



Universidade Católica Portuguesa

Mestrado em Direito Administrativo, Vertente Contratação Pública, 2011 - 2013

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

“ OS PRINCÍPIOS COMUNITÁRIOS E A UTILIZAÇÃO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA ENQUANTO INSTRUMENTO DE PROSECUÇÃO DE POLITICAS PÚBLICAS – DUAS REALIDADES OPOSTAS?”

Orientação: **Professor Doutor Mário Aroso de Almeida**

Ana Catarina Coimbra Matias, n.º 142701134

ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

PIB – Produto Interno Bruto

CCP – Código dos Contratos Públicos

CRP – Constituição da República Portuguesa

GPP – Green Public Procurement

PME – Pequenas e Médias Empresas

TCE – Tratado que institui a Comunidade Europeia

TFUE – Tratado sobre o funcionamento da União Europeia

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

UE – União Europeia

ÍNDICE

1- Introdução	4
2- Princípios Comunitários e Direito da Contratação Pública – em especial, a submissão do Direito da Contratação Pública ao Princípio da Concorrência	8
3- Enquadramento Geral	15
4- Políticas Secundárias vs Auxílios de Estado	20
5- Políticas Secundárias vs “ <i>best value for money</i> ”	24
6- Políticas Secundárias no âmbito dos critérios de adjudicação	26
7- Limites à Prossecução de Políticas Secundárias-	29
8- As Políticas Secundárias na União Europeia - Evolução	33
9- As Novas Directivas da Contratação Pública	38
10- Reflexão Crítica	44
11- Bibliografia	49

1- INTRODUÇÃO

A importância económica da contratação pública a nível europeu e mundial¹ é comprovada pelas estatísticas.²

De facto, a dimensão quantitativa da contratação pública na União Europeia é inegável e tem vindo a registar um significativo aumento: a contratação pública representa a nível europeu cerca de 19% do PIB³.

O modo como o mercado da contratação pública se comporta influencia, pois, directa ou indirectamente, o desenvolvimento dos Estados e, em última análise, o bem-estar dos cidadãos.

Esta questão assume especial importância se pensarmos que a contratação pública envolve muitas vezes a aquisição de bens e serviços ou a construção de infra-estruturas com particular relevância económica e social, representando um impacto directo no desenvolvimento dos Estados.

¹ Estimativas da Organização Mundial do Comércio apontam para que a contratação pública represente cerca de 10 a 15% do PIB mundial, in http://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Livro_Verde

² O mercado dos contratos públicos de valor superior aos limiares das Directivas da EU ascende hoje a 420 mil milhões de euros, o que representa cerca de 19% do PIB da União Europeia; No total, o volume de negócios das empresas que operam nestes mercados poderá exceder 25% do PIB da UE e representar cerca de 31 milhões de postos de trabalho, in <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/>

³ No mesmo sentido, cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES, in “*A Contratação Pública como instrumento de política económica*”, p.183, « (...) *De facto, a União Europeia é o maior mercado de contratos públicos do mundo, em termos monetários absolutos (...)* », in “*A Contratação Pública como instrumento de política económica*”.

Com efeito, a contratação pública constitui um instrumento privilegiado de intervenção económica dos Estados e o modo como os Estados utilizam o seu “poder de compra” levanta inúmeras questões.

É precisamente de uma destas questões de que nos iremos ocupar na presente dissertação.

Não se afigura uma tarefa fácil; desde os primórdios que a contratação pública é considerada uma área de actuação complexa, com diversas sinergias e necessidade de compatibilizar ordenamentos jurídicos distintos, bem como ideologias políticas e económicas diversas.

Não obstante não se poder olvidar o impacto económico da contratação pública, principalmente a nível da criação de emprego e do incentivo ao investimento, a verdade é que não é apenas nos aspectos exclusivamente económicos que é possível denotarmos a influência crescente da contratação pública.

A Contratação Pública não pode ser indiferente às alterações sociais e ao primado do respeito pelo Ambiente, preocupações tão em voga nos tempos modernos.

No que respeita às considerações ambientais, as mesmas não constituem uma preocupação recente. Com efeito, desde 1987, com a entrada em vigor do Acto Único Europeu, a protecção do ambiente tem vindo a ser reconhecida como objectivo comunitário e tem vindo a ser alvo de intenso desenvolvimento pelas instâncias comunitárias. O próprio TFUE, no seu art.3.º n.º3, consagra como objectivo comunitário o «(...) *melhoramento da qualidade do ambiente a par da promoção da competitividade das empresas e do pleno emprego*(...)».

Tomou-se, assim, consciência, da importância do equilíbrio entre as preocupações sociais e as exigências impostas por um mercado concorrencial.

Exige-se agora que os agentes económicos prossigam fins ambientais, adquirindo materiais menos prejudiciais ao ambiente, evitando substâncias poluentes e

desadequadas a este fim, integrando estas questões na denominada *Green Public Procurement* (doravante, GPP).

Também a preocupação com os aspectos sociais começou a nortear a contratação pública, exigindo-se aos agentes económicos que actuem em medidas de profilaxia social, empregando trabalhadores de zonas desfavorecidas e que essa promoção seja feita pela procura de pessoas em idade activa, mas em situação de desemprego.

O crescimento económico tem necessariamente de apoiar medidas que tenham em vista a coesão social e o respeito pelo ambiente.

O ambiente de crise internacional obriga também à procura de outras soluções, menos dispendiosas, uma vez que a falta de liquidez dos Estados se reflecte nas condições da contratação pública.

Surge uma nova ideia fundamental na prossecução destas políticas: os contratos públicos são agora utilizados como mecanismos conducentes a alcançar objectivos comuns a todos os países da EU.

A própria Comissão Europeia reconhece que «(...) *os contratos públicos são considerados um motor fundamental das políticas públicas (...)*⁴».

A situação de crise internacional fez despertar os Estados para a bondade da utilização da contratação pública, transferindo, de certa forma, a prossecução destes fins para os co-contratantes, desbloqueando o Estado de maiores investimentos.

Por outro lado, os agentes económicos, em consequência da escassez na oferta de contratos públicos, se vão ajustando e aceitando novas regras, no âmbito de um ambiente concorrencial cada vez mais feroz.

⁴ Cfr. Resumo da avaliação de Impacto que acompanha a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, COM (2012) 124 final, Bruxelas, 21.03.2012, p.2, in <http://www.europa.eu>

Universidade Católica Portuguesa

Com efeito, a contratação pública também pode ser utilizada para a promoção de outros fins públicos, não apenas exclusivamente económicos. Em concreto, iremos centrar a nossa discussão na prossecução de políticas públicas secundárias⁵.

A integração europeia e consequente abertura do mercado da contratação pública impede que os Estados utilizem o seu “poder de compra” como instrumento de auxílio à economia nacional, principalmente devido à consagração das liberdades fundamentais e ao primado dos princípios comunitários⁶.

É notório que todas estas questões só se colocam a partir da liberalização do mercado da contratação pública à escala comunitária; antes deste fenómeno, não existia qualquer restrição à utilização dos contratos públicos enquanto instrumento de políticas públicas.

De facto, com a integração comunitária, o regime da contratação pública ficou subtraído à disponibilidade das partes, tendo passado a ser orientado pelos valores que presidiram à criação da União Europeia, como sejam o princípio da igualdade de tratamento e a proibição da discriminação em função da nacionalidade e as liberdades de circulação.

Iremos principiar por fornecer um enquadramento geral da contratação pública a nível comunitário, com especial enfoque na importância do princípio da concorrência e da igualdade de tratamento como princípios estruturantes do regime jurídico comunitário em matéria de contratação pública. Tentaremos demonstrar o modo como estes princípios limitam e restringem a utilização da contratação pública como instrumento de prossecução de políticas secundárias e as possibilidades fornecidas pelo actual enquadramento jurídico para que esta utilização da contratação pública seja efectuada sem ofender o ordenamento jurídico comunitário.

De seguida, iremos desenvolver a temática específica da contratação pública como instrumento de prossecução de políticas públicas, analisando as suas diversas

⁵ Iremos optar pela designação “políticas secundárias” mas a doutrina utiliza diversas designações como “políticas horizontais” (cfr. SUE ARROWSMITH, “*Application of the EC Treaty and Directives to horizontal policies: a critical view*”), critérios secundários, critérios adicionais ou critérios colaterais, esta última expressão utilizada pela doutrina norte-americana.

⁶ Questão alvo de desenvolvimento no ponto 1.º da presente dissertação.

facetadas, os contributos fornecidos pela jurisprudência comunitária e as políticas secundárias no âmbito dos critérios de adjudicação, entre outros aspectos.

Tentaremos igualmente traçar a difícil fronteira existente entre a prossecução de políticas secundárias e os auxílios de Estado.

Em seguida, através de uma análise evolutiva, explicaremos de que modo a prossecução de políticas secundárias tem sido tratada pelo Direito Comunitário, com especial enfoque nas Directivas Comunitárias de 2004 em matéria de contratação pública.

Finalmente, procuraremos introduzir o novo paradigma da contratação pública, introduzido primeiramente pela Estratégia Europa 2020 e culminando nas Propostas das Novas Directivas Comunitárias. No âmbito destas últimas, procuraremos identificar as principais novidades por estas últimas introduzidas e que certamente contribuirão para o desenvolvimento da utilização da contratação pública para a prossecução das *supra* referidas políticas.

2- PRINCÍPIOS COMUNITÁRIOS E DIREITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA – em especial, a submissão do Direito da Contratação Pública ao Princípio da Concorrência

Não obstante a extensa regulamentação de que os contratos públicos foram alvo nos últimos anos, os princípios jurídicos continuam a assumir uma importância fundamental⁷.

De facto, o regime jurídico da contratação pública não se esgota nas Directivas Comunitárias, antes derivando directamente dos próprios princípios basilares que

⁷ Neste sentido, cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “*Os princípios gerais da contratação pública*” – p.51, « (...) a contratação pública é certamente uma das matérias em que mais se sente a importância concreta ou prática dos princípios jurídicos (...)».

estiveram na base da criação da UE, constituindo o denominado Direito da União Europeia Originário^{8 9}.

A este respeito, afigura-se pertinente salientar a natureza concretizadora das Directivas Comunitárias face aos Tratados Comunitários, que «representam a base de toda a ordem jurídica comunitária^{10»¹¹.}

Rodrigo Esteves de Oliveira¹² fala-nos de quatro funções dos princípios gerais da contratação pública: a função positiva, negativa, integrativa e de legitimação.

A função positiva traduz-se na força normativa dos princípios, que podem regular autonomamente qualquer caso da vida; A função negativa materializa-se na “força paramétrica dos princípios relativamente à fonte de direito escrito em causa”.

No que respeita à função integrativa, os princípios contribuem para a densificação dos espaços normativos não regulados.

Não obstante, a função que mais releva para a nossa discussão é a função de legitimação das normas escritas infra ordenadas, constantes de lei ou regulamento, na medida em que estas apenas serão válidas se não violarem nenhum dos princípios jurídicos que conformam e enquadram o direito da contratação pública¹³.

⁸ Neste sentido, cfr. JOÃO MOTA DE CAMPOS, “Direito Comunitário – O Ordenamento Jurídico“, p.286

⁹ Cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES, Ob. Cit., p.186, « (...) o enquadramento jurídico dos contratos públicos, que se regem pelo direito originário da União Europeia, representado actualmente pelo TFUE e pelos princípios gerais nele vertidos como a defesa das liberdades de circulação e da concorrência, e pelo direito da União Europeia derivado, traduzido no conjunto de directivas sobre contratação pública.

¹⁰ Cfr. CLÁUDIA VIANA, “Os princípios comunitários na contratação pública”, p.357

¹¹ Não obstante, note-se que não existe no Direito Comunitário Originário nenhuma referência expressa à formação dos contratos públicos.

