiste em coordenar os processos de adjudicação e não em impor às empresas obrigações específicas em matéria de legislação social ou outra.

A Comissão considera que as preocupações que estão na base desta alteração são suficientemente tidas em conta pelo considerando 29 acima referido e pelo considerando 30, que figura a seguir.

Em consequência, a Comissão contempla as alterações 11 e 51 no seguinte considerando:

«(30) As leis, regulamentações e convenções colectivas, quer nacionais quer comunitárias, em vigor em matéria social e de segurança aplicam-se durante a execução de um contrato público, desde que tais regras, bem como a sua aplicação, sejam conformes ao direito comunitário. Nas situações transfronteiras, em que os trabalhadores de um Estado-Membro prestam serviços noutro Estado-Membro para a realização de um contrato público, a Directiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços⁽²⁾, enuncia as condições mínimas a respeitar no país de acolhimento relativamente a esses trabalhadores destacados. O incumprimento dessas obrigações pode ser considerado, consoante o direito nacional aplicável, como uma falta grave ou como um delito que afecte a honorabilidade profissional do operador económico.»

As alterações 15 e 100 dizem respeito às propostas anormalmente baixas.

A alteração 15, ligada à alteração 100, introduz um novo considerando 31A para precisar que as entidades adjudicantes podem rejeitar propostas que sejam anormalmente baixas devido ao incumprimento da legislação social. Visto que esta faculdade existe já na legislação actual, basta explicitá-la de forma apropriada.

A primeira parte da alteração 100 visa suprimir os termos que precisam que as propostas devem ser anormalmente baixas em relação à prestação. A supressão dos termos «em relação à prestação em causa», previstos nas directivas em vigor, eliminaria um elemento fundamental da disposição. Consequentemente, essa parte da alteração não pode ser aceite.

⁽²⁾ JO L 18 de 21.1.1997, p. 1.

A segunda parte da alteração 100 acrescenta, entre as justificações (do preço que parece demasiado baixo) que devem ser tomadas em consideração pela entidade adjudicante, a fim de determinar se se trata de uma proposta anormalmente baixa, o cumprimento das disposições relativas à protecção e às condições de trabalho por parte do proponente e dos subcontratantes, incluindo — no caso de fornecimento de bens e de serviços procedentes de países terceiros — a observância, aquando da produção, das normas internacionais, referidas no anexo IX B, proposto pela alteração 116.

As entidades adjudicantes podem ter interesse em verificar se o preço não é demasiado baixo em razão da não aplicação do direito do trabalho; para esse efeito, a Comissão retoma esta alteração, esclarecendo, no texto, que a lista das justificações não é exaustiva.

Quanto às convenções internacionais em matéria de direito do trabalho, assinala-se que o objecto da directiva «contratos públicos» não é a observância dessas convenções. Todavia, sempre que essas convenções tenham sido transpostas para o direito nacional, a sua observância pode ser verificada aquando da selecção dos candidatos ou dos proponentes.

A Comissão reformula as alterações 15 e 100 da seguinte maneira:

«Artigo 54.º

Propostas anormalmente baixas

1. Se, para um determinado contrato, houver propostas que se revelem anormalmente baixas em relação à prestação em causa, antes de as poder rejeitar, a entidade adjudicante solicitará por escrito os esclarecimentos que considere oportunos sobre a composição da proposta.

Estes esclarecimentos podem, nomeadamente, dizer respeito a:

- a) economia do processo de fabrico dos produtos, da prestação de serviços ou do processo de construção;
- b) soluções técnicas adoptadas e/ou condições excepcionalmente favoráveis de que o proponente disponha para fornecer os produtos, prestar os serviços ou executar as obras;
- c) originalidade dos fornecimentos, serviços ou obras oferecidos pelo proponente;
- d) observância das disposições relativas a protecção e condições de trabalho em vigor no local previsto para a realização da prestação em causa;
- e) possibilidade de obtenção de um auxílio estatal pelo proponente.

2. Consultando o proponente e tendo em conta as justificações fornecidas, a entidade adjudicante verificará a referida composição.

3. Quando a entidade adjudicante verificar que uma proposta é anormalmente baixa pelo facto de o proponente ter obtido um auxílio estatal, não poderá rejeitá-la unicamente com esse fundamento a não ser que, uma vez consultado, o proponente não possa provar, num prazo suficiente fixado pela entidade adjudicante, que o auxílio em questão foi legalmente concedido. A entidade adjudicante que rejeitar uma proposta nestas circunstâncias dará conhecimento do facto à Comissão.»

A alteração 170 introduz um novo considerando 33A que retoma as razões que motivam as exclusões obrigatórias dos proponentes que tenham sido objecto de sentença transitada em julgado por participação numa organização criminosa, corrupção ou fraude e as alarga às condenações por delitos ecológicos e contra a legislação social. A alteração explica também que as sentenças transitadas em julgado por celebração de acordo ilegal em contratos públicos ou por falta profissional grave podem igualmente justificar a exclusão.

Esta alteração permite justificar com um considerando as hipóteses do n.º 1 do artigo 46.º (exclusões obrigatórias) tal como este foi proposto pela Comissão; todavia, acrescenta-lhe outros elementos que será mais apropriado inserir entre as hipóteses do n.º 2 do artigo 46.º (exclusões facultativas), visto que se encontram já por ele implicitamente abrangidas.

A Comissão tem em conta a alteração no considerando, da seguinte forma:

«(39) Convém evitar atribuir contratos públicos a operadores económicos que tenham participado numa organização criminosa ou que tenham sido considerado culpados de corrupção ou fraude lesivas dos interesses financeiros das Comunidades Europeias ou de branqueamento de capitais. A exclusão desses operadores económicos deve ter lugar sempre que a entidade adjudicante tenha conhecimento de uma sentença relativa a delitos desse tipo, proferida em conformidade com o direito nacional e que tenha um carácter definitivo.

Para esse efeito, as entidades adjudicantes podem solicitar aos candidatos/proponentes os documentos apropriados e, sempre que tenham dúvidas sobre a situação pessoal desses candidatos/proponentes, requerer a cooperação das autoridades competentes do Estado-Membro em causa.

Se o direito nacional contiver disposições neste sentido, o incumprimento da legislação ambiental sancionado por uma sentença com força de caso julgado, uma condenação ou uma sanção por celebração de acordo ilegal em contratos públicos podem ser considerados, respectivamente, como um delito que afecte a honorabilidade profissional do operador económico ou como uma falta grave.»

As alterações 23, 54 e 65 dizem respeito aos leilões electrónicos.

A alteração 23 fornece uma definição de contralicitação para efeitos da introdução dos leilões electrónicos. Esta definição limita a utilização desses leilões aos processos de adjudicação que prevêem a atribuição do contrato com base no preço mais baixo.

É oportuno aceitar a introdução desses leilões na perspectiva de favorecer as aquisições públicas electrónicas, pelo que se deverá inserir uma definição reformulada, no sentido de a aproximar dos trabalhos do Conselho, no âmbito do quais os leilões são alargados a outras variáveis para além do preço.

A alteração 54 propõe a possibilidade de recorrer aos leilões electrónicos aquando da adjudicação. Contudo, a introdução dos leilões electrónicos exige uma reformulação, para prever a possibilidade de se efectuar igualmente um leilão quando a adjudicação for feita à proposta economicamente mais vantajosa, e para introduzir, na reformulação, as garantias processuais e as técnicas necessárias.

A alteração 65 propõe a possibilidade de recorrer aos leilões electrónicos aquando da adjudicação. Organiza, porém, essa possibilidade como um processo separado, o que vai contra o objectivo de simplificação e de flexibilidade visado pela proposta da Comissão.

Em consequência, a Comissão aceita as alterações 23, 54 e 65, reformulando-as da seguinte forma:

«Artigo 1.º

Definições

1. Para efeitos do disposto na presente directiva, aplicam-se as definições dos n.ºs 2 a 12.

...

5B. Um “leilão electrónico” é um processo iterativo que obedece a um dispositivo electrónico de apresentação de novos preços, progressivamente inferiores, e/ou de novos valores relativos a determinados elementos das propostas, desencadeado após uma primeira avaliação completa das propostas e que permite a sua avaliação automática.

...».

«Artigo 53.ºA

Utilização de leilões electrónicos

1. Os Estados-Membros podem prever a possibilidade de as entidades adjudicantes procederem a leilões electrónicos.

2. Nos concursos públicos e limitados e nos processos por negociação, nos casos previstos na alínea a) do n.º 1 do artigo 29.º, as entidades adjudicantes podem decidir que a adjudicação seja precedida de um leilão electrónico, quando o contrato incidir sobre obras, fornecimentos ou serviços cujas especificações possam ser fixadas com suficiente precisão. O leilão electrónico pode desenrolar-se em várias fases sucessivas.

Nas mesmas condições, o leilão electrónico pode ser utilizado aquando da reabertura de concursos para partes num acordo-quadro contemplado no segundo travessão do segundo parágrafo do n.º 3 do artigo 32.º

3. As entidades adjudicantes que decidam recorrer a um leilão electrónico referirão o facto no anúncio de concurso. O caderno de encargos deverá conter, entre outras, as seguintes informações:

- a) os elementos cujos valores são objecto do leilão electrónico, desde que esses elementos sejam quantificáveis de maneira a serem expressos em números ou em percentagens;
- b) os limites dos valores que poderão ser apresentados, tal como resultam do conjunto das especificações do objecto do contrato;
- c) as informações que serão disponibilizadas aos proponentes no decurso do leilão electrónico, e a indicação do momento dessa disponibilização;
- d) as informações pertinentes sobre o desenrolar do leilão electrónico;
- e) as condições em que os proponentes poderão licitar e, nomeadamente, as diferenças mínimas que serão exigidas;
- f) as informações pertinentes sobre o dispositivo electrónico utilizado e sobre as modalidades e especificações técnicas de conexão.

4. Antes de proceder ao leilão electrónico, as entidades adjudicantes avaliam as propostas segundo o(s) critério(s) de adjudicação escolhido(s).

O leilão electrónico incide:

- a) quer apenas nos preços, quando a adjudicação for feita à proposta com o preço mais baixo;
- b) quer nos preços e/ou nos novos valores dos elementos das propostas indicados no caderno de encargos, quando a adjudicação for feita à proposta economicamente mais vantajosa.

Todos os proponentes que tenham apresentado propostas admissíveis serão convidados simultaneamente, por meios electrónicos, a apresentar novos preços e/ou novos valores; o convite conterá todas as informações pertinentes para a conexão individual ao dispositivo electrónico utilizado e especificará a data e a hora de início do leilão electrónico. Não pode dar-se início ao leilão electrónico antes de passados dois dias úteis desde a data de envio dos convites.

5. Quando a adjudicação for feita à proposta economicamente mais vantajosa, o convite será acompanhado pelo resultado da avaliação completa da proposta do destinatário, efectuada em conformidade com a ponderação prevista no primeiro parágrafo do n.º 2 do artigo 53.º

O convite mencionará igualmente a fórmula matemática que determinará, aquando do leilão electrónico, as reclassificações automáticas em função dos novos preços e/ou dos novos valores apresentados. Essa fórmula exprimirá a ponderação relativa de cada um dos critérios escolhidos para determinar a proposta economicamente mais vantajosa, tal como indicada no anúncio de concurso ou no caderno de encargos; contudo, as eventuais margens de flutuação deverão ser reduzidas a um valor determinado.

Caso sejam autorizadas variantes, devem ser fornecidas separadamente as fórmulas para cada variante.

6. No decurso de cada uma das fases do leilão electrónico, as entidades adjudicantes comunicarão contínua e instantaneamente a todos os proponentes pelo menos as informações que permitam a estes conhecer, em qualquer altura, a respectiva classificação; poderão igualmente comunicar outras informações relativas a outros preços apresentados, se essa possibilidade estiver indicada no caderno de encargos; podem ainda, em qualquer momento, anunciar o número de participantes na fase do leilão. No entanto, não podem, em circunstância alguma, divulgar a identidade dos proponentes durante as diferentes fases do leilão electrónico.

