
REVISTA DE CONTRATOS PÚBLICOS

EDIÇÃO: CEDIPRE · DIRETOR: PEDRO COSTA GONÇALVES · N.º 15

15

Erros e Omissões no CCP
Assinaturas Eletrónicas
Considerações Ambientais e Sociais
na Contratação Pública



· U



· C ·



ÍNDICE

DOCTRINA E COMENTÁRIO

- A Aplicação aos Projectos de Engenharia do Regime de Erros e Omissões do CCP..... 5
JOSÉ MANUEL DE OLIVEIRA ANTUNES
- Breves considerações sobre a assinatura electrónica na contratação pública .. 25
SARA AUGUSTO DE MATOS / PEDRO SANTOS AZEVEDO
- O esgotamento do preço contratual antes de decorrido o prazo de vigência nos contratos mistos de locação de bens móveis e aquisição de serviços 55
PAULA ADREGA FLOR
- O âmbito de aplicação subjetivo no novo Acordo da OMC sobre Contratos Públicos..... 75
GUSTAVO SOUSA BOTELHO
- A crescente relevância da fase de preparação dos procedimentos de formação de contratos públicos – breves notas à luz da Diretiva 2014/24/UE..... 125
JORGE FARIA LOPES
- Políticas horizontais Ambientais e Sociais e Concorrência na Contratação pública: Uma leitura em face do caleidoscópio ambiental e social reforçado pela Diretiva 2014/24/UE e pelo Anteprojecto do Código dos Contratos Públicos..... 169
CAROLINA FERREIRA DA SILVA

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA (EUROPEIA E PORTUGUESA)

- A – Jurisprudência do TJUE..... 205
- B – Jurisprudência dos Tribunais Administrativos..... 209
- C – Jurisprudência do Tribunal de Contas 233

Políticas horizontais Ambientais e Sociais e Concorrência na Contratação pública: Uma leitura em face do caleidoscópio ambiental e social reforçado pela Diretiva 2014/24/UE e pelo Anteprojeto do Código dos Contratos Públicos

CAROLINA FERREIRA DA SILVA

Advogada-Estagária

Resumo: O presente texto procura analisar a tensão existente entre a manutenção do princípio da concorrência na contratação pública e o reforço das políticas horizontais ambientais e sociais na Diretiva 2014/24/UE e no Anteprojeto do Código dos Contratos Públicos. O reforço das considerações ambientais e sociais parece querer alterar o paradigma concorrencial existente, colocando novos desafios aos legisladores europeu e nacional. O objeto deste artigo é o de compreender a convivência de dois objetivos potencialmente conflitantes na contratação pública.

Palavras chave: *contratação pública, concorrência, políticas horizontais, considerações ambientais e sociais, Diretiva 2014/24/UE, Anteprojeto do Código dos Contratos Públicos.*

Abstract: The text attempts to analyse the tension between maintaining the principle of competition in public procurement and the strengthening of the environmental and social horizontal policies in Directive 2014/24/EU and in the Draft of the public contracts code. The reinforcement of environmental and social considerations seems to want to change the existing competitive paradigm, posing new challenges to the european and national legislators. The purpose of this article is to understand the coexistence of two potentially conflicting goals in public procurement.

Key words: *public procurement, competition, horizontal policies, environmental and social considerations, Directive 2014/24/EU, Draft of the public contracts code.*

1. Introdução: as políticas horizontais¹ ambientais e sociais e a concorrência na contratação pública

A Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 trouxe consigo um conjunto de desafios para as entidades adjudicantes dos vários países da União Europeia, na área do ambiente e da *socialidade*, no que respeita à definição e implementação desse tipo de exigências nas várias fases procedimentais da contratação pública. A Diretiva, bem como o Anteprojeto do Código dos Contratos Públicos (“CCP”) vêm tentar acatar esses desafios de forma mais ou menos coerente, no sentido de promover o necessário equilíbrio entre o reforço das considerações de sustentabilidade e a manutenção das preocupações concorrenciais no espaço da contratação pública. Este é o desafio que se impõe.

¹ Apelidar estas políticas de *horizontais* ou *secundárias* não é uma questão desprovida de interesse, uma vez que o *nomen iuris* sempre influi na forma como se percecionam os diferentes institutos jurídicos e, conseqüentemente, como deles se dá *uso*. Este é um daqueles casos em que o *uso* da forma pode eclipsar a substância – a utilização do termo (política) *horizontal* ou *secundária* pode influenciar a efetiva implementação das políticas ambientais e sociais no espaço europeu.

A doutrina tem evoluído a este propósito: inicialmente, Sue ARROWSMITH inclinava-se para a utilização do termo *secundária*, uma vez que considerava que o principal objetivo de uma determinada aquisição era uma específica compra em condições concorrenciais. No entanto, a Autora, em conjunto com Peter KUNZLIK, veio alterar a sua visão no que concerne a esta matéria, defendendo, atualmente, a utilização do termo *horizontal*. Como explicam estes autores – explicação com a qual concordamos – está longe de ser claro que estas considerações – ambientais e sociais – sejam, verdadeiramente, *secundárias*. Com efeito, perante uma determinada aquisição pública, colocam-se em evidência duas possibilidades de desígnio da entidade adjudicante que obstaculizam a utilização do termo (política) *secundária*: por um lado, a entidade adjudicante pode querer a aquisição do produto/obra/serviço tanto como quer atingir objetivos sociais e/ou ambientais; por outro lado, a entidade adjudicante pode considerar que com a aquisição daquele serviço ou daquele produto logrará atingir o desenvolvimento de uma determinada política que sempre pretendeu *em primeiro lugar*, funcionalizando-se, portanto, o objetivo tradicional da contratação pública à implementação destas considerações no terreno. Cf. Sue ARROWSMITH, Peter KUNZLIK, «Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles», in: Sue ARROWSMITH, Peter KUNZLIK, eds., *Social and Environmental Policies*, in: *EC Procurement Law, New Directives and New Directions*, pp. 9-54, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 13.

Com efeito, a responsabilidade pelo futuro europeu confere à responsabilidade dos Estados-Membros uma dimensão coletiva². Questão fundamental é a de perceber que futuro europeu de contratação pública é que se quer, pois que, como bem se sabe, a contratação pública abarca um conjunto múltiplo de objetivos³ que se podem revelar conflitantes.

Esta responsabilidade europeia agudizou-se aquando da crise económica espoletada em 2008. É precisamente neste contexto que se insere a Estratégia Europa 2020, na qual se reconhece que a Europa atravessa “um período de transformação” – provocado não só pela crise económica, como pelos novos desafios mundiais: a globalização ou o esgotamento dos recursos – e que assenta em três prioridades: (i) crescimento inteligente, desenvolvendo “uma economia baseada no conhecimento e na inovação”⁴; (ii) crescimento sustentável, promovendo “uma economia mais eficiente em termos de utilização dos recursos, mais ecológica e mais competitiva”; (iii) crescimento inclusivo, fomentando “uma economia com níveis elevados de emprego que assegura a coesão social e territorial”. São estes dois últimos pilares que evidenciam o papel fundamental que a contratação pública deve assumir na veiculação de políticas horizontais ambientais e sociais⁵, atribuindo-se à contratação pública competências *caleidoscópicas* – v.g., de responsabilidade ambiental e social – em face das novas necessidades. A *caleidoscopia* verifica-se então, a montante – no momento da origem do problema – e a jusante – na solução encontrada para se fazer face ao problema que passa pela utilização *estratégica* do poder das

² Ideia paralela à de Roberto CARANTA, cf. do Autor citado, «Helping Public Procurement Go Green: The Role of International Organisations», in: *EPPPL*, 49, pp. 49-54, 2013, p. 49.

³ Neste sentido, Christopher BOVIS, *EU Public Procurement Law*, Northampton: Elgar European Law, 2007, p. 445.

⁴ Sobre a inovação no âmbito da Diretiva 2014/24/UE, cf. Luke BUTLER, «Innovation in Public Procurement: Towards the “Innovation Union”», in: Francois LICHÉRE, Roberto CARANTA, Steen TREUMER, eds., *Modernising Public Procurement: The New Directive*, pp. 337-382, Copenhagen: DJOF Publishing, 2014.

⁵ Sue ARROWSMITH e Peter KUNZLIK explicam, em termos práticos, o que significa o conceito de política horizontal: “In carrying out their functions [...] public bodies may also wish, or be required, to further other societal objectives. These may include a range of environmental, social or industrial policies – for example, reduction of carbon emissions, the economic development of ethnic minority groups, support for employment of the disabled, or the development of poor regions”. Cf. Sue ARROWSMITH, Peter KUNZLIK, *cit.*, p. 13.

compras públicas, que deverão garantir, por exemplo, a proteção do ambiente ou o combate à desigualdade^{6,7}.

Esta ótica de multiplicidade verifica-se, ainda, na *Desiderata de Schooner*, na qual o autor atribui à contratação pública nove fundamentais objetivos⁸. Reconhecendo e admitindo esta multiplicidade, a União Europeia curialmente acatou o desafio de estimular a exequibilidade de objetivos ambientais e sociais através da contratação pública. Na verdade, há até quem advogue, por recurso ao artigo 11.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (dora-vante, “TFUE”), que a introdução de considerações, pelo menos, ambientais se assume, no âmbito da contratação pública, como vinculada e não como algo que se inscreva num domínio de discricionariedade da União Europeia. Isto significaria que o legislador e juiz europeus deveriam garantir que as autoridades nacionais não procedessem a aquisições (assépticas) de produtos, obras ou serviços, desligadas de considerações de sustentabilidade⁹.

O problema é o de que a implementação deste tipo de políticas horizontais se assume suscetível de *atingir o coração* da concorrência¹⁰, que constitui um

⁶ “Public authorities can send a powerful signal to the market”. Anja WIESBROCK, «An Obligation for Sustainable Procurement? Gauging the Potential Impact of Article 11 TFUE on Public Contracting in the EU», in: *LIEI*, n.º 40, pp. 105-132, 2013, p. 129.