¹² Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, Ob. Cit., p.52-55

¹³ A este propósito, a própria Directiva 2004/18/CE estabelece, no seu Considerando n.º2, que a adjudicação de contratos “(...) deve respeitar os princípios do Tratado, nomeadamente os

O princípio da concorrência é um princípio geral de Direito Comunitário, não sendo exclusivo do Direito da Contratação Pública.

Para Rodrigo Esteves de Oliveira¹⁴, o princípio da concorrência acaba por ser uma “*derivação específica do princípio da igualdade*”.

Os princípios fundamentais da contratação pública são o Princípio da Transparência, da Igualdade e da Concorrência, plasmados no art.2.º da Directiva 2004/18/CE e no art. 10.º da Directiva 2004/17/CE, bem como no n.º 4 do art.1.º do Código dos Contratos Públicos.

O Princípio da Concorrência tem a sua origem na liberdade de circulação de mercadorias, pessoas e prestação de serviços, isto é, mais amplamente, na criação e consolidação do mercado único europeu.

Tal como salientam Ciara Kennedy-Loest, Christopher Thomas e Martin Farley¹⁵, tradicionalmente as regras de Direito da Concorrência têm como principais destinatários os agentes económicos do sector privado, enquanto as regras de contratação pública se destinam a regular a aquisição de bens e serviços por parte das entidades públicas.

Este facto poderia levar-nos a pensar que o Direito da Concorrência e o Direito da Contratação Pública se situariam em pólos opostos; Contudo, a verdade é que isso não acontece¹⁶.

princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, assim como os princípios deles resultantes, tais como o princípio da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência”.

¹⁴ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, Ob. Cit, p. 55

¹⁵ Cfr. Ciara Kennedy-Loest, Christopher Thomas e Martin Farley, “EU Public Procurement and Competition Law: The Yin and Yang of the Legal World?”, p.5

¹⁶ Neste sentido, cfr. MIGUEL RAIMUNDO, “A formação dos contratos públicos – uma concorrência ajustada ao interesse público”, p. 371, «(...) A sã concorrência na contratação pública é salvaguardada pelo ordenamento jurídico a dois níveis: o das regras de formação dos contratos públicos e o das regras de Direito da Concorrência próprio ou stricto sensu.»

O próprio TJCE tem reafirmado a aplicação das regras respeitantes à livre circulação de mercadorias, direito de estabelecimento, prestação de serviço e livre circulação de capitais, aplicáveis a qualquer atividade económica exercida pelos Estados Membros.

A contratação pública tem sido tradicionalmente encarada como um dos meios conducentes à criação e posterior consolidação do mercado único, objectivo primordial do Direito Comunitário.¹⁷ ¹⁸ Este papel instrumental é comum ao Direito da Concorrência, entendido a nível comunitário como um meio de alcançar a construção e consolidação do mercado único europeu.¹⁹

O principal objectivo do Direito Comunitário em matéria de contratação pública traduz-se na construção de um mercado único aberto e em livre concorrência, assente no princípio da igualdade e nas liberdades de circulação. Com efeito, “*também o direito da contratação pública tem o propósito de tutela da concorrência*”^{20 21}.

¹⁷ A este propósito, recorde-se que a criação do mercado único europeu foi um dos pilares que presidiu à criação da Comunidade Económica Europeia (CEE).

¹⁸ A este propósito, cfr. art. 119.º n.º1 do TFUE, (antigo art.4.º do TCE) que consagra o princípio de «*uma economia de mercado aberta e de livre concorrência*» como princípio fundamental do ordenamento jurídico comunitário.

¹⁹ A este propósito, recorde-se que este papel da contratação pública como instrumento de consolidação do mercado único surgiu reforçado sobretudo desde a publicação do *Relatório Cecchini*, que defende a abertura e liberalização dos contratos públicos - neste sentido, cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES, Ob. Cit., p.184, MARIA JOÃO ESTORNINHO, “*Direito europeu dos Contratos Públicos – um olhar português*”, p.41 e CLÁUDIA VIANA, Ob. Cit, p.15

²⁰ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, in “*A integração de Aspectos Concorrenciais na Contratação Pública*”, p.484

²¹ Neste sentido, cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES, Ob. Cit., p.84 « (...)Os objectivos do Direito da EU no tocante a contratos públicos assentam, fundamentalmente, na defesa do princípio da não discriminação nos contratos públicos, na igualdade de tratamento entre

De facto, o princípio da concorrência demais princípios com ele conexos enformam todo o regime jurídico da contratação pública²².

Não temos nem poderíamos ter a pretensão de abordar a totalidade das múltiplas e complexas intersecções que se estabelecem entre o Direito da Contratação Pública e o Direito da Concorrência.

A função das regras comunitárias da concorrência desenvolve-se em dois patamares; por um lado, as regras comunitárias da concorrência visam garantir a formação e manutenção de uma economia de mercado e, por outro, assumem uma feição específica: a consolidação do mercado único, já explicitado *supra*.

No fundo, a política de concorrência no âmbito da contratação pública visa a eficiência económica e a potencialização do bem-estar dos contribuintes, decorrente da eficiência da alocação de recursos através de processos concorrenciais. A eficiência económica é, portanto, um objectivo comum aos dois ramos do Direito.

Tal como realça Cláudia Viana²³, se os contratos públicos assumem uma importância cada vez mais significativa no seio da EU principalmente no que respeita à consolidação de mercado único, os mesmos têm de estar “ (...) *sujeitos às suas regras e princípios fundamentais, sob pena de ficar comprometida a liberalização deste sector e*

candidatos ou proponentes e na transparência, tendo em vista a concretização do mercado interno (...) ».

²² Neste sentido, cfr. RUI MEDEIROS, “*Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*”, p.3, que, a propósito das normas do CCP resultantes da transposição das Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, salienta que «(...) *é justamente o princípio da concorrência que confere unidade de sentido às soluções do Código neste domínio(...)*»; o autor acrescenta ainda que são «(...) *inúmeras as soluções consagradas ao longo do Código que são tributárias do mesmo princípio(...)*», in “*Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*”.

²³ Cfr. CLÁUDIA VIANA, Ob. Cit, p.19

de todo o mercado. Isto vale por dizer que não há mercado único sem liberalização dos contratos públicos à escala comunitária e europeia (...)”.

Na esteira de Pedro Gonçalves²⁴, podemos afirmar que “(...) *a concorrência surge como um instrumento ao serviço dos princípios da igualdade de oportunidades e de tratamento e da não discriminação(...)*”.

Nas Directivas da Contratação Pública de 2004²⁵ procura-se que a adjudicação de contratos públicos através de procedimentos pré-contratuais seja transparente, de forma a prevenir qualquer comportamento discriminatório, o que se traduz fundamentalmente na exigência de ser assegurada a concorrência entre todos os potenciais contratantes.

Não podemos, de nenhum modo, negar os benefícios de um regime de contratação pública fortemente marcado pela Concorrência.

A Concorrência, pelo menos idealmente, incentiva os agentes económicos a diminuir custos e a melhorar a sua eficiência, potenciando o supra referido paradigma, “best value for Money”. Num mercado onde as entidades públicas se assumem como um grande consumidor de bens e serviços, a forma como esse poder de aquisição é exercido influencia de modo inequívoco o comportamento das empresas²⁶.

No entanto, e não obstante o que fica dito, não se pode ignorar as “desvantagens” que a abertura dos contratos públicos a nível comunitário acarreta; com

²⁴ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, “A *integração de aspectos concorrenciais na contratação pública*”, p.489

²⁵ Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, JO L de 30/04/2004 e Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 e relativa à coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, JO L134 DE 30/04/2004.

²⁶ Neste sentido, cfr. CATRIONA MUNRO, “*Competition Law and Public Procurement: two sides of the same coin?*”, p.1

efeito, como muito bem relembra Cláudia Viana²⁷, «(...) *muitas poderão ser as empresas incapazes de competir à escala comunitária(...)*».

Face ao exposto, podemos afirmar que os benefícios da abertura do mercado dos contratos públicos se sobrepõem às desvantagens originadas pela mesma.

Com efeito, a relação estabelecida entre o Direito da Concorrência e o Direito da Contratação Pública é de interdependência, no sentido em que a regulamentação jurídica da contratação pública não estaria apta a prosseguir os objectivos do mercado interno sem a incorporação de regras de Direito da Concorrência e vice-versa²⁸.

O princípio da concorrência tende a ser seguido cegamente pelo Direito Comunitário; De facto, e tal como destaca o Professor Pedro Gonçalves, enquanto que noutros países o regime jurídico da contratação pública é fortemente marcado por soluções previstas que visam a defesa do interesse público, o Direito Comunitário “(...) *concede uma protecção prioritária aos interesses da concorrência(...)*”²⁹.

Exemplo disto mesmo é, na senda do mesmo autor, a reduzida margem de discricionariedade conferida aos Estados-Membros no que concerne à integração de políticas secundárias na contratação pública, como iremos verificar *infra*.

A concorrência estimula melhores práticas de contratação pública, originando ganhos de bem-estar e contribuindo para a melhoria da qualidade das prestações estatais.

A eficiência na contratação pública é o principal escopo da aplicação do princípio da concorrência, princípio estruturante do actual regime jurídico em matéria de contratação pública.

²⁷ Cfr. CLÁUDIA VIANA, Ob. Cit., p.65

²⁸ Neste sentido, cfr. CIARA KENNEDY-LOEST, CHRISTOPHER THOMAS e MARTIN FARLEY, Ob. Cit., p.77

²⁹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, Ob. Cit, p.41

As fases pré-contratuais da contratação pública são “aquelas, onde, fruto da liberdade das entidades adjudicantes, mais se poderão fazer sentir as políticas discriminatórias e restritivas das liberdades de circulação, que impedem a abertura à concorrência no espaço europeu”³⁰. Este será, pois, o momento por excelência no qual se poderá atender às considerações sociais e ambientais no quadro da contratação pública, como veremos *infra*.

3- ENQUADRAMENTO GERAL

A visão restritiva que encarava os contratos públicos como um meio de satisfação de necessidades colectivas através da celebração de um contrato tem vindo a dar lugar a uma outra, mais ampla e abrangente, que deixou de ter em consideração apenas o contrato e a necessidade por ele satisfeita.

Tal como o Direito absorve os acontecimentos do mundo, encontrando-se em permanente mutação, também o Direito da Contratação Pública não se mostra imune aos factos extrajurídicos. De facto, se durante muito tempo o direito dos contratos públicos foi caracterizado pela estabilidade e previsibilidade, actualmente isso já não acontece.

O exercício do poder de contratação pública é influenciado por preocupações políticas e sociais, ao contrário de que acontece na contratação privada, em que a decisão de contratar é exclusivamente baseada em factores económicos³¹.

³⁰ Cfr. CLÁUDIA VIANA, Ob. Cit., p. 324

³¹ Tal não significa que as entidades privadas sejam alheias a este tipo de considerações; simplesmente estas considerações são tomadas numa perspectiva interna. Tomemos como exemplo a política de não discriminação em função do género; as entidades privadas podem prosseguir esta política na contratação de trabalhadores mas não o farão numa perspectiva externa. Já no que concerne às entidades públicas a questão assume diferentes contornos.

Com efeito, se podemos afirmar que o primeiro objectivo da contratação pública pode ser definido como a aquisição de bens e serviços destinados à satisfação de uma determinada necessidade ao melhor preço possível, não será certamente o único.³²

Assim, paralelamente ao seu objectivo imediato, já *supra* identificado, a contratação pública pode servir como meio de prossecução de outro tipo de políticas públicas.^{33 34}

Estas políticas têm sido classificadas pela doutrina como “*políticas secundárias*”, na medida em que os contratantes públicos conseguiriam executar a sua atividade sem a prossecução das referidas políticas, ao contrário do que acontece na aquisição de bens e serviços, *supra* descrito como o objectivo primário da contratação pública³⁵.