7. As entidades adjudicantes encerrarão o leilão electrónico segundo uma ou várias das modalidades seguintes:

- a) indicando, no convite à participação no leilão, a data e a hora previamente fixadas;
- b) sempre que deixem de receber quer novos preços que respondam às exigências relativas às diferenças mínimas quer novos valores. Neste caso, as entidades adjudicantes especificarão, no convite à participação no leilão, o prazo que observarão a partir da recepção da última apresentação de preços antes de encerrarem o leilão electrónico;
- c) quando tiver sido atingido o número de fases do leilão fixado no convite à participação no leilão.

Sempre que as entidades adjudicantes decidam encerrar o leilão electrónico da forma indicada na alínea c) — eventualmente em combinação com as modalidades previstas na alínea b) —, o convite à participação no leilão indicará o calendário para cada fase do leilão.

8. Uma vez encerrado o leilão electrónico, a entidade adjudicante seleccionará o adjudicatário em conformidade com o artigo 53.º, em função dos resultados do referido leilão.

9. As entidades adjudicantes não podem recorrer aos leilões electrónicos de forma abusiva ou de maneira a impedir, restringir ou falsear a concorrência, nem de maneira a alterar o objecto do contrato para o qual foi aberto concurso com a publicação do anúncio de concurso, objecto esse que se encontra definido no caderno de encargos.»

A alteração 24 visa alinhar a definição de acordo-quadro com a da Directiva 93/38 (directiva dos sectores especiais). A definição contida na alteração pode ser aceite, mas tem de ser reformulada, para permitir que várias entidades adjudicantes possam celebrar, ao mesmo tempo, o mesmo acordo-quadro.

Assim, a alteração será reformulada da seguinte forma:

«Artigo 1.º

Definições

1. Para efeitos do disposto na presente directiva, aplicam-se as definições dos n.ºs 2 a 12.

...

5. Um “acordo-quadro” é um acordo celebrado entre uma ou várias entidades adjudicantes e um ou vários operadores económicos, com o objectivo de definir os termos dos contratos a celebrar durante um determinado período de tempo, em particular no que diz respeito aos preços e, eventualmente, às quantidades previstas.

...».

As alterações 30, 93 e 95 dizem respeito à capacidade económica e financeira e às capacidades técnicas e/ou profissionais.

A alteração 30 destina-se a permitir aos operadores económicos que participem integrados num agrupamento invocar as suas aptidões de forma cumulativa para efeitos da selecção, no que se refere a: habilitações para o exercício da actividade profissional, capacidade económica e financeira e capacidades técnicas e/ou profissionais. No entanto, a duração da experiência profissional eventualmente exigida não pode ser cumulativa. Além disso, a alteração prevê que possam ser exigidos requisitos mínimos ao chefe do agrupamento.

A alteração situa-se na linha da jurisprudência. Todavia, as habilitações para o exercício da actividade profissional devem poder ser exigidas a cada um dos participantes no agrupamento consoante a actividade que seja chamado a exercer na realização do contrato. No que se refere aos requisitos mínimos que a entidade adjudicante pode exigir ao chefe do agrupamento, importa assegurar que a palavra «mínimos» seja interpretada de maneira a garantir à entidade adjudicante que, pelo menos, um participante no agrupamento possui as competências necessárias à realização do contrato.

A Comissão considera que o espírito da alteração deve ser mantido nos artigos 48.º e 49.º, que dizem mais particularmente respeito às capacidades económicas e financeiras e às capacidades técnicas/profissionais.

A alteração 93 acrescenta aos meios de prova da capacidade técnica/profissional para os serviços a indicação dos técnicos ou dos organismos responsáveis pela gestão ambiental e pela protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores.

A alteração 95 introduz, para as obras, o mesmo aditamento proposto pela alteração 93 para os serviços.

As alterações 93 e 95 visam avaliar a capacidade técnica de um operador económico para prestar serviços ou executar obras que respeitem o ambiente, a saúde e a protecção dos trabalhadores. Estes elementos inscrevem-se no âmbito quer da descrição das especificações do serviço quer da observância da legislação social ou ambiental, que são contempladas noutras fases do processo de adjudicação. Todavia, medidas de «gestão ambiental» podem, em certos casos, atestar uma capacidade técnica «ambiental».

A Comissão aceita assim as alterações 30, 93 e 95 aos artigos 48.º e 49.º, com a seguinte reformulação:

«Artigo 48.º

Capacidade económica e financeira

1. A prova da capacidade económica e financeira do operador económico pode ser feita, regra geral, por uma ou mais das referências seguintes:

- a) declarações bancárias adequadas ou, se for caso disso, prova de que o operador económico se encontra segurado contra riscos profissionais;
- b) balanços ou extractos de balanços, sempre que a publicação de balanços seja exigida pela legislação do país onde o operador económico estiver estabelecido;
- c) declaração relativa ao volume de negócios global e, eventualmente, ao volume de negócios no domínio de actividades que é objecto do contrato, relativa, no máximo, aos três

últimos exercícios disponíveis, em função da data de criação ou do início das actividades do operador económico, se estiverem disponíveis dados sobre esses volumes de negócios.

2. Um operador económico pode, eventualmente e para determinado contrato, invocar as capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas. Deverá, nesse caso, provar à entidade adjudicante que dispõe efectivamente dos meios necessários, por exemplo, através da apresentação do compromisso dessas entidades para o efeito.

2A. Nas mesmas condições, o agrupamento de operadores económicos referido no artigo 3.º pode invocar as capacidades dos participantes no agrupamento ou de outras entidades.

3. A entidade adjudicante deve especificar, no anúncio de concurso ou no convite à apresentação de propostas, quais as referências, de entre as previstas no n.º 1, que pretende obter, bem como os outros comprovativos que devem ser apresentados.

4. Se, por qualquer razão justificada, o operador económico não puder apresentar as referências pedidas pela entidade adjudicante, poderá provar a sua capacidade económica e financeira por qualquer outro documento considerado adequado por essa mesma entidade.».

Considerando: «(40) Nos casos apropriados, em que a natureza das obras e/ou dos serviços justifique a aplicação de medidas ou de sistemas de gestão ambiental aquando da execução do contrato público, poderá requerer-se a aplicação dessas medidas ou desses sistemas. Os sistemas de gestão ambiental, independentemente do seu registo em conformidade com os instrumentos comunitários (Regulamentação EMAS), podem demonstrar a capacidade técnica do operador económico para realizar o contrato. Por outro lado, uma descrição das medidas aplicadas pelo operador económico para assegurar o mesmo nível de protecção do ambiente deverá ser aceite como meio de prova alternativo aos sistemas de gestão ambiental registados.».

«Artigo 49.º

Capacidade técnica e/ou profissional

1. A capacidade técnica e/ou profissional dos operadores económicos será avaliada e verificada de acordo com o disposto nos n.ºs 2 e 3.

2. A capacidade técnica dos operadores económicos pode ser comprovada por um ou mais dos meios a seguir indicados, de acordo com a natureza, a quantidade ou a importância e a utilização dos fornecimentos, dos serviços ou das obras:

1. a) Apresentação da lista das obras executadas nos últimos cinco anos, acompanhada de certificados de boa execução das obras mais importantes. Esses certificados devem indicar o montante, a data e o local de execução das obras e referir se foram efectuadas segundo as regras da arte e devidamente concluídas; se necessário, estes certificados serão enviados directamente à entidade adjudicante pela autoridade competente;

b) Lista dos principais fornecimentos ou serviços efectuados durante os três últimos anos, com indicação dos montantes, datas e destinatários, públicos ou privados. Os fornecimentos e as prestações de serviços serão comprovados:
 - quando o destinatário tiver sido uma entidade adjudicante, por meio de certificados emitidos ou visados pela entidade competente;
 - quando o destinatário tiver sido um comprador privado, por declaração reconhecida do comprador ou, na sua falta, por simples declaração do operador económico;
2. Indicação dos técnicos ou dos serviços técnicos envolvidos, integrados ou não na empresa do operador económico, especialmente dos responsáveis pelo controlo da qualidade e, sempre que se trate de contratos de empreitada de obras públicas, dos técnicos de que o empreiteiro poderá dispor para executar o trabalho;
3. Descrição do equipamento técnico, das medidas adoptadas pelo fornecedor ou pelo prestador de serviços para garantir a qualidade e dos meios de estudo e de investigação da sua empresa;
4. Se os produtos a fornecer ou os serviços a prestar forem complexos ou se, a título excepcional, se destinarem a um fim específico, um controlo efectuado pela entidade adjudicante ou, em seu nome, por um organismo oficial competente do país onde o fornecedor ou o prestador de serviços estiver estabelecido, sob reserva do acordo desse organismo; este controlo incidirá sobre a capacidade de produção do fornecedor ou sobre a capacidade técnica do prestador de serviços e, se necessário, sobre os meios de estudo e de investigação de que dispõe, bem como sobre as medidas que adopta para controlar a qualidade;
5. Certificados de habilitações literárias e profissionais do prestador de serviços ou do empreiteiro e/ou dos quadros da empresa e, especialmente, do ou dos responsáveis pela prestação dos serviços ou pela direcção das obras;
 - 5 A. No caso de contratos de empreitadas de obras públicas e de prestação de serviços públicos — e unicamente nos casos apropriados —, a indicação das medidas de gestão ambiental que o operador económico poderá aplicar aquando da execução do contrato;
6. Declaração dos efectivos médios anuais do prestador de serviços ou do empreiteiro e da parte do efectivo constituída por quadros, nos três últimos anos;
7. Declaração das ferramentas, material e equipamento técnico de que o prestador de serviços ou o empreiteiro disporá para a execução do contrato;
8. Indicação da parte do contrato que o prestador de serviços tencione eventualmente subcontratar;
9. Relativamente aos produtos a fornecer:
 - a) amostras, descrições e/ou fotografias cuja autenticidade deve poder ser certificada a pedido da entidade adjudicante;
 - b) certificados emitidos por institutos ou serviços oficiais de controlo da qualidade, com competência reconhecida e que atestem a conformidade dos produtos, claramente identificada por referência a certas especificações ou normas;
3. Um operador económico pode, eventualmente e para determinado contrato, invocar as capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas. Deverá, nesse caso, provar à entidade adjudicante que, para a execução do contrato, disporá efectivamente dos meios necessários, por exemplo, através da apresentação do compromisso dessas entidades no sentido de pôr os meios necessários à disposição do operador económico.
 - 3A. Nas mesmas condições, um agrupamento de operadores económicos referido no artigo 3.º pode invocar as capacidades dos participantes no agrupamento ou de outras entidades.
4. Nos processos de adjudicação cujo objecto é a prestação de serviços públicos e/ou a execução de obras públicas, a capacidade para prestar o serviço ou executar a obra em causa pode ser apreciada em função do saber-fazer, da eficiência, da experiência e da fiabilidade do operador económico.

5. A entidade adjudicante especificará, no anúncio de concurso ou no convite à apresentação de propostas, quais as referências, de entre as previstas no n.º 2, que pretende obter.»

A alteração 31 visa reforçar as obrigações da entidade adjudicante quanto ao respeito da confidencialidade dos dados transmitidos pelos operadores económicos; assim, a alteração enumera as informações ou documentos abrangidos e precisa que o cumprimento dessas obrigações se impõe durante e após o processo de adjudicação.