⁷ Relembre-se, contudo, paradoxalmente (?) que “a contratação pública [deverá ter] presente em qualquer contrato público [...] o dever de, por aplicação das regras da contratação pública, se fazerem bons negócios (do ponto de vista financeiro)”. Pedro Matias PEREIRA, João Soares FRANCO, «A adjudicação de contratos públicos em contexto de crise», in: *RCP*, n.º 5, pp. 143-166, 2012, p. 147. Com efeito, a crise agudizou as preocupações de despesa; contudo, para Pedro GONÇALVES, tal não terá de significar, necessariamente, um amortecimento das políticas horizontais. Ao invés, pode e deve significar o seu fomento: “a despesa pública estimuladora (*stimulus spending*) aproveita politicamente o conhecido potencial regulador do *public procurement*, na busca da realização dos designados objetivos públicos”. Cf. Pedro GONÇALVES, «Gestão de Contratos Públicos em tempo de crise», in: Pedro GONÇALVES, org., *Estudos de Contratação Pública – III*, pp. 5-49, Coimbra: Cedipre, Coimbra Editora, 2010, p. 7.

⁸ “Competition”, “integrity”, “transparency”, “efficiency”, “customer satisfaction”, “best value”, “wealth distribution”, “risk avoidance”, “uniformity”. Cf. Steven L. SCHOONER, «Desiderata: objectives for a system of government contract law», in: *P.P.L.R.*, n.º 2, pp. 103-110, 2002, p. 103.

⁹ Assim, Anja WIESBROCK, “An Obligation for...”, *cit.* p. 130.

¹⁰ É hoje incontestável que a contratação pública se assume como um verdadeiro e essencial instrumento à realização do mercado interno, facto que se justifica, em parte, pelo peso que assume no PIB da União Europeia, merecendo, por isso, uma atenção especial por parte do legislador europeu, que compreendeu a necessidade de se amparar nas propriedades da contratação pública para atingir este objetivo.

princípio estruturante da contratação pública europeia. Por uma banda, ao criarem-se critérios de preferência ambiental e social, excluem-se, desde logo, operadores económicos da corrida concursal (podendo colocar-se em causa o *best value for money*, pela diminuição “automática” do leque de escolha); por outra banda, cria-se o risco da utilização desviante destes critérios, no sentido de se favorecer, injustificadamente, determinados operadores^{11;12}.

1.1. A (primordial) concorrência e a (reforçada) *instrumentalidade* da contratação pública

O primeiríssimo considerando da Diretiva 2014/24/UE¹³ demonstra o lugar central que a concorrência assume no âmbito na contratação pública europeia – neste considerando, as preocupações concorrenciais refugiam-se na vestimenta dos primordiais princípios do TFUE¹⁴. A concorrência revela-se, ainda neste considerando, na medida em que se impõe que “deverão ser estabelecidas disposições que coordenem os procedimentos nacionais de contratação pública a fim de garantir que esses princípios produzam efeitos práticos e os contratos públicos sejam abertos à concorrência”. Note-se que

¹¹ Acresce que, segundo Peter TREPTE, estas políticas “*will often be explicitly discriminatory given that their purpose is self-evidently to favour domestic producers and production*”. Cf. Peter TREPTE, *Public Procurement in the EU, A Practitioner's Guide*, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 71, 72.

¹² É esta consciência de risco de fraude que levou o legislador europeu, na Diretiva 2004/18/CE – em concreto, no considerando 2 –, a exigir a criação de “disposições [...] que se baseiem [...] nos princípios delas resultantes [das liberdades de circulação de capitais, de trabalhadores e de mercadorias], tais como o princípio da igualdade de tratamento, [...] e os princípios do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência, bem como na concorrência efectiva para a adjudicação dos contratos públicos”.

¹³ Substituindo a Diretiva 2004/18/CE.

¹⁴ Assim, não se poderá surpreender o leitor quando, ao falarmos da concorrência e dos seus específicos reflexos no horizonte da contratação pública, o façamos por recurso aos mencionados princípios – é na *escalada* destes princípios que lograremos atingir a concorrência no *cume da montanha*; é através deles que se efetiva uma concorrência sã e revigorante. Com efeito, não se previu, *ab initio*, para o contrato público europeu, uma lógica concorrencial, o que, parece-nos, contribuiu para uma certa “neutralidade” do seu conceito. Acreditamos que esta neutralidade terá sido um dos fatores contributivos para uma visão asséptica da contratação pública. Porém, tal situação não se verifica, atualmente, pela crescente necessidade de cumprimento de novas necessidades, numa Europa que se tem revelado cada vez mais *caleidoscópica*.

estas considerações têm de ser lidas em paralelo com o artigo 18.º, n.º 1, que consagra um autêntico princípio da concorrência.

As Diretivas europeias de 2014 sobre a contratação pública incluem já um compromisso entre as exigências concorrenciais e outros objetivos; é o que se pode ver no considerando segundo da Diretiva 2014/24/UE, ao fazer-se expressa referência às exigências impostas pela Estratégia Europa 2020. Surge aqui a contratação pública envergando uma veste de papel instrumental – assumindo, então, a qualidade de *meio*, de *atalho* – na medida em que com ela se pretende “alcançar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, assegurando simultaneamente a utilização mais eficiente dos fundos públicos”¹⁵.

Do confronto entre os considerandos primeiro e segundo, facilmente se percebe que o legislador optou por, em termos estruturais, fazer referência primordial às preocupações concorrenciais ligadas à construção do mercado interno, preferindo evidenciar as considerações ambientais e sociais – que, apesar de não serem expressamente referidas, se encontram sob o arcaboço da referida Estratégia, concretamente, na expressão “*crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*” –, num segundo estágio.

A dúvida reside em descortinar se esta opção estrutural será inocente, ou se corresponde a uma determinada intencionalidade que poderá levantar o véu sobre o lugar que as políticas horizontais ocupam no espaço da contratação pública europeia e, em especial, em face das preocupações concorrenciais gizadas para a manutenção do mercado interno. Se, por um lado, reconhecemos que a adoção desta estrutura desvenda, claramente, que se continua a afirmar que a concorrência deve continuar a ter um papel fundamental, por outro lado, entendemos que ambos os objetivos devem ser olhados, se não de forma paritária, pelo menos, complementar – só com o seu cumprimento simultâneo se poderá lograr atingir o que se espera de uma contratação pública multivalente. Tal ancora-se no facto de o regime europeu da contratação se revelar cada vez mais multifacetado, deixando de se antecipar a edificação do mercado interno como único desígnio¹⁶. Advertimos, contudo, que estes novos desafios apenas atingirão o sucesso pretendido se assentarem os seus pressupostos em *safe ground* que, para eles, se consubstancia no bom

¹⁵ Cf. o referido considerando segundo.

¹⁶ Neste contexto, Maria João ESTORNINHO aponta como “nova faceta dos contratos públicos”, a realização de “*políticas públicas verdes ou de políticas sociais*”. Cf., da Autora citada, *Direito Europeu dos Contratos Públicos, Um Olhar Português*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 25.

funcionamento do mercado interno: uma “UE alargada e diversificada depende mais do que nunca do bom funcionamento do mercado único”¹⁷.

2. A Diretiva de 2014/24/UE e o Anteprojeto do CCP, um salto qualitativo? – alguns reflexos das considerações ambientais e sociais

A Diretiva 2014/24/UE comporta uma verdadeira “abordagem de capacitação”¹⁸, fornecendo-se às entidades adjudicantes as necessárias armas à implementação do novo programa político e ideológico, no (fértil) terreno europeu. Verifica-se, em muitos casos, que as disposições normativas que compõem esta Diretiva introduzem uma evolução significativa no que toca à inclusão de considerações ambientais e sociais.

Por seu turno, o Anteprojeto (de revisão) do CCP vem transpor para a legislação nacional o normativo imposto pelo novo pacote de Diretivas da contratação pública, pelo que tenta adequar e rever o discurso normativo nacional de sustentabilidade em conformidade com as novidades reforçadas na Diretiva 2014/24/UE.

2.1. A inclusão de considerações ambientais e sociais no artigo da Diretiva 2014/24/UE referente aos princípios da contratação

A primeira e mais simbólica mudança – na medida em que serve como contexto e paisagem a algumas das alterações que lhe seguem¹⁹ – é a inclusão de considerações ambientais e sociais no artigo referente aos *princípios da contratação*. O n.º 2 do artigo 18.º da Diretiva impõe que os “Estados-Membros tomem as medidas necessárias para assegurar que, ao executarem os contratos

¹⁷ Consultar <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=URISERV:l70004&rid=8>. Consultado em 21 de abril de 2016.

¹⁸ Maria João ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos, Por uma contratação pública sustentável*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 118.

¹⁹ Anja WIESBROCK, «Socially responsible public procurement, European value or national choice?», in: Beate SJAFJELL, Anja WIESBROCK, eds., *Sustainable Procurement Under EU Law, New Perspectives on the State as Stakeholder*, pp. 75-98, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 79.

públicos, os operadores económicos respeitem as obrigações aplicáveis em matéria ambiental, social e laboral estabelecidas pelo direito da União [...]”²⁰. Esta norma assume-se como curial reflexo do considerando 37 e traduz-se num progresso relativamente ao artigo 2.º da Diretiva 2004/18/CE, tendo em conta que não se registava nenhuma referência a estas considerações. Apesar de, atualmente, o legislador não ter optado por positivar um princípio geral sobre o respeito pelas disposições ambientais e sociais, a realidade é que optou por incluir tais considerações no espaço designado para o elenco dos princípios que devem assistir à contratação, o que, por si só, significa que a Diretiva pretende reforçar a implementação das políticas horizontais – de índole ambiental e social – no âmbito do espaço europeu.

Assim, o respeito pelos princípios da “igualdade de tratamento”, da “não-discriminação”, da transparência e da proporcionalidade terão de se conjugar com a imposição do respeito pelas obrigações ambientais, sociais e laborais, tal como estabelecido no n.º 2 do artigo 18.º. Facto especialmente importante é o de esta imposição se afigurar como juridicamente vinculativa para os Estados-Membros²¹. É, portanto, nosso entendimento, que este artigo se afigura como *tiro de saída* para a corrida ambiental e social na qual a Diretiva se empenha, ao tentar alcançar a verdadeira *meta* – a de fazer *cair*, de uma vez, a utilização do termo (políticas) *secundárias*²².

2.2. Critérios de Adjudicação

Um dos poderosos instrumentos no fomento da sustentabilidade no âmbito da contratação pública encontra-se previsto na disposição relativa aos *critérios*

²⁰ Relacione-se esta norma com disposição contida no n.º 1, do artigo 56.º da Diretiva, que estabelece uma verdadeira exceção de adjudicação dos contratos no caso de se verificar um incumprimento destas obrigações.