A nosso ver, as entidades adjudicantes podem e devem utilizar o seu poder de compra de «*modo ambiental e socialmente responsável*»³⁶, facto este que tem vindo a assumir uma importância relevante no contexto de crise que os países da UE, de forma generalizada, atravessam.

Ao direito da Contratação Pública não cabe um papel meramente passivo, de simples adaptação ao contexto económico, mas sim uma conduta pró-activa, através da utilização dos seus instrumentos (in casu, dos contratos públicos) para mitigar alguns dos problemas criados pela crise económica.

³² Neste sentido, cfr. SUE ARROWSMITH, Ob. Cit., p.800

³³ Neste sentido, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, “*Green Public Procurement – Por uma contratação pública sustentável*”, p.2

³⁴ Para maior desenvolvimento sobre a temática das políticas públicas, v. MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “*Direito das Políticas Públicas*”, Almedina, Coimbra, 2009

³⁵ Neste sentido, cfr. SUE ARROWSMITH, Ob. Cit., p. 805

³⁶ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, Ob. Cit. p. 5

Maria João Estorninho³⁷ dá-nos um exemplo prático de um contrato de empreitada de obra pública onde são incluídas estas “considerações secundárias”: o contrato público em si mesmo permite a satisfação de uma necessidade pública (a construção de uma determinada infra-estrutura) mas pode também contribuir para a prossecução de políticas públicas, se, por exemplo, se exigir ao co-contratante a utilização de materiais ecológicos (dimensão ambiental) ou a contratação de trabalhadores desempregados (dimensão social).

Se pensarmos que este tipo de políticas tem efeito reflexo e a longo prazo³⁸, deparamo-nos com um contrato público que em determinado momento serviu para satisfazer uma determinada necessidade mas que, numa perspectiva já extracontratual, foi também utilizado para prosseguir políticas públicas, cujos efeitos ultrapassam o âmbito do próprio contrato e são mesmo estranhos ao regime da contratação pública³⁹.

Miguel Raimundo⁴⁰ elenca de forma clara os objectivos a prosseguir através da pelo autor denominada “*contratação dirigida*”: a promoção do emprego, da melhoria das condições de trabalho, de valores ambientais, políticas de discriminação positiva, a promoção da investigação e desenvolvimento, a protecção das pequenas empresas, a melhoria das condições sociais e a redução da pobreza.

A divisão entre objectivos primários e secundários pressupõe a existência prévia de decisões de contratar e depende do tipo de bem ou serviço a adquirir.

³⁷ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, Ob. Cit. p. 1

³⁸ Note-se que estes efeitos reflexos subsistem até mesmo para além do término da execução do contrato, tornando-se este aspecto mais notório nos contratos públicos de “longo prazo”.

³⁹ Neste sentido, cfr. SCHOONER/GORDON/CLARK, “*Public Procurement Systems: Unpacking Stakeholder Aspirations and Expectations*”, p.6, considerando que quando os fundos dos contribuintes são colocados nas mãos de pequenas empresas ou de empresas lideradas por grupos étnicos desfavorecidos, a contratação pública está ao serviço de objectivos completamente estranhos à pura eficiência económica. (*tradução livre*).

⁴⁰ Cfr. MIGUEL RAIMUNDO, “*A formação dos contratos públicos...*”, p.397

a decisão de contratar pode também ela ser influenciada por este tipo de considerações; em particular, as decisões de autorização de despesa/ decisões de investimento podem ser orientadas por considerações macro-económicas, como por exemplo o impacto económico dessa decisão no desenvolvimento de uma determinada região.

Por exemplo, a decisão de levar a cabo um determinado projecto numa determinada região pode ser justificada não apenas pela necessidade do projecto, mas também pela contribuição do mesmo para a criação de emprego numa região subdesenvolvida e, neste caso, a criação de emprego já se consubstanciaria num objectivo primário daquele contrato público⁴¹.

Com efeito, a separação entre objectivos primários e secundários não pode ser encarada como estanque, sendo imperioso proceder a uma análise casuística.

Esta temática não é recente, tendo sido abordada por vários autores, embora de forma pouco auspiciosa. Não obstante, a prossecução de políticas públicas através da contratação pública foi sempre encarada como um aspecto meramente secundário e merecedor de muitas reservas. Tal deve-se a diversos factores, alguns dos quais iremos abordar ao longo da presente dissertação.

A prossecução destas políticas secundárias através envolve geralmente uma preferência pelos agentes económicos nacionais⁴²; este facto assume particular importância se tivermos em consideração que o princípio da igualdade de tratamento e da proibição da discriminação em função da nacionalidade, no âmbito de um mercado concorrencial, orienta todo o regime jurídico da contratação pública⁴³. Esta é uma das problemáticas mais sensíveis que a este respeito se levantam, como iremos desenvolver *infra*.

⁴¹ Neste sentido, cfr. SUE ARROWSMITH, Ob. Cit., p. – 832

⁴² Neste sentido, cfr. SUE ARROWSMITH, Ob. Cit., p. 844

⁴³ Para maior desenvolvimento desta questão, ver ponto 6.º.

A “dimensão instrumental”⁴⁴ da contratação pública é alheia ao tipo de intervenção na economia acolhida pelos Estados - a História bem o demonstra.

Olhemos para o exemplo inglês e americano: em Inglaterra a contratação pública foi utilizada desde os anos 30 até 1991 para apoiar o desenvolvimento de regiões desfavorecidas⁴⁵; nos EUA, cumpre trazer à colação o “Buy American Act” de 1933⁴⁶, que constituiu um dos principais instrumentos de combate aos efeitos provocados pela Grande Depressão de 1939.

Este tipo de políticas tinham um aspecto em comum: todas envolviam preferência pela indústria nacional; claro está que actualmente este tipo de políticas não seria possível em virtude das limitações impostas pelo Direito Comunitário da Contratação Pública. Num regime da contratação pública fortemente condicionado pelo Direito Comunitário e fortemente orientado por exigências de concorrência, estas medidas não seriam já exequíveis, por implicarem uma clara preferência pelos operadores económicos nacionais.

A contratação pública também pode assumir uma função reguladora⁴⁷, na medida em que pode constituir uma “sanção suplementar⁴⁸” para reforçar as normas já objecto de outras políticas sancionatórias, ainda que dependente da existência de uma prévia condenação.

⁴⁴ Cfr. MIGUEL RAIMUNDO, “A Formação dos Contratos Públicos-uma concorrência ajustada ao Interesse Público”, p.395

⁴⁵ No denominado “*General Preference Scheme*” as entidades adjudicantes eram encorajadas a contratar com empresas estabelecidas em áreas desfavorecidas, apesar de se realçar a manutenção do princípio “*value for money*” – para maior desenvolvimento, v. SUE ARROWSMITH, Ob. Cit., p. 810

⁴⁶ A este propósito, v. SUE ARROWSMITH, Ob. Cit., p.802 e MIGUEL RAIMUNDO, Ob. Cit., p.396

⁴⁷ Neste sentido, cfr. MIGUEL RAIMUNDO, Ob. Cit p. 398, « (...)O contrato público que serve para implementar políticas secundárias é um instrumento relevante de regulação (...)”.

⁴⁸ Cfr. SUE ARROWSMITH, Ob. Cit., p. 855

Associado a este papel regulador, a contratação pública pode ser utilizada para promover comportamentos não exigidos por lei; não obstante, surge neste contexto uma questão relacionada com a legitimidade para regular apenas um grupo, o grupo daqueles que contratam com o governo. O que acontece é que as “sanções contratuais” podem até ser muito mais eficientes quando comparadas com as “sanções criminais”, por exemplo.

4- POLÍTICAS SECUNDÁRIAS VS AUXÍLIOS DE ESTADO

Cumpra questionar: a utilização de critérios secundários num procedimento de contratação pública pode ser considerada um auxílio de Estado, nos termos e para os efeitos do disposto no art.107.º do TFUE⁴⁹?

Antes de mais, urge explicitar o que se entende por “auxílio de estado”, um importante conceito do Direito da Concorrência e, conseqüentemente, do Direito da Contratação Pública⁵⁰. Por outras palavras, quais são os critérios para considerar uma medida do Estado como um auxílio de Estado?

Não obstante o TFUE não fornecer nenhuma definição, a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (doravante, TJCE) tem contribuído significativamente para a densificação deste conceito, senão vejamos: o TJCE tem definido “auxílio de estado” como um conceito que abarca benefícios económicos, como subsídios, bem como medidas que amenizam os encargos normalmente

⁴⁹ O artigo 107.º TFUE (ex-artigo 87.º TCE) prevê que são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

⁵⁰ Acerca das relações existentes entre os dois ramos do Direito, v. ponto 1.º.

associados a determinadas atividades, que não constituindo subsídios no sentido literal do termo, produzem os mesmos efeitos. A Jurisprudência delimita também negativamente o conceito, não considerando como auxílio de Estado, por exemplo, a outorga de um contrato sem observância de procedimento pré-contratual^{51 52}.

O art.107.º do TFUE não reveste aplicabilidade directa na medida em que, nos termos do art.108.º do mesmo diploma, o Conselho Europeu pode decidir, por unanimidade e se circunstâncias especiais justificarem tal decisão, que um determinado auxílio de Estado é compatível com o mercado interno, derogando, deste modo, o art.107.º do TFUE.

Facilmente se descortina o motivo de toda esta problemática: o facto de um Estado-Membro atribuir uma vantagem económica (porque é nesta atribuição de vantagens económicas que os auxílios de Estado se materializam), criando condições que não se verificariam nas condições normais do mercado, a um operador nacional vai afectar negativamente os operadores económicos dos restantes Estados-Membros. Em conclusão, trata-se de um conceito cuja definição se centra nos efeitos que o mesmo causa, efeitos estes que, tal como sucede com as políticas secundárias, são susceptíveis de ofender os princípios comunitários em que assenta todo o regime da contratação pública.

Uma distinção de extrema importância para a compreensão desta problemática prende-se com as políticas secundárias relacionadas com o objecto do contrato e aquelas que não se relacionam com a execução do mesmo.

No primeiro caso, não nos parece que as políticas possam ser enquadradas no conceito de auxílio de Estado por se tratarem das condições normais do mercado.

⁵¹ A este propósito, cfr. Acórdão “*The Buy Irish Case*”, Proc. n.º 249/81, onde estas considerações foram tecidas, in <http://www.curia.eu.pt>

⁵² Cfr. Acórdão “*Comissão / Itália*”, Proc. n.º 1083/84, in <http://www.curia.eu.pt>, onde o TJCE entendeu que as regras relativas aos auxílios de Estado têm como objectivo assegurar a livre circulação de mercadorias entre os Estados-membros, em condições normais de concorrência.

Isto mesmo entendeu o TJCE, no Acórdão “*Comissão/Espanha*”⁵³, considerando que a prossecução de políticas ambientais não pode ser enquadrada no conceito de “auxílio de estado” porque se trata de um aspecto intrinsecamente relacionado com a execução do contrato.

No Acórdão “*IANELLI*”⁵⁴, o TJCE clarifica este aspecto: “*quando uma prática é justificada em termos comerciais, não é pelo facto da mesma também prosseguir políticas como a protecção ambiental que pode ser considerada um auxílio de Estado*”. Dito de outro modo, a prossecução destas políticas é, no fundo, um benefício consequential e não uma preocupação inicial.