A criação de uma lista de informações e documentos, prevista pela alteração, pode parecer excessiva, mas pode ser contemplada através de exemplos. No que diz respeito às soluções técnicas propostas no diálogo concorrencial, o artigo 30.º regulamentava já esse aspecto (terceiro parágrafo do n.º 3). Em contrapartida, o carácter absoluto da disposição «durante e após todo o processo de adjudicação» pode criar obstáculos à concorrência: a empresa que tenha concebido um projecto no âmbito de um contrato de serviços será a única a poder realizar esse mesmo projecto, dado que os planos não podem ser comunicados a nenhum outro candidato ou proponente. Por outro lado, poderá haver contradição entre as obrigações de transparência — por exemplo, perante os órgãos de controlo — e as obrigações de confidencialidade.

Tendo em conta a alteração 31, que reconhece o direito de os operadores económicos exigirem o respeito, nos termos do direito nacional aplicável, da confidencialidade das informações que comunicam, a Comissão altera o artigo 5.º da seguinte forma:

«Artigo 5.º

Confidencialidade

A presente directiva não limita o direito de os operadores económicos exigirem à entidade adjudicante, nos termos da legislação nacional, que respeite a natureza confidencial das informações que lhe disponibilizem; essas informações compreendem, nomeadamente, os segredos técnicos ou comerciais e as propostas.»

A alteração 147 introduz uma nova disposição recordando que os princípios do Tratado se aplicam a todos os contratos públicos, incluindo aos que se situam abaixo dos limiares de aplicação da directiva. Quanto ao princípio da não discriminação, esta disposição precisa que o mesmo implica uma obrigação de transparência que consiste em garantir um nível de publicidade que permita a abertura dos contratos de prestação de serviços públicos à concorrência, bem como a imparcialidade dos processos de adjudicação. Para garantir o cumprimento desta obrigação, os Estados-Membros devem recorrer às disposições pertinentes da directiva.

A evocação da obrigação do cumprimento das regras do Tratado aquando da celebração de contratos públicos abaixo dos

limiares de aplicação da directiva inscreve-se na linha do direito comunitário e da jurisprudência do Tribunal. Todavia, não se justificaria de forma alguma limitar as implicações decorrentes do princípio da transparência apenas aos contratos de prestação de serviços públicos, como é proposto na alteração.

Também não seria apropriado prever que, para a aplicação da obrigação de transparência, os Estados-Membros recorressem às «disposições pertinentes da directiva», o que, por um lado, criaria incerteza jurídica e, por outro, excederia a observância dos princípios do Tratado. Com efeito, estes princípios não implicam obrigações de publicidade e processuais tão precisas como as que estão previstas na directiva, pelo que não parece justificado nem apropriado submeter contratos de qualquer valor a estas regras.

A Comissão aceita a alteração, reformulando o considerando 2 da sua proposta da seguinte forma:

«(2) Os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, e os princípios delas decorrentes, tais como o princípio da igualdade de tratamento — de que o princípio da não discriminação mais não é do que uma expressão concreta — e os princípios do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência aplicam-se aos contratos celebrados pelas entidades sujeitas ao Tratado ou em nome e por conta destas entidades. Estes princípios aplicam-se seja qual for o valor dos contratos. Contudo, para facilitar a sua aplicação em contratos de valor importante, convém coordenar na presente directiva os processos nacionais de adjudicação. Estas disposições de coordenação devem ser interpretadas em conformidade quer com as regras e os princípios já citados, quer com as outras regras do Tratado.»

As alterações 34 e 35 dizem respeito aos métodos de cálculo do valor estimado dos contratos de prestação de serviços.

A alteração 34 pretende que, para o cálculo do montante dos contratos de prestação de serviços de seguros, sejam tomados em consideração outros tipos de remuneração comparáveis aos prémios de seguros.

Esta alteração é justificada pelo tipo de prestações e respectivo modo de remuneração.

A alteração 35 regulamenta especificamente o cálculo do montante dos contratos de duração indeterminada dotados de uma cláusula de prorrogação tácita.

A alteração visa evitar os fraccionamentos abusivos com vista a subtrair os contratos às obrigações impostas pela directiva; persegue, portanto, um objectivo louvável. No entanto, é necessário evitar recursos a prorrogações que reduzam a concorrência.

A Comissão retoma as alterações 34 e 35, através de uma reformulação que visa igualmente simplificar o texto reunindo os quatro artigos relativos aos métodos de cálculo — artigo 10.º para os acordos-quadro, artigo 11.º para os contratos de fornecimentos públicos, artigo 12.º para os contratos de prestação de serviços públicos e artigo 13.º para os contratos de empreitadas de obras públicas, da seguinte forma:

«Artigo 10.º

Métodos de cálculo do valor estimado dos contratos públicos e dos acordos-quadro

1. O cálculo do valor estimado de um contrato baseia-se no montante total a pagar, sem IVA, estimado pela entidade adjudicante. Este cálculo atenderá ao montante total estimado, incluindo qualquer eventual forma de opção e eventuais prorrogações tácitas do contrato.

Se a entidade adjudicante prever prémios ou pagamentos em proveito dos candidatos ou proponentes, tê-los-á em conta no cálculo do valor estimado do contrato.

2. Esta estimativa deve ser válida no momento do envio do anúncio de concurso, tal como previsto no n.º 2 do artigo 34.º, ou, no caso em que não se exija esse anúncio, no momento em que a entidade adjudicante inicia o processo de adjudicação.

3. Nenhum projecto de obra ou de aquisição de uma determinada quantidade de fornecimentos e/ou de serviços pode ser cindido para ser subtraído à aplicação da presente directiva.

4. No tocante aos contratos de fornecimentos públicos que tenham por objecto a locação financeira, a locação ou a locação-venda de produtos, o valor a tomar como base para o cálculo do contrato será o seguinte:

- a) no caso de contratos públicos de duração determinada, sempre que esta seja igual ou inferior a 12 meses, o valor total estimado para o período de vigência do contrato ou, sempre que a duração do contrato seja superior a 12 meses, o valor total do contrato incluindo o montante estimado do valor residual;
- b) nos contratos públicos com duração indeterminada ou no caso de não ser possível determinar a sua duração, o valor mensal multiplicado por 48.

5. No tocante aos contratos de prestação de serviços públicos, é o seguinte o valor a tomar como base para o cálculo do valor estimado do contrato:

- a) para os seguintes tipos de serviços:
 - i) serviços de seguros: o prémio a pagar e os outros tipos de remuneração;

- ii) serviços bancários e outros serviços financeiros: os honorários, comissões, juros e outros tipos de remuneração;

- iii) contratos que impliquem trabalhos de concepção: os honorários ou a comissão a pagar, bem como outros tipos de remuneração.

b) para os contratos de serviços que não especifiquem um preço total:

- i) no caso de contratos de duração determinada, desde que esta seja igual ou inferior a 48 meses, o valor total estimado para todo o seu período de vigência;

- ii) no caso de contratos de duração indeterminada ou superior a 48 meses: o valor mensal multiplicado por 48.

6. Para os contratos de empreitadas de obras públicas, o cálculo do valor estimado deve ter em conta o custo das obras e o valor total estimado dos fornecimentos necessários à execução da obra e postos à disposição do empreiteiro pelas entidades adjudicantes.

7. a) Sempre que uma obra prevista ou um projecto de aquisição de serviços possa ocasionar a adjudicação simultânea de contratos por lotes separados, deve ser tido em conta o valor total estimado da totalidade desses lotes.

Sempre que o valor cumulado dos lotes for igual ou superior ao limiar estabelecido no artigo 8.º, a directiva aplicar-se-á à adjudicação de cada lote.

Todavia, as entidades adjudicantes podem derrogar a esta aplicação — para lotes cujo valor estimado, sem IVA, seja inferior a 80 000 euros, para os serviços, e a 1 milhão de euros, para as empreitadas de obras — desde que o valor cumulado desses lotes não exceda 20 % do valor cumulado da totalidade dos lotes.

b) Sempre que um projecto destinado a obter fornecimentos homogéneos possa ocasionar a adjudicação simultânea de contratos por lotes separados, deve ser tido em conta o valor estimado da totalidade desses lotes para a aplicação das alíneas a) e b) do artigo 8.º.

Sempre que o valor cumulado dos lotes seja igual ou superior ao limiar previsto no artigo 8.º, a directiva é aplicável à adjudicação de cada lote.

8. No caso de contratos de fornecimentos públicos ou de prestação de serviços públicos que apresentem um carácter regular ou se destinem a ser renovados durante um determinado período, deve ser tido em conta como base para o cálculo do valor estimado do contrato:

- a) quer o valor real global dos contratos análogos sucessivos adjudicados durante os 12 meses anteriores ou no exercício anterior, corrigido, se possível, para atender às alterações de quantidade ou de valor susceptíveis de ocorrer durante os 12 meses seguintes à celebração do contrato inicial;
- b) quer o valor estimado global dos contratos sucessivos adjudicados durante os 12 meses seguintes à primeira entrega ou durante o exercício, caso este tenha duração superior a 12 meses.

O método de cálculo do valor estimado de um contrato público não pode ser escolhido com o intuito de o excluir do âmbito da presente directiva.

9. O cálculo do valor de um acordo-quadro deve basear-se no valor máximo estimado, sem IVA, de todos os contratos previstos para a totalidade do período de vigência do acordo.»

A alteração 36 prevê a possibilidade de os Estados-Membros reservarem determinados contratos a sistemas de emprego protegido.

Esta alteração pode ser aceite, se for modificada para esclarecer que a reserva não implica uma isenção da aplicação de todas as outras disposições da directiva aplicáveis aos contratos públicos.

A Comissão retoma esta alteração da seguinte forma:

«Artigo 19.ºB

Contratos reservados

Os Estados-Membros podem reservar a participação, nos processos de adjudicação, para os sistemas de emprego protegido ou reservar a respectiva execução no contexto de programas de emprego protegido, sempre que os trabalhadores em causa forem maioritariamente deficientes e que, devido à natureza ou à gravidade da sua deficiência, não possam exercer uma actividade profissional em condições normais de trabalho.

O anúncio de concurso deve referir esta disposição.»

A alteração 121 modifica a alínea b) do artigo 18.º; esta alteração justifica-se pelas diferentes versões linguísticas da Directiva 92/50/CEE «serviços» e sublinha a necessidade de uma maior harmonização linguística. Essa maior harmonização, embora útil, exige uma reformulação do texto da alteração para que seja interpretado em conformidade com o princípio da livre circulação de mercadorias.

A Comissão retoma esta alteração, modificando-a da seguinte forma:

«Artigo 18.º

Exclusões específicas

A presente directiva não é aplicável aos contratos de prestação de serviços públicos:

...

- b) Que tenham por objecto a aquisição, o desenvolvimento, a produção ou a co-produção de programas por parte de organismos de radiodifusão, ou sejam relativos a tempos de difusão; esta exclusão não se aplica aos fornecimentos de material técnico necessário para a produção, a co-produção, e a emissão desses programas;

...».

A alteração 38 torna uma exclusão que só diz respeito aos contratos de prestação de serviços extensiva aos contratos de fornecimentos e de empreitadas de obras. Ora, esta extensão é inaceitável porque iria pôr em causa, sem justificação válida, o acervo comunitário, ao excluir do âmbito de aplicação da directiva contratos que por ela estão actualmente abrangidos.

Por outro lado, a alteração precisa a noção de «uma entidade que seja, ela própria, uma entidade adjudicante»: esta parte é aceitável, uma vez que não põe em causa o acervo comunitário, vindo, pelo contrário, clarificar a disposição.

A Comissão retoma, assim, a alteração 38, modificando-a da seguinte forma:

«Artigo 19.º

Contratos de prestação de serviços adjudicados com base num direito exclusivo

A presente directiva não é aplicável aos contratos de prestação de serviços públicos adjudicados a uma entidade ou associação de entidades que sejam, elas próprias, entidades adjudicantes, com base num direito exclusivo estabelecido por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas publicadas, desde que essas disposições sejam compatíveis com o Tratado.»

