O NOVO NORTE

PROGRAMA OPERACIONAL
REGIONAL DO NORTE

Orientação de Gestão 1/2011

METODOLOGIA DE VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS REGRAS ASSOCIADAS À CONTRATAÇÃO PÚBLICA PELOS BENEFICIÁRIOS DO ON.2

(Não aplicável às candidaturas aprovadas na Rede dos Sistemas de Incentivos que adoptam, nesta temática, as orientações dos Organismos Intermédios)

ENQUADRAMENTO LEGAL

CCDRn
Comissão de Coordenação e
Desenvolvimento Regional do Norte

QREN
Quadro de Referência Estratégico Nacional

UNIÃO EUROPEIA
Fundo Europeu de
Desenvolvimento Regional

Considerando que:

- O n.º 4 do artigo 56.º do Regulamento (CE) n.º 1083/2006 estabelece que as regras relativas à elegibilidade das despesas são fixadas a nível nacional, sem prejuízo das excepções previstas nos regulamentos específicos de cada fundo.
- O Manual de Procedimentos do ON.2, estatui que o cumprimento das disposições legais em matéria de contratação pública constitui condição de acesso aos financiamentos comunitários e, assim aos financiamentos do Programa Regional.
- Nos termos da alínea d) do nº2 do artigo 46º do DL 312/2007 de 17/12, compete à Autoridade de Gestão, garantir o cumprimento dos normativos aplicáveis, nos domínios da concorrência, da contratação pública, do ambiente e da igualdade de oportunidades.
- De acordo com o disposto na alínea k), do n.º 3, do artigo 19.º do Regulamento Geral FEDER e Fundo de Coesão, constitui obrigação do beneficiário o cumprimento dos normativos nacionais e comunitários em matéria de contratação pública.
- As entidades beneficiárias, na aplicação de fundos comunitários, devem cumprir determinados princípios gerais de direito comunitário como o da transparência (prévio estabelecimento das condições de adjudicação e do contrato), da publicidade (publicitação da intenção de contratar), igualdade (iguais condições de acesso e participação) e concorrência (obtenção do maior número de interessados) e por esta mesma via ir ao encontro das posições das instâncias comunitárias e nacionais.
- Ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 1 do Artigo 46.º do D.L. n.º 312/2007, alterado e republicado pelo D.L. n.º 74/2008, de 22 de Abril, e tendo em vista o disposto no n.º 2 do Artigo 17.º do Regulamento Geral FEDER e Fundo de Coesão, a Autoridade de Gestão do PO Regional do Norte emite a presente Orientação de Gestão cujos objectivos e regime se especificam nos seguintes termos:

1. OBJECTIVO DA ORIENTAÇÃO

A União Europeia considera que um mercado livre consegue seleccionar a melhor proposta e satisfazer as necessidades dos consumidores.

Esta Autoridade de Gestão defende a concorrência, no seio do mercado dos contratos públicos, com a sujeição dos procedimentos concursais aos Princípios e jurisprudência comunitária.

Esta exigência ganha todo o sentido quando estamos perante financiamento comunitário pois pretende-se que o mesmo seja aplicado de forma eficaz, transparente e correcta, sem desperdício de capitais públicos.

O enquadramento jurídico da contratação pública tem aqui um papel fundamental:

- Garante que fornecedores e prestadores de serviços, de outros Estados-Membros, não sejam excluídos do mercado dos contratos públicos;
- Evita a segmentação ao restringir a preferência natural das autoridades públicas a comprar no seu próprio país;
- Protege a livre concorrência;
- Permite a compra de bens e serviço, com o melhor preço e qualidade e enquanto estímulo para a inovação e o desenvolvimento sustentável;

A responsabilidade pelo cumprimento desse enquadramento é das entidades beneficiárias mas incide sobre a Autoridade de Gestão do ON.2, bem como sobre as entidades por esta designada, verificar se o mesmo foi respeitado.

O legislador nacional foi mais longe, em certa medida, do que o legislador comunitário, pois orientou-se pelos Princípios Jurídicos, jurisprudência e doutrina, comunitários, anteriores a elaboração do Código dos Contratos Públicos.