No que concerne aos aspectos sociais, o TJCE perfilhou um entendimento mais restritivo, considerando, também no Acórdão “*IANELLI*” que a prossecução de políticas de carácter social é extrínseca ao funcionamento geral do mercado, alheio a considerações de política social, regional ou sectorial, baseando-se em aspectos exclusivamente económicos.

Ainda no que diz respeito às considerações sociais, a melhor forma de abordar esta questão é fazer uso da abundante e fértil jurisprudência do TJCE, nomeadamente ao Acórdão “*Du Pont de Nemours Italiana*”⁵⁵.

No referido acórdão, o objecto do litígio prendia-se com a questão de saber se a legislação italiana que reservava 30% dos contratos públicos de fornecimento a empresas sediadas numa determinada zona do país violava o actual art.28.º art.87.º do TFUE, bem como as Directivas Comunitárias relativas aos contratos públicos então em vigor. Esta questão teve resposta positiva, uma vez que o TJCE entendeu que o facto de

⁵³ Acórdão Comissão vs. Espanha, de 11 de Dezembro de 2012, Proc. n.º C-610/10 in <http://www.curia.eu.pt>

⁵⁴ Acórdão Ianelli, de 22 de Março de 1977, Proc. n.º 74/76, in <http://www.curia.eu.pt>

⁵⁵ Acórdão Du Pont de Nemours Italiana, de 20 de Março de 1990, Proc. n.º C-21/88, in <http://www.curia.eu.pt>

uma medida poder ser considerada um auxílio de Estado para efeitos do conceito previsto no art.87.º “(...) não é razão suficiente para colocar essa medida fora do alcance da proibição contida no art.30.º(actual art.28.º)”.

Neste acórdão, o Tribunal entendeu que o desenvolvimento regional não constituía fundamentação suficiente para se poder enquadrar na derrogação estatuída no art.30.º e não se poderia qualificar como auxílio de estado, ao abrigo do art.92.º.

Na esteira de Cláudia Viana⁵⁶, no que respeita à integração de aspectos regionais com vista a favorecer determinada região nacional, aos Estados-Membros não é deixada qualquer margem de discricionariedade, por implicar uma violação dos princípios comunitários.

Em conclusão, o TJCE reconhece que a violação do princípio da igualdade de tratamento e proibição da discriminação é intrínseco ao conceito de auxílio de Estado; no entanto, no Acórdão “*Du Pont de Nemours*”, o Tribunal reconhece a possibilidade de compatibilização entre a concessão dos referidos auxílios e os princípio e liberdades comunitárias, tendo em consideração que “(...) *umas e outras prosseguem um objetivo comum, que é de assegurar a livre circulação (...) entre Estados-Membros em condições normais de concorrência (...)*”.

Afinal, o que o princípio da igualdade e proibição da discriminação proíbem são as discriminações e entraves à concorrência injustificados, não qualquer medida que tenha como efeito uma destas últimas consequências.

⁵⁶ Cfr. CLÁUDIA VIANA, Ob. Cit, p.182

5- POLÍTICAS SECUNDÁRIAS VS “*BEST VALUE FOR MONEY*”

A teorização do “*best value for Money*” enquanto objectivo a ser prosseguido pelos contratos públicos é inquestionável⁵⁷.

Segundo a Jurisprudência do TJCE, os objectivos do Direito Comunitário em matéria de contratos públicos trazem implícita a ideia do “*best value for money*” mas não obrigam os Estados a assegurá-la⁵⁸.

No mesmo sentido, as Comunicações Interpretativas da Comissão sobre o Direito da União Europeia aplicável aos contratos públicos e à possibilidade de integrar considerações sociais e ambientais nos mesmos salientaram as possibilidades consagradas na legislação comunitária para os aquirentes que pretendam integrar as referidas considerações nos processos de adjudicação, ao mesmo tempo que asseguram o respeito pelo princípio da melhor relação qualidade/ preço.

Nuno Cunha Rodrigues salienta que, não obstante o “*best value for money*” constituir um objectivo da contratação pública, o mesmo não aparece isolado, antes relacionando-se com a realização de políticas horizontais ou secundárias, nomeadamente políticas sociais e ambientais.

De facto, cumpre questionar: se o “*best value for Money*” não é um objectivo principal, qual a sua implicação no contexto da realização de políticas secundárias através da contratação pública?

Na opinião do supra referido autor, a qual perfilhamos, “(...) *a política de contratação pública seguida pelos Estados não assenta na lógica do value for Money mas visa antes*

⁵⁷ Expressão do que se acabou de dizer é que a própria Comissão, na sua Comunicação relativa à *Responsabilidade Social das Empresas: Um Contributo das empresas para o desenvolvimento sustentável (COM (2002) de 02.07.2002*, alertava para a necessidade do respeito pelo value for Money.

⁵⁸ Neste sentido, SUE ARROWSMITH, Ob. Cit., p. 32-33

a promoção de políticas horizontais ou secundárias, nomeadamente políticas sociais ou ambientais”⁵⁹.

A concorrência é tradicionalmente encarada como um meio de obtenção do denominado “*best value for money*”, e este facto não é exclusivo da contratação pública. Em conclusão, podemos dizer que a concorrência conduz à diminuição dos preços e ao aumento da qualidade.

Pela sua estrita obediência ao interesse público, as entidades adjudicantes não se podem guiar, no seu processo de aquisição de bens e serviços, por considerações exclusivamente económicas⁶⁰.

Tal como observa Sue Arrowsmith⁶¹, o custo da prossecução destas políticas é sempre difícil de quantificar, motivo pelo qual a maioria da doutrina se revela reticente quanto á eficiência económica das mesmas.

Tal como Christopher Mccruden⁶² destaca, o paradigma do mercado livre e da concorrência a todo o custo pode estar em risco . O reconhecimento de que a contratação pública é mais do que a procura do “*best value for money*” e que este objectivo deve ceder perante a prossecução de objectivos secundários, dependendo das

⁵⁹ Cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES, Ob. Cit., p.188

⁶⁰ Neste sentido, cfr. MIGUEL RAIMUNDO, Ob. Cit., p. 399 « (...) *há finalidades subsidiárias que, se não devem prejudicar os fins principais do contrato, que são a obtenção das utilidades necessárias em boas condições, podem ser prosseguidas paralelamente a esses fins principais e devem mesmo ser encaradas como fins de prossecução normal por uma estrutura dirigida ao bem comum (...)*»

⁶¹ Cfr. SUE ARROWSMITH e PETER KUNZLIK, Ob. Cit, p.19

⁶² Cfr. CHRISTOPHER MCCRUDEN, “*Buying social justice*“, p.5 «(...) *that presumption in favor of open markets, may well collapse (or at least lapse temporarily) in the face of the current economic crisis (...) those who believe that procurement can and should be used for socioeconomic ends often stand opposed to those we might call “best value” purists, who believe that procurement should be used to achieve best value alone, and that injecting other social or political goals into the procurement system is only a grotesque distraction (...)* ».

circunstâncias, é fundamental para a desmistificação do paradigma em que até aqui assentou todo o regime da contratação pública.

No entanto, sempre poderemos dizer que estes objectivos podem nalguns casos ser conciliáveis, em virtude das políticas sociais e ambientais poderem intensificar o “*best value for money*” de determinada aquisição de bens ou serviços^{63 64 65}.

6- POLÍTICAS SECUNDÁRIAS NO ÂMBITO DOS CRITÉRIOS DE ADJUDICAÇÃO

São dois os critérios de adjudicação dos contratos públicos: o critério do preço mais baixo e critério da proposta economicamente mais vantajosa. O critério da proposta economicamente mais vantajosa afigura-se como o único critério de adjudicação que permite a integração de considerações sociais e ambientais.

Nuno Cunha Rodrigues⁶⁶ destaca este aspecto para realçar a diferença de critérios usado na prossecução do best value for Money e das políticas secundárias. Com efeito,

⁶³ Acerca desta problemática, relembremos o exemplo das lâmpadas económicas supra referido – não obstante o elevado custo inicial, a longo prazo esta aquisição irá potenciar poupança de energia e, conseqüentemente, maior eficiência económica)

⁶⁴ No mesmo sentido, PEDRO GONÇALVES, “*Gestão de Contratos Públicos em tempos de crise*”, nota de rodapé n.º7, p.7, defende que não se trata de “(...) um confronto entre o objectivo da eficiência económica ou do best value e os antes referidos objectivos secundários, o qual se processa no quadro de uma utilização normal da contratação pública; diversamente, (...) está presente todo um processo de utilização instrumental da contratação, que não se desenvolve para satisfazer as normais “necessidades de comprar” mas antes para responder a uma exigência macro-económica de investimento público (...)».

⁶⁵ Em sentido contrário, cfr. CHRISTOPHER YUKINS, “*Public Procurement in a world economic crisis: charting the way forward*”, p.5, que opõe a prossecução do “best value for money” à realização de políticas secundárias, descrevendo-os como objectivos antagónicos.

segundo este autor, enquanto a concretização do primeiro só pode ser feita através do critério do mais baixo preço, a prossecução das segundas é feita através do critério da proposta economicamente mais vantajosa.

Vários autores⁶⁷ defendem que o critério do mais baixo preço é aquele que permite maior clareza e objectividade, reduzindo a margem de discricionariedade dos Estados-Membros.

E é precisamente a objectividade deste critério não permite incluir no mesmo considerações de índole secundária.

Não obstante, e como destaca Nuno Cunha Rodrigues⁶⁸, se tivermos em consideração a perspectiva do critério do preço mais baixo ao longo do ciclo de vida do produto e não apenas num momento inicial, a introdução de considerações secundárias afigura-se possível.

De facto, as Directivas de 2004 impunham, relativamente aos sub-critérios de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, dois requisitos: a observância do princípio da igualdade de tratamento e da proibição de discriminação em função da nacionalidade e a criação de uma vantagem económica para a entidade adjudicante, perfilhando assim um entendimento restritivo relativamente à definição dos subcritérios de adjudicação.

⁶⁶ Cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES, Ob. Cit., p.189

⁶⁷ Cfr. CRISTINA MADEIRA MILITÃO MACHADO, “*Contratação Pública e Concorrência*”, p.42

⁶⁸ Cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES, Ob. Cit, p.90, onde o autor dá como exemplo a aquisição de lâmpadas económicas, que apresentam um preço inicial mais elevado mas que, ao longo do ciclo de vida do produto, representa uma poupança de custos significativa, além das externalidades positivas a nível ambiental.

No âmbito desta problemática, o Acórdão do TJCE *Concordia Bus*⁶⁹ desempenhou um papel determinante na possibilidade de definição de sub critérios de adjudicação não estritamente económicos.

O referido Acórdão circunscreveu os subcritérios à necessidade de estarem relacionados com o objecto do contrato, não tendo necessariamente de originar uma vantagem económica directa para a entidade adjudicante. No entanto, o TJCE entendeu que (1) os critérios ecológicos não poderiam conferir à entidade adjudicante uma liberdade de escolha incondicional, (2) teriam de constar expressamente do caderno de encargos ou do anúncio do concurso e (3) teriam sempre de respeitar os princípios comunitários.

De salientar o elemento de segurança introduzido pelo requisito da necessidade de ligação ao objecto do contrato; de facto, este requisito permite diminuir a discricionariedade dos Estados no que respeita à fixação de subcritérios de adjudicação.

Em ordem a fundamentar a sua decisão, o Tribunal trouxe à colação os seguintes aspectos: considerou que factores que não são puramente económicos podem afectar o valor de uma proposta; lembrou a não taxatividade dos critérios que podem densificar o conceito de proposta economicamente mais vantajosa, não taxatividade essa que não exclui o recurso a critérios ecológicos de adjudicação; Por fim, o Tribunal recorda que a protecção do ambiente é um objectivo consagrado nos Tratados Comunitários, pelo que seria possível a aceitação de propostas contratuais que prossigam esse interesse público comunitário.

