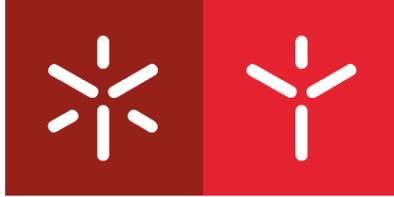




Universidade do Minho
Escola de Direito

João Amadeu Araújo da Silva

**O Direito da União Europeia enquanto
instrumento propulsor de uma contratação
pública socialmente responsável**



Universidade do Minho

Escola de Direito

João Amadeu Araújo da Silva

**O Direito da União Europeia enquanto
instrumento propulsor de uma contratação
pública socialmente responsável**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Administrativo

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Isabel Celeste Fonseca

DECLARAÇÃO

Nome: João Amadeu Araújo da Silva

Endereço eletrónico: joaoamadeuaraujosilva@gmail.com

Telefone: 253 108 748

Número do Cartão de Cidadão: 14629050

Título da dissertação:

O Direito da União Europeia enquanto instrumento propulsor de uma contratação pública socialmente responsável

Orientador: Professora Doutora Isabel Celeste Fonseca

Ano de conclusão: 2018

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito Administrativo

É AUTORIZADA A RERODUÇÃO INTEGRAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, ___/___/_____

Assinatura: _____

*«Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre,
entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui
opprime et la loi qui affranchit.»*

Henri Lacordaire

Agradecimentos

À minha família. Sempre.

À Professora Doutora Isabel Celeste Fonseca, por todo o desafio e humanidade.

À Helena, à Joana Duarte e ao João.

A contratação pública socialmente responsável

RESUMO

A orientação dos contratos públicos para a qualidade assume-se como prioritária num paradigma crescente que já não os concebe em circunscrição à economicidade da despesa pública. Assim, urge saber: é ou não permitida e em que termos uma contratação pública socialmente responsável?

Desde o final da década de 1980 se tem agudizado um Direito da União Europeia da Contratação Pública socialmente responsável, e o labor legislativo, jurisprudencial e doutrinário permite assinalar o planeamento contratual e a decisão de contratar (ou de não contratar), a elaboração das especificações técnicas, a definição de condições especiais de execução contratual, os motivos de exclusão e os critérios de seleção qualitativa, a reserva de contratos, a densificação do critério de adjudicação e a utilização de rótulos como as sedes mais estrategicamente vocacionadas para a atinência às preocupações de índole social na contratação.

À luz da propulsão jurídica do Direito da União Europeia, em particular face à transposição das diretivas de 2014, o Código dos Contratos Públicos português dedica-se às matérias da responsabilidade social nesta disciplina jurídica.

Existem, contudo, pontos nevrálgicos. Uma reforma futura das diretivas da União Europeia deverá mitigar o excesso de discricionariade conferido aos Estados-Membros na implementação das variáveis sociais na contratação, superar a indeterminação concetual e abandonar um conjunto de soluções que não se adequa à promoção da sustentabilidade (como é o caso da possibilidade de atinência exclusiva ao preço ou custo no critério de adjudicação).

Por seu turno, no Código dos Contratos Públicos deverá, nomeadamente, estabelecer-se, como regra, a obrigatoriedade de determinação da melhor relação qualidade/preço no critério de adjudicação, densificar-se a subcontratação, tal como, outrossim, aprofundar-se as «medidas adequadas» para assegurar o cumprimento pelos operadores económicos da legislação aplicável em matéria social, laboral e de igualdade de género na execução dos contratos, bem como, ainda, reforçar-se os poderes sancionatórios da entidade reguladora da contratação pública, o Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P., em relação às situações juridicamente censuráveis sob a esfera social.

Social public procurement

ABSTRACT

Quality orientation is being regarded as the growing paradigm envisaged for public procurement and is overcoming the economicist approach. Therefore, is social procurement possible? If so, on what terms?

The pursuit of social policies through public procurement as well as the conditions to be fulfilled for that purpose are based on the jurisprudence of the European Court of Justice and have been subject to continuous legislative development. In the light of such framework and its impact on national legal orders of the European Union Member States, the Portuguese Public Procurement Code, which transposes the 2014 Directives on public procurement, also addresses these matters.

Procurement planning and the definition of the subject matter of the contract, technical specifications, performance clauses, exclusion grounds, selection criteria, reserved contracts, award criteria and labels represent the most strategic mechanisms as regards the implementation of social considerations on public contracts.

However, some of these issues require a reformed approach at the European Union level. In particular, the discretion of national authorities in including socially responsible public procurement considerations should be narrowed to some extent, vague concepts need clarification and the content of some legal solutions should be reconfigured in order to effectively foster social responsibility (as is the case of the award criteria).

Despite being generally compliant with the Directives' provisions, the Portuguese Public Procurement Code also contains weaknesses in this respect, namely concerning the permission to use lowest price or cost as the sole award criterion, the minimalist regulation of subcontracting and the insufficient approach to adequate measures to ensure that in the performance of public contracts economic operators comply with the applicable obligations in the fields of social, labour and gender equality law.

Besides being necessary to overcome this incipency, the sanctioning powers of the Portuguese public procurement regulatory authority (Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P.) against social infractions should be strengthened.

ÍNDICE

Agradecimentos	v
RESUMO	vii
ABSTRACT	ix
INTRODUÇÃO	1

CAPÍTULO I - AS CONSIDERAÇÕES SOCIAIS E A SUA AFIRMAÇÃO PAULATINA NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA DOS CONTRATOS PÚBLICOS

3

1. Caracterização da contratação pública socialmente responsável.....	3
2. Contratação pública socialmente responsável e mercado interno.....	5
2.1. O embate com a principiologia tradicional.....	5
2.2. Uma era pós- <i>Beentjes</i> ?.....	7
2.2.1. Decisões emblemáticas do Tribunal de Justiça.....	7
I) O Acórdão <i>Beentjes</i>	7
II) O Acórdão <i>Nord-Pas de Calais</i>	8
III) O Acórdão <i>Concordia Bus</i>	10
2.2.2. A Comunicação Interpretativa da Comissão de 2001 sobre a possibilidade de integrar considerações sociais na contratação pública	11
2.2.3. As Diretivas-contratos públicos de 2004.....	13
3. Um panorama das experiências nacionais.....	19

Capítulo II - A Reforma do Direito da União Europeia dos Contratos Públicos (2014)

25

1. Um novo contexto para a contratação pública socialmente responsável	25
2. As Diretivas de 2014.....	28
2.1. O estatuto das políticas sociais na contratação pública	28
2.2. Momentos estratégicos para a inclusão de aspetos sociais	33
2.2.0. Fase preliminar	33

