Parecer do Comité Económico e Social sobre «Contratos de direito público»

(96/C 212/03)

Em 4 de Julho de 1995, o Comité Económico e Social decidiu, nos termos do artigo 23º, segundo parágrafo, do Regimento, elaborar um parecer sobre «Contratos de direito público».

A Secção de Indústria, Comércio, Artesanato e Serviços, incumbida da preparação dos correspondentes trabalhos do Comité, emitiu parecer em 8 de Maio de 1996 (relator: J. Gafo Fernández).

Na 336ª Reunião Plenária (sessão de 29 de Maio de 1996), o Comité Económico e Social adoptou, por 108 votos a favor, 1 voto contra e 3 abstenções, o parecer seguinte.

1. Introdução

1.1. A avaliação mais exacta da importância dos contratos de direito público foi apresentada por Paolo Cecchini no conhecido relatório sobre os custos da não realização do mercado interno na União Europeia. Este relatório, elaborado em 1985, avaliava o valor dos chamados «contratos de direito público» em 530 mil milhões de ECU anuais, equivalendo a 15 % do PIB da União Europeia. Destes, a parcela atribuída a uma empresa de um Estado-Membro diferente do adjudicante limitava-se a uma percentagem muito modesta de 2 % do total, que assinalaria a falta de «comunitarização» e, portanto, o longo caminho a percorrer neste domínio. Os estudos posteriores em curso na Comissão Europeia assinalam, além disso, embora em termos provisórios, que 30 % do total corresponderia às autoridades nacionais, 25 % às pessoas colectivas territoriais, e os restantes 45 % às empresas públicas ou privadas.

1.2. Para obviar a esta situação, a União Europeia dotou-se, a partir dos anos 70, de um importante arsenal legislativo, com o fim de tornar os mercados de direito público transparentes e não discriminatórios. A forma jurídica adoptada foi sempre a directiva com base, a partir de 1986, no artigo 100º-A.

1.3. Importa precisar a definição de «contrato de direito público», submetido, como tal, a estas regulamentações. Trata-se de um contrato de fornecimento, de obras ou serviços celebrado por um organismo público ou assimilado. Isto significa que cabe incluir nos organismos públicos tanto o estado central e as pessoas colectivas territoriais regionais e locais como as empresas privadas, as quais, pela sua condição de prestadoras de serviços de interesse geral, no sentido do artigo 90º do Tratado, podem ser assimiladas a uma empresa pública.

1.4. A adopção da directiva como fórmula jurídica era inevitável, já que a legislação comunitária deve integrar-se num domínio de especial sensibilidade para os poderes públicos, que é o da contratação do estado ou dos organismos públicos e, por isso, era necessário ajustar um mandato comunitário aos usos e práticas vigentes em cada Estado-Membro. A escolha desta fórmula suscitou, no entanto, alguns problemas:

— atrasos na transposição das directivas para a ordem jurídica dos diversos Estados-Membros, com problemas particulares ao nível das pessoas colectivas territoriais regionais e locais;

— interpretações diferentes ao nível dos Estados-Membros das obrigações decorrentes das directivas comunitárias.

1.5. Em 15 de Abril de 1994, a União Europeia assinou o novo Acordo sobre Mercados Públicos (AMP) paralelamente à conclusão do Uruguay Round. Entre outras alterações, o AMP modificou os limiares que a União Europeia terá de passar a cumprir. Para esse efeito, a Comissão apresentou uma proposta de directiva (doc. COM(95) 107) sobre a qual o Comité emitiu parecer em 5 de Julho de 1995 [1].

1.6. O acervo comunitário pertinente articula-se em torno de dois grandes grupos de directivas:

— directivas no domínio das empreitadas de obras públicas, contratos de fornecimento e prestação de serviços (que estabelecem as condições mínimas de harmonização);

— directivas relativas à aplicação de processos de recurso (que permitem três tipos de acções: a adopção de medidas provisórias (como a suspensão de uma decisão ilegal de adjudicação), a anulação da adjudicação e a concessão de compensações, sob a forma de perdas e danos, às entidades interessadas).