Em conclusão, no referido Acórdão a adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa não exige que cada um dos critérios seja avaliado numa perspectiva económica.

Através de um análise global da jurisprudência comunitária, pode concluir-se que: na celebração de contratos públicos, as entidades adjudicantes podem recorrer a critérios sociais e ambientais para identificação da proposta economicamente mais vantajosa, desde que (1) esse critério esteja relacionado com o objecto do contrato, (2)

⁶⁹ Acórdão *Concordia Bus Finland*, de 17 de Setembro de 2002, Proc. n.º C-513/99, in <http://www.curia.eu.pt>

seja indicado nos documentos do procedimento e (3) respeite os princípios comunitários.

Fica, portanto, claro que o legislador comunitário consagrou a possibilidade das entidades adjudicantes utilizarem critérios de índole ambiental em sede da adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, nos mesmos termos que resultavam do Acórdão *Concordia Bus*.

Registou-se, assim, um avanço significativo no que concerne à prossecução de políticas secundárias, em virtude do Estado passar a deter um instrumento para “através do poder de mercado, desenvolver a política económica nacional por via da realização de políticas secundárias ou horizontais, nos contratos públicos⁷⁰”.

7- LIMITES À PROSECUÇÃO DE POLÍTICAS SECUNDÁRIAS- em especial, as restrições impostas pelo Direito Comunitário

Na senda de *Sue Arrowsmith*⁷¹, as políticas secundárias não podem ser consideradas como um factor de decisão no que respeita ao convite a contratar num procedimento aberto. *A fortiori*, as regras comunitárias vedam a celebração de um contrato público com uma determinada entidade por razões puramente estratégicas.

É neste aspecto que reside o cerne da problemática da inserção de considerações sociais na contratação pública, já que a consideração destas preocupações secundárias conduz frequentemente à concessão de vantagens aos operadores económicos nacionais,

⁷⁰ Cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES, Ob. Cit., p.193

⁷¹ Cfr. SUE ARROWSMITH, Ob. Cit., p. 838

constituindo assim um desvio ao princípio da proibição de discriminação em razão da nacionalidade, «*manifestação específica do princípio da igualdade*»⁷².

Assim, a questão fulcral que se coloca no âmbito desta problemática é a da “compatibilização entre, por um lado, a abertura da contratação pública à concorrência comunitária e europeia (...) e, por outro lado, a promoção, através dos contratos públicos, de políticas dirigidas, e em especial a promoção de políticas regionais e, mais recentemente, de índole social e ambiental”⁷³.

Com efeito, os artigos 30.º, 52.º e 59.º do TFUE proíbem medidas que tenham como efeito a discriminação em relação a bens e serviços oriundos de outro Estado-membro, a não ser que essa discriminação seja justificada por alguma das derrogações previstas. A maioria das tentativas com vista à promoção da indústria nacional envolvem discriminação e são, por isso, vedadas pelo Direito Comunitário da Contratação Pública.

Isto mesmo entendeu o TJCE, no Acórdão “*Comissão vs. Itália*”⁷⁴, no qual julgou contrária ao art.59.º do TFUE uma medida do governo italiano por esta envolver discriminação em relação a potenciais subcontratantes oriundos de países estrangeiros.

Com efeito, uma medida que envolva a obrigação de contratar apenas trabalhadores nacionais ou que envolva uma preferência por estes últimos é também ilegal, por incumprimento do art.52.º, 59.º e 48.º do TFUE (este último preceito relativo à liberdade de movimentação de trabalhadores).

As entidades adjudicantes estão, pois, proibidas não apenas de utilizar a contratação pública como meio de favorecimento da indústria nacional, mas também como meio de promoção de outras políticas como sejam o desenvolvimento regional quando esta envolve medidas discriminatórias.

⁷² Cfr. Acórdão “*Parking Brixen*”, de 13 de Outubro de 2005, Processo n.º C-458/03, in <http://www.curia.eu.pt>

⁷³ Cfr. CLÁUDIA VIANA, Ob. Cit., p. 230

⁷⁴ Acórdão “*Comissão vs. Itália*”, de 3 de Julho de 1992, Processo n.º C-360/89, in <http://www.curia.eu.pt>

Universidade Católica Portuguesa

No tocante aos aspectos sociais, as possibilidades mais relevantes consistem na utilização de critérios sociais para efeitos de identificação da proposta economicamente mais vantajosa, e ainda a admissibilidade de condições especiais de execução dos contratos .

Qualquer medida que revista pendor proteccionista será potencialmente violadora do princípio da igualdade e da proibição de discriminação em função da nacionalidade, pelo que a abertura do mercado dos contratos à concorrência implica a abolição das primeiras.

Não obstante, é necessário abordar este aspecto numa outra perspectiva: os agentes económicos excluídos da contratação pública são prejudicados, o que explica o motivo pelo qual se assiste a tanta oposição à prossecução de políticas secundárias por meio da contratação pública⁷⁵.

Nesta senda, assiste-se à convergência de interesses conflitantes: por um lado, a protecção da concorrência, do outro, a prossecução de políticas secundárias através da contratação pública.

No que diz respeito aos aspectos sociais na contratação pública, esta não é uma problemática recente⁷⁶.

⁷⁵ Neste sentido, cfr. STEVEN L. SCHOONER, “Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law”, p.15 “ (...)os esforços para redistribuir riqueza através do sistema de contratação pública, pela sua própria natureza, restringem a concorrência (...)”, daqui advindo o conflito entre as normas de protecção da concorrência e a prossecução de políticas públicas.

⁷⁶ Com efeito, já em 1999, no Conselho de Lisboa, foi instituído como objectivo a atingir até 2010, “mais e melhor emprego”, tendo a coesão económica e social da UE assumido um papel central. No entanto, nenhum destes aspectos foi introduzido no texto da lei até às Directivas de 2004, onde pela primeira vez se traz à colação, apesar de forma incipiente, a integração de aspectos sociais nos procedimentos de formação dos contratos públicos

Não obstante, foi, mais uma vez o TJCE que deu, quanto a esta matéria, um importante contributo, no Acórdão *Beentjes*⁷⁷ – «(...) a exigência de empregar desempregados de longa duração poderia violar o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade consagrado no n.º2 do art.7.º do Tratado no caso de se verificar que essa condição apenas poderia ser preenchida por proponentes nacionais ou que seria mais dificilmente preenchida por proponentes de outros Estados-Membros.»

Esta posição parece indicar a abertura da Jurisprudência Comunitária à inclusão de aspectos sociais nos contratos públicos, apesar de se realçar sempre a estrita obediência ao princípio da igualdade de tratamento e proibição da discriminação em função da nacionalidade.

No *supra* referido Acórdão, o TJCE conclui que « (...) a condição de emprego dos desempregados de longa duração é compatível com a directiva se não tiver incidência discriminatória directa ou indirecta em relação a proponentes de outros Estados-Membros da Comunidade. Tal condição particular deve ser obrigatoriamente mencionada no anúncio do concurso (...)».

Em conclusão, o TJCE estabelece duas condições: as medidas em causa não podem ser discriminatórias em função da nacionalidade e têm de ser indicadas nos documentos do procedimento, em obediência ao princípio da publicidade e transparência.

De facto, parece que se os critérios foram utilizados de modo a não beneficiar os co-contratantes nacionais, nada se opõe à sua inclusão nos procedimentos de formação dos contratos públicos.

Também no Acórdão *Comissão/França*⁷⁸ e no que respeita às obrigações de publicidade e transparência, o TJCE voltou a reiterar, que «(...) um critério de adjudicação relacionado com a luta contra o desemprego deva ser expressamente mencionado no anúncio do concurso(...).

⁷⁷ Cfr. Acórdão *Beentjes*, de 20 de Setembro de 1988, Proc. n.º 31/87, in <http://www.curia.eu.pt>

⁷⁸ Cfr. Acórdão *Comissão/França*, de 12 de Julho de 2005, Proc. n.º C-304/02, in <http://www.curia.eu.pt>

Note-se que em ambos os casos estão em causas medidas de auxílio ao maior flagelo social dos nossos tempos, o desemprego.

A integração destes aspectos não é proibida pelo Direito Comunitário, mas tem de ser realizada com estrita observância dos princípios e regras comunitárias em matéria de contratação pública.

Cláudia Viana⁷⁹ clarifica que, em primeira instância, estes aspectos podem logo ser incluídos nos contratos públicos no momento da definição do objecto do contrato, “(...) *escolhendo o produto, serviço ou obra que vá de encontro às suas preocupações e objectivos sociais, como, por exemplo, na aquisição de material informático para deficientes(...)*”.

8- AS POLÍTICAS SECUNDÁRIAS NA UNIÃO EUROPEIA - Evolução

No que diz respeito a esta temática, a posição da Comissão Europeia e demais interlocutores dos contratos públicos tem sido algo restritiva, em virtude deste tipo de políticas implicarem frequentemente o desvirtuamento do princípio da não discriminação e colocarem em causa a defesa da concorrência.

Não obstante a posição restritiva da Comissão^{80 81}, já no processo de elaboração das Directivas de 2004^{82 83} estas questões foram trazidas à colação pelo Parlamento Europeu.

⁷⁹ Cfr. CLÁUDIA VIANA, Ob. Cit., p.522

⁸⁰ Tal como nos ensina MIGUEL RAIMUNDO, Ob. Cit., p.376, esta resistência pode ser explicada pelo facto de, ao utilizar a contratação pública para promover o crescimento de certos agentes, sectores ou áreas geográficas, «(...) *os agentes económicos que fiquem fora desse âmbito ficam prejudicados(...)*».

⁸¹ Acerca desta posição restritiva, cfr. SUE ARROWSMITH, “*Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*”, p.97

No contexto do critério da proposta economicamente mais vantajosa⁸⁴, e apesar de não se afastar o requisito da ligação com o objecto do contrato, o Parlamento admitia a realização de políticas secundárias. Contudo, a proposta do Parlamento Europeu impunha uma condição: estas políticas teriam de ser compatíveis com os princípios da não discriminação e da igualdade de tratamento.

No entanto, esta proposta do Parlamento Europeu não vingou, já que a Comissão Europeia manteve o seu entendimento restritivo no que concerne a esta temática.

Ainda antes da publicação das Directivas de 2004, a Comissão Europeia apresentou duas Comunicações que revestiram particular importância, a *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o Direito da União Europeia aplicável à contratação pública e às possibilidades de integrar considerações ambientais na Contratação Pública*^{85 86}, e a *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o Direito da União*

⁸² Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 e relativa à coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, JO L134 DE 30/04/2004, e a Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, JO L de 30/04/2004.

⁸³ Saliente-se que as Directivas não visaram apenas criar uma compilação de regimes anteriormente existentes, antes "actualizar e modernizar o anterior regime, podendo mesmo dizer-se que tem subjacente uma nova filosofia, que procura compatibilizar o regime da contratação pública com as novas preocupações comunitárias, assumindo definitivamente que a contratação pública é um instrumento privilegiado de execução de políticas estruturais e sectoriais da União Europeia, nomeadamente políticas sociais e ambientais" (sublinhado nosso)

⁸⁴ Recorde-se que já em 1998 a Comissão, na sua Comunicação de 11 de Março de 1998 – “*Os contratos públicos na União Europeia – COM (1998) 143 final*”- considerou lícita a inclusão de considerações ambientais no âmbito da proposta economicamente mais vantajosa.

⁸⁵ COM (2001) 274 de 4 de Julho de 2001

⁸⁶ Relativamente aos aspectos ambientais, a Comissão, através da Comunicação supra referida, alertou para a necessidade de compatibilizar a liberalização do mercado e o ambiente.