2.2.1. Especificações técnicas socialmente inclusivas	36
2.2.1.1. Requisitos essenciais	38
I) A ligação ao objeto do contrato	38
II) A proporcionalidade ao valor e aos objetivos do contrato.....	39
III) O princípio da igualdade de acesso e de tratamento aos operadores económicos	40
Concessões	42
2.2.1.2. Políticas de apoio à deficiência.....	43
2.2.1.3. Uso de variantes sociais.....	44
2.2.2. Seleção e exclusão dos operadores económicos.....	46
2.2.2.1. Motivos de exclusão.....	46
I - Motivos excludentes de cariz social.....	46
I) Motivos sociais de exclusão obrigatória.....	47
II) Motivos sociais de exclusão facultativa	51
II - Self-cleaning.....	53
III - Condições de aplicação de motivos sociais de exclusão	56
2.2.2.2. Critérios sociais de seleção qualitativa.....	57
2.2.2.3. Contratos reservados	59
2.2.3. Critérios de adjudicação	60
2.2.3.1. O (novo) conceito da proposta economicamente mais vantajosa.....	60
I - Elementos e potencial de responsabilidade social	62
I) O preço ou o custo.....	62
II) A relação qualidade/preço	65
II - Condições de admissibilidade de subcritérios sociais	68
2.2.3.2. Propostas anormalmente baixas: (in)cumprimento da legislação social	72
2.2.3.3. Adjudicação de concessões e considerações sociais.....	74
2.2.4. Execução contratual socialmente responsável.....	76
2.2.4.1. Condições sociais de execução contratual	76
2.2.4.2. Monitorização contratual, subcontratação e matérias sociais	78
2.2.4.3. Infrações sociais no cerne da resolução contratual	82
2.3. Utilização de rótulos sociais	83
3. Uma abordagem de compromisso: <i>quo vadis?</i>	86

Capítulo III – A contratação pública socialmente responsável e inclusiva no Código dos Contratos Públicos português 91

0. Nota prévia	91
1. Princípios da contratação pública	91
2. Planeamento contratual e decisão de contratar	93
3. Escolha do tipo procedimento pré-contratual	95
4. Elaboração das especificações técnicas.....	98
5. Exigência de rótulos específicos	101
6. Regras de participação procedimental	103
6.1. Qualificação dos operadores económicos.....	103
6.2. Motivos de exclusão dos operadores económicos.....	104
I) Impedimentos.....	104
III) Relevação dos impedimentos	107
6.3. Contratos reservados	109
7. Análise das propostas	111
7.1. Critério de adjudicação.....	111
I) Modalidades	111
II) Critério de desempate.....	115
7.2. Preço ou custo anormalmente baixo	115
8. Admissão de variantes	117
9. Monitorização dos aspetos de execução contratual	118
10. A regulação dos contratos públicos	121

CONCLUSÃO 127

BIBLIOGRAFIA..... 131

Jurisprudência	134
Tribunal de Justiça da União Europeia.....	134
Tribunal Constitucional	135
Supremo Tribunal Administrativo.....	135
Tribunal Central Administrativo Norte	136

Tribunal Central Administrativo Sul.....	136
Jurisprudência alemã.....	136

INTRODUÇÃO

A celebração de contratos públicos entre a Administração Pública e os operadores económicos, em que se consubstancia o Direito da Contratação Pública, representa uma das áreas específicas do Direito Administrativo que tem conhecido, a uma escala global, maior preponderância nas últimas décadas, ocupando, por conseguinte, um lugar cimeiro no âmbito do Direito Administrativo Global. Com efeito, ao abrigo das estimativas da Organização Mundial do Comércio, o peso dos contratos públicos no PIB mundial situar-se-á entre os 10 e os 15%¹. Na União Europeia, tal percentagem ascende aos 16%.²

Atenta a relevância económica deste setor, urgiu a construção de um quadro legal no plano internacional enformador dos regimes nacionais de contratação pública, em que sobressaem as diretivas da União na matéria – destinadas a harmonizar os regimes nacionais dos contratos públicos quer dos Estados-Membros quer dos países do Espaço Económico Europeu - e que se prende ao estabelecimento de um mercado interno, alicerçado num conjunto de princípios fundamentais como sejam o da igualdade de tratamento e da não discriminação, o da concorrência e o da transparência.

No entanto, desde o final da década de 1980, começou a gizarse na União um percurso no sentido da utilização da contratação pública como ferramenta concomitantemente apta a prosseguir políticas sociais, sob o eixo da conciliação dessa esfera de políticas com as que tradicionalmente enformam esta disciplina jurídica.

Procurar-se-á traçar os contornos evolutivos na matéria no seio daquela normatividade e compreender se existem condições para a prossecução de um modelo contratual-público socialmente responsável na União Europeia ou se, pelo contrário, esse objetivo se afigura inalcançável em virtude de uma tensão insuperável face aos valores concorrenciais.

Os moldes do nosso desiderato de investigação pautar-se-ão pela vocação pragmática, ou, por outras palavras, constituirá nosso intuito densificar *quais* as possibilidades que o Direito da União Europeia confere à promoção da responsabilidade social na contratação pública e, em função desses elementos, compreender os instrumentos de que os Estados-Membros dispõem para prosseguir políticas sociais nesse âmbito.

¹ Dado disponível no sítio oficial da Organização Mundial do Comércio, disponível em através do link www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm.

² Ao abrigo da mais recente estimativa da Comissão Europeia na matéria, de 29 de março de 2017, em www.ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/public-procurement.

Terminaremos o estudo a que nos propomos referindo-nos ao Código dos Contratos Públicos Português, visando aferir-lhe as soluções legislativas dedicadas à realização de uma contratação pública socialmente responsável e inclusiva, sob o signo transpositivo das diretivas de 2014. Numa palavra: será, entre nós, o Direito da União Europeia o instrumento propulsor de uma contratação pública socialmente responsável?

Com vista a que os propósitos académicos traçados se cumpram, sistematizaremos o presente incurso em três capítulos, aos quais se seguirá a conclusão: um primeiro capítulo voltado para a génese das considerações sociais no seio do Direito da União Europeia da Contratação Pública, convocando, sobretudo, os arestos do Tribunal de Justiça da União Europeia na matéria e sua positivação nas diretivas de 2004, bem como o estudo realizado às experiências transpositivas subsequentes dos Estados-Membros no tocante às variáveis sociais; um segundo capítulo, em que nos moveremos em abordar o labor dos instrumentos de *soft law* que antecedeu às diretivas de 2014, no cerne das quais auscultaremos cada um dos adventos acolhidos ao nível da responsabilidade social, sob o signo da «Estratégia Europa 2020»; e um terceiro e último capítulo, focado na experiência de transposição das diretivas de 2014 no Código dos Contratos Públicos, em que teremos a oportunidade de indagar *se e como* se pode realizar a contratação pública socialmente responsável no ordenamento jurídico português.

Este é um tema que impera estudar, num panorama que concebe com pendor crescente a contratação pública como um instrumento de prossecução de fins de interesse público de natureza não somente económico-financeira³. Trata-se de o perspetivar na qualidade de motor de outras tantas mais-valias societárias, como sejam o combate à discriminação racial, a promoção de condições de trabalho digno, a integração de grupos desfavorecidos, a igualdade entre homens e mulheres no emprego ou a inserção laboral de deficientes. Os contributos doutrinários, não obstante existentes e válidos, afiguram-se ainda numa larga desvantagem face aos produzidos em matéria de inclusão de considerações ambientais na contratação pública, discrepância que se agudiza no caso português, pouco voltado para o estudo específico deste domínio de que o jusadministrativista tanto deve cuidar.