Essa foi a resposta que o Estado Português forneceu ao "*Comparative Survey on the National Public Procurement Systems across the PPN*", da Authority for the Supervision of Public Contracts - Department for the co-ordination of European Union Policies, em Dezembro de 2010.

É isso que consta no preâmbulo do Código dos Contratos Públicos (CCP) e que terá sido o motor de soluções como a consagração da contratação electrónica (onde Portugal é

destacado como exemplo a seguir no panorama europeu), de normas que protegem a imparcialidade e igualdade na elaboração de peças dos procedimentos concursais, na transposição de normas que envolvem contratos alvo de financiamento comunitário, entre outras.

É o que consta do Manual de Procedimentos para Auditoria em Operações do Instituto Financeiro para o Desenvolvimento Regional, IP e foi a solução encontrada pela Auditoria ao Plano de Acção sobre Contratação Pública (FEDER e FC) Portugal - 2000/20006.

A solução de enquadrar entidades beneficiárias, incluindo aquelas que são ou vejam a ser excluídas pelo CCP, com obediência as normas previstas para os organismos de direito público foi a solução encontrada pelo Compete - Programa Operacional Factores de Competitividade (Orientação de Gestão n.º 04.REV1/POFC/2010) e vai de encontro a uma tendência, no seio do Tribunal de Contas, que alarga o leque de entidades que estão submetidas a esse regime.

E vai de encontro ao que esta previsto no "*Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality*", assinado em 03 de Maio de 2011, relativo a utilização do Fundo Europeu de Estabilização Financeira previsto pelo Regulamento (EU) n.º 407/2010, do Conselho de 11 de Maio de 2010, designadamente na secção 8.ª "*Competition, public procurement and business environment*".

De forma a colocar num mesmo patamar, as entidades beneficiárias que recorrem ao programa, considera-se salutar, e até como forma de melhor proteger os princípios comunitários, obrigar a que todas as outras entidades beneficiárias, incluindo aquelas que são ou venham a ser excluídas pelo CCP, ou por legislação avulsa, além de seguirem as normas previstas para os organismos de direito público, devem, no caso de aquisição de bens móveis e de serviços, cujo valor se situe entre os 75.000€ e os 193.000€ ou, no caso dos contratos de empreitada, cujo valor se situe entre 150.000€ e 1.000.000€, consultar, pelo menos, 3 entidades.

2. ENQUADRAMENTO LEGAL

Legislação Mais Relevante:

Comunitária

- Directiva n.º 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e posteriores alterações;
- Directiva n.º 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços e posteriores alterações;

- Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos - 2006/C 179/02 (Anexo I).

Nacional:

- Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, aprova o CCP e transpõe para o ordenamento jurídico interno as Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004;

3. ÂMBITO DE APLICAÇÃO E REGIME APLICÁVEL

3.1 Administração Pública Clássica
Mantêm o regime previsto no artigo 2.°, n.° 1 do CCP, as seguintes entidades beneficiárias:

a. O Estado;
b. As Regiões Autónomas;
c. As autarquias locais;
d. Os institutos públicos;
e. As fundações públicas, com excepção das previstas na Lei 62/2007, de 10 de Setembro;
f. As associações públicas;
g. As associações de que façam parte uma ou várias das pessoas colectivas referidas nas alíneas anteriores, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas.

3.2.

Todas as outras entidades beneficiárias, incluindo aquelas que são ou venham a ser excluídas pelo CCP, ou por legislação avulsa, devem obediência ao enquadramento jurídico, nacional e comunitário, previsto para os Organismos de Direito Público.

3.3.
A título, meramente exemplificativo, os Organismos de Direito Público:

1. Seguem a parte II do CCP aos Contratos previstos no n.° 1, do artigo 6.°;
2. Todas as restantes entidades beneficiárias, incluindo aquelas que são ou vejam a ser excluídas pelo CCP, ou por legislação avulsa, devem obediência as normas previstas para os organismos de direito público, sendo que, no caso de aquisição de bens móveis e de serviços cujo valor se situe entre os 75.000€ e os 193.000€ ou, no caso dos contratos de empreitada, cujo valor se situe entre 150.000€ e 1.000.000€, devem consultar, pelo menos, 3 entidades;
3. Publicitam os seus procedimentos de contratação nos termos previstos pelo CCP.