Europeia aplicável à contratação pública e às possibilidades de integrar considerações sociais na Contratação Pública^{87 88}; Podemos, então, afirmar que não obstante o entendimento restritivo da Comissão quanto à integração de políticas secundárias na contratação pública aquando da aprovação das Directivas de 2004, a mesma veio a equilibrar esta posição com Comunicações Interpretativas, em virtude da ausência de normas legais expressas sobre esta temática.

De salientar ainda o facto das Comunicações Interpretativas *supra* referidas terem recolhido muitas das conclusões firmadas na Jurisprudência Comunitária.

No que concerne às Directivas da Contratação Pública de 2004, estabelece-se que a adjudicação de contratos públicos deve obedecer aos princípios do Tratado, nomeadamente as liberdades de circulação, a igualdade, a não discriminação, o reconhecimento mútuo, a proporcionalidade e a transparência⁸⁹.

⁸⁷ COM (2001) 566 de 15 de Outubro de 2001, na qual a Comissão prevê a possibilidade de serem integrados aspectos sociais na contratação pública, escolhendo como momento a escolha do objecto de contrato e a sua execução, por estas constituírem matérias escassamente reguladas pelas Directivas; no entanto, a Comissão realçou a necessidade dos princípios comunitários, in casu o princípio da igualdade de tratamento e a proibição da discriminação em função da nacionalidade, serem respeitados.

⁸⁸ «Os Estados-Membros têm igualmente a liberdade de decidir, dentro dos limites fixados pelo Direito Comunitário, se os contratos públicos não cobertos pelas Directivas podem ser utilizados para satisfazer outros objectivos além dos da «melhor relação qualidade-preço (...) podem, relativamente a estes contratos, definir e aplicar, no âmbito dos respectivos procedimentos de adjudicação, critérios sociais de selecção e adjudicação, contanto que respeitem as regras e os princípios gerais dos Tratados.

⁸⁹ Cfr. Considerando n.º2 da Directiva 2004/18/CE

Não obstante, no que respeita às especificações técnicas, consagrou-se a possibilidade de serem fixados requisitos ambientais; veja-se os arts.53.º e 55.º da Directiva⁹⁰: no elenco exemplificativo dos subcritérios que podem ser usados para a definição da proposta economicamente mais vantajosa estão incluídos os critérios ambientais. O mesmo acontece, ainda que com menor amplitude, no que concerne aos aspectos sociais⁹¹.

Mas as disposições de maior relevo para o presente trabalho são o artigo 53.º/1 a) da Directiva 2004/18/CE e 55.º/1 a) da Directiva 2004/17/CE ⁹².

Prevê-se nessas disposições que, podendo a entidade adjudicante recorrer a dois tipos de critérios de adjudicação, o do preço mais baixo ou o da proposta economicamente mais vantajosa, poderão ser escolhidos critérios ambientais para fundamentar a adjudicação do contrato, se for adoptado aquele segundo critério.

Trata-se de uma novidade face ao regime anterior que nos parece ter sido impulsionada pela evolução jurisprudencial sobre a questão da admissibilidade do recurso a critérios ecológicos de adjudicação de contratos públicos.

⁹⁰ A este propósito, v. também o art.49.º n.º2 c) e n.º7 c), bem como o art. 42.º n.º6 do Código dos Contratos Públicos.

⁹¹ Cfr. Considerando n.º28 da Directiva 2004/18/CE e art.19.º do mesmo diploma

⁹² Artigos que foram aliás transpostos para a ordem jurídica portuguesa pelos artigos 74.º e 75.º do Código dos Contratos Públicos (CCP). A principal diferença entre as normas comunitárias e as constantes do CCP é que este apenas alude, no artigo 75.º n.º 1, a "*fatores e eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa*", sem explicitar quais é que são admissíveis. Pelo contrário, os artigos 55.º n.º1 a) da Directiva 2004/17/CE e 53.º n.º1 a) da Directiva 2004/18/CE permitem, na concretização da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, o recurso a "*critérios ligados ao objecto do contrato público em questão, como sejam qualidade, preço, valor técnico, características estéticas e funcionais, características ambientais, custo de utilização, rendibilidade, assistência técnica e serviço pós-venda, data de entrega e prazo de entrega ou de execução*".

Fora da fase de formação dos contratos públicos, o Direito Comunitário dedicou também atenção, já em 2004, à fase de execução do contrato (formação profissional, recrutamento de desempregados e a protecção do ambiente).⁹³

De salientar que os contraentes públicos têm mais liberdade no que toca à integração de aspectos ambientais nos procedimentos de formação dos contratos públicos, por contraposição às considerações sociais. As entidades adjudicantes podem, por exemplo, impor níveis de desempenho ambiental⁹⁴, de acordo com o disposto no art.23.º n.º6 da Directiva 2004/18/CE⁹⁵. No que respeita à densificação do conceito de «proposta economicamente mais vantajosa», as Directivas acolheram os contributos da Jurisprudência Comunitária, de acordo com a qual já não é exigível que da proposta resulta uma vantagem puramente económica para a entidade adjudicante⁹⁶.

Efectivamente, é esta flexibilização de regime que torna possível a integração de aspectos sociais e ambientais.

⁹³ A este propósito, cfr. Considerando n.º 33 e o art.26.º da Directiva 2004/18/CE e o Considerando n.º44 e art. 38.º da Directiva 2004/17/CE.

⁹⁴ Recorde-se, a este propósito, que a Declaração de Impacto Ambiental é condição de validade do contrato público que a ela se encontra sujeito,

⁹⁵ A este propósito, v. o documento “Comprar Ecológico!- manual de contratos públicos ecológicos”- COMISSÃO, “Comprar Ecológico!- manual de contratos públicos ecológicos”, 2005, ISBN 92-894-8995-2, disponível em <http://europa.eu.int>

⁹⁶ Cfr. Ac. *Concordia Bus*, de 17 de Setembro de 2002, Proc. n.º C-513/99, in <http://www.curia.eu.pt>

9- AS NOVAS DIRECTIVAS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

A reforma da legislação relativa aos contratos públicos constitui uma das doze acções prioritárias inscritas no «Acto para o Mercado Único», adoptado em Abril de 2011. Na sua Comunicação de 13 de Abril de 2011, intitulada «*Ato para o Mercado Único: Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua*», a Comissão incluiu nas doze acções prioritárias fundamentais a adoptar pelas instituições da UE até ao final de 2012 a revisão e modernização do quadro normativo no domínio dos contratos públicos, a fim de tornar os procedimentos de adjudicação mais flexíveis e permitir uma melhor utilização deste tipo de contratos para apoiar outras políticas.

A proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos irá substituir as actuais Directivas em vigor⁹⁷ como elemento central do regime jurídico comunitário no que respeita à Contratação Pública.

A transposição da Directiva para a ordem jurídica interna constituirá certamente um grande desafio.

Precedendo a elaboração da proposta das Novas Directivas da Contratação Pública, a Comissão Europeia lançou o *Livro Verde de Janeiro de 2011*,⁹⁸ o qual incidiu sobre a modernização da política de contratos públicos da EU, tendo assumido um papel fundamental na articulação de princípios ambientais e sociais na Contratação Pública⁹⁹.

⁹⁷ Cfr. Nota de rodapé n.º71

⁹⁸ Para mais desenvolvimento sobre o Livro Verde, v. MARIA JOÃO ESTORNINHO, Ob.Cit., p.3-5

⁹⁹ A este propósito, v. também a Comunicação de 13 de Abril de 2011, intitulada “Ato para o Mercado Único: Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua”, na qual a Comissão instituiu como prioridade a modernização das regras relativas à contratação pública, com vista a permitir a utilização dos contratos públicos “para apoiar outras políticas”

Nesta obra, a Comissão chama à colação a *Estratégia Europa 2020*¹⁰⁰ para um *crescimento inteligente, sustentável e inclusivo* e apresenta possibilidades de utilização dos contratos públicos para promover políticas sociais e ambientais.

Um dos pilares em que assenta a *Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo* consiste no fomento de uma economia com elevados níveis de emprego e que assegure a coesão social e territorial. Temos, portanto, que considerar várias dimensões a considerar, sendo que uma contratação pública sustentável significa sustentabilidade a nível económico, social e ambiental. E este quadro tem de ser considerado como um todo, porque a contratação pública só será sustentável quando todos estes aspectos se encontrarem verificados.

A *Estratégia Europa 2020* consiste numa plataforma que pretende incentivar as entidades adjudicantes na preocupação com a formação dos seus quadros, na procura de soluções e recursos menos dispendiosos, reduzindo os “esbanjamentos” e contribuindo para uma situação económica onde imperem os níveis de empregabilidade e que, por outro lado, articule soluções num papel proactivo.

Para o sucesso da *Estratégia Europa 2020*, o papel das autoridades públicas afigura-se fundamental; de facto, as autoridades públicas pedem e devem utilizar o “seu poder de aquisição para contratar bens e serviços com valor acrescentado para a sociedade em termos de promoção da inovação, respeito pelo ambiente, melhoria do emprego, da saúde pública e das condições sociais, assim como da igualdade, incrementando simultaneamente o nível de inclusão dos grupos desfavorecidos”.¹⁰¹

Os contratos públicos podem e devem servir outros fins que não aqueles que emergem directamente do seu objecto (adquirir um bem ou serviço para satisfação de uma necessidade) como por exemplo a consideração de uma política ambiental ou a preocupação com uma determinada política social.

¹⁰⁰ Esta *Estratégia* foi implementada pela Comunicação da Comissão de 3 de Março de 2010-COM (2010)

¹⁰¹ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, Ob. Cit, p.9

Não obstante estas considerações não constituírem uma novidade, a verdade é que as instituições europeias recebiam que ao incluir estes objectivos não económicos, se colocasse em risco a observância do princípio da concorrência, principalmente no que respeita ao princípio da proibição da discriminação em razão da nacionalidade.

No que diz respeito a esta temática, verificou-se uma relativa evolução nas Directivas Comunitárias de 2004, tendo chegado mesmo a admitir-se a inclusão, nos cadernos de encargos, de especificações sobre características ambientais, como já aludimos *supra*.

Contudo, as Directivas de 2004 continuaram a não dar um importante passo: a adopção de critérios ambientais e sociais como critérios de adjudicação em si próprios, apenas se admitindo os mesmos no âmbito da proposta economicamente mais vantajosa.

¹⁰²

Ora, este importante passo foi agora dado com as Novas Directivas¹⁰³, significando isto que dentro do critério custo, passam a considerar-se não só as despesas directas mas também os custos ambientais externos.

Nunca o chamado “*best value for Money*”¹⁰⁴ assumiu tamanha importância (obtenção do maior e melhor valor possível para as entidades adjudicantes).

A proposta prevê também a possibilidade de uma entidade adjudicante excluir candidatos de um procedimento de formação de contratos públicos se identificar infracções a obrigações previstas na legislação da U.E nos domínios social, laboral ou ambiental, tendo-se registado um significativo avanço neste domínio.

¹⁰² Neste sentido, cfr. DIOGO DUARTE DE CAMPOS, “*A admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideração de factores ambientais e sociais*” p. 154-155

¹⁰³ Cfr. arts. 66.º e 67.º n.º 1 da Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos

¹⁰⁴ Temática a que já fizemos referência no ponto 4.º da presente dissertação

Com efeito, a prossecução de políticas sociais e ambientais através da contratação pública constitui um dos objectivos fulcrais das novas Directivas¹⁰⁵.