A alteração 40 introduz um novo artigo que visa excluir do âmbito de aplicação da directiva os contratos celebrados por uma entidade adjudicante com outra entidade totalmente dependente da primeira ou com uma empresa comum formada por essa entidade adjudicante com outras entidades adjudicantes.

Esta alteração retoma o espírito da jurisprudência actual (Acórdão «Teckal»). Necessita de uma reformulação para retomar precisamente os elementos contidos no acórdão, adaptá-los à situação de um agrupamento de entidades adjudicantes e situá-los correctamente na directiva.

«Artigo 19.ºA

Contratos celebrados com entidades detidas por uma entidade adjudicante

1. A presente directiva não se aplica aos contratos públicos celebrados por uma entidade adjudicante com uma entidade juridicamente autónoma, detida exclusivamente por essa entidade adjudicante, desde que:

— essa entidade não usufrua de autonomia de decisão relativamente à referida entidade adjudicante, devido ao facto de esta última exercer sobre a primeira um controlo análogo àquele que exerce sobre os seus próprios serviços,

— essa entidade realize a totalidade da sua actividade com a entidade adjudicante que a detém.

2. Sempre que uma tal entidade seja, ela própria, uma entidade adjudicante, deve respeitar, para responder às suas próprias necessidades, as regras em matéria de contratos públicos previstas pela presente directiva.

3. Sempre que uma tal entidade não seja, ela própria, uma entidade adjudicante, os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que ela aplique, para responder às suas próprias necessidades, as regras em matéria de contratos públicos previstas pela presente directiva.»

A alteração 57 visa:

1. introduzir uma nova possibilidade de utilizar um processo por negociação com anúncio prévio no caso dos contratos de fornecimentos públicos;
2. e precisar a aplicabilidade da disposição actual em matéria de serviços «intelectuais».

A parte 1. da alteração é inaceitável, uma vez que colocaria em causa o acervo comunitário ao alargar aos contratos de fornecimentos, sem justificação válida, a possibilidade de negociar as propostas. Deve sublinhar-se que, por força das possibilidades oferecidas pela definição das especificações técnicas em termos de desempenho e pelas variantes, as entidades adjudicantes só podem encontrar-se na impossibilidade de definir suficientemente os fornecimentos que procuram nos casos visados pelo processo de diálogo concorrencial.

A parte 2. da alteração, em contrapartida, é aceite com a seguinte reformulação:

«Artigo 29.º

Casos que justificam o recurso ao processo por negociação com publicação de anúncio de concurso

As entidades adjudicantes podem celebrar os seus contratos públicos recorrendo a um processo por negociação, com publicação prévia de um anúncio, nos seguintes casos:

...

- c) No caso de serviços, designadamente na acepção da categoria 6 do anexo II A, e de prestações de carácter intelectual tal como a concepção de obras, desde que a natureza da prestação a fornecer seja de molde a impossibilitar o estabelecimento de especificações com precisão suficiente para permitir a adjudicação através da selecção da melhor proposta, de acordo com as regras que regem os concursos públicos ou limitados;

...».

Importa referir que a Comissão considera útil, para respeitar a sequência das datas de adopção das primeiras directivas, alterar a ordem seguida em «contratos de fornecimentos públicos, de prestação de serviços públicos e de empreitadas de obras públicas» para «contratos de empreitadas de obras públicas, de fornecimentos públicos e de prestação de serviços públicos». Consequentemente, o anexo I A passou a anexo II A.

A alteração 150 visa garantir que os concessionários possam recorrer ao processo por negociação sem publicação de um anúncio de concurso para confiar directamente aos concessionários obras complementares que não constem do projecto inicial e que se tenham tornado necessárias para a execução da obra na sequência de circunstâncias imprevistas, se tais obras não puderem ser técnica ou economicamente separadas da obra principal sem inconvenientes graves, ou quando tais obras, ainda que passíveis de ser separadas da execução da obra principal, sejam absolutamente necessárias para o seu aperfeiçoamento.

Esta alteração pode ser aceite da seguinte forma:

«Artigo 73.ºA

Casos que justificam a atribuição directa de contratos suplementares ao concessionário

As entidades adjudicantes podem atribuir directamente ao concessionário contratos relativos a obras complementares que não constem do projecto inicialmente previsto nem do contrato inicial e que se tenham tornado necessárias, na sequência de uma circunstância imprevista, para a execução da obra aí descrita, na condição de o adjudicatário ser o mesmo operador económico que executa o referido serviço ou a referida obra:

— quando esses serviços ou obras complementares não possam ser técnica ou economicamente separados do objecto do contrato inicial sem inconveniente relevante para as entidades adjudicantes,

ou

— quando os serviços ou as obras em questão, embora podendo ser separados do objecto do contrato inicial, sejam absolutamente necessários para o seu aperfeiçoamento.

Contudo, o valor total dos contratos celebrados relativos a obras complementares não deve exceder 50 % do montante das obras iniciais que são objecto da concessão.».

A alteração 70 visa:

1. simplificar as disposições relativas aos prazos aplicáveis às diferentes fases do processo de adjudicação;
2. suprimir a redução dos prazos em caso de publicação de um anúncio periódico indicativo;
3. suprimir qualquer possibilidade de redução dos prazos em caso de utilização de meios electrónicos.

Relativamente ao ponto 1: para evitar um vazio jurídico no que respeita os prazos de recepção das propostas, nos concursos limitados, é necessário reformular a alteração, cuja aceitação comporta um prolongamento de três dias em certos prazos.

Relativamente ao ponto 2: a alteração não se justifica, uma vez que coloca um duplo problema: por um lado, constitui uma discriminação invertida em detrimento das entidades adjudicantes europeias relativamente às suas homólogas dos países terceiros que tenham aderido ao Acordo sobre Contratos Públicos no âmbito da OMC; por outro lado, arrisca-se a privar as empresas de informações sobre as intenções das entidades adjudicantes.

Relativamente ao ponto 3: a supressão das possibilidades de redução dos prazos, que de forma alguma penalizam as empresas, seria contrária ao objectivo que visa encorajar os adquirentes a utilizarem meios electrónicos, conforme incentivou o Conselho Europeu de Lisboa.

A Comissão retoma a alteração 70, modificando-a da seguinte forma:

«Artigo 37.º

Prazos para os pedidos de participação e a recepção das propostas

1. Ao fixarem os prazos de recepção das propostas e dos pedidos de participação, as entidades adjudicantes terão em conta, em especial, a complexidade do contrato e o tempo necessário à elaboração das propostas, sem prejuízo dos prazos mínimos estipulados no presente artigo.
2. Nos concursos públicos, o prazo mínimo de recepção das propostas é de 52 dias a contar da data de envio do anúncio de concurso.
3. Nos concursos limitados, nos processos por negociação com publicação de anúncio de concurso a que se refere o artigo 29.º, bem como e no diálogo concorrencial:

a) O prazo mínimo de recepção dos pedidos de participação é de 40 dias a contar da data de envio do anúncio de concurso;

b) Nos concursos limitados, o prazo mínimo para recepção das propostas é de 40 dias a contar da data de envio do convite.

4. Caso as entidades adjudicantes tenham publicado um anúncio de pré-informação, o prazo mínimo para a recepção das propostas, nos termos do n.º 2 e da alínea b) do n.º 3, pode, regra geral, ser reduzido para 36 dias, mas nunca poderá ser reduzido para menos de 22 dias.

Este prazo começa a correr a contar da data de envio do anúncio de concurso, nos concursos públicos e a contar da data de envio do convite à apresentação de propostas, nos concursos limitados.

Os prazos reduzidos referidos no primeiro parágrafo são permitidos desde que o anúncio de pré-informação tenha incluído todas as informações exigidas no modelo de anúncio de concurso do anexo VII A, na condição de que as mesmas estejam disponíveis à data de publicação do anúncio, e tenha sido enviado para publicação entre um mínimo de 52 dias e um máximo de 12 meses antes da data de envio do anúncio de concurso.

5. Se os anúncios forem preparados e enviados por meios electrónicos, em conformidade com o formato e as modalidades de transmissão indicados no ponto 3 do anexo VIII, os prazos de recepção das propostas indicados nos n.ºs 2 e 4, nos concursos públicos, e o prazo de recepção dos pedidos de participação indicado na alínea a) do n.º 3, nos concursos limitados, nos processos por negociação e no diálogo concorrencial, poderão ser reduzidos em sete dias.

6. É possível uma redução de cinco dias nos prazos de recepção das propostas, fixados no n.º 2 e na alínea b) do n.º 3 *supra*, se, a partir da data de publicação do anúncio, a entidade adjudicante oferecer acesso livre, directo e completo por meios electrónicos ao caderno de encargos e a todos os documentos complementares a partir da data de publicação do anúncio, em conformidade com o anexo VIII, indicando no anúncio o endereço na Internet em que a documentação está disponível.

Esta redução é cumulável com a prevista no n.º 5.

7. Se, por qualquer motivo, o caderno de encargos e os documentos ou informações complementares, embora solicitados em tempo útil, não tiverem sido fornecidos nos prazos fixados no artigo 38.º, ou quando as propostas só puderem ser apresentadas após visita às instalações ou consulta no local de documentos anexos ao caderno de encargos, os prazos de recepção das propostas devem ser prolongados de maneira a que todos os operadores económicos interessados possam tomar conhecimento de todas as informações necessárias para a elaboração das propostas.

8. Nos concursos limitados e nos processos por negociação com publicação de um anúncio de concurso, a que se refere o artigo 29.º, quando a urgência torne impraticáveis os prazos mínimos previstos no presente artigo, as entidades adjudicantes podem fixar:

- a) um prazo de recepção dos pedidos de participação que não pode ser inferior a 15 dias a contar da data de envio do anúncio de concurso ou a 10 dias, se o anúncio tiver sido enviado por meios electrónicos, em conformidade com o formato e as modalidades de transmissão indicadas no ponto 3 do anexo VIII;
- b) e, em caso de concursos limitados, um prazo de recepção das propostas que não pode ser inferior a 10 dias a contar da data do convite à apresentação de propostas.».

A alteração 74 precisa que a obrigação do adquirente de preservar a confidencialidade e a integridade dos dados que lhe são transmitidos abrange todo o ciclo operacional do processo: arquivo, tratamento e conservação.

As precisões propostas serão retomadas nas disposições pertinentes do texto, reformuladas para ter em consideração as exigências dos diferentes tipos electrónicos de apresentação de propostas.

A Comissão retoma a alteração 74 modificando o artigo 42.º da sua proposta da seguinte forma:

«Artigo 42.º

Regras aplicáveis às comunicações

1. Todas as comunicações e trocas de informações mencionadas no presente título podem ser efectuadas, à escolha da entidade adjudicante, por carta, fax ou via electrónica, em conformidade com os n.ºs 4 e 5, por telefone nos casos e condições referidos no n.º 6, ou por uma combinação destes meios.

2. Os meios de comunicação escolhidos devem estar generalizadamente disponíveis, não podendo, pois, restringir o acesso dos operadores económicos ao processo de adjudicação.

3. As comunicações, as trocas de informações e o arquivo das mesmas serão feitos de forma a garantir que a integridade dos dados e a confidencialidade das propostas e dos pedidos de participação sejam preservadas, e que as entidades adjudicantes só tomem conhecimento do conteúdo das propostas e dos pedidos de participação depois de expirado o prazo previsto para a sua apresentação.

4. Os instrumentos a utilizar para a comunicação por via electrónica, bem como as suas características técnicas, devem ter carácter não discriminatório, ser razoavelmente acessíveis por parte do público e ser compatíveis com as tecnologias de informação e de comunicação generalizadamente utilizadas.