²¹ Anja WIESBROCK realça o facto de esta obrigação vincular os Estados-Membros e não as entidades adjudicantes, explicando que tal se poderá dever ao facto do legislador ter querido atenuar o “fardo” que poderia recair sobre estas entidades. Da Autora citada, «Socially responsible...», *cit.*, p. 80.

²² Assim, Dacian DRAGOS e Bogdana NEAMTU, “With the adoption of the new 2014 Directives, the sustainability paradigm is almost taking over the realm of public procurement”. Dos Autores citados, «Lyfe-cycle costing for sustainable public procurement in the European Union», *in*: Beate SJAFJELL, Anja WIESBROCK, eds., *Sustainable Procurement Under UE Law, New Perspectives on the State as Stakeholder*, pp. 114-137, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 115.

de adjudicação (cf. artigo 67.º da Diretiva), uma vez que este é o “domínio mais adequado ou menos problemático para contemplar aspetos ambientais”²³. Aí estabelece-se que a adjudicação dos contratos públicos deve ser feita com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa (“PEMV”).

Pela estrutura do artigo podemos inferir, com segurança, que o legislador europeu optou pela utilização do critério da PEMV à utilização (exclusiva) do critério do preço²⁴, o que se denota, antes de mais, pela referência exclusiva à PEMV no n.º 1, do artigo 67.º. A este argumento acrescenta-se um outro, reforçador do conteúdo do primeiro: permite-se, agora, que os Estados-Membros prevejam que as entidades adjudicantes não possam utilizar o preço ou o custo como único critério de adjudicação, ou, então, que restrinjam essa utilização exclusiva a determinadas categorias de entidades adjudicantes ou a determinados tipos de contratos²⁵.

Uma leitura *intertextual* destas partes do mesmo artigo permite, assim, concluir que o legislador europeu quis o *contágio* da utilização da PEMV aos Estados-Membros. Tal afigura-se como um salto qualitativo em relação à Diretiva 2004/18/CE²⁶, na medida em que esta última estabelecia, em termos paritários, no artigo 53.º, que as entidades adjudicantes se deviam basear nos critérios da PEMV ou do preço mais baixo. E neste âmbito, o avanço legislativo

²³ Raquel CARVALHO, «Contratação Pública e EcoInovação», in: Paulo OTERO, Carla AMADO GOMES, Tiago SERRÃO, org., *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, pp. 881-905, Coimbra: Almedina, 2015, p. 896.

²⁴ Numa primeira análise, poder-se-ia concluir que o preço tinha deixado de ser uma opção no âmbito da adjudicação de contratos, mas, verdadeiramente, “*all that has been done was to expand the scope of the ‘most economically advantageous tender’ to include the award of contracts on price or cost only [...] while it is not allowed to exclude cost from the award decision altogether, there is no similar restriction on excluding quality considerations*”, Dacian DRAGOS, Bogdana NEAMTU, «Lyfe-cycle costing...», *cit.*, p. 129.

²⁵ Cf. 3.º parágrafo, do n.º 2, do artigo 67.º da Diretiva 2014/24/UE.

²⁶ Recorde-se que, no âmbito da Diretiva 2004/18/CE, era já pacífico que o critério de adjudicação, na vertente da PEMV, podia abranger considerações ambientais, fazendo-se referência expressa a “características ambientais” no texto do artigo 53.º. À altura, era também pacífico, por força das considerações jurisprudenciais vertidas no Acórdão *Concordia Bus* de que a introdução desse tipo de dimensões tinha de se conciliar com requisitos concorrenciais. A Diretiva 2014/24/UE é inovadora neste aspeto, na medida em que confere estatuto legislativo às considerações do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), o que, sem surpresas, revela o papel fundamental desta instituição no âmbito da evolução das matérias europeias.

não se fica por aqui, uma vez que a nova definição²⁷ da PEMV é “claramente mais sensível à temática do ambiente”, integrando o “(i) conceito de custo na avaliação do critério do preço, (ii) a abordagem na perspectiva do ciclo de vida, (iii) e a relação qualidade preço”²⁸.

O Anteprojeto do CCP, no seu artigo 74.º, n.º 1, parece dar eco à mesma lógica prevista na Diretiva, estabelecendo-se que a adjudicação dos contratos públicos é feita com base no critério da PEMV, tendo por base os seguintes elementos:

- i) *Melhor relação qualidade-preço;*
- ii) *Preço ou custo, utilizando uma análise custo eficácia, nomeadamente os custos do ciclo de vida.*

Assim, é a própria estrutura desta disposição – tal como acontece no correspondente artigo da Diretiva – que indica a utilização do critério da PEMV, em detrimento da utilização exclusiva do critério do preço ou custo. Parece mesmo indicar-se que a melhor relação qualidade/preço funcionará, a par do preço ou do custo, como fator a considerar obrigatoriamente no âmbito da PEMV, o que é de aplaudir²⁹.

Contudo, este avanço poderá revelar-se mais aparente do que efetivo. Na verdade, a redação da Diretiva espelha um compromisso entre duas instituições com visões distintas sobre a configuração a dar-se aos critérios de adjudicação: por um lado, a Comissão pretendia manter a dualidade PEMV/preço mais baixo; por outro lado, o Parlamento pretendia erigir a PEMV a critério único de adjudicação. À primeira vista, poder-se-ia pensar que a posição do Parlamento teria sido aquela a encontrar conforto na Diretiva; contudo, um olhar mais atento, permite verificar que se tentou uma reconciliação das posições: o fator *preço ou custo*³⁰ está presente, desta feita, incluído no espaço

²⁷ Cf. n.º 2, do artigo 67.º, da Diretiva 2014/24/UE.

²⁸ Raquel CARVALHO, «Contratação Pública...», *cit.*, 901.

²⁹ Conclusão que parece mais evidente quando se analisa o atual artigo do CCP relativo ao critério de adjudicação, no qual, tal como na Diretiva de 2004/18/CE, se estabelece, em termos paritários e alternativos que as entidades adjudicantes se devem basear num dos seguintes critérios: PEMV ou preço mais baixo.

³⁰ O fator custo terá de, obrigatoriamente, utilizar uma abordagem de “custo eficácia” como os custos do ciclo de vida.

da PEMV. Verdadeiramente, é o recurso ao fator do preço ou custo que se assume como obrigatório – “a proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da autoridade adjudicante *deve ser* identificada com base no preço ou custo” – enquanto que a relação qualidade/preço se assume como facultativa – “*pode* incluir a melhor relação qualidade/preço”^{31;32}. O que acontece – quer na Diretiva, quer no Anteprojeto – é que, ao invés de se utilizar o fator preço, poder-se-á recorrer ao fator custo (ambos operantes no espaço da PEMV), este último um conceito multivalente, na medida em que utiliza uma “abordagem de custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida”. Ainda assim, e apesar da deceção que advém desta leitura mais profunda, constata-se que o legislador quis dar ênfase ao papel da PEMV, como critério veiculador de considerações ambientais e sociais.

No que concerne, especificamente, ao Anteprojeto do CCP, o n.º 4 do artigo 74.º estabelece que “quando as peças do procedimento definam todos os restantes aspetos da execução do contrato a celebrar, a proposta economicamente mais vantajosa pode ser determinada apenas com base no preço ou custo”. Isto significa que se poderá continuar a utilizar o critério do preço como único critério de adjudicação, ainda que o legislador europeu tenha conferido aos Estados-Membros a possibilidade de as entidades adjudicantes não poderem utilizar o preço ou o custo como critério único de adjudicação.

Ainda assim, a redação do Anteprojeto do CCP parece ter ido mais longe (no que à sustentabilidade respeita, é certo) do que as soluções estabelecidas na Diretiva, uma vez que enquanto esta última faz referência à (“mera”) possibilidade de se recorrer à melhor relação qualidade-preço, o Anteprojeto do CCP faz uma referência igualitária a este critério *densificador* da PEMV, sem diferenciá-lo em relação ao critério do preço ou custo, abrindo, em momento posterior, a exceção prevista no já mencionado n.º 4, do artigo 74.º do Anteprojeto.

³¹ Seguimos, a esta parte, Paula Bordalo FAUSTINO, «Award Criteria in the new EU Directive on public procurement», *in: P.P.L.R.*, n.º 3, 2014, pp. 124-133, p. 125.

³² Anja WIESBROCK assaca esta opção: o “critério de adjudicação qualitativo” encontra-se no âmbito da discricionariedade da entidade adjudicante. Tal poderá constituir um problema, na medida em que a veiculação das políticas horizontais poderá ficar comprometida, se se decidir pela não utilização do “critério de adjudicação qualitativo” – cf., da Autora citada, «Socially responsible...», *cit.*, p. 86.

Note-se, contudo, que também se previu, inovadora e expressamente, a possibilidade de se submeter à concorrência apenas aspetos qualitativos, fixando-se o preço (cf. o n.º 3, do artigo 74.º do Anteprojeto).

No âmbito da Diretiva e no que se refere à densificação do conceito da relação qualidade-preço, que poderá, por sua vez, funcionar como fator operante no âmbito da PEMV, as características ambientais são mencionadas duplamente, pelo recurso à exemplificação³³. No que toca aos aspetos sociais parece-nos que a formulação introduzida assume um peso maior, na medida em que na Diretiva de 2004/18/CE não existia qualquer referência aos aspetos sociais, como critério *densificador* da PEMV, o que já não sucede na atual Diretiva – tal só pode significar uma sensibilidade diferente do legislador europeu no que respeita à funcionalização da contratação pública a considerações sociais. Esta conclusão torna-se inarredável quando nos confrontamos com o considerando 99, no qual se declara que as considerações sociais³⁴ “poderão igualmente ser objeto dos critérios de adjudicação [...] desde que correspondam às obras, produtos, ou serviços a fornecer no âmbito do contrato”.

As soluções do Anteprojeto, quanto a este tópico, reproduzem – quase de forma literal – o texto da Diretiva, fazendo-se, também, uma dupla referência aos elementos ambientais e sociais.

2.3. O Custo do Ciclo de Vida

É logo no artigo 67.º da Diretiva, relativo aos critérios de adjudicação, que se faz referência aquela que é considerada a maior novidade³⁵ no que toca às políticas ambientais no âmbito da contratação pública europeia: permite-se, expressamente, que as entidades adjudicantes recorram à fórmula “*custo de ciclo de vida*”³⁶ (doravante, “CCV”). Esta fórmula revela, para nós, o verdadeiro

³³ Cf. alínea a), do n.º 2, do artigo 67.º.