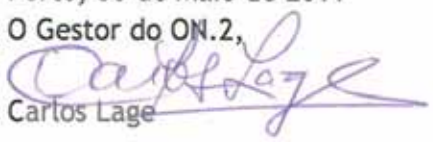
4. METODOLOGIA DE VERIFICAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

O cumprimento das normas previstas será verificado pela Autoridade de Gestão nos termos da Orientação de Gestão 4 (2008).

5. ENTRADA EM VIGOR

A presente orientação aplica-se aos procedimentos de contratação iniciados, nos termos do artigo 36.º do Código dos Contratos Públicos, após o dia 1 de Outubro de 2011.

Porto, 30 de Maio de 2011
O Gestor do ON.2,



Carlos Lage

ANEXO I

Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos" (2006/C 179/02).

COMUNICAÇÃO INTERPRETATIVA DA COMISSÃO

sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos

(2006/C 179/02)

INTRODUÇÃO

A Comunidade Europeia adoptou recentemente novas directivas relativas à celebração de contratos públicos de empreitadas de obras e de serviços [1], que estabelecem normas de execução, pelas quais se devem reger, em toda a União Europeia, os procedimentos de adjudicação de contratos com abertura à concorrência.

Todavia, as directivas relativas aos contratos públicos não se aplicam a todos os contratos públicos. Há um vasto leque de contratos que não são abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas, tais como:

— Contratos de valor inferior aos limiares para a aplicação das directivas relativas aos contratos públicos [2];

— Contratos de serviços que constam do anexo II B da Directiva 2004/18/CE e do anexo XVII B da Directiva 2004/17/CE e excedem os limiares para a aplicação destas directivas.

Estes contratos representam oportunidades de negócios significativas para as empresas no mercado interno, em particular para PME e empresas em fase de arranque. Ao mesmo tempo, métodos abertos e concorrenciais de adjudicação ajudam as administrações públicas a atrair uma gama mais alargada de concorrentes potenciais para esses contratos e a obter propostas economicamente mais vantajosas. Face aos problemas orçamentais com que se defrontam muitos Estados-Membros, é da maior importância assegurar a utilização mais eficaz dos dinheiros públicos. Importa ter presente que práticas transparentes de celebração de contratos constituem uma verdadeira salvaguarda contra a corrupção e o favoritismo.

Não obstante, em muitos casos, esses contratos ainda são adjudicados directamente a fornecedores locais sem qualquer concurso. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) confirmou na sua jurisprudência que as regras do Tratado CE relativas ao mercado interno se aplicam também aos contratos não abrangidos pelo âmbito de aplicação das directivas relativas aos contratos públicos. Em várias ocasiões, os Estados-Membros e demais partes interessadas pediram à Comissão que lhes fornecesse orientação em matéria de aplicação dos princípios básicos que decorrem dessa jurisprudência.

A presente comunicação interpretativa debruça-se sobre os dois grupos de contratos mencionados supra não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos. [3] **A Comissão explicita a sua interpretação da jurisprudência do TJCE e sugere as melhores práticas a fim de ajudar os Estados-Membros a colher todas as vantagens do mercado interno. A presente comunicação não cria quaisquer novas normas legislativas.** Importa notar que, em qualquer caso, a interpretação do direito comunitário incumbe em última análise ao TJCE.

1. ENQUADRAMENTO JURÍDICO

1.1. Regras e princípios do Tratado CE

Ao celebrarem contratos públicos abrangidos pelo âmbito de aplicação do Tratado, as entidades adjudicantes [4] dos Estados-Membros são obrigadas a respeitar as **regras e princípios do Tratado CE.** Estes princípios incluem a **livre circulação de mercadorias** (artigo 28.º do Tratado CE), **o direito de estabelecimento** (artigo 43.º), **a livre prestação de serviços** (artigo 49.º) **e os princípios da não-discriminação e da igualdade de tratamento, da transparência, da proporcionalidade e do reconhecimento mútuo.**

---

[1] Directiva 2004/18/CEE, JO L 134 de 30.04.2004, p. 114, e Directiva 2004/17/CEE, JO L 134 de 30.04.2004, p. 1 («directivas relativas aos contratos públicos»).

[2] Os valores dos limiares previstos no artigo 7.º da Directiva 2004/18/CE e no artigo 16.º da Directiva 2004/17/CE.