5. Aos dispositivos de recepção electrónica de propostas e pedidos de participação são aplicáveis as seguintes regras:

- a) As partes interessadas devem dispor das informações existentes sobre as especificações necessárias à apresentação das propostas e dos pedidos de participação por via electrónica, incluindo a codificação. Além disso, os dispositivos de recepção electrónica das propostas e dos pedidos de participação devem satisfazer os requisitos do anexo X.
- b) Os Estados-Membros podem instaurar ou manter regimes voluntários de acreditação para melhorar o nível do serviço de certificação fornecido por esses dispositivos.
- c) Os proponentes ou candidatos devem comprometer-se a entregar, antes do termo do prazo previsto para a apresentação das propostas ou dos pedidos de participação, os documentos, certificados e declarações, exigíveis nos termos dos artigos 46.º a 50.º, bem como do artigo 52.º, se estes não se encontrarem disponíveis sob forma electrónica.

6. Regras aplicáveis à transmissão dos pedidos de participação:

- a) Os pedidos de participação nos processos de adjudicação podem ser feitos por escrito ou por telefone.
- b) Quando os pedidos de participação forem feitos por telefone, deve ser enviada uma confirmação escrita antes de expirar o prazo fixado para a sua recepção.
- c) As entidades adjudicantes podem exigir que os pedidos de participação feitos por fax sejam confirmados por correio ou por via electrónica, se necessário para efeitos de prova legal. Nesse caso, essa exigência e o prazo para envio da confirmação por correio ou por via electrónica devem ser referidos pela entidade adjudicante no anúncio de concurso.».

As alterações 77-132 visam:

1. esclarecer que as exigências relativas à selecção dos participantes devem ser proporcionais ao objecto do contrato
2. reforçar as obrigações da entidade adjudicante relativas ao respeito da confidencialidade das informações transmitidas pelos operadores económicos.

No que respeita ao primeiro aspecto, as alterações vão no sentido da proposta e podem ser aceites em substância. O segundo aspecto, em contrapartida, é supérfluo, uma vez que já está contemplado pela alteração 31 relativa ao artigo 5.º

A Comissão retoma as alterações 77 e 132, através de uma reformulação que visa simplificar o texto e facilitar um acordo entre os co-legisladores reunindo os artigos 44.º e 45.º da seguinte forma:

«Artigo 43.ºA

Verificação da aptidão, selecção dos participantes e adjudicação dos contratos

1. As adjudicações far-se-ão com base nos critérios estabelecidos nos artigos 53.º e 54.º, tendo em conta o artigo 25.º, depois de verificada a aptidão dos operadores económicos não excluídos ao abrigo dos artigos 46.º e 47.º, efectuada pelas entidades adjudicantes de acordo com os critérios relativos à capacidade económica e financeira, aos conhecimentos ou capacidades profissionais e técnicos referidos nos artigos 48.º a 52.º e, eventualmente, com as regras e critérios não discriminatórios referidos no n.º 3.

2. As entidades adjudicantes deverão especificar no anúncio de concurso os níveis mínimos de capacidade que os candidatos e proponentes devem satisfazer nos termos dos artigos 48.º, 49.º e 50.º

O âmbito das informações referidas nos artigos 48.º e 49.º, bem como os níveis mínimos de capacidades exigidos para um determinado concurso, devem estar relacionados com o contrato e ser proporcionais ao seu objecto.

3. Nos concursos limitados, nos processos por negociação com publicação de anúncio de concurso e no diálogo concorrencial as entidades adjudicantes podem restringir o número de candidatos adequados que convidarão a concorrer, a negociar ou a participar, desde que exista um número suficiente de candidatos. As entidades adjudicantes indicarão no anúncio de concurso os critérios ou regras objectivos e não discriminatórios que pretendem aplicar, o número mínimo de candidatos que pretendem convidar e eventualmente o número máximo que pretendam fixar.

4. Nos concursos limitados o número mínimo de candidatos não deve ser inferior a cinco. Nos processos por negociação com publicação de anúncio de concurso e no diálogo concorrencial o número mínimo não deve ser inferior a três. Em qualquer caso, o número de candidatos convidado deve ser suficiente para garantir uma concorrência real.

As entidades adjudicantes convidarão um número de candidatos pelo menos igual ao número mínimo predefinido. Quando o número de candidatos que satisfazem os critérios de selecção e os níveis mínimos for inferior ao número mínimo, a entidade adjudicante pode prosseguir o processo convidando o ou os candidatos com as capacidades exigidas. No âmbito deste mesmo processo, a entidade adjudicante não pode incluir outros operadores económicos que não tenham pedido para participar ou candidatos sem as capacidades exigidas.

5. Quando as entidades adjudicantes recorrerem à faculdade de reduzir o número de soluções a discutir ou de propostas a negociar, prevista no n.º 4 do artigo 30.º e no n.º 4 do artigo

29.º, procederão a essa redução aplicando os critérios de adjudicação indicados no anúncio de concurso, no caderno de encargos ou na memória descritiva. O número a que se chegar na fase final deve permitir assegurar uma concorrência efectiva, desde que o número de soluções ou de candidatos adequados seja suficiente.»

A alteração 80 completa as exclusões obrigatórias visadas no n.º 1 do artigo 46.º, incluindo o delito de branqueamento de capitais, na acepção do artigo 1.º da Directiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1991.

Para facilitar um acordo entre os co-legisladores, a Comissão retoma a alteração da seguinte forma:

«Artigo 46.º

Situação pessoal do candidato ou do proponente

1. Sempre que uma entidade adjudicante tiver conhecimento de uma condenação por decisão transitada em julgado com fundamento num ou mais dos motivos a seguir enunciados, deverá excluir da participação no contrato o candidato ou proponente objecto dessa condenação:

- a) participação em actividades de uma organização criminosa definida no n.º 1 do artigo 2.º da Acção Comum de 21 de Dezembro de 1998;
- b) corrupção, na acepção do artigo 3.º do acto do Conselho de 26 de Maio de 1997 e do n.º 1 do artigo 3.º da Acção Comum de 22 de Dezembro de 1998 respectivamente;
- c) fraude, na acepção do artigo 1.º da Convenção relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias estabelecida por Acto do Conselho de 26 de Julho de 1995;
- d) branqueamento de capitais, tal como definido no artigo 1.º da Directiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ⁽¹⁾, alterada pela Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de Dezembro de 2001 ⁽²⁾.

...»

As alterações 86, 87 e 89 modificam o n.º 2 do artigo 46.º

A alteração 86 altera a alínea d) do n.º 2 do artigo 46.º, ao prever a possibilidade de excluir, por motivo de falta grave, qualquer operador económico por violação de normas laborais fundamentais a nível internacional e violação de legislação europeia fundamental relativa à protecção do emprego e às condições de trabalho.

⁽¹⁾ JO L 166 de 28.6.1991, p. 77.

⁽²⁾ JO L 344 de 28.12.2001, p. 76.

A violação do direito do trabalho pode motivar decisões judiciais susceptíveis de permitir a exclusão nos termos das disposições propostas pela Comissão, sem que seja necessário contemplar explicitamente esta hipótese no dispositivo; pode, assim, motivar exclusões por «falta profissional grave», na acepção do n.º 2 do artigo 46.º, tal como proposto. A Comissão explicitou, na sua comunicação de 15 de Outubro de 2001 relativa aos aspectos sociais nos contratos públicos, em que medida essas hipóteses estavam abrangidas pelo direito existente. O mesmo é válido para a presente proposta; desde logo, a Comissão explicitou esse aspecto no considerando 30 citado na alteração 51 *supra*.

A alteração 87 introduz a possibilidade de excluir um operador que não tenha cumprido as obrigações de protecção do trabalho relativamente aos trabalhadores e as obrigações previstas no direito do trabalho relativamente aos representantes dos trabalhadores, em conformidade com a lei ou as convenções sociais em vigor: a infracção deve ter sido dada por provada pela decisão de um tribunal.

Esta alteração explícita a possibilidade, já oferecida pela alínea c) do n.º 2 do artigo 46.º da proposta, de excluir um proponente que tenha sido objecto de uma sentença constatando um delito que afecte a sua honorabilidade profissional; esta explícitação é dada no considerando 30 antes citado.

A alteração 89 introduz a possibilidade de exclusão por incumprimento da legislação social constatado por julgamento ou qualquer outro meio.

Esta alteração, tal como as alterações 86 e 87, foi também tida em conta pela Comissão no considerando 30 previamente citado.

A alteração 153 pretende que os Estados-Membros possam confiar a verificação dos requisitos previstos nos artigos 46.º, 47.º, 48.º, 49.º, 50.º e 50.ºA a organismos de certificação de direito privado.

A fim de facilitar a verificação dos critérios de exclusão e de selecção, os Estados-Membros podem confiar esta tarefa a organismos de certificação, privados ou públicos. Isso não deve, porém, resultar na imposição da certificação exclusiva pelos organismos nacionais para poder participar nos concursos nos Estados-Membros.

A Comissão reformula esta alteração da seguinte forma:

«Artigo 52.º

Listas oficiais dos operadores económicos homologados e certificação por organismos de direito público ou privado

1. Os Estados-Membros podem instaurar listas oficiais de empreiteiros, fornecedores ou prestadores de serviços homologados ou instaurar uma certificação pelos organismos de certificação públicos ou privados.

As condições de inscrição nessas listas, assim como as de emissão de certificados pelos organismos de certificação, devem ser adaptadas em conformidade com o disposto no n.º 1 e nas alíneas a) a d) e g) do n.º 2 do artigo 46.º, no artigo 47.º, nos n.ºs 1, 3 e 4 do artigo 48.º, nos n.ºs 1, 2, 4 e 5 do artigo 49.º, no artigo 50.º e no artigo 50.ºA.

Devem igualmente adaptar essas listas às disposições do n.º 2 do artigo 48.º e do n.º 3 do artigo 49.º, para os pedidos de inscrição apresentados por operadores económicos que sejam parte integrante de um agrupamento e façam valer meios postos à sua disposição pelas outras sociedades do grupo. Neste caso, tais operadores devem provar à autoridade que estabelece a lista oficial que disporão desses meios durante todo o período de validade do certificado que atesta a sua inscrição na lista oficial.

2. Os operadores económicos inscritos nas listas oficiais ou detentores de um certificado podem, em relação a cada contrato, apresentar à entidade adjudicante um certificado de inscrição passado pela entidade competente ou o certificado emitido pelo organismo de certificação competente. Estes certificados indicam as referências que permitiram a sua inscrição na lista ou a sua certificação e a classificação que nesta lhes é atribuída.

3. A inscrição em listas oficiais, certificada pelos organismos competentes, ou o certificado emitido pelo organismo de certificação só constitui, para as entidades adjudicantes dos outros Estados-Membros, uma presunção de aptidão para efeitos do disposto no n.º 1 e nas alíneas a) a d) e g) do n.º 2, do artigo 46.º, no artigo 47.º, nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 48.º, na alínea a) do ponto 1 e nos pontos 2, 5, 6 e 7 do n.º 2 do artigo 49.º, para os empreiteiros, na alínea b) do ponto 1 e nos pontos 2, 3, 4 e 9 do n.º 2 do artigo 49.º, para os fornecedores, e na alínea b) do ponto 1 e nos pontos 3 a 8 do n.º 2 do artigo 49.º, para os prestadores de serviços.

4. As informações extraídas do registo numa lista oficial ou na certificação não podem ser contestadas sem justificação. No que diz respeito ao pagamento das contribuições para a segurança social e ao pagamento de contribuições e impostos, pode ser exigido um certificado suplementar a cada operador económico inscrito para cada contrato.

As entidades adjudicantes de outros Estados-Membros apenas aplicarão o disposto no n.º 3 e no primeiro parágrafo do presente número a favor dos operadores económicos estabelecidos no Estado-Membro que elaborou a lista oficial.

5. Para a inscrição de operadores económicos de outros Estados-Membros numa lista oficial ou para a sua certificação pelos organismos visados no n.º 1, não pode ser exigida nenhuma prova ou declaração para além das exigidas aos operadores económicos nacionais e em caso algum poderá ser exigido qualquer elemento para além dos previstos nos artigos 46.º a 50.ºA.