No que diz respeito à metodologia prevista para alcançar os referidos objectivos, são vários os mecanismos incluídos na proposta: os contraentes públicos têm a possibilidade de fundamentar a sua decisão de adjudicação nos custos ao longo do ciclo de vida dos produtos, bens ou serviços, sendo que estes custos incluem as despesas directas e os custos ambientais externos; os contraentes públicos podem exigir que os produtos, serviços ou obras detenham um rótulo certificado; um agente económico pode ser excluído de um procedimento concursal se o contraente público identificar violações de obrigações previstas na legislação social, laboral ou ambiental da União Europeia, bem como de disposições da legislação laboral internacional – esta responsabilização pode igualmente ser efectivada de modo indirecto, através da exclusão das propostas que os contraentes públicos comprovem ser anormalmente baixas em virtude da violação da legislação comunitária nos domínios *supra* referidos.

A Proposta prevê igualmente um mecanismo com vista a fomentar a investigação e inovação¹⁰⁶ denominado “parceria para a inovação”, que se consubstancia num procedimento especial para o desenvolvimento e posterior aquisição de produtos e serviços inovadores.

Um importante limite ao princípio da concorrência foi estabelecido no que respeita aos serviços sociais: tendo em consideração as diferentes especificidades deste tipo de serviços nos vários países da UE, a Comissão reconheceu que deve ser atribuída aos Estados-Membros uma ampla margem de discricionariedade na escolha dos prestadores de serviços sociais; deste modo, foi estabelecido um limiar mais elevado

¹⁰⁵ A este propósito, a própria exposição de motivos estabelece como um dos objectivos da proposta: “(...)permitir que os adquirentes utilizem melhor os contratos públicos para apoiar objectivos sociais comuns, como a protecção do ambiente, a maior eficiência na utilização dos recursos e da energia, a luta contra as alterações climáticas, a promoção da inovação, do emprego e da inclusão social e a criação das melhores condições possíveis para a prestação de serviços públicos de elevada qualidade(...)”.

¹⁰⁶ Estes objectivos constituem vectores fundamentais da Estratégia Europa 2020

(EUR 500.000,00) para este tipo de contratos e um regime concorrencial mais flexível, impondo apenas o respeito pelo princípio da transparência e da igualdade de tratamento.

A Comissão tem vindo a chamar a atenção para a necessidade de promover um melhor e mais efetivo acesso das pequenas e médias empresas ao mercado da contratação pública. De facto, para as PME o mercado da contratação pública assume uma importância bastante significativa¹⁰⁷.

No que respeita à promoção do acesso das PME ao mercado da contratação pública, a Proposta concretiza as medidas já alvo de teorização no “*Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos*”, publicado pela Comissão em 2008.

Estas medidas traduzem-se fundamentalmente na diminuição/ eliminação de obstáculos ao acesso das PME ao mercado da contratação pública, devido à consciencialização do imenso potencial destes operadores no que respeita à criação de emprego e desenvolvimento económico.

As condições favoráveis ao acesso das PME ao mercado dos contratos públicos traduzem-se nas seguintes medidas previstas na Proposta de Directiva:

- **Simplificação das obrigações de informação nos procedimentos de adjudicação (art.57.º)**- a apresentação dos documentos exigidos será efectuada através do “*Passaporte Europeu para os Contratos Públicos*”;
- **Divisão em Lotes**- os contraentes públicos são incentivados a subdividir os contratos públicos em lotes de forma a facilitar o acesso aos mesmos por parte das PME; a opção pela não divisão em lotes terá de ser devidamente justificada;

¹⁰⁷ E o inverso também é verdade, considerando a grande importância destes agentes económicos no tecido empresarial da EU; Em Portugal as PME representam cerca de 99% do tecido empresarial e cerca de 70% do emprego.

- **Limitação dos requisitos de participação (art.56.º)** - A Directiva prevê um elenco exaustivo das condições de participação possíveis nos procedimentos de adjudicação, de forma a evitar a imposição de obstáculos injustificados ao acesso das PME;
- **Pagamento direto dos subcontratantes (art.71.º)** – A proposta prevê a possibilidade dos subcontratantes (as PME assumem especial relevância no contexto da subcontratação) exigirem o pagamento directo à entidade adjudicante;¹⁰⁸

Não pretendendo negar os efeitos positivos destas medidas, facto é que o elenco de medidas apresentadas reveste um carácter demasiado geral; na nossa opinião, a Comissão deveria ter optado por iniciativas que beneficiassem *especificamente* as PME.

A ausência destas normas pode ser explicada, tal como menciona Cláudia Viana^{109 110}, pelo facto da subcontratação se situar no campo do Direito Privado, não obstante a manutenção de responsabilidade por parte do contraente público.

Contudo, existe um obstáculo à participação efectiva das PME no mercado da contratação pública que não desapareceu com a Proposta; falamos dos limiares comunitários muito elevados, o que faz com que apenas as empresas com relevante peso económico consigam aceder aos contratos públicos regulados pelas Directivas e, portanto, apenas estas poderão beneficiar das condições de acesso nelas previstas.

Mais uma vez podemos aperceber-nos da importância fulcral da subcontratação no tocante à participação das PME nos contratos públicos; muitas vezes é esta a única forma de acesso.

¹⁰⁸ Tal como refere CLÁUDIA VIANA, Ob. Cit pp.507, este era um dos aspectos que dificultava a subcontratação, já que, como refere a Autora, “(...)os subcontratantes nem sempre recebem pontualmente do co-contratante. Ora, dada a pequena ou média dimensão dos subcontratantes, os atrasos nos pagamentos geram grandes dificuldades económicas que, por isso, podem repercutir-se na boa execução dos contratos públicos (...)”.

¹⁰⁹ Cfr. CLÁUDIA VIANA, Ob.Cit., pag.506

¹¹⁰ Note-se que a ausência de normas expressas sobre a protecção das PME subcontratação nas Directivas de 2004 foi bastante criticada (cfr. CLÁUDIA VIANA, Ob. Cit., p.69), pelo que é de louvar o progresso registado nesta matéria.

Não obstante se terem registado avanços significativos, a verdade é que a Proposta de Directiva foi pouco ambiciosa no que respeita à inclusão de considerações sociais enquanto critério de adjudicação geral; de facto, apesar de prever a possibilidade dos contraentes públicos incluírem, nas especificações técnicas ou nos critérios de adjudicação referência a aspectos relacionados com o processo de produção, a inclusão de “*requisitos de responsabilidade social das empresas*” é excluída, uma vez que tais requisitos têm se estar estritamente relacionados com a produção do produto ou com a prestação do serviço em concreto.

Não poderíamos deixar de fazer uma breve referência à Proposta de Directiva relativa às Concessões, na qual a Comissão deu particular importância à inclusão de considerações sociais na adjudicação de concessões, particularmente no que diz respeito às condições de trabalho; Com efeito, a Directiva prevê a possibilidade dos contraentes públicos incluírem nos critérios de adjudicação elementos relacionados com as condições de trabalho, impondo, no entanto que as mesmas digam respeito exclusivamente às condições de trabalho das pessoas directamente envolvidas no processo de produção do produto ou na prestação do serviço que constitua o objecto do contrato.

10-REFLEXÃO CRÍTICA

Na sua *Desiderata*¹¹¹, Schooner apontou nove desafios a serem alcançados pelos regimes jurídicos da contratação pública: concorrência, integridade, transparência, eficiência, satisfação do consumidor, “*best value for money*”, distribuição de riqueza, mitigação do risco e uniformidade. Volvidos 11 anos, se alguns dos desafios foram em parte alcançados, noutros o mesmo não se verificou.

¹¹¹ Cfr. STEVEN L. SCHOONER, “*Desiderata....*”, p.19

A utilização dos contratos públicos como instrumento de prossecução de fins que são estranhos ao seu objecto imediato ¹¹² constitui uma temática complexa.

A complexidade desta problemática prende-se principalmente com a sua aparente contradição com as normas de protecção da concorrência, estas últimas normas fulcrais do ordenamento jurídico comunitário em matéria de contratação pública.

Se num primeiro momento os contratos públicos constituíram um meio (função instrumental já referida anteriormente) conducente à formação e sedimentação do mercado único, actualmente são encarados como um mecanismo de prossecução de políticas publicas anti cíclicas. Com efeito, o contexto de crise económica em que a Europa se encontra submersa tem vindo a conduzir a uma progressiva alteração do paradigma em que até há bem pouco tempo assentavam as regras da contratação pública.

Na senda de Pedro Gonçalves ¹¹³, no que respeita à contratação pública, uma das medidas mais imediatas para mitigar os efeitos da crise consistiu na utilização da contratação pública como um instrumento de promoção da economia, aproveitando o “*potencial regulador da contratação pública*”. O Estado deixa, assim, de ser encarado como mero adquirente, passando a assumir uma “*função reguladora*”¹¹⁴.

As entidades adjudicantes, através do desempenho do seu papel de «consumidores», podem e devem promover uma política ambiental que contribua para o desenvolvimento sustentável da União Europeia.

Podemos afirmar genericamente que a abertura concedida aos Estados Membros é significativamente maior no âmbito da integração de aspectos ambientais do que na integração dos aspectos sociais.

¹¹² A este propósito, lembre-se que o objecto imediato da contratação pública é a aquisição de bens e serviços em ordem a satisfazer uma determinada necessidade colectiva.

¹¹³ Cfr. PEDRO GONÇALVES, “*Gestão de Contratos Públicos...*”, p. 7

¹¹⁴ No mesmo sentido, cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES, Ob. Cit., p.184

Por exemplo, no âmbito da execução de um contrato de empreitada de obra pública, a entidade adjudicante pode impor ao co-contratante a observância de determinadas regras de construção “amigas do ambiente”. Com efeito, as políticas secundárias são também elas imprescindíveis para a concretização plena do projecto europeu.

Isto mesmo têm reconhecido as instâncias comunitárias, ao adaptarem o quadro normativo da contratação pública à actual situação política, social e económica.

Não podemos ignorar a “dimensão didáctica” da contratação pública, no sentido em que, tomando como exemplo a prossecução de políticas ambientais, ao celebrar contratos públicos ecológicos, as entidades adjudicantes estão a incentivar os agentes económicos a fornecer bens e serviços com estas características¹¹⁵.

Nesta senda, somos ainda a referir o modelo que a contratação pública fornece aos contraentes privados, ainda que apenas de forma reflexa¹¹⁶. Não será um dever inerente ao exercício do poder público a afectação da mesma à prossecução de políticas públicas, capazes de influenciar os restantes agentes económicos?

Miguel Raimundo¹¹⁷ prevê uma possível consequência negativa da prossecução de políticas públicas através da contratação pública: a possibilidade desta utilização da contratação pública conduzir a uma excessiva intervenção na esfera interna do co-contratante.

Tomemos, a título de exemplo, o caso da contratação de desempregados de longa duração, já anteriormente referido; neste caso, a entidade adjudicante estaria a impor-se à política de contratação seguida pelo co-contratante, interferindo na sua organização interna.

Por outro lado, não se podem ignorar os riscos de que a introdução de critérios ambientais e sociais na contratação pública redunde em práticas discriminatórias ou em

¹¹⁵ Neste sentido, MARIA JOAO ESTORNINHO, “*Green Public Procurement...*”, p. 4

¹¹⁶ Neste sentido, cfr. SUE ARROWSMITH, Ob. Cit., p.814

¹¹⁷ Cfr. MIGUEL RAIMUNDO, Ob. Cit., p.401

fenómenos de corrupção. Para solucionar esta questão, Maria João Estorninho¹¹⁸, propõe que *“a introdução de critérios ambientais seja acompanhada de mecanismos de prevenção do desperdício e da corrupção”*.

Não obstante estas serem possibilidades reais, pensamos que o principal obstáculo à prossecução de políticas secundárias continua a ser imposto pelo princípio da concorrência e da igualdade de tratamento. De facto, o principal problema prende-se com a possibilidade de utilização discriminatória dos critérios sociais e ambientais através dos contratos públicos¹¹⁹ e foi sempre isto que a Comissão se preocupou em combater.