Por sua vez, cabe distinguir entre as directivas de carácter geral e as dos chamados «sectores excluídos» (sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações), que serão promulgadas numa segunda fase. Estas últimas directivas apresentam certas diferenças em aspectos como definição da entidade adjudicante, limiares mínimos de aplicação, indicação das especifi-

[1] JO nº C 256 de 2. 10. 1995.

cações técnicas e condições de publicidade, concurso e adjudicação.

1.7. Como é óbvio nem todos os «contratos de direito público», atento o seu volume monetário, são abrangidos por esta regulamentação. Foi, por isso, estabelecida uma série de «limiares mínimos», que, depois das modificações introduzidas na sequência do Acordo do GATT, foram fixados como segue:

— empreitadas de obras públicas: 5 000 000 de ECU;

— contratos de fornecimento e prestação de serviços: 130 000 ECU para a administração central e 200 000 ECU para as restantes entidades adjudicantes, no caso geral, e entre 400 000 e 600 000 ECU, no caso dos «sectores excluídos».

Em todos os casos, estes limiares entendem-se sem IVA, devendo proceder-se, além disso, de dois em dois anos, a uma actualização em ecus destes níveis.

1.8. A transparência e a não discriminação entre empresas de diferentes Estados-Membros devem ser asseguradas mediante acções em 4 vertentes:

— Anúncio dos concursos: através da sua publicação obrigatória, com a indicação dos prazos mínimos adequados, no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* e no sistema de acesso «on line» conhecido como TED (Tender Electronic Data).

— Estabelecimento de bases precisas do concurso: exige a adopção de requisitos técnicos e normas comunitárias ou, na sua falta, normas nacionais claramente acessíveis para empresas de diferentes países, com base numa hierarquia bem definida nas referidas directivas (para proibir a utilização de normas técnicas concebidas com o objectivo de limitar ou falsear a concorrência). Da mesma forma, exige-se a transparência das modalidades de celebração dos contratos de direito público (processo aberto, limitado ou negociado), bem como dos critérios de selecção das propostas.

— Transparência do processo de selecção: baseado na aplicação dos critérios anteriores e na publicidade e, quando for caso disso, na justificação da não aceitação das propostas não seleccionadas. Iriam na mesma direcção as acções em matéria de certificação (atestação) da transparência do processo de adjudicação.

— Processo de avaliação ex-post: através do próprio sistema de «vigilância» da Comissão Europeia e, eventualmente, da denúncia de uma empresa que se considere discriminada, e o possível recurso aos tribunais nacionais ou ao Tribunal de Justiça de Luxemburgo.

1.9. O Comité Económico e Social teve ocasião de se pronunciar, nos últimos anos, sobre estas propostas de directiva em diversos pareceres [1] que se podem resumir como segue:

1.9.1. O Comité assinalou as dificuldades previsíveis que ocasionaria, na prática, a elaboração do quadro jurídico de abertura dos mercados de direito público, propondo-se proceder ao acompanhamento e à adaptação das directivas em função das diferentes experiências.

1.9.2. O Comité insistia na necessidade de melhorar a transparência durante as fases de definição e selecção de propostas e, sobretudo, na importância fundamental da directiva relativa aos recursos. Não obstante, manifestava dúvidas se a redução do limiar mínimo de aplicação ou a extensão da obrigação de informação estatística compensariam os maiores custos burocráticos de tal medida. Insistia também na necessidade de melhorar o acesso das PME a estes concursos.

1.9.3. O Comité solicitava igualmente a adopção de uma óptica flexível quanto à utilização de empresas fornecedoras para a definição das especificações técnicas de um concurso no intuito de chegar a um equilíbrio entre a possível discriminação de concorrência e a necessidade de definir as mesmas com precisão.

2. Avaliação da situação actual

2.1. Não existe à data uma estimativa precisa do número de «concursos de direito público» abertos à concorrência ao nível comunitário e do seu significado económico. O Eurostat iniciou os trabalhos na matéria, mas, segundo as informações disponíveis, estes estão atrasados. A Comissão Europeia dispõe de alguns dados, que indicam o grande número de contratos deste tipo (com os problemas burocráticos que isso acarreta) e o significado macroeconómico dos mesmos.