³ Cf. JUAN JOSÉ PERNAS GARCÍA, *Contratación Pública Verde*, La Ley, 2011, p. 18.

CAPÍTULO I - AS CONSIDERAÇÕES SOCIAIS E A SUA AFIRMAÇÃO PAULATINA NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA DOS CONTRATOS PÚBLICOS

1. Caracterização da contratação pública socialmente responsável

Em termos simplistas, entendemos que a contratação pública socialmente responsável poderá ser definida como toda aquela que se revela apta a gerar mais-valias para o bem-estar das sociedades modernas⁴, designadamente com vista ao esbatimento das iniquidades que lhes subjazem.

Tais esforços, que enunciámos holisticamente, não poderão precipitar-nos a ambições megalómanas e irrealistas, ao abrigo das quais a compra pública amiga do bem comum se revelaria apta a dar resposta a toda e qualquer maleita social de uma assentada. Não só tal desiderato se lhe revelaria manifestamente inexequível numa perspectiva isolada, como também, e fundamentalmente, advogamos uma via de *especialização*.

Compete-nos concretizar esta última referência. Nesse sentido, perspectivamos que as entidades adjudicantes deverão delinear, com o maior escrupulo que lhes for possível, o escopo das desigualdades da vida em sociedade que, em determinado contexto histórico e *in casu*, pretendem (também) diluir por meio de uma concreta aquisição ou conjunto de aquisições públicas. Comprar *socioestrategicamente* carecerá inelutavelmente – não o olvidemos – de arquitetar com sapiência, ponderação e tecnicidade as situações de emergência social a que se pretende acudir.

Têm-se revelado, pois, inúmeras as categorias visadas nessa função, não inovadora, mas crescentemente acolhida ao nível da contratação pública. Entre elas, salientam-se tradicionalmente a promoção de políticas ativas de emprego, de apoio a cidadãos portadores de deficiência, de igualdade de género, de inclusão de grupos desfavorecidos, entre outras.

Com efeito, e conforme supramencionado, esta recetividade à utilização estratégica dos contratos públicos não constitui, de todo, uma abordagem absolutamente inovadora, se nos detivermos numa escala global. Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, África do Sul e Malásia já dela se haviam socorrido. No direito norte-americano, em particular, o *approach* em apreço

⁴ Em sentido semelhante veja-se cf. JO BARRAKET, ROBYN KEAST e CRAIG FURNEAUX, *Social procurement and New Public Governance*, Routledge, 2016, p. 4.

encontra-se classicamente enraizado, com acuidade no domínio do combate à discriminação racial⁵.

Independentemente, porém, da antiguidade de práticas ou do âmbito de utilização da contratação pública socialmente responsável que estejam em questão, impera-lhes um denominador comum: a funcionalização deste instrumento jurídico para a prossecução de outros interesses públicos que não apenas os de feição estritamente economicista, em vias de superação do modelo tradicionalmente acolhido, ao abrigo do qual a contratação pública apenas teria que ser eficiente do ponto de vista financeiro.⁶

De facto, e em termos generalizados – sem prejuízo das ressalvas que tivemos oportunidade de efetuar – as finalidades dos contratos públicos dotavam-se de contornos restritivos, isto é, as entidades adjudicantes moviam-se na satisfação das necessidades públicas coletivas numa lógica fundamentalmente circunscrita à maximização de receitas ou minimização de custos. O exercício socialmente responsável desse poder de compra não se configurava, na maior parte dos casos, sequer como objetivo prosseguido pelas entidades públicas, enquanto entidades adjudicantes.

Hodiernamente, atento o peso inoxidável da contratação pública nas economias de mercado, bem como as coordenadas sociais, políticas, jurídicas e económicas vigentes, força-se o esboroar paulatino do paradigma enunciado anteriormente. Assiste-se, cada vez mais, à perspetivação dos contratos públicos sob o signo das suas potencialidades regulatórias, ou seja, as compras públicas não se esgotam numa participação jurídico-ideologicamente assética no mercado. Na verdade, não se trata tão-só de participar no mercado, mas, a título concomitante, de o regular em atinência a objetivos de política social preconizados⁷.

Tal, de resto, não deixa de consubstanciar uma concretização aprimorada do desígnio subjacente ao princípio da prossecução do interesse público, que tão estrutural e transversalmente conforma a atuação das entidades públicas em cada ordenamento jurídico, por mais divergentes que estes últimos se afigurem nas suas coordenadas substantivas. Sejamos mais explícitos: independentemente da fonte normativa propulsora da utilização estratégica em apreço da contratação pública – questão que, por agora, não nos detém – as políticas sociais tendem a

⁵ Cf. CRISTOPHER R. NOON, “The use of racial preferences in public procurement for social stability” in *Public Contract Law Journal*, vol. 38, n.º 3, 2009, p. 601-618. Ainda sobre esta vertente – vital para a estabilidade social – será interessante atentar às práticas da contratação pública da África do Sul e da Malásia, ao abrigo das quais é concedido um tratamento preferencial na adjudicação dos contratos públicos aos grupos raciais historicamente vítimas de discriminação, cf. SIMONA MORETTINI, “Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law” in EDOARDO CHITI e BERNARDO GIORGIO MATTARELLA (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law – Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer, 2011, p. 188.

⁶ Cf. DACIAN. DRAGOS e BODOGNA NEAMTU, “Sustainable public procurement in EU: experiences and prospects” in FRANÇOIS LICHÈRE, ROBERTO CARANTA e STEEN TREUMER (eds.), *Modernising Public Procurement: the New Directive*, DJOF Publishing, 2014, p. 301.

⁷ Cf. CRISTOPHER MCCRUDDEN, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford University Press, 2007, p. 3.

ocupar um lugar cimeiro no domínio político-legislativo dos Estados. Assim, revelando-se os contratos públicos, para além dos seus objetivos apontados como imediatos, um meio potencialmente favorecedor de matérias de justiça social, a consagração legal de mecanismos de fruição desse potencial no âmbito desta disciplina jurídica, mais do que desejável, é vital porque impulsionadora de uma maximização inteligente da satisfação das diferentes necessidades públicas coletivas.

Aqui chegados, sindicar-nos-ão – e oportunamente – que terminemos com um exemplo que ilustre, com clarividência, a dinâmica sobre a qual nos debruçamos. Pois bem, basta pensarmos num contrato de empreitada de obra pública, pelo qual se pretende obter a instalação de um hospital público (e, por tal, dando resposta a essa necessidade social da coletividade), mas por via do qual se vislumbra, simultaneamente, um outro fim de interesse público, traduzido na exigência de o empreiteiro garantir a contratação de uma determinada percentagem de trabalhadores deficientes para realizar aquela obra.

2. Contratação pública socialmente responsável e mercado interno

2.1. O embate com a principiologia tradicional

Ao direito da União Europeia dos contratos públicos preside um conjunto de princípios basilares, laborados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, e enquadráveis no objetivo de estabelecimento do mercado interno⁸ – anteriormente mercado comum⁹ – em que a contratação pública detém um peso fundamental.¹⁰ Entre eles, sobressaem os princípios da igualdade de tratamento e não discriminação, da concorrência e da transparência.¹¹

Com efeito, foi, fundamentalmente, com o intuito de abrir os contratos públicos a uma concorrência efetiva à escala dos Estados-Membros da União Europeia, ancorado nas liberdades básicas de circulação e na não discriminação dos operadores económicos em razão da nacionalidade¹², que o legislador da União erigiu, paulatina mas afincadamente, um regime jurídico

⁸ Objetivo consagrado no artigo 3º, nº3 do Tratado da União Europeia.