³⁴ V.g. “proteção da saúde do pessoal”, “fomento da inserção social”, “formação para adquirir as competências necessárias”.

³⁵ Cf. Roberto CARANTA, «The changes to the public contract Directives and the story they tell about how EU Law works», in: *Common Market Law Review*, n.º 52, pp. 391-460, 2015, p. 397.

³⁶ Note-se que a fórmula do CCV era já uma possibilidade no âmbito da velha geração de Diretivas de contratação pública, o que se verifica pela inclusão desta fórmula na Diretiva “Veículos Limpos” (Diretiva 2009/33/CE). Cf. Dacian DRAGOS, Bogdana NEAMTU, «Lifecycle costing...», *cit.*, p. 117.

esforço em promover-se o desenvolvimento de uma contratação pública sustentável.

O artigo 68.^o adota um tratamento autónomo e pormenorizado deste critério. Em síntese, o CCV permite avaliar os efeitos ambientais que um determinado produto poderá produzir durante todo o seu período de vida, com o claro objetivo de promover a eficiência no uso dos (escassos) recursos de que (ainda) dispomos³⁷.

No âmbito deste instrumento não se terão apenas em conta os gastos monetários diretos com a aquisição, consumo de energia e outros recursos, manutenção ou recolha e reciclagem [cf. subalíneas i), ii), iii) e iv), da alínea a), do n.º 1, do artigo 68.^o]. De facto, a alínea b), do n.º 1, do artigo 68.^o estabelece que também as externalidades ambientais³⁸ deverão ser tidas em conta para o cálculo dos custos do ciclo de vida, desde que, por um lado, estas externalidades se encontrem ligadas ao produto, serviço ou obra e, por outro lado, que seja possível “determinar e confirmar o seu valor monetário”. É precisamente neste parâmetro do CCV – as externalidades ambientais – que se faz sentir com particular acuidade a necessidade imposta pelo legislador europeu de se pensar “*outside the price box*”³⁹, alterando-se o paradigma de que a contratação se deve apenas confinar a avaliações monetárias imediatas, permitindo-se, expressamente, a avaliação dos custos ambientais durante o ciclo de vida do produto, obra ou serviço, por recurso ao fator do custo, atentando-se a uma perspetiva de análise “*nascimento-morte*”.

³⁷ De acordo com Jose María GIMENO FELIU, “o ciclo de vida abarca todas as etapas da existência de um produto, obra ou da prestação de um serviço, desde a aquisição de matérias-primas ou da geração de recursos até à sua eliminação, desmantelamento ou finalização”. José María GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades. La transposición en España. Curso de Verano sobre «Las nuevas Directivas de contratación pública de la Unión Europea»*, Porto, pp. 1-116, 2015, p. 25.

³⁸ “*Environmental externalities refer to an economic concept of uncompensated environmental effects of production and consumption that affect consumer utility and enterprise cost outside the market mechanism*”. Dacian DRAGOS, Bogdana NEAMTU, «Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects», in: Francois LICHÉRE, Roberto CARANTA, Steen TREUMER, eds., *Modernising Public Procurement: The New Directive*, pp.301-335, Cambridge: DJOF Publishing, 2014, p. 326.

³⁹ Dacian DRAGOS, Bogdana NEAMTU, «Sustainable Public Procurement: Life-Cycle Costing in the New EU Directive Proposal», in: *EPPPL*, n.º 8, pp. 19-30, Cambridge: DJOF Publishing, 2013, p. 19.

Para dar cumprimento às exigências da Diretiva previu-se, no Anteprojeto, – de forma, é certo, muito sintética e quase lateral⁴⁰, por comparação com a relevância dada a este tópico na Diretiva – um novo número 4 ao artigo 75.º do CCP, verificando-se que o cuidado maior teve que ver com a previsão, exemplificativa, dos custos suportados pela entidade adjudicante que podem ser avaliados nas propostas apresentadas.

A exemplificação apresentada é fiel ao texto da Diretiva, referindo-se a custos relacionadas com a aquisição, utilização, manutenção e assistência técnica, custos de fim de vida e custos imputados a externalidades ambientais.

Alertamos, contudo, que o texto do Anteprojeto faz apenas referência a custos suportados pela própria entidade adjudicante, enquanto que o texto da Diretiva se refere expressamente à possibilidade de estes custos serem suportados por outros utilizadores, o que, como é fácil de perceber, alarga o âmbito de aplicação da fórmula e estimula a veiculação de considerações de sustentabilidade. Poderá, contudo, entender-se que esta possibilidade cabe também no âmbito do referido n.º 4, na medida em que a própria referência aos custos suportados pela própria entidade adjudicante parece ter sido formulada exemplificativamente, fazendo-se uso do advérbio “designadamente” para aludir a este tipo de custos.

Questão diferente e relacionada com a fórmula do CCV prende-se com a metodologia a utilizar pela entidade adjudicante no sentido de determinar os custos do ciclo de vida.

Inferre-se do n.º 2 do artigo 68.º da Diretiva que o legislador europeu deixou a estas entidades o poder de adotar a metodologia necessária aos cálculos do CCV. Apesar da clareza da redação deste artigo, a verdade é que a conclusão aduzida não se encerra na certeza que aparenta, na medida em que, no mesmo artigo, se abrem momentos de imposição de requisitos⁴¹ e de estabelecimento de exceções.

Com efeito, no caso de a União Europeia adotar um ato jurídico que obrigue à utilização de uma metodologia comum para os cálculos dos custos do ciclo de vida, as autoridades nacionais estarão vinculadas à sua implementação. Os atos normativos da União que veiculam estas metodologias comuns encontram-se listadas no Anexo XIII da Diretiva; contudo, revela-se infrutífera a utilização

⁴⁰ As entidades adjudicantes nacionais deverão ancorar-se no texto da Diretiva para suprir a referência parcimoniosa à fórmula CCV prevista no Anteprojeto do CCP.

⁴¹ Cujo estudo se fará no capítulo seguinte.

do plural neste âmbito, na medida em que essa Lista é composta, apenas, por um ato jurídico: a Diretiva 2009/33/CE. Assim, a Comissão Europeia tem o poder de adotar metodologias comuns a nível europeu, excepcionando-se o poder (/fardo?) atribuído às entidades adjudicantes no sentido de adotar a metodologia que entenderem conveniente, no que toca à promoção de veículos de transporte rodoviário não poluentes e energeticamente eficientes, bem como no que toca a todas as eventuais matérias sobre as quais a Comissão decida adotar uma metodologia comum para cálculo dos custos do ciclo de vida⁴². Note-se que nos casos em que se elabore uma metodologia comum no âmbito do espaço europeu, no que respeita ao cálculo dos custos do ciclo de vida, as autoridades nacionais, encontram-se vinculadas à sua utilização^{43;44}.

Questão pertinente é a de saber se esta solução será a mais profícua.

Por um lado, a adoção de uma metodologia pré-definida incentiva as entidades adjudicantes à veiculação de uma contratação pública ancorada em aspetos ambientais e sociais; e, depois, parece uniformizar a utilização do CCV no âmbito do espaço europeu, combatendo-se, portanto, a *fragmentariedade* na aplicação das metodologias⁴⁵ e aumentando a segurança jurídica e a credibilidade deste instrumento⁴⁶, junto das respetivas autoridades e dos proponentes – as entidades adjudicantes estarão na posse dos instrumentos necessários para ultrapassar, com maior facilidade, as suas dúvidas nesta matéria⁴⁷; os proponentes saberão, com mais certeza, o que esperar da avaliação da entidade adjudicante que terá, necessariamente, de se conformar

⁴² Cf. 2º parágrafo, do n.º 3, do artigo 68.º da Diretiva 2014/24/UE.

⁴³ Jose María GIMENO FELIU, «El nuevo paquete legislativo comunitario...», *cit.*, p. 26.

⁴⁴ Cf. 1.º parágrafo, do n.º 3, do artigo 68.º e considerando 96 da Diretiva 2014/24/UE.

⁴⁵ Chamamos, contudo, à atenção para o facto de esta aplicação uniforme poder comportar, no plano da igualdade das entidades adjudicantes dos vários Estados-Membros, mais danos do que proveitos. Com efeito, uma metodologia pré-definida, ao invés das metodologias *ad hoc*, acabam por – contrariamente à *máxima* do princípio da igualdade – tratar o diferente como igual, o que poderá dar origem, neste plano, a uma contratação pública europeia a duas velocidades. Estas duas velocidades dizem respeito às diferentes capacidades de implementação das considerações de sustentabilidade pelas entidades adjudicantes dos vários Estados-Membros.

⁴⁶ Abby SEMPLE, «Reform of the EU Procurement Directives and WTO GPA: Forward Steps for Sustainability?», 2012, obtido de <http://ssrn.com/abstract=2089357>, em 18 de abril de 2016, p. 17.

⁴⁷ Explica-se, então, desta forma, a utilização do termo “fardo” acima mencionado aquando da referência à competência das entidades adjudicantes para adoção da metodologia para cálculo dos custos de ciclo de vida.

com os padrões legislativos impostos. A definição prévia de uma metodologia comum de âmbito europeu, ao revestir o procedimento de maior objetividade e transparência, e ao fomentar a igualdade e a não discriminação entre os concorrentes, protegerá, em última instância, a concorrência efetiva.

Mas, se é verdade que esta escolha poderá trazer consigo o potencial de defesa concorrencial, não deixa de ser menos verdade que poderá triunfar, cumulativamente, na área da prossecução das políticas horizontais de carácter ambiental. Tal significa que a típica tensão existente entre a defesa da concorrência e a implementação das políticas horizontais, não se verifica neste momento, caso se preencha o pressuposto, neste último caso, de adoção de uma metodologia que tenha ciente as necessidades ambientais efetivas e que seja elaborada por entidades com a experiência e os conhecimentos técnicos necessários ao desenvolvimento de uma metodologia que possa servir de base ao cálculo dos custos do ciclo de vida, tarefa que, como bem se sabe, se assume intrincada.