2.2. No entender do Comité, esta falta de transparência estatística, assacável à falta de vontade dos Estados-Membros de compilar e facilitar a mesma, é uma das causas que dificulta a sensibilização para a vastidão do

[1] — Parecer do Comité sobre os contratos de direito público nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, de 25 de Março de 1992 (JO nº C 106 de 27. 4. 1992);
— Parecer do Comité sobre as empreitadas de obras públicas, de 25 de Março de 1992 (JO nº C 106 de 27. 4. 1992);
— Parecer do Comité sobre os processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, de 22 de Outubro de 1992 (JO nº C 332 de 16. 12. 1992);
— Parecer do Comité sobre os contratos públicos de fornecimentos, de 22 de Outubro de 1992 (JO nº C 332 de 16. 12. 1992).

problema, imprescindível para a realização do mercado interno.

2.3. A abertura efectiva dos contratos de direito público não só pressupõe o cumprimento das propostas do mercado interno, mas também poderia representar uma redução sensível, e, inclusive, em determinados casos, muito importante, das somas que as entidades públicas submetidas a estas directivas devem pagar para a realização de uma obra ou a obtenção de um fornecimento ou serviço. Na perspectiva de redução dos défices públicos, exigida pela União Económica e Monetária, esta maior eficácia no emprego dos recursos públicos pode ser um contributo importante que cabe realçar.

2.4. Também não se pode ignorar a dimensão social da abertura dos contratos de direito público. Esta não pode implicar, em caso algum, uma redução dos níveis de protecção social em cada país, o que exigirá uma atenção cuidada a estes aspectos nas condições de subcontratação e de prestação de serviços por parte de empresas de países terceiros. Um primeiro passo neste sentido, positivo mas insufuciente, foi dado agora pelo Conselho de Ministros, que, após vários anos de debate, aprovou uma posição comum sobre o projecto de directiva da subcontratação transfronteiriça (destacamento de trabalhadores).

2.5. A abertura efectiva dos contratos de direito público exige, antes de mais, uma mudança de mentalidade das entidades adjudicantes, no sentido de reconhecerem as indubitáveis vantagens que, para a colectividade, pode ter a aplicação destes princípios baseados numa maior concorrência e eficácia à realização de uma obra ou prestação de um fornecimento ou serviço a um preço mais económico, com as mesmas garantias de qualidade e fiabilidade.

2.6. A Comissão Europeia deu início a um grande número de processos de infracção motivados por atrasos na transposição do direito comunitário e por aplicação inadequada ou contrária ao direito pelas autoridades públicas dos Estados-Membros.

2.7. O Tribunal de Justiça de Luxemburgo proferiu vários acórdãos e deu início a um grande número de processos relacionados com os aspectos anteriores. O conjunto dos acórdãos na matéria começa a formar um quadro jurídico coerente susceptível de acelerar os processos posteriores — especialmente ao nível dos tribunais nacionais. As principais conclusões desses acórdãos podem resumir-se como segue:

— Aplicabilidade directa destas directivas, mesmo quando não foram transpostas para o direito nacional ou se a legislação nacional não se ajusta com precisão aos princípios gerais nelas estabelecidos (Processo 10/76).

— Princípio da igualdade de tratamento de todos os proponentes a um concurso (Processo 243/89).

— Definição das excepções e derrogações às directivas, especialmente no âmbito dos processos negociados em matéria de obras e fornecimento (Processo 194/88).

— Proibição da concessão de preferências abusivas ou injustificadas às empresas regionais ou locais (Processo 21/88).

— Proibição da reserva do acesso ao concurso a um grupo de empresas por razões não objectivas (Processo 272/91).

— Proibição de utilizar determinados critérios sociais, injustificados ou desproporcionados, na adjudicação, nomeadamente a contratação de desempregados de longa data (Processo 10/76) ou de trabalhadores emigrantes de uma determinada nacionalidade (Processo 113/89).

— Obrigação de publicar previamente o anúncio de concurso, salvo em caso de «urgência absoluta», imprevisível e justificado (Processo 24/91).