Contudo, uma tal inscrição ou certificação não pode ser imposta aos operadores económicos dos outros Estados-Membros para a sua participação num concurso público. As entidades adjudicantes deverão reconhecer certificados equivalentes de organismos estabelecidos noutros Estados-Membros. Aceitarão igualmente outros meios de prova equivalentes.

6. Os organismos de certificação visados no n.º 1 são organismos que respondem às normas europeias respeitantes à certificação.

7. Os Estados-Membros que disponham de listas oficiais ou os organismos de certificação visados no n.º 1 deverão comunicar aos outros Estados-Membros o endereço do organismo para o qual devem ser enviados os pedidos de inscrição.»

A alteração 104 precisa que a obrigação do adquirente de preservar a confidencialidade e a integridade dos dados que lhe são transmitidos abrange parcialmente o ciclo operacional do processo: arquivo, tratamento e conservação.

As precisões propostas serão reformuladas para ter em consideração as exigências dos diferentes tipos electrónicos de apresentação de propostas da seguinte maneira:

«Artigo 61.º

Meios de comunicação

1. As disposições dos n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 42.º aplicam-se a todas as comunicações relativas a concursos para trabalhos de concepção.

2. As comunicações, as trocas de informações e o arquivo das mesmas serão feitos de forma a garantir que a integridade e a confidencialidade de todas as informações comunicadas pelos participantes nos concursos para trabalhos de concepção sejam preservadas, e que o júri só tome conhecimento do conteúdo dos planos e projectos depois de expirado o prazo previsto para a sua apresentação.

3. Aos dispositivos de recepção electrónica dos planos e projectos são aplicáveis as seguintes regras:

a) As partes interessadas devem dispor das informações existentes sobre as especificações necessárias à apresentação dos planos e projectos por via electrónica, incluindo a codificação. Além disso, os dispositivos de recepção electrónica dos planos e projectos devem satisfazer os requisitos do anexo X;

b) Os Estados-Membros podem instaurar ou manter regimes voluntários de acreditação para melhorar o nível do serviço de certificação fornecido por esses dispositivos.»

As alterações 110 e 113 modificam o anexo VII A no que se refere aos anúncios de concurso.

A alteração 110 exige que as entidades adjudicantes indiquem no anúncio de pré-informação o organismo junto do qual podem ser obtidas informações sobre a legislação em matéria fiscal, social e ambiental.

Os operadores económicos devem poder tomar conhecimento de todos os elementos necessários para a preparação das suas propostas. Certos elementos, quando um contrato de empreitada de obras ou uma prestação de serviços forem realizados no país da entidade adjudicante, são relativos à legislação nacional. Desde logo, é legítimo que as entidades adjudicantes sejam obrigadas a indicar onde podem ser obtidas essas informações. Contudo, esta informação seria mais útil se figurasse no anúncio de concurso.

A alteração 113 obriga as entidades adjudicantes a indicar nos anúncios de concurso as coordenadas dos órgãos competentes em matéria de recursos relativos à adjudicação.

É desejável uma maior transparência neste domínio.

A Comissão retoma, assim, as alterações 110 e 113, modificando-as da seguinte forma:

«ANÚNCIOS DE CONCURSOS

CONCURSOS PÚBLICOS, CONCURSOS LIMITADOS, DIÁLOGO CONCORRENCIAL E PROCESSOS POR NEGOCIAÇÃO:

1. Designação, endereço, número de telefone e fax, e endereço electrónico da entidade adjudicante.

1. a) Sempre que se trate de contratos de empreitadas de obras públicas, de fornecimentos públicos que comportem obras de montagem e instalação, e de prestação de serviços públicos: designação, endereço, endereço electrónico, números de telefone e de fax dos serviços junto dos quais podem ser obtidas as informações pertinentes sobre as disposições em matéria de fiscalidade, de protecção do ambiente, de protecção do trabalho e de condições de trabalho, aplicáveis no local onde a prestação irá ser realizada.

...

23. a) Denominação e endereço do órgão competente para os processos de recurso e, se for caso disso, de mediação. Esclarecimentos quanto aos prazos de interposição de recursos.

...»

A alteração 114 obriga as entidades adjudicantes a indicar nos anúncios de adjudicação as coordenadas dos órgãos competentes em matéria de recursos relativos à adjudicação.

É desejável uma maior transparência neste domínio. A Comissão retoma, assim, esta alteração da seguinte forma:

«ANÚNCIOS DE ADJUDICAÇÃO

...

12. a) Denominação e endereço do órgão competente para os processos de recurso e, se for caso disso, de mediação. Esclarecimentos quanto aos prazos de interposição de recursos.»

3.3. *Alterações não aceites pela Comissão* (162, 8, 173, 25, 29, 32, 37, 159, 49, 151, 68, 78, 63, 139, 66, 69, 161, 71, 72, 131, 73, 75, 76, 81, 82, 83, 84, 90, 92, 94, 176, 99, 102, 103, 107, 108, 111, 115, 117 e 116)

A alteração 162 introduz um novo considerando 1A para ter em conta a Directiva 85/337/CEE do Conselho, de 27 de Junho de 1985, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente.

Esta alteração é supérflua, uma vez que se situa fora do âmbito de aplicação da presente directiva ao reafirmar a aplicabilidade de uma directiva que impõe obrigações aos sectores privados e públicos antes do lançamento de qualquer projecto e, por isso, antes de qualquer processo de adjudicação.

A alteração 8 completa o considerando respeitante às especificações técnicas ao sublinhar que as entidades adjudicantes, na ausência de especificações europeias, devem poder fixar previamente os critérios nacionais de forma precisa para manter ao mais baixo nível possível os custos decorrentes dos trabalhos de manutenção e de reparação. Esta alteração deve ser considerada em conjunto com a alteração 45, que permite a uma entidade adjudicante rejeitar uma solução equivalente — mesmo nacional — se a sua aplicação implicar custos mais elevados. Uma vez que esta parte da alteração 45 é inaceitável por ser contrária ao artigo 28.º do Tratado, a alteração 8 é igualmente inaceitável. Além disso, não cabe às entidades adjudicantes fixar critérios nacionais de alcance geral. No que respeita à referência a uma norma nacional, o considerando da proposta inicial da Comissão é já suficientemente explícito.

A alteração 173 modifica o artigo 1.º para definir os contratos particularmente complexos que podem ser objecto de diálogo concorrencial, no artigo 1.º e não no artigo 30.º, que especifica o processo, dando uma lista de exemplos não exaustiva. De resto, mais do que de uma definição, trata-se de uma enumeração de casos em que o recurso a um diálogo concorrencial é permitido, ou seja, sempre que as entidades adjudicantes não estejam em condições de definir os meios técnicos ou outros que possam responder às suas necessidades, ou não possam prever as soluções que o mercado pode oferecer. No que respeita à impossibilidade de definir os meios, não deve ser imputável à ausência de um concurso prévio ou ao facto de um contrato de especificações funcionais poder ser suficiente.

A Comissão considera que a noção de contrato complexo não é necessária e que é preferível definir — no artigo 30.º — as condições objectivas que permitem recorrer ao diálogo concorrencial.

No que diz respeito à condição segundo a qual a organização de um concurso prévio não daria à entidade adjudicante a

possibilidade de definir os meios adequados ao preenchimento das suas necessidades, a alteração é inaceitável porque coloca os mesmos problemas de subsidiariedade que as alterações 142, 7 e 171-145 que visam introduzir uma separação obrigatória entre concepção e realização de obras.

A alteração 25 regulamenta especificamente os acordos-quadro no sector dos serviços de tradução e interpretação.

Deve sublinhar-se que os serviços visados por esta alteração são abrangidos pelo anexo IB e, por isso, não são sujeitos ao conjunto de regras processuais da directiva (abertura de concurso e regras pormenorizadas). Consequentemente, ao prever regras específicas para os acordos-quadro, a alteração tornaria a legislação aplicável a esses acordos injustificadamente mais rígida do que a aplicável aos contratos públicos celebrados no mesmo sector.

A alteração 29, a fim de tornar obrigatória a concessão de prémios aos participantes em concursos para trabalhos de concepção, modifica a definição de «concursos para trabalhos de concepção», limitando-a aos concursos para trabalhos de concepção com atribuição de prémios.

O princípio de tornar obrigatória a concessão de prémios aos participantes pode justificar-se quando o concurso disser respeito a projectos que comportem despesas reais, como os concursos organizados com vista à realização de uma obra, de um projecto urbano ou paisagístico. No entanto, é oportuno assinalar que os concursos para trabalhos de concepção podem ser organizados noutros domínios que não justifiquem essa concessão obrigatória. Além disso, a definição proposta pela alteração, que impõe que se considerem apenas os concursos com prémios, não parece adequada para atingir o objectivo atrás referido. Na verdade, essa definição não impediria a organização de concursos sem prémios, mas excluí-los-ia do âmbito de aplicação da directiva.

A alteração 32 prevê um aumento dos limiares indicados na proposta da Comissão em cerca de 50 %.

Os limiares das directivas em vigor são tais que a regulamentação comunitária apenas cobre agora os contratos de maior valor. Um aumento dos limiares da directiva comportaria uma redução injustificada das garantias relativas à abertura dos contratos públicos actualmente oferecidas aos operadores económicos da União. Convém notar que o aumento não poderia justificar-se por uma pretensa complexidade dos processos, nos termos das directivas, e respectivos custos administrativos: esses custos, com efeito, são comparáveis à complexidade e aos custos de outros processos de adjudicação nacionais em vigor relativamente a contratos de valor inferior a esses limiares.

Ademais, um aumento dos limiares feito unilateralmente por parte da União Europeia seria incompatível com as suas obrigações no âmbito da OMC. Por outro lado, um pedido europeu de aumento dos limiares no quadro actual de revisão do Acordo sobre Contratos Públicos provocaria uma clara perda de credibilidade da Europa no contexto das negociações inerentes a esta revisão, quando o mandato de negociação menciona claramente o objectivo de alargar a cobertura do acordo; além disso, um tal pedido poderia provocar em contrapartida um pedido de compensação da parte dos nossos parceiros ou um fecho recíproco dos mercados internacionais.

Por outro lado, há que notar que o mecanismo de revisão bianual dos limiares, previsto para os adaptar às oscilações das paridades das moedas europeias/DSE, pode inclusivamente, como é actualmente o caso dos limiares aplicáveis ao período de 2002-2004, resultar num aumento sensível dos limiares.

A alteração 37 acrescenta uma exclusão relativa aos serviços financeiros relativamente à contracção de empréstimos destinados a investimentos e a necessidades de tesouraria.

Esta exclusão faria com que o financiamento dos projectos de autarquias, nomeadamente das autarquias locais, pudesse ser objecto de contrato sem abertura de concurso a nível europeu. Isto é contrário aos objectivos de liberalização dos serviços financeiros e não se justifica pelo argumento da volatilidade das taxas de juro apresentado. Com efeito, existem processos suficientemente flexíveis — por exemplo, os acordos-quadro combinados com os meios electrónicos e, em especial, as contratações — para ter em conta esta volatilidade.

A alteração 159 visa:

1. assegurar que a entidade adjudicante não impõe «limitações quantitativas ao exercício, por parte das empresas, do seu direito de organizar os seus próprios factores de produção»;
2. obrigar a entidade adjudicante a solicitar ao proponente que indique a parte do contrato que tenciona subcontratar e o nome dos subcontratantes;
3. obrigar a entidade adjudicante a proibir a subcontratação a empresas abrangidas por uma das hipóteses mencionadas no artigo 46.º «e/ou [...] que não preenchem os requisitos enunciados nos artigos 47.º, 48.º e 49.º»;
4. proibir a subcontratação dos «serviços intelectuais, com excepção dos serviços de tradução e de interpretação, bem como dos serviços de gestão e afins».