Por outro lado, a verdade é que as entidades adjudicantes têm sempre mais conhecimento de causa nos concretos contratos públicos que pretendam adjudicar – conhecem as necessidades e as específicas características da população que pretendem satisfazer, facto relevantíssimo e que não deve ser menosprezado. Com efeito, casos haverá, até, em que os contratos a adjudicar se revelam tão específicos, que podem não ser harmonizáveis com a metodologia comum, convido a adaptação do procedimento a cada necessidade, de cada entidade adjudicante.

Assim, parece-nos que esta escolha deve ser pautada por uma ponderação casuisticamente cuidada, o que sempre dependerá de um diálogo ativo com as autoridades de contratação pública dos diversos Estados-Membros.

Outro aspeto a colocar em evidência quanto ao CCV prende-se com o facto da Diretiva e do Anteprojeto não fazerem referência às considerações sociais nesta matéria, o que, em nossa opinião, contribui para o enfraquecimento do potencial do CCV e um claro sinal de que existe uma maior recetividade no que se refere à integração das considerações ambientais no âmbito da contratação pública europeia. De facto, pela leitura dos artigos 68.º, n.º 2 da Diretiva e 75.º, n.º 4 do Anteprojeto conclui-se pela preferência de menção única às externalidades “ambientais”, o que desincentivará, em larga medida, as entidades adjudicantes da utilização deste instrumento numa ótica social. Esta desconsideração encontrará, com certeza, fundamento em duas ordens de razão: a montante, coloca-se a questão ligada à dificuldade em estimar os

custos imputados a externalidades sociais^{48,49}; a jusante, a questão de perceber se existe, efetivamente, no caso concreto, uma ligação ao objeto do contrato. Esta opção do legislador europeu é ainda mais criticável – pela incoerência que se lhe adivinha – se atentarmos ao que é declarado no considerando 96 da Diretiva: “deverá ser estudada a viabilidade de criar uma metodologia comum para o cálculo dos custos sociais do ciclo de vida”. Ao legislador europeu, descortina-se-lhe um desígnio sem consubstanciação, sendo que a manter-se a redação do Anteprojeto do CCP, parece que Portugal lhe segue os passos...⁵⁰

É inegável que a implementação da fórmula CCV se bate com um sem número de obstáculos. Podemos identificar, desde logo, o facto de todos os países pertencentes à União Europeia, incluindo Portugal, se encontrarem em tempos de crise financeira – crise que os *submergiu* noutras crises (v.g. social, ideológica, política, ambiental), tal qual efeito dominó. Isto indica que existe alguma resistência à implementação de políticas que signifiquem pagar mais no início – as benedições do CCV fazem-se notar a longo prazo –, o que exigirá uma paciência contabilística muitas vezes não conciliáveis com a necessidade de apresentar ao público resultados no curto prazo.

Outros escolhos se atravessam no trilho da exequibilidade do CCV, como a complexidade em avaliar e determinar os custos ambientais (e sociais?), ou a problemática elaboração de metodologias comuns ao espaço europeu que se revelem, para além de claras, tecnicamente fidedignas, ou a falta de conhecimentos das entidades adjudicantes para a elaboração de metodologias, quando a elas lhe caiba essa competência.

Parece-nos, então, que o sucesso da implementação do CCV passará, em grande parte, pela definição de metodologias claras e por uma mudança de

⁴⁸ Dificuldade evidente quando pensamos, por exemplo, em determinar, monetariamente, as vantagens das políticas de diminuição do desemprego ou de fomento da igualdade racial.

⁴⁹ Cf. Dacian DRAGOS, Bogdana NEAMTU, «Sustainable Public Procurement: Life-Cycle Costing...», *cit.*, p. 25. Como solução exemplificativa para estes problemas, os Autores aventam a possibilidade do ciclo de vida de um produto ser dividido em unidades de trabalho (horas) para calcular o rendimento por unidade.

⁵⁰ Os considerandos das Diretivas assumem uma função de contexto e de auxílio à interpretação das respetivas disposições normativas. Questão pertinente é a de saber se o considerando 96 poderá legitimar uma interpretação extensiva do artigo em análise, assumindo-se que os custos a imputar às externalidades não se devem referir apenas às ambientais, como também às sociais.

paradigma no que respeita àquilo a que os Governos se dispuserem a “adiantar” monetariamente⁵¹.

2.4. Rótulos

Outro poderoso instrumento no âmbito da contratação pública sustentável é a exigência de *rótulos específicos*, consagrada no artigo 43.º da Diretiva 2014/24/UE. As novas regras introduzidas na Diretiva foram “reorganizadas” e “parcialmente alteradas”⁵². Note-se que o avanço mais significativo nesta matéria traduziu-se na opção do legislador europeu em disciplinar esta matéria autonomamente, rompendo com a opção estrutural da Diretiva de 2004, onde se incluía a matéria dos rótulos no arcaboço das especificações técnicas. Atualmente, com esta opção estrutural, logrou-se permitir que a exigência de rótulos – derivada, note-se, das específicas características do ponto de vista ambiental, social, ou outro – opere em outros momentos, para além de nas especificações técnicas⁵³: nos critérios de adjudicação e nas condições de execução dos contratos, reforçando-se, assim, a introdução de considerações sociais e ambientais no espectro da contratação pública.

Em face da novidade da Diretiva, prevê-se também no Anteprojeto do CCP, o aditamento do artigo 49.º-A que faz referência autónoma aos rótulos, estabelecendo-se que a entidade adjudicante pode exigir “rótulo específico para atestar que as obras, bens móveis ou serviços correspondem às características exigidas”. É uma opção salutar e que se deve, grandemente, às questões levantadas pela utilização do rótulo social. De facto, tinha-se já reconhecido, jurisprudencialmente, que os aspetos sociais se conciliam de forma mais adequada com a sua integração no momento das condições de execução do contrato. O Tribunal de Justiça considerou, no caso *Max Havelaar*⁵⁴, que os requisitos impostos pelo rótulo social se enquadravam no âmbito das condições

⁵¹ O que, como se sabe, se revelaria de difícil justificação aos contribuintes...

⁵² Roberto CARANTA, «Labels as enablers of sustainable public procurement», in: Beate SJAFFJELL, Anja WIESBROCK, eds., *Sustainable Public Procurement Under EU Law, New Perspectives on the State as Stakeholder*, pp. 99-113, Cambridge: Cambridge University Press, p. 108.

⁵³ *Idem*, *Ibidem*, p. 108.

⁵⁴ Acórdão Comissão Europeia contra Reino dos Países Baixos, de 10 de maio de 2012, Proc. C-368/10.

de execução do contrato e não no âmbito das especificações técnicas⁵⁵. Esta decisão (baseada – note-se – em preocupações sociais) explica, em parte, a opção do legislador europeu em permitir a exigência de rótulos específicos em vários momentos do procedimento da contratação pública.

A segunda inovação no que concerne a esta matéria – e que tanto se verifica na Diretiva como no Anteprojecto – prende-se com o facto de as entidades adjudicantes terem, agora, o poder de exigirem rótulos específicos, definindo as características que entenderem convenientes, o que difere do postulado jurisprudencial no caso *Max Havelaar* – as entidades adjudicantes não podiam referir-se a rótulos específicos no momento de escolher o operador económico com a PEMV^{56;57}. Este é, sem dúvida, um dos aspetos que contribuiu para a atual e crescente facilidade com que as entidades poderão ter em conta as considerações ambientais e sociais no âmbito do procedimento contratual⁵⁸.

2.5. Especificações Técnicas

Segundo DRAGOS e NEAMTU⁵⁹, as *especificações técnicas* são o momento da contratação pública preferível para a implementação das considerações sociais e ambientais. Como se sabe, as especificações técnicas “levam a cabo a concretização do objeto do contrato”⁶⁰ e servem, é certo, para facilitar a concretização dos aspetos sociais e ambientais, que não se compadecem com “enunciações vagas e difíceis de alcançar em termos técnicos”⁶¹. De facto, o legislador europeu vem declarar no considerando 74 que “as especificações técnicas definidas pelos adquirentes públicos devem permitir [para além da]

⁵⁵ Roberto CARANTA, «Labels as enablers...», *cit.*, p. 108.

⁵⁶ Encontram-se, contudo, adstritas a um conjunto de limitações que evidenciaremos no próximo capítulo.

⁵⁷ O Tribunal considerava que as entidades adjudicantes tinham apenas possibilidade de se referirem às características de um rótulo ecológico, ao contrário da Advogada Geral Kokott que defendia que a (simples) referência a um rótulo ecológico cumpria, por si só, com os requisitos de transparência.

⁵⁸ Ver, neste sentido, Roberto CARANTA, «Labels as enablers...», *cit.*, pp. 111,112.

⁵⁹ Dacian DRAGOS, Bogdana NEAMTU, «Sustainable public procurement in the EU...», *cit.*, p. 316.

⁶⁰ Raquel CARVALHO, *cit.* p. 894.

⁶¹ *Idem*, *Ibidem*, p. 894.

abertura dos contratos públicos à concorrência, a consecução dos objetivos de sustentabilidade”. Note-se que, para além de se reconhecer, já neste momento antecipado – nos considerandos –, a importância das especificações técnicas no enraizamento das dimensões ambientais e sociais na contratação, o legislador vai mais longe, afirmando que se deverá possibilitar “a apresentação de propostas que reflitam a diversidade das soluções técnicas, das normas e das especificações técnicas existentes no mercado, incluindo as definidas com base em critérios de desempenho ligados ao ciclo de vida e à sustentabilidade do processo de produção das obras, fornecimentos e serviços”.

Como resulta do artigo 42.º da Diretiva, as especificações técnicas definem as características exigidas para as obras, serviços ou fornecimentos; contudo, atualmente, estas características podem não se quedar pela relação com a obra/serviço/fornecimento consideradas *finalistacamente*, isto é, no seu momento *acabado* e último, atribuindo-se a possibilidade destas características incluírem “uma referência ao processo ou método específico de produção ou execução das obras, fornecimentos ou serviços solicitados ou a um processo específico para outra fase do seu ciclo de vida, mesmo que tais valores não façam parte da sua substância material”.