— Admissão ao concurso de uma empresa, vinculada a um grupo de empresas, ainda que a primeira não disponha do material ou dos meios para realizar o objecto do concurso (Processo 389/92).

2.8. A Comissão Europeia criou dois comités consultivos para a abertura dos contratos de direito público. Um formado por representantes da administração dos diferentes Estados-Membros e o outro por representantes das entidades socioprofissionais. A missão destes comités consiste em assessorar a Comissão na aplicação das directivas na matéria e em servir de correia de transmissão e ponto de referência ao nível nacional.

2.9. O chamado «Grupo Molitor», no relatório de Junho de 1995 sobre simplificação legislativa e administrativa na União Europeia, apresentava cinco recomendações específicas em matéria de contratos de direito público, nomeadamente:

— A transposição das directivas deverá fazer-se dentro dos prazos indicados.

— O objectivo das directivas de facilitar o acesso aos contratos de direito público não deverá ser modificado por regras nacionais que restrinjam, directa ou indirectamente, o dito efeito.

— A possibilidade de substituir as directivas por um conjunto de princípios claramente definidos, apoiados, se necessário, por um regulamento, para evitar as diferenças entre Estados-Membros e promover a transparência. (Esta proposta foi expressamente rejeitada pela Comissão Europeia com base em considerações de carácter jurídico e na própria falta

de oportunidade política de limitar, mediante um regulamento, a flexibilidade dos Estados-Membros para adequar as normas comunitárias à realidade de cada país.)

— Os Estados-Membros deverão garantir que, em caso de violação das normas comunitárias sobre contratos de direito público, sejam aplicadas sanções com o mesmo rigor em toda a Comunidade.

— Embora mantendo o princípio da publicação dos contratos na sua integralidade, deveria recorrer-se mais à subcontratação nacional ou internacional para facilitar a participação das PME.

2.10. O Comité está a preparar um parecer sobre os processos de certificação e de reconhecimento mútuo de especificações e normas nacionais. Na mesma ordem de ideias, considera que conviria acelerar, na medida do possível, a adopção de normas comunitárias como elemento central para limitar as possíveis distorções, que poderiam resultar, para a abertura dos contratos de direito público, da aplicação de normas nacionais ou, inclusive, de normas específicas sectoriais de um país determinado.

2.11. No âmbito dos contratos de direito público, o Comité considera que a subcontratação é uma forma de organização do trabalho prioritariamente associada aos aspectos de especialização na execução de obras. Nesse âmbito, está previsto um espaço e papel específico para as PME.

Cabe, no entanto, recordar que mesmo no sector da subcontratação se verifica o fenómeno da violação dos contratos de trabalho e das normas de segurança. O Comité aproveita a ocasião para recomendar ao Conselho uma iniciativa de sensibilização dos Estados-Membros para o controlo e para o respeito das leis e dos contratos de trabalho neste importante sector de actividade económica.

2.12. Além disso, o CES teve conhecimento de que, em vários Estados-Membros, estão a ser constituídas associações nacionais para facilitar a aplicação destes princípios da contratação pública [1]. O CES apoia decididamente esta iniciativa, já que pode concorrer tanto para as actividades de divulgação, melhorando a transparência, como para as de formação das pessoas responsáveis pela sua aplicação na prática.

3. Principais problemas encontrados pela abertura efectiva da contratação pública

3.1. No intuito de avaliar os problemas que se levantam às entidades adjudicantes e às entidades adjudicatárias, na aplicação destas directivas, bem como para proceder a uma avaliação com base numa análise custo/eficácia das mesmas, o Comité organizou, em Dezembro de 1995, uma série de audições em Düsseldorf e Bona com representantes tanto das diversas administrações públicas alemãs (governo federal e governos regionais) como das diversas entidades socioprofissionais que aplicam a regulamentação comunitária na matéria. O resultado destas audições foi extremamente útil para conhecer, de forma directa, a problemática jurídica e prática da aplicação da legislação tanto sob o ponto de vista das entidades adjudicantes como das adjudicatárias.