A Comissão não pode aceitar esta alteração pelos seguintes motivos:

1. Se um operador económico puder demonstrar que dispõe efectivamente de capacidades de outras entidades, por exemplo através da subcontratação, terá o direito, segundo a jurisprudência, de o invocar para a selecção. Em contrapartida, nada na legislação actual impede uma entidade adjudicante de proibir uma subcontratação, seja ela parcial ou total.
2. A ser aceite, esta obrigação imporá que os proponentes tivessem de fixar na sua proposta não só a parte que seria subcontratada como a escolha dos subcontratantes. Impô-lo a nível comunitário parece excessivo, tendo em conta o facto de que a responsabilidade da execução do contrato incumbe sempre ao adjudicatário do contrato. Atendendo ao princípio da subsidiariedade, caberia aos Estados-Membros prever, se necessário, a obrigação de identificação dos subcontratantes.
3. A possibilidade de exclusão de subcontratantes parece legítima no caso de empresas/pessoas condenadas por certos delitos (criminalidade organizada/corrupção/fraude relativa a interesses financeiros da Comunidade — ver o n.º 1 do artigo 46.º) ou noutros casos (incumprimento da legislação do trabalho — ver o n.º 2 do mesmo artigo); contudo, esta possibilidade comporta dificuldades de aplicação. Na verdade, esta possibilidade implica o conhecimento (ver ponto 2) e o controlo *a priori* dos subcontratantes, o que iria alongar excessivamente os processos de adjudicação. No entanto, ela poderia ser tida em conta no âmbito do princípio da subsidiariedade (obrigação eventualmente imposta pelos Estados-Membros).

No que se refere aos aspectos do ponto 3 relativos às capacidades económicas e financeiras, técnicas e profissionais mencionadas nos artigos 48.º e 49.º, isso significaria que os subcontratantes deveriam ter a mesma capacidade que o adjudicatário principal, excluindo assim as PME de maneira injustificada. Estes aspectos não podem, portanto, ser tidos em conta.

No que respeita ao artigo 47.º, a alteração propõe que se aplique aos subcontratantes um regime mais severo que o previsto para os candidatos e proponentes (para estes últimos, as entidades adjudicantes não são obrigadas a solicitar informações, ao passo que, para os subcontratantes, teriam de o fazer sistematicamente). No entanto, a possibilidade de aplicar o artigo 47.º aos subcontratantes para efeitos de selecção já é possível, se o proponente se apoiar nos recursos postos à sua disposição por subcontratantes [Acórdão «Holst Italia» (1)].

(1) Acórdão de 2 de Dezembro de 1999 no Processo C-176/98, Colectânea 1999, p. I-8607.

4. Não parece haver justificação para impor este tipo de proibição generalizada: as entidades adjudicantes, que são as partes interessadas, podem já, se o desejarem, proibir a subcontratação impondo condições de execução do contrato, e isto para todos os tipos de contratos e não unicamente para certos serviços. Na mesma perspectiva, devem poder ser livres de a aceitar.

A alteração 49 insere no artigo 26.º um novo parágrafo segundo o qual todas as exigências relativas ao desempenho económico, financeiro e social dos candidatos ou dos proponentes são igualmente aplicáveis às empresas subcontratantes.

Pelas mesmas razões que as indicadas nos comentários à alteração 159 (segundo e terceiro parágrafos do ponto 3), a alteração 49 não pode ser aceite.

As alterações 151, 68 e 78 visam essencialmente instituir sistemas de qualificação como os previstos na Directiva 93/38/CEE «sectores especiais».

A alteração 151 insere um novo n.º 2A no artigo 32.º que concede às entidades adjudicantes a possibilidade de instituírem um sistema de qualificação que deve ser objecto de um anúncio anual sempre que a duração do sistema for superior a três anos, e de um anúncio único nos restantes casos.

A alteração 68 introduz a possibilidade de abrir concurso através de um anúncio relativo à existência de um sistema de qualificação.

A alteração 78 introduz as regras aplicáveis aos sistemas de qualificação. Estas disposições inspiram-se directamente nas disposições análogas da directiva sectores especiais em vigor, embora a alteração não retome as disposições relativas às obrigações de motivação das decisões em matéria de qualificação, nem as que impõem o reconhecimento mútuo e a igualdade de tratamento no âmbito dos sistemas de qualificação. No que diz respeito à selecção dos operadores económicos, a alteração limita-se a indicar que o sistema será gerido segundo «critérios e regras objectivos definidos pela entidade adjudicante», sem qualquer referência às regras gerais em matéria de selecção qualitativa.

As alterações 151, 68 e 78 (artigo 45.ºA) devem ser analisadas em conjunto. Têm por efeito introduzir o regime da directiva «sectores especiais» («Utilities Directive»), ou seja, a possibilidade de utilizar um sistema de qualificação — específico a cada entidade adjudicante — como meio de abrir concurso para vários contratos individuais durante o período de validade do sistema. Por outras palavras, em vez de haver tantos anúncios como processos de adjudicação, haveria um anúncio de concurso anual correspondente a todos os contratos abrangidos pelo sistema durante esse ano ou, se o sistema tiver uma duração de validade superior a um ano, um único anúncio

de concurso correspondente a todos os contratos a celebrar nesse período. O sistema de qualificação estaria teoricamente sempre aberto. Na prática, a possibilidade de aceder ao sistema seria muito aleatória, uma vez que pressuporia que os operadores económicos tivessem conhecimento da própria existência do sistema — por meio de um anúncio publicado com meses, ou mesmo anos, de antecedência. Isto seria prejudicial à abertura de concursos para contratos e às empresas recentemente criadas. A alteração comportaria, assim, uma perda inaceitável de transparência e o risco de criar reservas de contratos em benefício das empresas que tivessem conhecimento do anúncio inicial. Tal já não sucederia se esses sistemas e os contratos neles baseados fossem complementados pela adequada abertura de concurso, cuja gestão electrónica permitisse assegurar a transparência e a igualdade de tratamento. É de notar que a introdução de sistemas de qualificação seria contrária ao ACP na medida em que se aplicaria às entidades adjudicantes centrais.

A alteração 63 visa proibir a aplicação dos acordos-quadro aos serviços intelectuais e introduzir regras específicas para a prestação de serviços de tradução ou de interpretação.

A primeira parte da alteração está ultrapassada dado que a alteração que visava a separação entre serviços intelectuais e outros serviços não foi votada. A segunda parte da alteração tem origem nos problemas levantados pelos serviços de tradução das instituições europeias, nomeadamente do Parlamento, que entretanto foram resolvidos de forma plenamente satisfatória para esses serviços.

Deve sublinhar-se, além disso, que os serviços visados por esta alteração são contemplados no anexo IB e, por isso, não são sujeitos ao conjunto de regras processuais da directiva (abertura de concurso e regras pormenorizadas). Consequentemente, ao prever regras específicas para os acordos-quadro, a alteração tornaria a legislação aplicável a esses acordos injustificadamente menos flexível do que a aplicável aos contratos públicos celebrados no mesmo sector.

A alteração 139 proíbe os acordos-quadro no caso das empreitadas de obras públicas.

Os acordos-quadro podem ser úteis no caso das empreitadas de obras públicas, nomeadamente no caso das obras «normalizadas», tais como a asfaltagem das estradas ou a sua reparação. A exclusão prevista pela alteração não é, pois, aceitável.

A alteração 66 modifica o artigo 33.º para alargar o âmbito de aplicação do processo específico relativo à realização de habitações sociais a todas as «empreitadas de obras públicas que, em virtude da sua importância, complexidade, duração e/ou financiamento exijam uma planificação do projecto com base na estreita colaboração . . .».

Esta alteração é completamente inaceitável, visto que pretende alargar, sem precisar em que moldes, as possibilidades de negociar os contratos. Por outro lado, convém notar que o artigo 30.º já contempla um grande número de casos abrangidos por esta alteração.

A alteração 69 acrescenta, no primeiro parágrafo do n.º 1 do artigo 35.º, uma referência explícita ao *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* para a publicação dos anúncios.

Esta alteração faria estagnar as modalidades de publicação e impossibilitar que se retirassem todos os benefícios da evolução das tecnologias que, no futuro, poderiam tornar a publicação por outros meios mais adequada.

A alteração 161 suprime a disposição que previa que os prazos para recepção dos pedidos de participação e de apresentação das propostas fossem fixados de forma a garantir que os operadores económicos dispusessem efectivamente do tempo necessário.

Como o objectivo desta disposição era contribuir para uma melhor e efectiva abertura dos contratos públicos, a alteração não é aceitável.

A alteração 71 modifica o artigo 40.º para especificar que as condições especiais de participação não devem representar discriminação injustificada entre os candidatos. Esta precisão é relativa às condições indicadas no convite à apresentação de propostas.

O objectivo pretendido com esta alteração situa-se na linha da proposta de directiva. Todavia, a modificação é supérflua, visto estar já contemplada no artigo 2.º relativo aos princípios fundamentais que devem ser respeitados ao longo de todo o processo de adjudicação.

A alteração 72 limita, a duas situações, as possibilidades de concluir um processo de adjudicação antes da adjudicação: quando não tenha sido apresentada qualquer proposta que corresponda aos critérios de adjudicação e quando existam razões de vulto que ultrapassem a esfera de responsabilidade da entidade adjudicante.

A alteração é louvável nos seus objectivos (evitar manipulações eventuais e contribuir para a segurança de programação das empresas), mas inaceitável quanto à forma, por limitar de maneira drástica, desproporcionada e não adequada as possibilidades de renunciar à adjudicação.

As razões para renunciar não devem ser objecto de uma lista exaustiva, uma vez que as entidades adjudicantes actuam enquanto adquirentes e devem, por isso, ter ao seu dispor possibilidades adaptadas a situações muito diversas que não podem ser delimitadas pela directiva. É oportuno assinalar que, de entre as possibilidades excluídas pela alteração, figura a con-

clusão antecipada de um processo por violação do direito comunitário aplicável, o que entra em contradição com a directiva «recurso» (1).

Além disso, a entidade adjudicante já é obrigada a fornecer aos participantes as razões que a levaram a renunciar à adjudicação. Isto permite precisamente evitar manipulações arbitrárias e permite aos participantes verificar a validade dos motivos apresentados pela entidade adjudicante.

A alteração 131 pretende impedir que a entidade adjudicante possa escolher os meios pelos quais a transmissão das comunicações e as trocas de informações deverão efectuar-se no âmbito de um processo de adjudicação.

Esta alteração iria obrigar as entidades adjudicantes a receber propostas por todo e qualquer meio, sem atender ao facto de elas poderem não estar equipadas para tal. A alteração deve, pois, ser recusada.

A alteração 73 impõe a rejeição das propostas apresentadas por via electrónica, caso não venham munidas de uma assinatura electrónica avançada na acepção da Directiva 1999/93/CE e de uma codificação fiável do seu conteúdo.

Esta alteração retoma a situação actualmente existente em matéria de assinaturas electrónicas. Todavia, as evoluções técnicas neste domínio são rápidas. A alteração levaria obrigatoriamente a modificar a directiva de cada vez que se verificasse uma evolução. As garantias em matéria de assinatura electrónica podem obter-se por remissão para as disposições nacionais em matéria de assinatura electrónica (o que evita alterações ulteriores do texto se a legislação comunitária evoluir). Por outro lado, a codificação não é necessária porque há outros meios que podem assegurar a inviolabilidade das propostas sem utilização de codificação. Além do mais, a codificação obrigatória implicaria um custo suplementar para o adquirente e para os proponentes. Esta alteração não pode, pois, ser aceite.

A alteração 75 pretende impor o recurso a um organismo terceiro reconhecido para garantir a confidencialidade dos dados transmitidos pelos proponentes.