⁹ Retenhamos que o mercado comum arrancou em 1958 e que já viria a ser materializada uma menção à contratação pública no âmbito dos Programas Gerais de 18 de dezembro de 1961. Cf. CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários da contratação pública*, Coimbra Editora, 2007, pp. 303ss.

¹⁰ Atentemos na mais recente estimativa da Comissão Europeia na matéria, de 31 de outubro de 2014, de acordo com a qual os contratos públicos assumem um peso de 16% no PIB da União Europeia, disponível em: www.ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/public-procurement.

¹¹ Para maiores desenvolvimentos, entre outros, cf. ANA NEVES, “Os Princípios da Contratação Pública”, in *Estudos de Homenagem ao Doutor Sêrvulo Correia*, Vol. II, Coimbra Editora, 2010, pp.30ss.

¹² A este propósito será pertinente uma leitura, entre tantos merecedores de menção, do Acórdão *Überschar*, de 8 de outubro de 1980, proc. 870/79, e do Acórdão *Land Hessen*, de 6 de junho de 2002, proc. C-366/00.

voltado para a harmonização das legislações nacionais na disciplina da contratação pública, consubstanciado em sucessivas gerações de diretivas na matéria.

Nesse sentido, facilmente se intui o quão exigível se torna um ambiente concorrencial alheio ao maior obstáculo à solidificação do mercado interno: o protecionismo económico dos Estados-Membros. Os entes públicos, ao visarem privilegiar, direta ou indiretamente, os agentes económicos nacionais, em detrimento das empresas provenientes de outros Estados-Membros, na adjudicação dos contratos públicos, incorrem em violação dos princípios constantes do Tratado de Funcionamento da União Europeia e que são objeto de concretização pela disciplina postulada nas diretivas, nomeadamente o princípio da igualdade no seu corolário de proibição da discriminação em razão da nacionalidade.¹³

Dito isto, constitui uma variável inegável que as considerações sociais, no domínio dos contratos públicos podem, de facto, inserir-se numa estratégia protecionista dos Estados, nomeadamente ao nível da promoção de políticas ativas de emprego, como o demonstra a experiência. O Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se precisamente a esse respeito no acórdão *Comissão v. Dinamarca*¹⁴, em que, no âmbito de um contrato de empreita de obra pública (uma ponte que seria construída sobre o rio Storebaelt), se escrutinava a conformidade com o direito da União de uma cláusula contratual que exigia a utilização «o mais ampla possível (entre outros fatores, mas para o que nesta sede releva) de mão-de-obra» nacional. O entendimento perfilhado na aludida jurisprudência não poderia ter sido outro senão o de uma desconformidade manifesta daquela cláusula com as liberdades básicas de circulação consagradas no Tratado.

Destarte, visando inibir quaisquer incursões protecionistas que pudessem ameaçar a consolidação do mercado interno, a possibilidade de propulsão de políticas sociais nos procedimentos de contratação pública foi sempre uma matéria descurada no contexto das sucessivas gerações de diretivas anteriores às de 2004.¹⁵

¹³ Notemos que o TJUE já se pronunciou no sentido da aplicabilidade dos princípios fundamentais do Tratado a todos os contratos públicos suscetíveis de relevarem no contexto do mercado interno, independentemente da circunstância de se encontrarem ou não abrangidos, em razão da matéria e/ou do valor, pela disciplina constante das diretivas. Cf. entre muitos outros, o acórdão *Telaustria*, de 7 de dezembro de 2000, proc. C-324/98; o acórdão *Comissão/França*, de 20 de outubro de 2005, proc. C-264/03; o acórdão *Parking Brixen*, de 13 de outubro de 2005, proc. C-458/03; o acórdão *Comissão/Itália*, de 21 de fevereiro de 2008, proc. C-412/04; e o acórdão *Engelmann*, de 9 de setembro de 2010, proc. C-64/08.

Ressalvemos, todavia, um conjunto de circunstâncias especiais, desprovidas de «um interesse transfronteiriço certo», que poderão justificar a desnecessidade de um apelo concorrencial não meramente nacional, designadamente quando se trate de «um interesse económico muito reduzido», em que «os efeitos nas liberdades fundamentais em causa seriam demasiado aleatórios e demasiado indiretos para se poder concluir que os mesmos foram eventualmente violados». Cf. Acórdão *Coname*, de 21 de julho de 2005, proc. n.º C-231/03; e acórdão *Secap*, de 15 de março de 2008, procs. n.º C-147/06 e C-148/06.

¹⁴ Cf. Acórdão *Comissão v. Dinamarca*, de 22 de junho de 1993, proc. C-243/89.

¹⁵ As disposições de foro social eram escassas, destacando-se as atinentes aos regimes preferenciais. Cf. art. 23, n.º 1 da Diretiva 93/37/CEE, relativa à coordenação dos processos de empreitada de obras públicas; art. 28º, n.º 1 da Diretiva 92/50/CEE, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços; art. 29º, n.º 1 da Diretiva 93/38/CEE, de 4 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

A renitência legislativa que enunciámos radicava, por tal, da incompatibilidade que verosimilmente seria gerada entre a utilização *socioestratégica* dos contratos públicos e os moldes preconizados de observância dos princípios do Direito da União Europeia subjacentes à construção do mercado interno, rol no qual não se inseria, naturalmente, qualquer recetividade a um *princípio da responsabilidade social*.

A propulsão de políticas sociais através dos contratos públicos era concebida como inimiga de uma atmosfera concorrencial plena na União, uma vez que precipitaria a uma redução significativa do número de concorrentes aptos para o preenchimento de tais exigências e a um recrudescimento potencial da discricionariedade das escolhas¹⁶, o que desembocaria, com grau elevado de probabilidade e na esteira do que expusemos, no favoritismo pelos operadores económicos nacionais, em termos abusivos e violadores, inclusivamente, do princípio da transparência – não constituísse uma das dimensões essenciais deste princípio o respeito pelos “*valores da isenção, objetividade e imparcialidade do procedimento de adjudicação, visando assegurar a seriedade da contratação pública*”.¹⁷

2.2. Uma era pós-Beentjes?

A admissibilidade da instrumentalização da contratação pública para a prossecução de objetivos de ordem social teve início, embora em moldes tímidos, com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, posteriormente acolhida nas diretivas de 2004¹⁸, o que reveste de acuidade a asserção de MEILÁN GIL de acordo com a qual o direito da União Europeia dos contratos públicos resulta de um “*fenómeno de feed-back [em que] jurisprudência y norma se retroalimentam*”.¹⁹

2.2.1. Decisões emblemáticas do Tribunal de Justiça

I) O Acórdão Beentjes

Neste acórdão²⁰, da fase final da década de 1980, foi indagado, num concurso para a adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas, se existiria (ou não) uma violação

¹⁶ Cf. CRISTOPHER MCCRUDDEN, *Buying Social Justice...*, p. 114ss.