3.2. Na sequência destas audições e para confirmar as opiniões colhidas, foi preparado um inquérito o qual foi enviado a grande número de entidades socioprofissionais relacionadas com a contratação pública. Conquanto seja forçoso considerar o número de respostas (cerca de 80) como parcialmente representativo, a coincidência das respostas e das orientações obtidas permite apontar uma série de obstáculos de carácter geral. O Comité tem conhecimento de que a Comissão Europeia está a elaborar um estudo baseado num grande número de inquéritos, com as máximas garantias científicas, e aproveita o ensejo para a felicitar por tal iniciativa, de cujas conclusões espera ser informado no âmbito dos trabalhos do Observatório do Mercado Único.

3.3. O resultado dos inquéritos permite apreciar que, se bem que a totalidade das entidades adjudicantes ou adjudicatárias esteja ciente da existência da legislação nacional na matéria, há dúvidas razoáveis quanto à relação custo-eficácia do sistema. Isto é especialmente certo no atinente às demoras que introduz e aos custos associados às barreiras linguísticas e aos encargos administrativos do mesmo.

3.4. Indicam-se seguidamente, com carácter não exaustivo, alguns dos principais problemas encontrados. Com vista à sua sistematização procurou-se agrupar os mesmos de acordo com critérios objectivos.

3.5. *Problemas ligados com aspectos legislativos e de aplicação da legislação*

— Determinados períodos transitórios concedidos a alguns países dentro das próprias directivas.

---

[1] Forum Öffentliches Auftragswesen (Forum OÄ) e.V.
Gustav-Heinemann-Ufer 84-88,
D — 50968 Köln

Associazione «Verso l'Europa»
Via S. Bartolomeo — Pal Vitelli
I — 06012 Città di Castello (PG)

The Association for Regulated Procurement (ARP)
Windsor House
Temple Row
Birmingham B2 5LF
United Kingdom

Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht
Postbus 75505
NL-1070 AM Amsterdam

Asociación Española de Contratación Pública y Regulada
Maria de Molina, 44
28006 Madrid/España

ESB [Forum on Public Procurement in Ireland (FPP)]
27 Lower Fitzwilliam Street
Dublin 2, Ireland.

— Atrasos na integração das directivas na legislação dos Estados-Membros. Problemas especiais que se podem levantar ao nível das pessoas colectivas territoriais regionais ou locais. Aplicabilidade directa às empresa públicas ou equiparadas.

— Transposição inadequada, em alguns casos, do direito comunitário para o direito dos Estados-Membros.

— Resistência das autoridades nacionais e, especialmente, locais a aplicar a regulamentação de contratos de direito público no seu âmbito de acção.

— Problemas pontuais que se podem levantar em relação com actividades consideradas vitais para a segurança nacional de um Estado-Membro ou às que especificamente se podem assimilar a estas.

— Revisão dos limiares mínimos. Problemas relacionados com as flutuações monetárias.

3.6. *Problemas surgidos durante a fase de definição dos concursos*

— Falta de uniformidade das normas técnicas (comunitárias, nacionais ou específicas sectoriais) que deverão reger o processo de selecção das propostas, bem como das normas deontológicas para os adjudicatários.

— Qualificação das empresas e certificação da qualidade das propostas.

— Transparência dos critérios de avaliação das propostas.

— Determinação transparente e não discriminatória das modalidades de contratação (processo aberto, limitado por convite ou negociado).

— Subdivisão de contratos unitários em projectos de menor dimensão para evitar os limiares mínimos de abertura à contratação comunitária.

— Respeito das condições sociais do país onde a adjudicação tem lugar e do da empresa adjudicante do concurso.

3.7. *Problemas surgidos durante a fase de publicidade dos concursos*

— Normalização dos anúncios de contratos de direito público.

— Insuficiência dos prazos de envio e publicidade no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*.

— Acesso das empresas interessadas, especialmente PME, aos dados e especialmente às bases de dados sobre a questão.

— Problemas gerais de subcontratação, que é uma forma de organização do trabalho prioritariamente associada aos aspectos de especialização na execução de obras.

— Estabelecimento de listas limitadas no caso de concursos por convite e negociados.