[3] Um terceiro grupo de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos é constituído pelas concessões. Cf. artigo 17.º da Directiva 2004/18/CE e artigo 18.º da Directiva 2004/17/CE para as concessões de serviços, e artigos 56.º a 65.º da Directiva 2004/18/CE e artigo 18.º da Directiva 2004/17/CE para as concessões de obras. Contudo, estes não são tratados na presente comunicação, uma vez que serão incluídos no documento que dá seguimento ao Livro Verde sobre Parcerias Público-Privadas.

[4] Na presente comunicação, o termo «entidades adjudicantes» abrange entidades adjudicantes na acepção do n.º 9 do artigo 1.º da Directiva 2004/18/CE e entidades adjudicantes na acepção do artigo 2.º da Directiva 2004/17/CE.

1.2. Princípios fundamentais para a celebração de contratos

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias definiu um conjunto de **princípios fundamentais para a celebração de contratos públicos**, que **derivam directamente das regras e princípios do Tratado CE**. Os princípios de igualdade de tratamento e de não-discriminação em razão da nacionalidade implicam uma **obrigação de transparência** que, segundo a jurisprudência do TJCE [1], «*consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes,* ***um grau de publicidade adequado para garantir a abertura do mercado dos contratos de serviços à concorrência, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação***» [2].

Estes princípios aplicam-se à adjudicação de contratos de concessões de serviços, a contratos de valor abaixo dos limiares [3] de aplicação das directivas e a contratos de serviços que constam do anexo II B da Directiva 2004/18/CE e do anexo XVII B da Directiva 2004/17/CE no que se refere a matérias não cobertas por essas Directivas [4]. O TJCE refere expressamente que «***ainda que tais contratos estejam excluídos do âmbito de aplicação das directivas comunitárias relativas aos contratos públicos, as entidades adjudicantes que os celebram estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado***» [5].

1.3. Relevância para o Mercado Interno

Os princípios derivados do Tratado CE apenas se aplicam às adjudicações de contratos que tenham uma relação suficientemente estreita com o funcionamento do mercado interno. A este respeito, o TJCE considerou que, em determinados casos, «*devido a circunstâncias especiais, tais como um interesse económico muito reduzido*», uma adjudicação de contrato pode **não apresentar qualquer interesse para operadores económicos localizados em outros Estados-Membros**. Em tal caso, «*os efeitos nas liberdades fundamentais em causa seriam, portanto, considerados demasiado aleatórios e demasiado indirectos*» para justificar a aplicação de normas derivadas do direito comunitário primário [6].

Cabe a cada entidade adjudicante decidir se o contrato a adjudicar **pode apresentar um interesse potencial para os agentes económicos situados noutros Estados-Membros**. Do ponto de vista da Comissão, a decisão tem de ser sustentada numa **avaliação das circunstâncias particulares do caso**, como sejam o objecto do contrato, o seu valor, as particularidades do sector em questão (dimensão e estrutura do mercado, das práticas comerciais, etc.) e também da localização geográfica do lugar de execução.

Se a entidade adjudicante chegar à conclusão que o contrato em questão é pertinente para o mercado interno, terá de proceder à respectiva adjudicação no respeito dos princípios fundamentais do direito comunitário.

Quando a Comissão tiver conhecimento de uma violação potencial dos princípios fundamentais relativos à celebração de contratos não abrangidos pelas directivas relativas aos contratos públicos, **procederá a uma avaliação da importância do contrato em questão à luz das circunstâncias particulares a cada caso.** Apenas serão intentados processos por infracção ao abrigo do artigo 226.º do Tratado nos casos em que se afigure **apropriado ante a gravidade da infracção e das suas repercussões para o mercado interno.**

2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PARA A CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS COM RELEVÂNCIA PARA O MERCADO INTERNO

2.1. Publicidade

2.1.1. *Obrigação de assegurar a publicidade adequada*

Segundo o TJCE [7], os princípios de igualdade de tratamento e de não-discriminação implicam uma **obrigação de transparência** que consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, **um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos.**

A obrigação de transparência exige que uma **empresa situada noutro Estado-Membro tenha acesso às informações adequadas relativas ao contrato antes de este ser adjudicado**, por forma a que, se essa empresa o desejar, **possa manifestar o seu interesse** na obtenção desse contrato [8].