O Anteprojeto do CCP veio, e bem, acolher esta opção⁶², sendo que as entidades adjudicantes nacionais poderão agora incluir referências a processos ou métodos específicos de produção ou execução, “desde que estejam ligados ao objeto do contrato e sejam proporcionais ao seu valor e aos seus objetivos”. Esta é, de facto, a novidade sustentável mais importante no que respeita às especificações técnicas. Como se vê, está latente, também aqui, uma perspetiva *nascimento-morte* na forma como se olha para as obras, serviços ou fornecimentos, tomando-se consciência que o desenvolvimento ambiental e social por meio da contratação pública não logrará atingir o sucesso que se pretende caso não se implementem estas considerações em todos os momentos de vida das obras, serviços ou fornecimentos: continuar a considerá-los no seu momento final, seria barrar a possibilidade de as entidades adjudicantes influenciarem, de forma ambiental e socialmente decisiva, os processos e métodos de produção, que, arriscamos afirmar, constituem o momento em que os problemas ambientais e sociais se colocam com maior acuidade.

⁶² Cf. n.º 2, do artigo 49.º do Anteprojeto do CCP.

Antigamente, a Comissão estava “agarrada a um compromisso ideológico” que proibia “a inclusão nas especificações técnicas de aspectos ambientais relacionados com os métodos e processos de produção bem como com externalidades”⁶³. Tal, em última análise, *amortecia*, sobremaneira, os efeitos que as especificações técnicas poderiam assumir na implementação destas políticas horizontais.

De particular importância, pela dificuldade que a sua concretização comporta, é o princípio da proporcionalidade, consagrado no Anteprojecto do CCP e no mesmo artigo da Diretiva: “Estas características podem também incluir uma referência ao processo ou método específico de produção ou execução [...] ou a um processo específico para outra fase do seu ciclo de vida [...] desde que [...] sejam proporcionais ao seu valor e aos seus objetivos”. Cabe-nos assinalar algumas reservas quanto à viabilidade do funcionamento deste princípio, desde logo porque o legislador europeu não indicou quais os específicos parâmetros a avaliar nestas situações e, depois, pela referência algo vaga aos conceitos de “valor” e “objetivos”, conceitos, parecem-nos, demasiado subjetivos, especialmente no que toca ao conceito de “valor”. Arriscamo-nos afirmar que o TJUE poderá vir a assumir um papel decisivo nesta matéria, clarificando quando é que a exigência de uma característica ambiental/social de um processo de produção se afigura “proporcional” e, por isso, admissível. Certo é que a dubiedade à volta do mesmo poderá desincentivar as entidades adjudicantes, designadamente as nacionais, de introduzirem este tipo de exigências no âmbito das especificações técnicas, uma vez que a solução adotada no Anteprojecto se traduz numa transcrição literal deste princípio de proporcionalidade, adotando-se uma solução, é certo, cautelosa, mas que em pouco auxilia as entidades adjudicantes ao cumprimento efetivo do mesmo.

Por último, realçamos o facto de se terem revigorado as disposições relativas às características sociais, no que se refere, nomeadamente aos “critérios de acessibilidade para pessoas com deficiência ou de conceção para todos os utilizadores”, solução que o atual Anteprojecto segue.

⁶³ Peter KUNZLIK, «“Green Procurement” under the new regime», *in*: Ruth NIELSEN, Steen TREUMER, eds., *The New EU Public Procurement Directives*, pp. 117-148, Copenhagen: DJOF Publishing, 2005, p. 134 *apud* Nuno Cunha RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 269.

2.6. Contratos Reservados

Outro salto qualitativo é dado no âmbito da *contratação reservada*, à qual o artigo 20.º da Diretiva 2014/24/UE se dedica. Esta medida vem concretizar a preocupação demonstrada pelo legislador no considerando 36 quando, ao admitir a importância do emprego e do trabalho na “inserção na sociedade” e na “garantia da igualdade de oportunidades para todos”, reconhece que determinadas “empresas sociais” podem “não estar aptas a obter contratos em condições de concorrência normais”. Subjacente a esta ideia está um movimento oscilatório de pêndulo – *considerações sociais vs. concorrência* – no qual, claramente, se oscila no sentido social.

A disposição afigura-se como um “salto qualitativo” no que concerne ao reforço de políticas horizontais na contratação pública, na medida em que, por comparação com o artigo 19.º da Diretiva 2004/18/CE os requisitos foram “*significantly relaxed*”⁶⁴: o antigo artigo 19.º fazia depender a reserva da contratação àqueles casos em que “a maioria dos trabalhadores [mais de 50%]” em causa fosse “constituída por deficientes que, por força da natureza ou gravidade das suas deficiências” não pudessem “exercer uma actividade profissional em condições normais”. Atualmente, o requisito percentual desce para os 30% – “desde que pelo menos 30% dos empregados dessas entidades, operadores económicos e programas sejam trabalhadores com deficiência ou desfavorecidos” – permitindo-se que mais “empresas sociais” possam *cair* no âmbito desta exceção ao funcionamento normal do princípio da concorrência no espaço da contratação pública europeia.

Porém, a solução prevista no Anteprojeto no que respeita a este tópico merece, em nosso entender, as maiores reservas. Com efeito, prevê-se no novo artigo 54.º-A que a “entidade adjudicante pode reservar a possibilidade de ser candidato ou concorrente às entidades cujo objeto principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, ou quando pelo menos 30% dos trabalhadores tenham deficiência devidamente reconhecida nos termos da lei” (sublinhado nosso). Parece-nos, então, que à revelia do consagrado na Diretiva se cria um novo campo de reserva de contratação, uma vez que é requisito impreterível da Diretiva que a reserva de contratação dependa do facto de 30% dos empregados dessas entidades, operadores

⁶⁴ Roberto CARANTA, «The Changes To The Public Contract Directives...», *cit.*, p. 400.

económicos e programas serem trabalhadores com deficiência ou desfavorecidos. Aqui, neste artigo do Anteprojeto, cria-se um campo de reserva muito amplo, não dependente de nenhum requisito adicional que não seja ter por “objeto principal” a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, o que, parece-nos, constitui uma manifesta violação do texto da Diretiva, e colocará sérios problemas de interpretação às entidades adjudicantes que pretendam recorrer à possibilidade de reservarem contratos.

3. As preocupações concorrenciais em face da evolução das considerações ambientais e sociais – a Diretiva 2014/24/UE e o Anteprojeto do CCP

A cercar os significativos avanços ambientais e sociais consagrados na Diretiva 2014/24/UE e no Anteprojeto do CCP, encontramos um conjunto de limites estabelecidos e que servem propósitos concorrenciais. Esses limites, funcionalizados à garantia de uma efetiva concorrência e manutenção do mercado interno, encontram forma, muitas das vezes, pela veiculação de um conjunto de outros princípios: a igualdade de tratamento, a não discriminação, a transparência, a publicidade e a proporcionalidade. Também nesta sede se vislumbra, então, uma *caleidoscopia* na densificação do conceito de concorrência efetiva.

3.1. O princípio da concorrência no âmbito da Diretiva 2014/24/UE

A fazer frente ao n.º 2, do artigo 18.º da Diretiva, encontra-se o n.º 1 do mesmo artigo que, para além de fazer referência explícita aos essenciais princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, da transparência e da proporcionalidade, declara que “os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente Diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos”. Consagra-se, portanto, um autêntico *princípio da concorrência*, que tinha já tradição assente na geração de Diretivas anteriores e na jurisprudência do TJUE, pelo que a sua consagração atual não representa

nenhuma surpresa. Neste âmbito assumiram-se, também, como juridicamente relevantes as conclusões da Advogada-Geral Christine Stix-Hackl, no âmbito do Acórdão *Sintesi*⁶⁵, em que enunciou uma *tri-importância* do funcionamento do princípio da concorrência⁶⁶. A relação entre este princípio da concorrência e a implementação de considerações ambientais e sociais na contratação pública deverá, então, pautar-se pelo funcionamento da dimensão negativa da concorrência, na medida em que impõe que (todas) as regras da contratação pública sejam criadas e implementadas com o último e primordial objetivo de não criar distorções na concorrência⁶⁷. Isto significa que também as disposições destinadas à implementação das políticas ambientais e sociais devem encontrar o seu horizonte na não distorção da concorrência. Para que a contratação pública possa acomodar a *ambientalidade* e a *socialidade*, ALBERT SANCHEZ GRAELLS propõe uma solução ramificada em duas vertentes, afirmando que o princípio da concorrência impõe, por um lado, que as políticas sejam objetivamente justificáveis, isto é, ligadas, ao objeto do contrato, e, por outro lado, que sejam estritamente proporcionais – devem submeter-se a um autêntico teste de proporcionalidade em sentido estrito –, o que significa que os benefícios retirados da implementação das considerações em estudo têm que compensar o prejuízo que se cria no panorama concorrencial. Este teste de proporcionalidade deve ancorar-se em dois critérios: na “consistência e efeitos dos objetivos das políticas horizontais” e no “valor das políticas económicas” da UE⁶⁸.

3.2. Critérios de Adjudicação

Também os *critérios de adjudicação* se encontram cerceados de considerações concorrenciais gerais, estabelecendo-se, no n.º 4, do artigo 67.º da Diretiva que:

⁶⁵ Acórdão *Sintesi SpA contra Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, de 7 de outubro de 2004, Proc. C-247/02.

⁶⁶ Cf. parágrafos 34, 35 e 36: a concorrência nas relações entre os concorrentes; a concorrência nas relações entre as entidades adjudicantes e as empresas; a concorrência como uma instituição.

⁶⁷ Seguimos ALBERT SANCHEZ GRAELLS, *Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What role for the principle of competition in moderating horizontal policies?*, *Curso de Verano sobre «Las nuevas Directivas de contratación pública de la Unión Europea»*, pp. 1-14, Porto, 2015, p. 6.

⁶⁸ *Idem, Ibidem*, pp. 7, 9, 11.

- (i) os “critérios de adjudicação não podem ter por efeito conferir à entidade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada”⁶⁹;
- (ii) devem “assegurar a possibilidade de concorrência efetiva e ser acompanhados de especificações que permitam verificar efetivamente a informação fornecida pelos proponentes”, sendo que,
- (iii) “em caso de dúvida, as entidades adjudicantes verificam [...] a exatidão das informações e provas fornecidas pelos proponentes”.

Também o Anteprojeto do CCP prevê, de forma genérica, no artigo seguinte ao respeitante aos critérios de adjudicação – o artigo 75.º, relativo aos fatores e subfatores densificadores dos critérios de adjudicação – que estes não podem:

- (i) “dizer respeito direta, ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes”;
- (ii) “ter por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência”.