¹⁷ Cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, “Princípios da Contratação Pública” in *Revista dos Contratos Públicos*, nº11, CEDIPRE, Almedina, 2016, p. 63.

¹⁸ Cf. NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Almedina, 2013, p. 287.

¹⁹ Cf. JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, “Prólogo” in CLAUDIA VIANA, *Os princípios comunitários...*, p.8.

²⁰ Cf. Acórdão *Gebroeders Beentjes v. Países Baixos*, proc. 31/87, de 20 de setembro de 1988.

das disposições constates da Diretiva 71/305/CEE²¹ quando uma entidade adjudicante exigisse aos concorrentes o cumprimento de uma condição respeitante à contratação de desempregados de longa duração.

O Tribunal de Justiça considerou que não existiria a aludida desconformidade com a diretiva contanto que daí não adviesse qualquer violação dos princípios regedores do Direito da União Europeia, com uma referência especialmente atenta ao princípio da não discriminação em razão da nacionalidade.

Com efeito, a condição especial de execução do contrato que mencionámos só poderia ser entendida como lícita à luz do Direito da União na medida em que não acarretasse, direta ou indiretamente, uma incidência discriminatória em relação aos concorrentes de outros Estados-Membros (um cenário que se verificaria caso se apurasse que aquela exigência «*apenas poderia ser preenchida pelos proponentes nacionais ou que seria mais dificilmente preenchida por proponentes de outros Estados-Membros*»), devendo, além disso, constar obrigatoriamente do anúncio do concurso (em atinência ao princípio da transparência).

Considerado o mais emblemático no que concerne à inclusão de considerações sociais na contratação pública, o busilis da pronúncia do Tribunal de Justiça no seio deste acórdão residiu, em abono da verdade, com maior premência na salvaguarda do princípio da não discriminação e das liberdades de circulação do que propriamente num rasgo de sensibilização face ao potencial *socio sustentável* dos contratos públicos.²² No entanto, não olvidamos que foi pioneiro na matéria e o contributo embrionário de um percurso que paulatinamente se faria rumo a uma nova era desta disciplina jurídica.

II) O Acórdão Nord-Pas de Calais

Volvidos doze anos, no acórdão *Nord-Pas de Calais*²³, igualmente a respeito de um concurso para a adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas, o TJUE pronunciou-se no sentido da admissibilidade da inclusão de um critério relativo à luta contra o desemprego quando a adjudicação fosse feita à proposta economicamente mais vantajosa, contanto que respeitado um conjunto de pressupostos.

²¹ Cf. Diretiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas.

²² Cf. ROBERTO CARANTA, "Sustainable Public Procurement in the EU" in ROBERTO CARANTA e MARTIN TRYBUS (eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, DJOF Publishing Copenhagen, 2010, p. 20.

²³ Cf. Acórdão do TJUE *Comissão v França*, proc. C-225/98, de 26 de setembro de 2000.

O Tribunal de Justiça esclareceu a licitude do referido subcritério de adjudicação ao abrigo do Direito da União Europeia, sob a exigência da observância de todos os princípios estruturantes daquela normatividade, em particular no que atine à fixação e à aplicação não discriminatórias do subcritério em apreço e à publicitação expressa do mesmo no anúncio do concurso.

No entanto, tal reconhecimento processou-se em moldes algo peculiares, que nos fazem crer que o acórdão em estudo se revestiu de um significado redobrado no domínio da contratação pública socialmente responsável, ainda que a título *incidental*.

Pois bem, a Comissão Europeia, contraposta à República Francesa, sustinha que a luta contra o desemprego, à luz do acórdão *Beentjes*, apenas poderia ser promovida enquanto condição especial de execução do contrato e não no âmbito dos critérios de adjudicação, os quais se encontravam confinados ou ao preço mais baixo ou à proposta economicamente mais vantajosa.

Em alusão ao acórdão *Beentjes*, o Tribunal de Justiça não deu, porém, provimento ao argumento apresentado pela Comissão Europeia, na medida em que o que estava em causa naquele anterior processo era, não uma condição especial de execução do contrato, mas, diversamente, um subcritério densificador da proposta economicamente mais vantajosa, que poderia ter lugar desde que compatível com a principiologia do Direito da União Europeia, em especial no tocante às implicações de não discriminação e de publicidade que tivemos oportunidade de referir.

Destarte, o Tribunal invocou o acórdão *Beentjes* enquanto eixo cognoscitivo sob o signo do qual admitiu, na sentença que nos prende, um subcritério de determinação da proposta economicamente mais vantajosa relativo à luta contra o desemprego.

Tal fundamentação revela-se obscura, uma vez que se nos afigura inequívoco que, no acórdão *Beentjes*, a exigência de contratar desempregados de longa duração a nada mais se reportava senão a uma condição especial de execução do contrato. Conforme proferido pelo Tribunal de Justiça nessa mesma sentença: «(...) *temos de convir, antes de mais que essa condição não tem que ver com (...) os critérios de adjudicação das obras enumerados no artigo 29º da diretiva*» (no caso, a Diretiva 71/305/CEE).²⁴

²⁴ Nesse sentido, cf. HUMBERTO GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?” in *Justicia Administrativa*, nº20, 2003, p. 59ss.

Sem prejuízo do que foi dito, cumpre ressaltar: a nossa crítica atine apenas àquela invocação jurisprudencial na fundamentação supracitada, e não ao teor da conclusão propriamente dita a que o Tribunal de Justiça chegou no acórdão *Nord-Pas de Calais*.

Com efeito, enquadrámos esta última tão-só como o reconhecimento da margem discricionária conferida aos Estados-Membros e respetivas entidades adjudicantes para, na observância dos pressupostos que mencionámos, concretizarem o que conceberiam *in casu* como a *proposta economicamente mais vantajosa*, discricionariedade radicada da previsão não exaustiva dos elementos potencialmente densificadores daquele critério de adjudicação na então vigente Diretiva 93/37/CEE.²⁵ Nada a obstar.

Em jeito de término, e finalmente em encontro ao que havíamos adiantado, cremos que o busilis das implicações deste acórdão assumiu coordenadas um tanto colaterais, porque, conforme sublinhado por SUE ARROWSMITH, sempre se teria evidenciado um *princípio da simetria* por força do qual aquilo que fosse admissível enquanto condição especial de execução do contrato sê-lo-ia, outrossim, nos critérios de adjudicação enquanto variável enformadora da proposta economicamente mais vantajosa.²⁶

III) O Acórdão Concordia Bus

No acórdão *Concordia Bus*²⁷, o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se, num concurso para a adjudicação de um contrato de serviço de transporte público, quanto à possibilidade de serem integradas considerações ambientais, como os gases e o ruído emitidos pelos autocarros, no âmbito do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa. O pano de fundo em apreço não se revestia, portanto, de natureza social. Contudo, grande parte das conclusões proferidas pelo TJUE nesta sede são transponíveis, e em moldes decisivos, para o domínio da inclusão de considerações sociais entre os elementos possivelmente enformadores daquele critério de adjudicação.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça esclareceu que quaisquer fatores passíveis de definirem a proposta economicamente mais vantajosa deveriam ser objeto de publicitação prévia e respeitar os princípios relevantes do Direito da União Europeia, designadamente o princípio da não

²⁵ Cf. Artigo 30º, nº1, alínea b) da Diretiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitada de obras públicas.