---

[1] Processos C-324/98 *Telaustria* [2000], Colect. I-10745, parágrafo 62, C -231/03 *Coname*, acórdão de 21.7.2005, parágrafos 16 a 19, e C – 458/03 *Parking Brixen*, acórdão de 13.10.2005, parágrafo 49.

[2] Processo *Telaustria*, parágrafo 62 e processo *Parking Brixen*, parágrafo 49 (sublinhado nosso).

[3] Cf. Processos C-59/00 *Bent Mousten Vestergaard* [2001] Colect. p. I-9505, parágrafo 20 e C-264/03 *Comissão v França*, acórdão de 20.10.2005, parágrafos 32 e 33.

[4] Processo C-234/03 *Contse*, acórdão de 27.10.2005, parágrafos 47 e 49. As directivas relativas aos contratos públicos apenas prevêem um conjunto reduzido de normas relativas a esses contratos; ver artigo 21.º da Directiva 2004/18/CE e artigo 32.º da Directiva 2004/17/CE.

[5] Processo *Bent Mousten Vestergaard*, parágrafo 20 (sublinhado nosso).

[6] *Processo Coname*, parágrafo 20 (sublinhado nosso).

[7] Processo *Telaustria*, parágrafo 62 e Processo *Parking Brixen*, parágrafo 49.

[8] *Processo Coname*, parágrafo 21.

No entender da Comissão, a prática de contactar alguns potenciais concorrentes não é suficiente nesta circunstância, mesmo que a entidade adjudicante se dirija a empresas de outros Estados-Membros ou se esforce por atingir todos os fornecedores potenciais. Tal abordagem selectiva não pode excluir a discriminação contra potenciais concorrentes de outros Estados-Membros, em particular os recém-entrados no mercado. O mesmo se passa com todas as formas de publicidade «passiva», em que uma entidade adjudicante se abstém de fazer publicidade activa, mas responde aos pedidos de informação dos candidatos que tiveram conhecimento pelos seus próprios meios do contrato que se pretende adjudicar. Na mesma ordem de ideias, uma simples referência a relatos na imprensa, a debates parlamentares ou políticos, ou a acontecimentos como congressos para efeitos de informação não poderão ser considerados como publicidade adequada.

Por conseguinte, a única forma de respeitar as exigências estabelecidas pelo TJCE passa pela **publicação, antes da adjudicação do contrato, de um anúncio suficientemente acessível**. Esse anúncio deve ser **publicado pela entidade adjudicante no intuito de abrir a adjudicação do contrato à concorrência.**

2.1.2. *Meios de anunciar*

Incumbe às entidades adjudicantes decidir quanto ao meio mais apropriado para a publicitação dos seus contratos. A sua escolha deve ser sustentada numa avaliação da **relevância do contrato para o mercado interno**, tendo especialmente em conta o seu objecto e valor, e as práticas habituais no sector em questão.

Quanto maior for o interesse do contrato para os potenciais concorrentes de outros Estados-Membros, maior deveria ser a divulgação. Em especial no caso de contratos públicos de serviços constantes do anexo II B da Directiva 2004/18/CE e no anexo XVII B da Directiva 2004/17/CE que excedem os limiares para a aplicação destas directivas, uma transparência adequada exige a publicação num *medium* com ampla cobertura tendo em conta o valor elevado desses contratos.

Entre os meios adequados mais frequentemente utilizados incluem-se:

— Internet

A grande disponibilidade e a facilidade de utilização da «world wide web» tornam os anúncios na Internet muito mais acessíveis, especificamente para as empresas de outros Estados-Membros e para as PME que procuram contratos de menor valor. A Internet oferece um vasto leque de possibilidades de publicitação de contratos públicos.

A publicação de anúncios no **sítio Internet da entidade adjudicante** constitui uma forma flexível e eficaz. Os anúncios deverão ser apresentados de maneira a que os potenciais concorrentes possam facilmente aceder à informação. As entidades adjudicantes podem igualmente publicar informação sobre futuras adjudicações de contratos não abrangidos pelas directivas relativas aos contratos públicos no quadro do seu **perfil de adquirente** na Internet [1].