Mais relevante, porque mais complexo, é o estabelecimento de requisitos específicos para as considerações ambientais e/ou sociais, que se compadeçam com preocupações concorrenciais. Com efeito, no âmbito da PEMV, segundo a Diretiva e o Anteprojeto do CCP, a melhor relação qualidade/preço “deve ser avaliada com base em critérios que incluam aspetos qualitativos, ambientais e/ou sociais”⁷⁰. Neste caso, estes aspetos têm de estar ligados ao objeto do contrato. Parece-nos, em todo caso, que este critério *afrouxou*, na medida em que, quer na Diretiva, quer no Anteprojeto se *amplificaram* os casos em que existe uma ligação ao objeto do contrato.

Neste momento, e no que concerne ao conceito de objeto de contrato assiste, uma vez mais, uma perspetiva *nascimento-morte* das obras, produtos ou serviços, veiculada nestes dois diplomas.

⁶⁹ Como explica Paula Bordalo FAUSTINO, “This means that, despite the contracting authorities having the right (and obligation) to exercise their discretion in order to choose the award criteria [...] this discretionary power should not involve an element of arbitrary choice.” Da Autora citada, «Award criteria in the new EU Directive on public procurement», in: *P.P.L.R.*, n.º 3, pp. 124-133, 2014, pp. 131,132.

⁷⁰ Cf. n.º 2, do artigo 74.º do Anteprojeto do CCP e n.º 2, do artigo 67.º da Diretiva 2014/24/UE.

Em resumo, esta redação introduz as exigências do Acórdão *Concordia Bus* e adiciona-lhe a perspetiva de ciclo de vida. Não garantir a ligação ao objeto do contrato significaria conferir poderosa arbitrariedade às entidades adjudicantes que, ao desconectarem-se do contrato, poderiam criar aspetos avaliativos formatados, originadores de situações de preferência de determinados operadores, em preterição de outros. Relevante aqui é colocar em evidência o facto de esta concreta preocupação concorrencial se ter flexibilizado, uma vez que, apesar de a Diretiva 2004 não ser clara quanto à amplitude da ligação ao objeto do contrato, a verdade é que eram dadas algumas pistas no sentido de se adotar uma visão restritiva⁷¹: o objeto do contrato centrava-se numa visão *materialista* e *finalística*. Foi com o caso *Max Havelaar* que se cimentou esta flexibilização da ligação ao objeto do contrato, confirmando o que tinha já sido consagrado no *EVN and Wienstrom*⁷². Refira-se, ainda, que o considerando 97 da Diretiva acrescenta novo limite, estabelecendo que “a condição de uma [*graal*] ligação com o objeto do contrato exclui critérios e condições relativos à política empresarial geral”, promovendo uma política de não discriminação entre os operadores, fomentadora da concorrência. A certo ponto, parecem ter-se levantado algumas dúvidas quanto à estrita necessidade de ligação ao objeto – algumas vozes sugeriram que critérios não ligados ao objeto do contrato pudessem ser tomados em conta como “critérios adicionais”, quando se estivesse perante dois operadores “empatados”. Seguimos, contudo, a interpretação de MARC MARTENS e STANISLAS DE MARGERIE de que não há, hoje, dúvidas de que sempre tem que existir uma ligação ao objeto do contrato⁷³; caso contrário estaríamos perante uma *machadada* no *coração* da concorrência.

3.3. O Custo do Ciclo de Vida

A *fórmula CCV* abrange os custos imputados a externalidades ambientais. Para que o CCV possa assumir-se como um instrumento relevante na área da

⁷¹ Assim, Paula Bordalo FAUSTINO, *cit.*, p. 130.

⁷² Acórdão EVN AG e Wienstrom GmbH contra Republik Österreich, de 4 de dezembro de 2003, Proc. C- 448/01.

⁷³ Marc MARTENS, Stanislas DE MARGERIE, «The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement», in: *EPPPL*, n.º 8, pp. 8-18, 2013, p. 14.

ambientalidade sustentável, haverá que internalizar as externalidades e dar-lhes um valor monetário⁷⁴ dado que, de outro modo, seria impossível criar a objetividade necessária à comparabilidade das propostas o que, de resto, se exige na alínea e), do n.º 4, do artigo 75.º do Anteprojecto. Com efeito, a consideração de externalidades ambientais constitui uma arrojada aposta na veiculação da sustentabilidade no âmbito da contratação. Este particular arrojo necessita, então, de se revestir das maiores cautelas concorrenciais; sem a previsão da imposição de determinação e confirmação do valor monetário, estar-se-ia a abrir portas a uma perigosa subjetividade que colocaria em causa a imparcial avaliação das propostas.

A Diretiva impõe a verificação de determinadas condições no que toca à utilização da metodologia para avaliar os custos imputados a externalidades ambientais:

- i) “basear-se em critérios objetivamente verificáveis e não discriminatórios, sendo que, no caso de não ter sido estabelecida com vista a uma aplicação repetida ou continuada, não pode favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos”;
- ii) “estar acessível a todas as partes interessadas”;
- iii) “prever-se a possibilidade de os dados necessários serem fornecidos, mediante esforço razoável, por operadores económicos normalmente diligentes, incluindo operadores económicos de países terceiros que sejam partes no GPA ou noutros acordos internacionais que vinculam a União”.

Note-se que, tal como recordam DRAGOS e NEAMTU⁷⁵, o texto da Diretiva não fez eco da posição da Comissão de que as metodologias deveriam ser estabelecidas, obrigatoriamente, com vista a uma aplicação repetida ou continuada, não se permitindo metodologias *tailor-made*. Permite-se, sim, a existência destas metodologias *feitas à medida*, impondo-se, contudo, que a metodologia se baseie em critérios objetivos e não discriminatórios, o que se traduz numa medida de flexibilização concorrencial e *amiga* das considerações ambientais.

⁷⁴ Dacian DRAGOS, Bogdana NEAMTU, «Sustainable Public Procurement: Life-Cycle Costing...», *cit.*, p. 20.

⁷⁵ Dacian DRAGOS, Bogdana NEAMTU, «Sustainable public procurement in the EU...», *cit.*, p. 328.

Por último, repare-se que as exigências do n.º 2, do artigo 68.º da Diretiva refletem o funcionamento dos princípios da transparência e da publicidade como forma de manter o *level playing field* entre os operadores económicos.

3.4. Rótulos

O artigo 43.º da Diretiva em análise molda a possibilidade de exigência de *rótulos específicos* em função do cumprimento de requisitos concorrenciais: cf. alíneas a) a e), do n.º 1, do artigo 43.º.

A imposição destes requisitos faz todo o sentido, uma vez que a utilização de rótulos específicos é suscetível de criar um risco de as entidades adjudicantes os utilizarem com o objetivo de distorcer a concorrência⁷⁶. A imposição de apresentação de específicos rótulos pode diminuir, substancialmente, o número de operadores económicos capacitados a apresentar propostas, com o conseqüente efeito de redução da concorrência. Numa clara tentativa de amenizar os nefastos efeitos da prevalência das preocupações ambientais e sociais previu-se, no mesmo artigo, que “as autoridades que exijam um determinado rótulo devem aceitar todos os rótulos que confirmem que as obras, fornecimentos ou serviços obedecem a requisitos de rotulagem equivalentes”⁷⁷. Tenta-se, deste modo, prevenir a (injustificada) exclusão de operadores económicos do *jogo* concursal.

Ainda que no específico âmbito do artigo do Anteprojeto que versa sobre a utilização de rótulos não se façam exigências de proteção concorrencial, a verdade é que o artigo 49.º-A, não poderá deixar de ser lido em conjunto, por um lado, com o texto da Diretiva que o enquadra e, por outro lado, com a disposição do Anteprojeto relativa às especificações técnicas, com a qual continua a manter, apesar de tudo, uma relação *umbilical*.

3.5. Especificações Técnicas

No âmbito das *especificações técnicas*, previstas no artigo 42.º da Diretiva e artigo 49.º do Anteprojeto, impõe-se que “uma referência ao processo ou

⁷⁶ Roberto CARANTA, «Labels as enablers...», *cit.*, p. 101.

⁷⁷ *Idem, Ibidem*, p. 109.

método específico de produção ou execução das obras, fornecimentos ou serviços solicitados ou a um processo específico para outra fase do ciclo de vida” se conecte com o objeto do contrato e seja proporcional ao seu valor e aos seus objetivos.

Para a interpretação destes artigos recorreremos às considerações tecidas quanto à ligação ao objeto do contrato no contexto dos critérios de adjudicação, uma vez que a questão concorrencial aqui levantada lhe é, em tudo, paralela. Repristinamos, ainda, o que ficou dito no âmbito da análise do n.º 2, do artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE, no que concerne ao funcionamento do princípio de proporcionalidade em sentido estrito que encontra, agora, reflexo específico no contexto das especificações técnicas – os benefícios obtidos com a utilização de um processo ou método específico ligado a considerações ambientais e sociais, terá, necessariamente, que compensar as possíveis restrições concorrenciais causadas; para isso, deverá usar-se como critérios “o valor” e “objetivos” desse processo ou método⁷⁸. Assim, com a presente redação, intui-se que, caso os obstáculos sejam justificados – nomeadamente, porque as *benedições* ambientais e sociais assim o ditam – poderá abrir-se uma brecha à diminuição da abertura dos contratos públicos à concorrência. Relevante é, ainda, o n.º 2, do mesmo artigo da Diretiva e o n.º 4, do artigo 49.º do Anteprojeto, onde se estabelece que “as especificações técnicas devem permitir a igualdade de acesso dos operadores económicos ao procedimento de contratação e não podem criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência”.

Finalmente, caso as entidades adjudicantes escolham a modalidade de “requisitos funcionais” que incluam “características ambientais”, na formulação das especificações técnicas, terão de ter em conta que é necessário que os parâmetros “sejam suficientemente precisos para permitir que os proponentes determinem o objeto do contrato e que as entidades adjudicantes procedam à respetiva adjudicação”⁷⁹. Mais uma vez, verifica-se uma preocupação de não-discriminação entre os operadores, como forma de proteção concorrencial.

⁷⁸ Sem prejuízo da crítica aventada anteriormente, quanto à subjetividade e falta de densificação destes critérios.

⁷⁹ Alínea a), do n.º 7, do artigo 49.º do Anteprojeto do CCP.