Há que sublinhar que a política comunitária fez questão de não tornar obrigatório um regime de acreditação, devido aos riscos de distorção e de aumento de disparidades entre Estados-Membros.

(1) Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos (JO L 395 de 30.12.1989, p. 33), alterada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho de 18 de Junho de 1992 relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L de 24.7.1992, p. 1).

A alteração 76 propõe, no âmbito da fixação dos níveis específicos de capacidades e de experiência exigidos para determinado contrato, compensar a falta de experiência mediante prova de «capacidades especiais».

As capacidades especiais, por si só, não podem substituir concretamente a experiência e fornecer à entidade adjudicante garantias suficientes da boa realização do contrato (os certificados de estudos não substituem a experiência prática). Além disso, os contratos abrangidos pelas directivas, tendo em conta os limiares, são contratos importantes e necessitam, por isso, de garantias adequadas. Por outro lado, as «capacidades especiais» evocadas pela alteração não são definidas e os meios de as comprovar também não. Isto pode criar uma fonte importante de contencioso para as entidades adjudicantes.

A alteração 81 completa o n.º 1 do artigo 46.º, aditando «por conduta fraudulenta ou desleal a nível da concorrência no âmbito da adjudicação de contratos públicos no mercado interno».

O actual direito comunitário não harmoniza as incriminações relacionadas com estes fenómenos no âmbito do terceiro pilar nem os regimes das sanções penais nos Estados-Membros. Nestas condições, o mecanismo instaurado pelo n.º 1 do artigo 46.º não pode ser aplicado.

A alteração 82 completa o n.º 1 do artigo 46.º, ao incluir nas exclusões obrigatórias o «incumprimento das disposições das convenções colectivas de trabalho e demais disposições e legislação em matéria laboral e social vigentes no país em que se encontre estabelecido ou num outro país».

Pelas mesmas razões que na alteração precedente, uma vez que as incriminações/violações da legislação em matéria laboral não são objecto de harmonização no âmbito do terceiro pilar, a alteração não pode ser aceite.

Em contrapartida, o n.º 2 do artigo 46.º já possibilita proceder a tais exclusões cujo princípio pode ser explicitado num considerando (ver alteração 86).

A alteração 83 completa o n.º 1 do artigo 46.º ao acrescentar o delito relacionado com a droga, tal como definido na Convenção das Nações Unidas (Viena, 19 de Dezembro de 1988).

Não existe, na actual legislação comunitária, harmonização das incriminações relacionadas com estes fenómenos, no âmbito do terceiro pilar, nem dos regimes das sanções penais em todos os Estados-Membros. Nestas condições, o regime instaurado pelo n.º 1 não pode ser aplicado.

A alteração 84 visa suprimir a possibilidade, actualmente dada às entidades adjudicantes, de excluir do processo de adjudicação os proponentes e os candidatos que se encontrem em estado de falência, de liquidação, de cessação de actividade, sujeitos a qualquer meio preventivo da liquidação de patrimónios ou em qualquer situação análoga. Por força da alteração 90 esta possibilidade transforma-se numa obrigação.

A alteração 90 prevê a exclusão obrigatória de todos «os operadores económicos que se encontrem em estado de falência, de liquidação, de cessação de actividades ou sujeitos a qualquer meio preventivo da liquidação de patrimónios».

As alterações 84 e 90 levariam a proibir a celebração de contratos entre as entidades adjudicantes na UE e qualquer empresa sujeita a meios preventivos de liquidação de patrimónios condenando-a a fechar, se tal acontecesse, sem qualquer possibilidade de remissão. Por isso é talvez mais oportuno deixar ao adquirente a possibilidade de excluir os operadores que se encontrem nessa situação.

A alteração 92 adita, aos meios de prova da capacidade técnica, no caso dos contratos de fornecimentos, as medidas adoptadas pelo fornecedor para garantir a protecção do meio ambiente e a protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores e a indicação dos técnicos ou dos serviços técnicos ou organismos responsáveis pelo controlo da gestão ambiental e da segurança e da saúde dos trabalhadores.

A alteração visa julgar a capacidade técnica de uma empresa para fornecer um produto que respeite o ambiente e a saúde e a protecção dos trabalhadores. Estes elementos são relativos à descrição das especificações do produto (exigir processos de fabrico menos poluentes) ou ao respeito da legislação social ou ambiental (pela exclusão de um proponente que as viole) que são contemplados noutras fases do processo de adjudicação.

A alteração 94 introduz a fiabilidade como elemento complementar e paralelo das capacidades técnicas/profissionais de um empreiteiro.

Ora, sendo a fiabilidade um elemento particularmente subjectivo, não pode ser acrescentada em paralelo às capacidades. Por este motivo, a alteração não é aceitável.

A alteração 176, relativa ao critério de adjudicação segundo «a proposta economicamente mais vantajosa», pretende:

1. eliminar a explicitação de que se trata da proposta economicamente mais vantajosa «para as entidades adjudicantes»;
2. especificar que as características ambientais podem incluir os «métodos de produção»;
3. aditar o critério da «política de igualdade de tratamento».

Quanto ao ponto 1: a eliminação das palavras «para as entidades adjudicantes» permitiria a consideração de elementos difusos, muitas vezes não mensuráveis, em relação com um eventual benefício para «a sociedade» em sentido lato. Tais critérios de adjudicação acabariam por perder a sua função que é a de permitir a avaliação das qualidades intrínsecas das propostas para a determinação da que apresente a melhor relação qualidade/preço para o adquirente. Isto constituiria uma subversão do objectivo atribuído às directivas da contratação pública e corresponderia a instrumentalizar esta legislação em proveito de políticas sectoriais, criando ainda por cima sérios riscos de desigualdade de tratamento.

Quanto ao ponto 2: a adjudicação não é a fase apropriada para escolher um método de produção menos poluente. Métodos de produção menos poluentes podem ser prescritos logo na definição do objecto do contrato, nas especificações técnicas, se o adquirente escolher adquirir o menos poluente. Se quiser comparar diferentes soluções e avaliar as vantagens/os custos de soluções mais ou menos poluentes, poderá permitir ou impor a apresentação de variantes.

Quanto ao ponto 3: o conceito de igualdade de tratamento reveste uma acepção especial no contexto dos contratos públicos (= tratar da mesma maneira todos os candidatos/proponentes), ao passo que a alteração parece querer tratar da não discriminação na aceção do artigo 13.º do Tratado. Na medida em que se trata de um critério que se refere à política empresarial e não às qualidades de uma proposta, não pode constituir um critério de adjudicação. A introdução de critérios ligados à empresa teria como resultado preferir certas empresas segundo elementos não mensuráveis, na fase de adjudicação, mesmo que a sua proposta não apresentasse a melhor relação qualidade/preço para o adquirente.

A alteração 99 suprime a obrigação de ponderar os critérios de adjudicação, que é substituída pela enumeração desses critérios por ordem decrescente de importância.

A introdução de uma disposição que imponha a ponderação é um elemento importante da proposta, destinado a impedir manipulações que favoreçam certos operadores, com as quais a prática se defronta, e a permitir que todos os proponentes possam ser razoavelmente informados, em conformidade com os princípios avançados pelo Tribunal no Acórdão «SIAC» (1). A indicação antecipada da ponderação dos critérios é, por isso, essencial.

A alteração 102 suprime, no n.º 1 do artigo 61.º, a parte da frase que indica claramente que a escolha dos meios de comunicação a utilizar no âmbito de um concurso para trabalhos de concepção cabe à entidade adjudicante.

Na ausência desta parte da frase, o texto daria aos participantes a possibilidade de escolherem eles próprios o meio de comu-

nicação, com as consequências já indicadas para a alteração 131.

A alteração 103 introduz um novo n.º 1A no artigo 61.º, impondo a utilização de uma assinatura electrónica avançada e de uma codificação fiável quando os projectos ou planos sejam apresentados por via electrónica no âmbito dos concursos de prestação de serviços.

Remete-se para as razões da rejeição da alteração 73 e para o texto do artigo 61.º objecto da alteração 104.

A alteração 107 suprime certos poderes delegados que permitem à Comissão, após parecer do Comité Consultivo para os Contratos de Direito Público, modificar certos aspectos da directiva necessários ao seu bom funcionamento. Esses poderes delegados dizem respeito ao ajustamento dos limiares necessários para ter em conta as flutuações das paridades DSE/euro, as eventuais modificações das condições de elaboração, de transmissão e de publicação dos anúncios e dos relatórios estatísticos e as modificações do anexo VIII, para contemplar a evolução tecnológica e as modificações das nomenclaturas constantes nos anexos I e II.

Em primeiro lugar, há que referir que a alteração suprime várias competências já delegadas na Comissão pela legislação em vigor. Quanto aos novos poderes, limitam-se aos domínios em que a evolução tecnológica (utilização de meios electrónicos) requer a adaptação da directiva que de outra forma se tornaria rapidamente obsoleta, bem como o processo de co-decisão, dada a sua duração.

A alteração 108 introduz um novo artigo segundo o qual os Estados-Membros devem estabelecer mecanismos eficazes, abertos e transparentes para garantir a aplicação da presente directiva. Os Estados-Membros podem decidir criar para o efeito organismos independentes em matéria de contratos públicos com amplas competências, incluindo o indeferimento ou a reabertura do processo de adjudicação.

A Directiva 89/665/CEE já impõe que os Estados-Membros ofereçam possibilidades de recurso eficazes à escala nacional em matéria de adjudicações, incluindo um processo de urgência, o poder de anular decisões ilegais e conceder indemnizações. Os Estados-Membros podem cumprir este requisito garantindo que as jurisdições nacionais tenham essas competências ou criando organismos com os poderes adequados para tal. A obrigação introduzida pela alteração constitui já objecto de legislação comunitária em vigor não devendo, por isso, ser reiterada. No que respeita à criação de organismos independentes, tal é igualmente possível segundo a legislação em vigor e explicitamente referido no novo considerando 30A visado na alteração 13 que foi aceite pela Comissão. A repetição é, pois, supérflua.

(1) Acórdão de 18 de Outubro de 2001 no Processo C-19/2000, Colectânea 2001, p. I-7725.

A alteração 111 pretende introduzir a obrigação de indicar nos anúncios de pré-informação as coordenadas — incluindo a morada electrónica — dos órgãos competentes em matéria de recursos relativos às adjudicações.

Embora seja desejável uma maior transparência em matéria de recursos, os anúncios de pré-informação não são o instrumento adequado.

A alteração 115, segundo a maioria das versões linguísticas, obriga os sítios públicos da internet que contêm os anúncios e outras informações pertinentes sobre concursos a serem compatíveis com as orientações da União relativas ao acesso à Internet (é conveniente notar que a versão francesa é radicalmente diferente).

Ora, não há nenhuma razão para prever um regime jurídico especial para esse tipo de sítios internet. Esta problemática deve ser tratada pelas legislações horizontais e não harmonizada através da directiva «contratos públicos».

A alteração 117 introduz um novo anexo que pretende garantir a utilização de meios de comunicação electrónicos para que a apresentação das propostas ou dos pedidos de participação seja feita em condições de assegurar a sua confidencialidade.

Embora as preocupações na base destas alterações sejam legítimas, o novo anexo não pode ser inserido na ausência de qualquer referência no dispositivo, alterado, a um novo anexo. Nesse caso, o respectivo regime jurídico permaneceria indeterminado.

A alteração 116 introduz um novo anexo relacionado com a nova alínea c) A do segundo parágrafo do artigo 54.º proposta pela alteração 100. Uma vez que a alteração 100 não foi aceite, esta alteração também não é aceite: ver os comentários à alteração 100.

3.4. Proposta alterada

Por força do n.º 2 do artigo 250.º do Tratado CE, a Comissão altera a sua proposta nos termos que precedem.