No entanto, cumpre questionar: a prossecução destas políticas pode implicar o afastamento de alguns dos potenciais concorrentes por serem incapazes de cumprir as políticas horizontais ou secundárias; É inquestionável que a introdução destas políticas como subcritérios de adjudicação conduzirá à diminuição do número de concorrentes, especialmente se pensarmos nas medidas que envolvem discriminação positiva mas se pensarmos nos contratos públicos que utilizam o critério do volume de negócios, também a concorrência não estará, no limite, a ser colocada em causa?

No que respeita à perda de eficiência económica, apontada como uma possível desvantagem originada pela prossecução de políticas secundárias, pensamos que já demos resposta, quando nos referimos à compatibilização entre o denominado *“best value for money”* e as referidas políticas.

Com efeito, a Administração pública, deixando apenas de assumir uma postura de intervenção mínima na economia e na sociedade, deixa também de ter preocupações puramente económicas na celebração dos contratos necessários à satisfação das necessidades, cada vez mais reconhecidas nos instrumentos normativos do Direito Comunitário da Contratação Pública.

¹¹⁸ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, Ob. Cit., p.3

¹¹⁹ Neste sentido, cfr. NUNO CUNHA RODRIGUES, Ob. Cit., p. 194 *“A harmonização entre o princípio da não discriminação e a promoção de objectivos secundários ou horizontais constitui uma das áreas mais sensíveis na contratação pública”*.

No entanto, concordamos com NUNO CUNHA RODRIGUES quando o autor refere que não obstante existir previsão legal (cuja importância não se releva), a utilização da contratação pública como instrumento de prossecução de políticas secundárias «(...) *apenas se tornará efectiva com a implementação casuística nos contratos públicos que venham a ser celebrados (...)*».

Dúvidas não restam de que os Estados prosseguirão, de futuro, uma cada vez maior procura de responsabilidade das entidades contratantes, celebrando contratos com condições de forma exigentes ao nível social e ambiental¹²⁰.

¹²⁰ O poder de compra das entidades públicas nacionais pode e deve ser usado como instrumento de promoção ambiental – Neste sentido, cfr. MARTA REBELO, “*Os critérios de adjudicação relativos à protecção do ambiente na jurisprudência do TJCE*”, p.85

11-BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, J.C Moitinho, “*A interferência do Direito Comunitário no controlo da legalidade dos contratos públicos*”, in Revista do Tribunal de Contas, n.º32, Julho/Dezembro de 2009

ALMEIDA, Teresa Marques de, “*O processo de liberalização dos contratos públicos na União Europeia- objectivos de eficiência e a sua coordenação com finalidades de política industrial, social e ambiental*”, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra, 2004

AMORIM, João Pacheco de, “*A invalidade e a (in)eficácia do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos*”, in Estudos de Contratação Pública, Vol.I... (ver o resto em casa)

ARAGÃO, Alexandra, “*A Governância na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida?*”, Separata dos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Lucas Pires, Coimbra, 2005, pp.105 a 166,

ARNÁIZ, Medina “*Social considerations in the Spanish public procurement law*”, in Public Procurement Law review, n.º2, 2011

ARNOULD, Joël, “*Secondary Policies in Public Procurement: The Inovations of the New Directives*”, Public Procurement Law Review, 2004

ARROWSMITH, Sue, “*Application of the EC Treaty and Directives to horizontal policies: a critical view*”, in Arrowsmith/Kunzlik, “*Social and environmental policies in EC procurement law*”, Cambridge University Press, 2009

ARROWSMITH, Sue, “*The past and Future Evolution Of EC Procurement Law: From Framework to Common Code?*”, 35 Pub. Cont. L.J, 337, 352, 2006

ARROWSMITH, Sue/ ARWEL, Davies, “*Public Procurement: global revolution*”, Kluwer Law International, Londres, 1998

BRANCO, Fernando, “*Favouring domestic firms in procurement contracts*”, in Journal of International Economics, Vol.37, 1994

BURGI, Martin, “*Secondary policies in public procurement in Germany*”, in CARANTA/TRYBUS, “*The Law of green and social procurement in Europe*, DJOF, 2010

CAMPOS, João Mota de, “*Direito Comunitário – O Ordenamento Jurídico*”, II volume, 4.^a Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1994

CARANTA, Roberto, “*Sustainable public procurement in the EU*”, in CARANTA/TRYBUS, “*The Law of green and social procurement in Europe*”, DJOF, 2010

DAVIES, A. C. L., “*The public law of government contracts*”, Oxford, Oxford University Press, 2008

DOERN, Alik, “*The interaction between EC rules on public procurement and state aid*”, in *Public Procurement Law Review*, 2004

DUARTE DE CAMPOS, Diogo, “*A admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideração de factores ambientais e sociais*”, *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editora, 2011, pp 121-170

ESTORNINHO, Maria João, “*Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma contratação pública sustentável*”, Almedina, Coimbra, 2012

ESTORNINHO, Maria João, “*Direito Europeu dos Contratos Públicos – um olhar português*”, Almedina, Coimbra, 2006

ESTORNINHO, Maria João, “*Green Public Procurement – por uma contratação pública sustentável*”, disponível no site do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa, http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/texto_prof_a_mje.pdf

FERRO, Miguel Sousa, “*A obrigatoriedade de aplicação do Direito da EU da Concorrência pelas autoridades nacionais*”, in *Revista da FDL*, Vol. XLVIII, n.ºs 1 e 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2009

FONSECA, Rui Guerra da, “*Organização Económica (arts. 80.º a 107.º)*”, in PAULO OTERO (COORD.), *Comentário à Constituição Portuguesa*, II volume, Almedina, Coimbra, 2009

GARCIA, Maria da Glória, “*Direito das Políticas Públicas*”, Almedina, Coimbra, 2009

GOMES, Carla Amado, “*A Protecção do Ambiente na Jurisprudência Comunitária – uma amostragem*”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Paulo Pitta e Cunha*, Vol.I, Almedina, Coimbra, 2010, pp.43 a 83

GONÇALVES, António Carlos / GONÇALVES, Maria Eduarda, “*Direito Económico*”, Almedina, Coimbra, 2001

GONÇALVES, Pedro Costa, “*Gestão de Contratos Públicos em Tempos de Crise*”, in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. III, Org. Pedro Gonçalves, CEDIPRE, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2008

GONÇALVES, Pedro Costa, “*Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)*”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol.I, Almedina, 2012

GRAELLS, Dr. Albert Sánchez, “*Public Procurement and State Aid: reopening the debate?*”, in *Public Procurement Law Review*, n.º6, 2012

KENNEDY-LOEST, Ciara / THOMAS, Christopher / Farley, Martin, “EU Public Procurement and Competition Law: The Yin and Yang of the Legal World?”, *Competition Law International*, Novembro, 2011

MACHADO, Cristina Madeira Militão, “*Contratação Pública e Concorrência*”, Dissertação orientada pelo Prof. Luís Morais, Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Comunitárias, 2008, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

MARTINS, Ana Maria Guerra, “*A emergência de um novo Direito Comunitário da Concorrência- as concessões de serviços públicos*”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLII, n.º1, Coimbra Editora, Coimbra, 2001

MATEUS, Abel, “*A política de Concorrência e a Contratação Pública*”, paper, comunicação apresentada no Seminário “*Novas perspectivas da contratação pública*”, Tribunal de Contas, Lisboa, 2006

MATIAS PEREIRA, Pedro / SOARES FRANCO, João, “*A Adjudicação de Contratos Públicos em Contexto de Crise*”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º5, CEDIPRE, Direção de Pedro Gonçalves, 2012

MCCRUIDDEN, Christopher, “*Buying Social Justice*”, Oxford University Press, 2008

MEDEIROS, Rui, “*Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, 2008

MORAIS, Luis D. S., “*O mercado comum e os auxílios públicos – novas perspectivas*”, Almedina, Coimbra, 2006

MOREIRA, Egon Bockmann, “*O contrato administrativo como instrumento de governo*”, in *Estudos de Contratação Pública*”, Vol. IV, Org. Pedro Gonçalves, CEDIPRE, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ...

MUNRO, Catriona, “*Competition Law and Public Procurement: two sides of the same coin?*”, in *Public Procurement Law Review*, n.º6, 2006

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “*Os princípios gerais da contratação pública*”, in *Estudos de Contratação Pública*, Vol.I, Org. Pedro Gonçalves, CEDIPRE, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2008

PEREIRA DA SILVA, Vasco, “*Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*”, Almedina, Coimbra, 2002

RAIMUNDO, Miguel Assis, “*A Formação dos Contratos Públicos-uma concorrência ajustada ao Interesse Público*”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2013

RAIMUNDO, Miguel Assis, “*Estudos sobre contratos públicos*”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2010

REBELO, Marta, “*A dimensão ambiental das regras comunitárias de contratação pública: os critérios de adjudicação relativos à protecção do ambiente na Jurisprudência do TJCE*”, in *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*”, n.º20, Dezembro de 2003

RODRIGUES, Nuno Cunha, “*A Contratação Pública como instrumento de política económica*”, Tese de Doutoramento em Direito (Ciências Jurídico-Económicas, Especialidade Direito Da Economia) orientada pelo Professor Doutor Eduardo Paz Ferreira, 2011, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

SCHOONER, Steven L., “*Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law*”, *Public Procurement Law Review*, 2, 2002, pp.103-110

SCHOONER, Steven L./ GORDON, Daniel I./ CLARK, Jessica L., “*Public Procurement Systems: Unpacking Stakeholder Aspirations and Expectations (working paper)*”, disponível em <http://ssrn.com>

WATERMEYER, R. B., “*A Generic and Systemic Approach to Procurement: the Case for an International Standard*”, in *Public Procurement Law Review*, 1, 2005, pp.39-61

WATERMEYER, R.B., “*The use of Targeted Procurement as an Instrument of Poverty Alleviation and Job Creation in Infrastructure Projects*”, *Public Procurement Law Review*, n.º5, 2000

WEBER, R. H./ MENOUD, V., “*Development promotion as secondary policy in public procurement?*”, in *Public Procurement Law Review*, 2009, n.º4

WITTIE, Patricia H., “*Transational concerns: domestic preferences*”, in *Public Procurement Law Review*, 11 (2), 2002

YUKINS, Christopher R., “*Public Procurement in a world economic crisis: charting the way forward*” (disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1356142)

VIANA, Cláudia, “*Os princípios comunitários na contratação pública*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

VIANA, Cláudia, “*A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional*”, in PEDRO GONÇALVES (COORD.), *Estudos de Contratação Pública*, vol.I, CEDIPRE/Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp.23-49

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “*Interesse Público*”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, 1993, pp.275-282

Sites consultados:

[http:// www.europa.eu](http://www.europa.eu)

<http://www.epp.eurostat.ec.europa.eu/>

<http://www.contratacao publica.com.pt>

<http://curia.europa.eu/>

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-469

<http://eur-lex.europa.eu>

Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

- Acórdão *Beentjes* de 20-09-1988, Processo n.º 31/87
- Acórdão *Concordia Bus Finland*, de 17 de Setembro de 2002, Processo n.º C-513/99
- Acórdão *Comissão vs Espanha*, de 11 de Dezembro de 2012, Processo n.º 610/10
- Acórdão *Comissão vs Itália*, de 3 de Julho de 1992, Processo n.º C-360/89
- Acórdão *Du Pont de Nemours Italiana*, de 20 de Março de 1990, Processo n.º C-21/88
- Acórdão *Ianelli*, de 22 de Março de 1977, Processo n.º 74/76