Portais Internet criados especialmente para publicitar anúncios de contratos têm grande visibilidade e podem oferecer maiores opções de pesquisa. A este respeito, uma boa prática consiste na criação de uma plataforma específica para contratos de valor reduzido, dotada de uma lista para anúncios de concurso com assinaturas de uma lista de difusão, fazendo-se deste modo uma exploração plena das possibilidades da Internet, com ganhos de transparência e de eficácia [2].

— Jornais oficiais nacionais, diários nacionais especializados na publicação de anúncios de concurso; jornais com cobertura nacional ou regional ou publicações especializadas

— Meios de publicação locais

As entidades adjudicantes podem ainda utilizar meios de publicação locais, tais como jornais locais, boletins de informação municipais ou mesmo quadros de afixação. Contudo, tais meios apenas garantem uma publicação estritamente local, que poderá ser adequada em casos especiais, tais como contratos de valor muito reduzido, para os quais existe apenas mercado local.

— Jornal Oficial da União Europeia/TED (Tenders Electronic Daily)

A publicação no Jornal Oficial não é obrigatória, mas pode ser uma opção interessante, em particular para os contratos de valor elevado.

[1] Cf. Anexo VIII da Directiva 2004/18/CE e Anexo XX da Directiva 2004/17/CE.

[2] Ver, por exemplo, o recém-criado portal de oportunidades para contratos de montante reduzido no Reino Unido, *www.supply2.gov.uk*

2.1.3. *Conteúdo do anúncio*

O TJCE afirmou expressamente que a exigência de transparência não implica necessariamente uma obrigação de realização de um concurso público (1). O anúncio pode, por conseguinte, ser limitado a uma descrição sucinta dos **elementos essenciais do contrato a adjudicar e do procedimento de adjudicação**, acompanhada de um convite para contactar a entidade adjudicante. Se necessário, poderá ser completado pela informação adicional disponível na internet ou a obter por meio de pedido junto da entidade adjudicante.

O anúncio e a eventual documentação complementar devem facultar toda a informação de que uma empresa situada noutro Estado-Membro **possa razoavelmente precisar para tomar uma decisão** de manifestar o seu interesse em obter o contrato.

Tal como mencionado no ponto 2.2.2 a seguir, a entidade adjudicante pode adoptar medidas para limitar o número de candidatos convidados a apresentar proposta. Neste caso, a entidade adjudicante deverá facultar a informação adequada acerca dos mecanismos aplicados para a selecção dos candidatos a contactar.

2.1.4. *Procedimentos sem publicação prévia de anúncio*

As directivas relativas aos contratos públicos contêm excepções específicas que autorizam, em certas condições, a utilização de procedimentos sem publicação prévia de anúncio (2). Os casos mais importantes referem-se a situações de **extrema urgência** resultantes de acontecimentos imprevisíveis e a contratos que, por motivos técnicos ou artísticos ou atinentes à protecção de direitos de exclusividade, possam ser **executados apenas por um operador económico determinado**.

No entender da Comissão, as excepções pertinentes podem ser aplicadas à adjudicação de contratos não abrangidos pelas directivas. Por conseguinte, as entidades adjudicantes podem adjudicar tais contratos sem publicação prévia de anúncio de concurso, desde que sejam cumpridas as condições previstas nas directivas para uma dessas excepções (3).

2.2. **Adjudicação do contrato**

2.2.1. *Princípios*

O TJCE afirmou no acórdão *Telaustria* que a obrigação de transparência consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da **imparcialidade dos processos de adjudicação**. A garantia de um procedimento equitativo e imparcial é o corolário necessário da obrigação de assegurar uma publicidade transparente.

Do exposto resulta que a adjudicação tem de se processar em conformidade com as **regras e princípios do Tratado CE**, por forma a permitir condições de concorrência equitativas para todos os operadores económicos interessados no contrato (4). Na prática, as melhores formas de o conseguir são:

— Descrição não discriminatória do objecto do contrato

A descrição das características exigidas de um produto ou serviço não pode fazer referência a um fabricante ou proveniência determinados, a um processo específico, a marcas comerciais, patentes ou tipos, nem a uma origem ou produção determinada, a menos que tal referência seja justificada pelo objecto do contrato e seja acompanhada da menção «ou equivalente» (5). Em qualquer caso, seria preferível usar descrições mais genéricas de desempenho ou exigências funcionais.