3.6. Contratos Reservados

A *contratação reservada* assume-se como um bom exemplo de flexibilização concorrencial, tendo-se *afrouxado* os limites da sua aplicação na Diretiva 2014/24/UE – agora, apenas 30% dos empregados têm de ser trabalhadores com deficiência ou desfavorecidos. Por seu turno, e no que respeita ao Anteprojeto, reprimando as considerações já tecidas quanto à possibilidade de violação da Diretiva, a verdade é que esta redação estabelece um afrouxamento da concorrência ainda maior, uma vez que não impõe o limite de 30% anteriormente referido como requisito da reserva de contratos, impondo, antes, como requisito (genérico e amplo) a ligação a um “objeto principal” que “seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas”.

Tal como realça NUNO CUNHA RODRIGUES, “esta exceção permite seleccionar e discriminar positivamente concorrentes mas não afasta a necessidade de concorrência entre os que reúnam as mesmas condições”⁸⁰. Denote-se, ainda, que o artigo faz referência a “entidades e a operadores económicos cujo objetivo principal seja a integração social de profissionais com deficiência ou desfavorecidos” e a “programas de emprego protegido”, de forma neutra, no sentido em que não consente no favorecimento de entidades, operadores económicos e programas de emprego nacionais: os Estados-Membros terão, necessariamente, de conceber uma avaliação europeia, protegendo-se a abertura do mercado interno à concorrência⁸¹.

4. Concorrência e políticas horizontais ambientais e sociais: uma tensão irremediável?

Como já vimos, a concorrência na contratação pública está, essencialmente, ligada à construção do mercado interno e à obtenção do *best value for money*; ou seja, há uma conexão primordial a considerações económicas. Contudo, é inegável que a Diretiva 2014/24/UE introduziu um conjunto de avanços no espaço ambiental e social suscetíveis de distorcer a concorrência.

⁸⁰ Nuno CUNHA RODRIGUES, *cit.*, p. 287.

⁸¹ Nesta linha, ainda que sobre o conteúdo da Diretiva 2004/18/CE (“oficinas protegidas”), Diogo DUARTE CAMPOS, «A admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideração de factores ambientais e sociais», in: *Estudos de Direito Público*, PLMJ, Vol. 4, pp. 127-170, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 167.

Assim, podemos avançar algumas soluções ou perspectivas à análise desta tensão (ir)remediável.

Podemos, desde logo, propugnar pela consideração da concorrência como elemento primordial da Diretiva 2014/24/UE, sustentando a essencialidade do instrumento concorrencial, plasmado no n.º 1, do artigo 18.º, ainda que reconhecendo o evidente desígnio do legislador em fomentar a sustentabilidade.

Assim, a chave para a *acomodação* destas considerações sustentáveis resultaria, essencialmente, de uma análise de proporcionalidade em sentido estrito, decorrente do n.º 1, do artigo 18.º. Esta disposição obrigaria a que os benefícios resultantes da implementação destas políticas horizontais superassem os danos causados no plano concorrencial. Para se alcançar este débil equilíbrio, teríamos em conta dois critérios: a “consistência dos objetivos e efeitos das políticas horizontais” e a “relevância das políticas económicas da União Europeia” em conflito⁸².

De mãos dadas com esta visão – ainda que mais moderada – é a de que o objetivo máximo da contratação pública é o fortalecimento do mercado interno e da concorrência, o que significa que a introdução de novas considerações ambientais e sociais no âmbito desta nova Diretiva não se podem afigurar como uma “*carte blanche*” à contratação sustentável⁸³. Assim, a solução passaria por uma interpretação menos generosa do significado dos artigos 7.º, 8.º, 9.º, 10.º e 11.º do TFUE⁸⁴, considerando que eles apenas clarificam que o projeto de integração europeu deve ter em conta diferentes interesses, para além da concorrência⁸⁵. Apesar disso, deverá reconhecer-se que o mercado interno é, atualmente, um conceito complexo, por ter a seu cargo a implementação de múltiplos objetivos e que a nova Diretiva lhes *amplifica* o espaço a si dedicado⁸⁶. Assim, ao invés de se colocar em evidência os benefícios resultantes destas novas dimensões, deverá adotar-se uma posição de cautela, defendendo que

⁸² Neste sentido, Albert SANCHEZ GRAELLS, *cit.* p. 1.

⁸³ Jorgen HETTNE, «Sustainable Public Procurement and the Single Market – Is there a conflict of interest?», *in: EPPPL*, n.º 1, pp. 31-40, 2013, pp. 31, 32.

⁸⁴ Em oposição a Anja WIESBROCK. Da Autora citada, «An Obligation for Sustainable Procurement?...», *cit.*, p. 130.

⁸⁵ Jorgen HETTNE, *cit.*, p. 34.

⁸⁶ *Idem, Ibidem*, p. 35. Para que a implementação das considerações ambientais e sociais seja possível, relembra, este Autor, que os critérios “*must be applied in a non-discriminatory manner, be justified by imperative requirements in the general interest, be suitable for securing the attainment of the objective which they pursue, and not to go beyond what is necessary in order to attain it*”.

a preocupação principal será sempre a de proteção da concorrência e do mercado interno, e que a contratação pública sustentável apenas poderá ser vista como um “instrumento complementar”⁸⁷.

É possível, contudo, adotar um pensamento mais favorável à integração de considerações ambientais e sociais, na contratação pública, “*dessacralizando*”⁸⁸ o papel da concorrência, reconhecendo-se, contudo, que a implementação deste tipo de considerações “atinge o centro da ideia de concorrência”, uma vez que podem “levar à [...] exclusão dos agentes económicos dos procedimentos de formação”⁸⁹. Consideramos, porém, que uma determinada aquisição pública não se pode confinar a pura racionalidade económica⁹⁰ – que, como sabemos, se atinge, essencialmente, pelo funcionamento do princípio da concorrência – uma vez que os Estados devem zelar por outro tipo de preocupações, ligadas ao interesse geral.

Por nosso turno, assumimos como inegável a essencialidade da concorrência; consideramos, ainda, que essa essencialidade é demonstrada na presente Diretiva e no atual Anteprojeto do CCP. Contudo, a verdade é que não nos compadecemos com visões de *sacralização* do princípio da concorrência – as preocupações concorrenciais terão de *afrouxar* quando confrontadas com veementes exigências ambientais e sociais; em certos casos estaremos perante verdadeiras discriminações positivas. Pensamos que o contexto ambiental e social que atravessamos justifica esse *amortecimento*. A sustentabilidade não assume, nesta Diretiva, um papel secundário em relação à concorrência: ambas as dimensões complementam-se e completam-se. Acresce que a concorrência não terá, necessariamente, de se afigurar como *inimiga* da *ambientalidade* e da *socialidade*; ao invés – ela será a *aliada* necessária à obtenção da compra ambiental e/ou social mais vantajosa.

⁸⁷ *Idem, Ibidem*, p. 40.

⁸⁸ Expressão inspirada em Mark KIRKBY, quando se indignou contra a presença de um “sacrossanto princípio da concorrência”, colocando em evidência a inflexibilidade com que o princípio é aplicado no âmbito da contratação pública. Do Autor citado, «Public Contracts at the Epicenter of the Crisis: pondering the variable intensity of the competition principle», in: *ERPL*, n.º 25, 2013, pp. 233-244.

⁸⁹ Miguel ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos, Uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013, p. 398.

⁹⁰ *Idem, Ibidem*, p. 400.

5. Conclusão

Percorrido este itinerário, constatamos que a concorrência alcançou, na Diretiva 2014/24/UE, lugar de destaque, com a consagração de um princípio da concorrência (no artigo 18.º, n.º 1) e com a sua menção primária nos respetivos considerandos.

Porém, esta concorrência encontra-se, atualmente, perante um conjunto de novos desafios, que se traduzem no reforço de políticas ambientais e sociais e que comportam uma *caleidoscopia* de objetivos (no conteúdo, na forma e nas *cores*) o que, de resto, fica claro, com um estudo mais atento da Estratégia Europa 2020.

O conflito entre estas dimensões confrontou-nos com uma tensão expectável: estas políticas são suscetíveis de *ferir* a concorrência, caso não sejam tomadas as devidas precauções concorrenciais: por um lado, fomenta-se a exclusão de operadores económicos, por outro lado, poderá abrir-se espaço a discriminações entre operadores.

Todavia, o percurso histórico das dimensões ambientais e sociais desenhou-se de forma ascendente, do qual é paradigmática a preponderância atual do uso do termo (política) *horizontal*, ao invés do termo (política) *secundária*. Note-se, porém, que este percurso, apesar de ascendente, se pautou pela cautela concorrenciais, que encontrou reflexo na Diretiva 2014/24/UE e no atual Anteprojeto do CCP.

No âmbito desta Diretiva constatamos que o legislador europeu abriu portas de dimensão considerável à sustentabilidade. Contudo, como se verificou em alguns casos (*v.g.*, critérios de adjudicação), alguns dos avanços pareceram demonstrar uma intencionalidade sem consubstanciação. Por outro lado, casos houve em que se verificou um claro *afrouxamento* dos requisitos concorrenciais (*v.g.*, contratos reservados, amplificação do conceito de ligação ao objeto do contrato).

No que respeita ao Anteprojeto do CCP, e ainda que subsistam algumas dúvidas na conformidade da sua redação atual com a Diretiva 2014/24/UE – o que justificaria o seu aperfeiçoamento – parece-nos, que, de forma geral, e a manter-se a atual redação, o nosso CCP se revelará, sem dúvida, num diploma nacional mais *amigo* das considerações ambientais e sociais.

Em boa verdade, Diretiva e Anteprojeto andam de *mãos dadas* no reforço das maiores novidades ambientais e sociais, que entendemos serem a *amplificação* do conceito de ligação ao objeto do contrato e a consagração, no âmbito do custo do ciclo de vida, das externalidades ambientais.

Consideramos, que estas *frentes* ambientais e sociais se destacaram sobremaneira, tendo-se perspectivado a concorrência, nesta sede, como forma de contenção ou *amortecimento* dos seus eventuais danos colaterais.

A presente Diretiva, no contexto europeu e o Anteprojeto, no contexto nacional, alteraram o paradigma concorrencial: a concorrência já não funciona *sobre* as dimensões ambientais e sociais; a concorrência funciona *com* elas (se não em total harmonia, pelo menos, em paridade). Como vimos, há soluções para prevenir uma tensão que se sabe existir; ela é superável. Caso a União Europeia não se empenhe nessa superação, ver-se-á perante um processo de retrocesso, que não convirá nos tempos de crise que atravessamos.