²⁶ Cf. SUE ARROWSMITH, "Application of the EC Treaty and directives to horizontal policies: a critical review" in SUE ARROWSMITH e PETER KUNZLIK (eds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, 2009, p. 240.

Em visão semelhante, ainda cf. DACIAN DRAGOS e BODOGNA NEAMTU, "Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects" in FRANÇOIS LICHÈRE, ROBERTO CARANTA e STEEN TREUMER (eds.), *Modernising Public Procurement*...p. 305-306.

²⁷ Cf. Acórdão do TJUE *Concordia Bus Finland*, proc. C-513/99, de 17 de setembro de 2002.

discriminação²⁸. Tais condições, mesmo que com menor detalhe, já haviam constado da jurisprudência anteriormente escrutinada. As novidades residiriam na inclusão de uma terceira condição, atinente à ligação ao objeto do contrato²⁹, e, ainda, no rompimento com a conceção ao abrigo da qual os subcritérios densificadores da proposta economicamente mais vantajosa teriam que se revestir de natureza económica.³⁰

Por tal, entendemos que o acórdão *Concordia Bus* representa um complemento digno de ressalva no que tange à especificação dos pressupostos a serem observados por todo e qualquer critério de inclusão social sob a abrangência da *proposta economicamente mais vantajosa*. Sistematizemo-los:

- i) A conformidade de tais critérios com os princípios relevantes do Direito da União Europeia, em especial o princípio da não discriminação;
- ii) A publicitação prévia dos critérios;
- iii) A ligação dos critérios ao objeto do contrato.

Destarte, a explicitação de tais requisitos e da desnecessidade da omnipresença de um benefício económico, através do contrato, para a entidade adjudicante permite-nos concluir que se encontrariam reunidas as condições para uma compreensão mais cabal das exigências nucleares a respeitar para que o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa pudesse consubstanciar um palco, pelo menos em algum grau, viabilizador de políticas sociais.

2.2.2. A Comunicação Interpretativa da Comissão de 2001 sobre a possibilidade de integrar considerações sociais na contratação pública

Na sequência da jurisprudência *Beentjes* e *Nord-Pas de Calais*, do TJUE, a Comissão Europeia emitiu a Comunicação Interpretativa de 15.10.2001, – COM(2001) 566 final – *sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar considerações*

²⁸ O TJ frisou, neste caso, que a observância do princípio da não discriminação deveria ser escrutinada à luz da globalidade dos elementos constantes do processo, não resultando como violado, *per se*, pela circunstância de apenas um reduzido número de operadores económicos se revelar apto a satisfazer um dos subcritérios de adjudicação fixados pela entidade adjudicante.

²⁹ Requisito que o TJUE considerou encontrar-se preenchido no acórdão *Concordia Bus*, mas que, como aponta NUNO CUNHA RODRIGUES, seria objeto de *guide lines* mais sólidas no acórdão *Wienstrom*, proc. C-384/07, de 18 de dezembro de 2008. Com efeito, nesse acórdão, no contexto de um concurso para a adjudicação de um contrato de fornecimento de eletricidade, foi entendimento do TJ que não se encontraria ligado ao objeto do contrato um subcritério de adjudicação que respeitasse aos níveis de eletricidade gerados por fontes de energia renováveis excedentes das expectativas de consumo da entidade adjudicante (o objeto do contrato). Cf. NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública ...*, p. 273

³⁰ Cf. Considerando 55 do acórdão *Concordia Bus*: «(...) não se pode excluir que fatores que não são puramente económicos possam afetar o valor de uma proposta no entender da (...) entidade adjudicante».

sociais nesses contratos. Ancorada no reconhecimento da relevância a conferir às matérias sociais na consolidação do modelo económico europeu, a Comissão fez sobressair a pertinência da exigência de condições de execução contratual destinadas ao combate a flagelos como o desemprego, a discriminação sexual e racial e a exclusão de determinados grupos sociais, contanto que tal não bulisse com os princípios relevantes do Direito da União Europeia, nomeadamente os princípios da igualdade e não discriminação.³¹

Ainda que movida no esbatimento metodológico das dificuldades suscitadas pelo acolhimento manifestamente minimalista dos aspetos sociais nas diretivas da contratação pública então vigentes, a Comissão Europeia mantinha um posicionamento conservador na matéria. De facto, sustentava que subcritérios de índole social apenas seriam passíveis de acolhimento no âmbito do critério de adjudicação *proposta economicamente mais vantajosa* na medida em permitissem à entidade adjudicante a extração de algum benefício económico (conceção que, como tivemos oportunidade de escrutinar, seria adiante ultrapassada com o acórdão *Concordia Bus*).

Por outro lado, na Comunicação em estudo, a Comissão, fundada numa interpretação enviesada do acórdão *Nord-Pas de Calais*, sugeriu que aspetos sociais sem conexão ao objeto do contrato poderiam ser utilizados como critérios acessórios, conducentes a um desempate perante a circunstância de as entidades adjudicantes se depararem com duas ou mais propostas economicamente equivalentes.

Não nos merece qualquer crédito este entendimento, na medida em que, não só da aludida jurisprudência não é de reter qualquer reflexo nesse sentido, como, além disso, prescindir da ligação exigida pelas diretivas da contratação pública entre, por um lado, os referidos subcritérios sociais e, por outro, o objeto do contrato, nunca seria admissível. Como bem refere NUNO CUNHA RODRIGUES, «*pode discutir-se, de jure condendo, a necessidade de ligação entre os sub-critérios de adjudicação e o objeto do contrato. O que não pode é passar-se por cima das directivas, como parece fazer a Comissão*»³².

Em suma, acreditamos que a Comissão Europeia haveria começado a preocupar-se em enquadrar com a mínima solidez as potencialidades de propulsão de uma contratação pública socialmente responsável, mas estaria ainda refém de uma visão restritiva que em pouco auxiliaria as entidades adjudicantes dos Estados-Membros no alcance de tal desiderato. Em abono da

³¹ Em sentido semelhante, cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*, Almedina, 2012, p. 422.

³² Cf. NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública Como Instrumento...*, p. 290.

verdade, pelo contrário: atendendo ao que nos pronunciámos, confundi-las-ia (confinando-as, mesmo, em vários aspetos) com algumas das suas *guide lines* nesse domínio.

2.2.3. As Diretivas-contratos públicos de 2004

Foi a jurisprudência do Tribunal de Justiça que, com maior alcance, desencadeou a recetividade à dimensão socialmente responsável da contratação pública na Diretiva 2004/18/CE³³ e na Diretiva 2004/17/CE³⁴.

Competir-nos-á, nesse sentido, escrutinar cada um dos momentos-chave para aquele efeito, auscultando-lhes os avanços face às omissões da geração anterior de diretivas.