(1) *Processo Coname*, parágrafo 21.

(2) Artigo 31.º da Directiva 2004/18/CE e n.º 3 do artigo 40.º da Directiva 2004/17/CE.

(3) Ver parecer do Advogado Geral Jacobs no Processo C -525/03, *Comissão v Itália*, parágrafos 46 a 48.

(4) Ver Processo C-*Universale-Bau AG* [2002] Colect. p. I-11617, parágrafo 93.

(5) Ver Processo *Bent Mousten Vestergaard*, parágrafos 21 a 24 e a comunicação interpretativa da Comissão sobre a facilitação do acesso de produtos aos mercados de outros Estados-Membros, JO C 265 de 4.11.2003, p. 2. Os contratos de serviços constantes do anexo II B da Directiva 2004/18/CE e no anexo XVII B da Directiva 2004/17/CE têm de cumprir as regras relativas às especificações técnicas enunciadas no artigo 23.º da Directiva 2004/18/CE e no artigo 34.º da Directiva 2004/17/CE se excederem o limiar para a aplicação destas directivas. As especificações técnicas para tais contratos têm de ser elaboradas antes da selecção de um contratante e têm de ser dados a conhecer ou disponibilizadas aos potenciais concorrentes por meios que garantam a transparência e ponham todos os concorrentes potenciais em pé de igualdade, ver parecer do Advogado Geral Jacobs no Processo C-174/03 *Impresa Portuale di Cagliari*, parágrafos 76 a 78.

— Igualdade de acesso para os operadores económicos de todos os Estados-Membros

As entidades adjudicantes não devem impor **condições que possam causar discriminação directa ou indirecta** contra potenciais concorrentes situados noutros Estados-Membros, como sejam a exigência de que as empresas que têm interesse no contrato estejam estabelecidas no mesmo Estado-Membro ou na mesma região que a entidade adjudicante [1].

— Reconhecimento mútuo de diplomas, certificados e outros comprovativos de qualificações formais.

Se for exigido aos candidatos ou concorrentes que apresentem certificados, diplomas ou outros meios de prova escritos, os documentos de outros Estados-Membros que ofereçam um nível equivalente de garantia têm de ser aceites em conformidade com o princípio do reconhecimento mútuo de diplomas, certificados ou outros comprovativos de qualificações formais.

— Prazos apropriados

Os prazos para a apresentação de manifestações de interesse e para apresentar proposta deverão ser suficientemente largos para permitir às empresas de outros Estados-Membros fazerem uma avaliação fundamentada e prepararem a sua proposta.

— Abordagem transparente e objectiva

Todos os participantes devem poder conhecer as regras aplicáveis do procedimento e ter a certeza de que essas regras se aplicam a todos da mesma maneira.

2.2.2. *Limitação do número de candidatos convidados a apresentar proposta*

As entidades adjudicantes têm a faculdade de tomar medidas para limitar o número de candidatos a um número apropriado, desde que tal seja feito de maneira **transparente e não discriminatória**. Podem, por exemplo, aplicar **factores objectivos** tais como a experiência dos candidatos no sector, a dimensão e infra-estrutura da respectiva empresa, as capacidades técnicas e profissionais ou outros factores. Podem até optar pelo método de **sorteio**, quer se trate do único mecanismo quer em combinação com outros critérios de selecção. Em qualquer caso, o número de **candidatos a contactar** deverá atender à necessidade de assegurar uma concorrência adequada.

Em alternativa, as entidades adjudicantes podem optar por criar **sistemas de qualificação,** onde é compilada **a lista dos operadores qualificados** por meio de um procedimento aberto, transparente e suficientemente publicitado. Ulteriormente, para efeitos de celebração de contratos que recaem no âmbito do sistema, a entidade adjudicante pode seleccionar a partir da lista de operadores qualificados os operadores a convidar a apresentar proposta, respeitando o imperativo da não-discriminação (por exemplo, extraindo rotativamente da lista).