— Em geral, dificuldades das PME para aceder em condições satisfatórias a estes concursos.

— Problemas gerais de confidencialidade para as empresas.

3.8. *Problemas surgidos durante a fase de adjudicação*

— Adequação e transparência dos critérios de adjudicação com os estabelecidos no concurso.

— Justificação (problemas de confidencialidade comercial) das causas de não aceitação da proposta às empresas que expressamente o solicitem.

3.9. *Problemas surgidos durante a fase de recurso*

— Intensificação e reforço dos poderes de supervisão e informação da Comissão Europeia.

— Papel dos tribunais nacionais e do Tribunal de Justiça de Luxemburgo. Acesso das empresas afectadas e criação de um quadro jurídico na matéria.

— Aplicabilidade das decisões: acções preventivas, reparação de danos e sistema de sanções.

— Carência de um quadro harmonizado de sanções e diversidade das atitudes das autoridades nacionais face ao incumprimento das obrigações em matéria de contratos de direito público.

4. Algumas ideias concretas para melhorar a aplicação do sistema de contratação na União Europeia

4.1. Da análise das respostas aos inquéritos podem extrair-se as primeiras ideias quanto às acções concretas a levar a efeito, nomeadamente:

4.2. Insistir em que a tarefa mais urgente e prioritária para todos os Estados-Membros é concluir a elaboração de uma legislação nacional para a aplicação das directivas sobre a contratação pública, incluindo a adaptação da mesma ao espírito geral da legislação comunitária nos casos em que a transposição se tenha revelado insuficientemente compatível.

4.3. Esta consolidação da legislação e da sua aplicação deverá anteceder qualquer modificação da legislação comunitária existente, a qual, eventualmente, deveria basear-se nas experiências obtidas ao longo de vários anos de pleno funcionamento do actual sistema.

4.4. Avaliar a oportunidade de intensificar os programas de formação, financiados pela Comissão Europeia, que poderiam ser canalizados pelas entidades socioprofissionais de cada país, a fim de mentalizar e preparar tanto o pessoal das entidades adjudicantes como das

empresas, com especial destaque para as PME, interessadas em participar nestes contratos de direito público.

4.5. Aproveitando as estruturas existentes em vários Estados-Membros criar associações ou instâncias de promoção da contratação pública. Entre as suas tarefas poderiam citar-se: desenvolver programas de formação específicos, servir de ponto de referência ao nível nacional para resolver os problemas de interpretação da legislação comunitária e nacional.

4.6. Desenvolvimento de novas alternativas e procedimentos destinados a melhorar as fases de publicidade dos concursos, por exemplo através da melhoria do acesso e difusão electrónica dos mesmos, bem como a favorecer a presença efectiva das PME nos mesmos através da criação de agrupamentos europeus de interesse económico sujeitos ao estatuto nacional ou comunitário aplicável.

4.7. Precisar, por meio de uma comunicação da Comissão, os critérios de aplicação de normas técnicas ajustados aos critérios de hierarquização previstos nas directivas.

4.8. Intensificar a coordenação da Comissão Europeia com as autoridades nacionais na matéria e com as instâncias para a contratação pública com o fim de acelerar a mudança de mentalidade na gestão dos contratos públicos e facilitar a identificação e resolução dos obstáculos que possam surgir e assegurar apoio técnico aos organismos públicos a nível local ou regional que lancem concursos abrangidos pelas directivas.

4.8.1. O Comité considera urgente que a Comissão reactive o comité consultivo estabelecido com as entidades socioprofissionais europeias, como complemento oficial indispensável das associações nacionais, o que permitirá à Comissão receber as sugestões das entidades adjudicatárias e, por sua vez, dar-lhes conta das suas preocupações e prioridades.

4.9. Solicitar aos Estados-Membros a criação de um organismo nacional, que recolha e transmita à Comissão Europeia, com base em critérios normalizados e dentro dos prazos adequados, a informação agregada ao nível nacional sobre o significado e a abertura efectiva da contratação pública.

Bruxelas, 29 de Maio de 1996.

O Presidente

do Comité Económico e Social

Carlos FERRER