Em primeiro lugar, no que respeita às “oficinas protegidas”, o artigo 19º da Diretiva 2004/18/CE e o artigo 28º da Diretiva 2004/17/CE dispunham que os Estados-Membros poderiam reservar a participação em processos de adjudicação ou a execução de contratos, no âmbito de programas de empregos protegidos, a empresas cujos trabalhadores em causa fossem, na sua maioria, deficientes que, por força da natureza ou gravidade da deficiência, não pudessem exercer uma atividade profissional em condições normais.

Sem prejuízo da aludida discriminação positiva a favor desse universo de empresas, a concorrência entre aquelas que se encontrassem nas mesmas condições, à luz das exigências previamente publicitadas pelas entidades adjudicantes, não deveria ser apartada. Por conseguinte, somos avessos a um potencial entendimento de que as Diretivas permitiriam automaticamente às entidades adjudicantes a adjudicação de contratos a “oficinas protegidas” específicas, em desconsideração apriorística pela necessidade de assegurar a concorrência àquele nível.

Outra novidade residia no artigo 23º (e considerando 29º) da Diretiva-clássica e no artigo 34º (e considerando 41º) da Diretiva-setores especiais, atinentes às especificações técnicas, as quais, sempre que possível, deveriam contemplar os critérios de acessibilidade para as pessoas com deficiência ou da conceção para todos os utilizadores. Essas especificações técnicas deveriam ser claramente indicadas, de modo a que todos os proponentes tivessem pleno conhecimento dos requisitos estabelecidos pelas entidades adjudicantes.

Cumpre-nos, ainda neste âmbito, ressaltar que passava a ser possível às entidades adjudicantes exigirem que as obras, produtos ou serviços a adquirir apresentassem rótulos

³³ Cf. Diretiva 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.

³⁴ Cf. Diretiva 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 setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

comprovativos do preenchimento de determinadas características ambientais (*rótulos ecológicos*), desde que assegurada a admissão de rótulos equivalentes³⁵. Todavia, não existia qualquer menção, no texto das Diretivas, aos *rótulos sociais*.

No que concerne às condições de execução contratual, o artigo 26º (e considerando 33º) da Diretiva-clássica e o artigo 38º (e considerando 44º) da Diretiva-setores especiais previam em moldes literais, e com igual pioneirismo, que as entidades adjudicantes poderiam fixar condições de índole social para o efeito, contanto que compatíveis com o Direito da União Europeia e constantes do anúncio do concurso ou do caderno de encargos. A título exemplificativo, aquelas poderiam recair sobre aspetos como a obrigação de recrutar pessoas à procura de emprego (em especial, os desempregados de longa duração), de promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres ou a diversidade étnica ou racial, de empregar um número de pessoas deficientes que ultrapassaria o número exigido pela legislação nacional, entre outras.³⁶

As disposições em apreço traduziam-se na positivação do acórdão *Beentjes*³⁷ de acordo com a visão que subscrevemos, que enquadra a referida jurisprudência no domínio das condições especiais de execução do contrato. Evidenciava-se, pois, a atinência pelo legislador da União Europeia a matérias jusantes aos procedimentos pré-contratuais.³⁸

Em relação às obrigações resultantes das disposições em matéria de proteção e condições de trabalho vigentes nos locais de execução dos contratos, os artigos 27º da Diretiva-clássica e 39º da Diretiva setores-especiais postulavam que as entidades adjudicantes poderiam indicar, ou ser obrigadas a indicar pelos Estados-Membros, no caderno de encargos, o organismo ou organismos junto dos quais os candidatos ou proponentes poderiam obter essas informações.

Nesse caso, as entidades adjudicantes deveriam solicitar aos proponentes no processo de adjudicação que indicassem terem considerado tais informações na elaboração das respetivas propostas.

Nada que a anterior geração de diretivas já não previsse. Na verdade, nesse mesmo sentido, dispunham anteriormente o artigo 23º da Diretiva 93/37/CEE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitada de obras públicas; o artigo 28º da Diretiva 92/50/CEE, relativa à coordenação de processos de adjudicação de contratos públicos de serviços; e o artigo

³⁵ Para maiores desenvolvimentos, cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de direito...*, p. 428.

³⁶ Cf. Comunicação da Comissão sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar aspectos sociais nesses contratos, de 15.01.2001, COM (2001) 566 final, pp. 17-18.

³⁷ Cf. SUE ARROWSMITH, "Application of the EC Treaty and directives to horizontal policies: a critical review" in SUE ARROWSMITH e PETER KUNZLIK (eds.), *Social and Environmental...*, p. 242.

³⁸ Cf. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *El contrato administrativo*, CIVITAS, 2003, p. 196.

29º da Diretiva 93/38/CEE, relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

No que atine à sanção por violação de legislação social ou laboral vinculativa, nos termos dos artigos 45º e 54º da Diretiva-clássica e da Diretiva-setores especiais, respetivamente, as entidades adjudicantes poderiam excluir dos procedimentos de contratação candidatos ou proponentes que tivessem sido condenados, por sentença com força de caso julgado, por delitos que afetassem a sua honorabilidade profissional; bem como poderiam excluir concorrentes grosseiramente incumpridores das respetivas obrigações em matéria profissional, ou que não tivessem efetuado os pagamentos devidos no domínio das contribuições para a segurança social, dos impostos e outras contribuições, de acordo com as legislações dos países de estabelecimento ou dos países das entidades adjudicantes.

Todavia, também aqui, parecia não ter sido introduzido qualquer elemento de inovação face às diretivas-contratos públicos da década de 1990. Bem vistas as coisas, a mesma solução havia sido acolhida no artigo 24º da Diretiva 93/37/CEE, no artigo 29º da Diretiva 92/50/CEE e no artigo 31º da Diretiva 93/38/CEE.

Ainda neste domínio sancionatório, as entidades adjudicantes poderiam rejeitar propostas caso comprovassem que elas se revelavam anormalmente baixas em virtude do desrespeito das disposições relativas às condições de proteção e de trabalho vigentes nos locais de execução das prestações. Tal possibilidade era reconhecida, se bem que em moldes incipientes, no artigo 43º da Diretiva-clássica e no artigo 57º da Diretiva-setores especiais, na esteira do que já decorria dos artigos 30º, 37º e 34º das Diretivas 93/37/CEE, 92/50/CEE e 93/38/CEE, respetiva e vagamente.

A respeito da qualificação dos proponentes por referência à sua capacidade técnica e/ou profissional, o artigo 48º da Diretiva-clássica e o artigo 54º da Diretiva-setores especiais possibilitavam a consideração de elementos subjetivos dos candidatos, como a competência e a experiência – aqui relevantes quando conveniente *social know-how* - mas pareciam globalmente mais voltados para considerações do escopo ambiental³⁹.

Com efeito, e confinando-se àquele domínio da sustentabilidade, o legislador havia estabelecido que, nos contratos de empreitada de obras públicas e nos contratos públicos de serviços (unicamente nos casos apropriados), a capacidade técnica dos operadores económicos

³⁹ Cf. ROBERTO CARANTA, "Sustainable Procurement" in MARTIN TRYBUS, ROBERTO CARANTA e GUNILLA EDELSTAM, *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Bruylant, 2014, p. 177.

poderia ser comprovada pela indicação de medidas de gestão ambiental que os operadores económicos pudessem aplicar aquando da execução do contrato.