2.2.3. *Decisão de adjudicação de contrato*

É importante que a decisão final de adjudicação de contrato esteja em conformidade com as regras processuais fixadas a título preliminar e que os **princípios de não-discriminação e da igualdade de tratamento são integralmente respeitados**. Trata-se de uma questão particularmente relevante para procedimentos por negociação com concorrentes escolhidos. Tais negociações deveriam ser organizadas de molde a que todos os concorrentes tenham acesso ao mesmo volume de informação e a excluir quaisquer vantagens injustificadas para um concorrente específico.

2.3. **Protecção judicial**

2.3.1. *Princípios*

No acórdão *Telaustria*, o TJCE salientou a importância da possibilidade de **controlar a imparcialidade do procedimento**. Sem um mecanismo de controlo adequado, o cumprimento dos princípios fundamentais em matéria de equidade e transparência não pode ser garantido de maneira eficaz.

[1] Porém, pode ser exigido ao adjudicatário que estabeleça certas infra-estruturas comerciais no local de execução se as circunstâncias específicas do contrato o justificarem.

2.3.2. *Directivas sobre processos de recurso*

As directivas sobre processos de recurso [1] abrangem apenas contratos que recaem no âmbito das directivas relativas aos contratos públicos [2]. Tal significa que, no contexto actual, essas directivas só se aplicam aos contratos de serviços que constam do anexo II B da Directiva 2004/18/CE e do anexo XVII B da Directiva 2004/17/CE que excedem os limiares para a aplicação destas directivas. Os processos de recurso para esses contratos têm de cumprir as disposições das directivas relativas aos processos de recurso e a jurisprudência pertinente. Esses princípios permanecem inalterados na proposta recentemente adoptada de nova directiva relativa a processos de recurso [3].

2.3.3. *Princípios fundamentais derivados do direito primário comunitário*

No que se refere a contratos abaixo dos limiares para a aplicação das directivas relativas aos contratos públicos, há que ter em conta que, ao abrigo da jurisprudência TJCE [4], as pessoas têm direito à **protecção judicial efectiva dos direitos que derivam do ordenamento jurídico comunitário.** O direito a tal protecção é um dos princípios jurídicos gerais que têm origem nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros. Na ausência de disposições pertinentes de direito comunitário, cabe aos Estados-Membros prover as regras e procedimentos necessários que garantam uma protecção judicial efectiva.

Para que seja respeitada esta exigência de protecção judicial efectiva, importa que pelo menos **as decisões que afectam negativamente qualquer pessoa que esteja ou tenha estado interessada em obter o contrato**, tal como a decisão de eliminar um candidato ou concorrente, sejam passíveis de recurso por eventuais violações dos princípios básicos derivados do direito comunitário primário. A fim de possibilitar um exercício efectivo do direito a esse recurso, as entidades adjudicantes deveriam ser obrigadas a indicar os motivos das decisões que são susceptíveis de recurso, seja na própria decisão, seja posteriormente à comunicação da decisão, se tal for pedido [5].

De acordo com a jurisprudência sobre protecção judicial, os **recursos** disponíveis não devem ser menos eficientes do que aqueles que se aplicam a queixas semelhantes baseadas no direito interno (princípio da equivalência) e não devem ser tais que, na prática, tornem impossível ou excessivamente difícil obter a protecção judicial (princípio da eficácia) [6].

---

[1] Directiva 89/665/CEE, JO L 395 de 30.12.1989, p. 33, e Directiva 92/13/CEE, JO L 76 de 23.3.1992, p. 14.

[2] Cf. Artigo 72.º da Directiva 2004/17/CE e artigo 81.º da 2004/18/CE.

[3] Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Concelho que altera as Directivas 89/665/CEE 92/13/CEE no que respeita à melhoria da eficácia dos processos de recurso em matéria de celebração de contratos públicos, COM(2006) 195 final.

[4] Ver Processo C-50/00 de *Unión de Pequeños Agricultores* [2002] Colect. p. I - 6677, parágrafo 39, e Processo 222/86 *Heylens* [1987] CRE 4097, parágrafo 14.

[5] *Cf.* Processo *Hylens*, parágrafo 15.

[6] Para estes princípios, cf. Processos C-46/93 e C – 48/93 *Brasserie du Pêcheur* [1996] Colect p. I -1029, parágrafo 83, e Processo C-327/00 *Santex* [2003] Colect. p. I -1877, parágrafo 55.