No que concerne aos critérios de adjudicação, a solução consagrada no artigo 53º da Diretiva-clássica e no artigo 55º da Diretiva-setores especiais era a de que quando a adjudicação fosse feita, não ao critério de adjudicação do preço mais baixo, mas ao da proposta economicamente mais vantajosa, as entidades adjudicantes poderiam basear-se em diversos fatores, ligados ao objeto do contrato e previamente publicitados, entre os quais poderiam figurar «características ambientais» (em conformidade com as conclusões do acórdão «Concordia Bus»).

Aparentemente apartadas daquele rol estariam as considerações de índole social, o que não corresponde à verdade. Pese embora a ausência de uma menção expressa, não há dúvida de que a enumeração constante dos preceitos legais em apreço se revestia de uma natureza meramente exemplificativa (utilizada, mesmo, pelo legislador a expressão «por exemplo»).

Aliás, até relativamente à geração de diretivas da contratação pública da década de 1990, o Tribunal de Justiça já se havia pronunciado no sentido de que «*os critérios que podem ser escolhidos a título de critérios de adjudicação de um contrato à proposta economicamente mais vantajosa não são enumerados de modo taxativo*».

Acresce que o considerando 1º da Diretiva-clássica e, idem, o considerando 1º da Diretiva-setores especiais – o que, de resto, revela a importância conferida a estes aspetos - estabeleciam que cada uma daquelas se baseava «*na jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente naquela relativa aos critérios de adjudicação, que explica quais as possibilidades de as entidades adjudicantes satisfazerem as necessidades dos públicos em causa, incluindo no domínio (...) social*», desde que aqueles critérios estivessem ligados ao objeto do contrato, não conferissem às entidades adjudicantes liberdade de escolha ilimitada, fossem expressamente indicados e respeitassem os princípios fundamentais do Direito da União Europeia.

Por conseguinte, o legislador da União Europeia, consagrando a jurisprudência dos acórdãos *Nord-Pas de Calais* e *Concordia Bus* (que, no alcance das suas conclusões, não se cinge aos aspetos ambientais), não descurou de acolher as possibilidades de serem visadas considerações sociais na contratação pública, em especial no domínio dos critérios de adjudicação, adstritas a um conjunto de limites.

⁴⁰ No mesmo sentido, cf. CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários...*, p. 562-563.

⁴¹ Cf. Acórdão *Gesellschaft*, proc. C-315/01, de 19 de junho de 2003.

Não obstante, em termos finalísticos, não existir nas Diretivas-contratos públicos de 2004 diferenciação no atinente a possibilidades e limites ao abrigo dos quais os aspetos sociais e ambientais poderiam ser acolhidos no seio dos critérios de adjudicação, a ausência de uma referência expressa às considerações sociais, a par das ambientais, nos preceitos especificamente respeitantes a esta matéria (artigos 53º e 55º da Diretiva-clássica e da Diretiva-setores especiais, em respetivo) não nos pode ser indiferente.

Com efeito, tal opção, na nossa visão, não deixou de imprimir uma nota de alguma menorização do primeiro grupo de considerações face ao segundo, certamente conducente, na prática, a um acolhimento menos controvertido dos aspetos de índole ambiental em comparação aos de índole social por parte das entidades adjudicantes, no contexto da determinação da proposta economicamente mais vantajosa.

Esse espírito subalternizador – em moldes inequívocos – foi o mesmo que presidiu à abstenção de qualquer menção aos *rótulos sociais* no âmbito das especificações técnicas e o que as apartou, também, de uma referência expressa no domínio da qualificação dos candidatos em função da sua capacidade técnica e/ou profissional.

Uma última palavra: sem prejuízo das limitações que tivemos oportunidade de apontar, não exacerbamos o nosso negativismo dogmático. Na verdade, cremos que foram inolvidáveis os avanços das Diretivas-contratos públicos de 2004 por comparação às da geração anterior: inauguram, de facto, a positivação de uma abordagem mais abrangente e elucidativa a respeito das matérias sociais no seio desta disciplina jurídica, em mitigação do espírito mais omissivo e ambíguo das diretivas da década de 1990.

Destarte, não nos revemos em toda a aceção do entendimento de SIMONA MORETTINI quando refere que o legislador da União Europeia declinou sensibilidade a esta ordem de fatores nas Diretivas da contratação pública de 2004.⁴²

Entendemos, em sentido um pouco diverso, que este consubstanciou o primeiro verdadeiro esforço legislativo de compatibilização entre, por um lado, a concorrência, e, por outro lado, a dimensão social dos contratos públicos. Seguramente, não deixamos de discernir as especiais cautelas de que se revestiu esse compromisso de concordância entre os valores em causa, radicado do clássico receio, nomeadamente da Comissão Europeia, de que à adoção das considerações sociais na contratação pública subjazesse uma estratégia encapotada de

⁴² Cf. SIMONA MORETTINI, "Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law" in EDOARDO CHITI e BERNARDO GIORGIO MATTARELLA (eds.), *Global Administrative...*, p. 194

protecionismo económico dos Estados-Membros, em manifesta violação dos Tratados da União Europeia.⁴³

É, igualmente, invidável que a implementação de quase a totalidade dos aspetos sociais que detalhámos se encontrava, à luz das Diretivas-contratos públicos de 2004, na disponibilidade dos Estados-Membros e respetivas entidades adjudicantes, em relação aos quais não decorriam, na grande maioria dos casos, vinculações estritas neste domínio.

Atendendo ao conjunto de considerações que fizemos, nem julgamos adequada uma referência a este marco do Direito da União Europeia dos contratos públicos como inócuo do ponto de vista da esfera de responsabilidade social, nem como dotado de uma genuína vocação propulsora da contratação pública socialmente responsável.

Encaramo-lo, desprovidos de radicalismos, enquanto uma elucidação quantitativa e qualitativamente amadurecida dos termos sob o signo dos quais os Estados-Membros e respetivas entidades adjudicantes poderiam viabilizar políticas sociais no contexto das suas compras públicas.

Afigura-se-nos que, nas Diretivas de 2004, as preocupações concorrenciais constituíam o eixo da regulamentação postulada, cuja salvaguarda seria sempre condição *sine qua non* a qualquer rasgo de permeabilidade aos aspetos de índole social, conforme vimos. Todavia, não nos parece pertinente, mesmo em função dessa circunstância, catalogar como *secundárias* as políticas sociais nesse estágio do Direito da União Europeia dos contratos públicos.

Com efeito, tal pressuporia uma menorização apriorística do estatuto das políticas sociais, o que nunca esteve em questão, atendendo ao igual patamar de dignidade de que se revestiam e revestem relativamente às demais políticas tradicionais da União Europeia.

Por último, a referida terminologia revela-se, ainda, manifestamente desadequada em virtude das dificuldades inerentes ao gizar de uma fronteira entre políticas *primárias* e *secundárias* na contratação pública. Nada obsta a que, *in casu*, uma entidade adjudicante vise, não apenas as vantagens respeitantes à aquisição pública de um bem ou serviço em si, mas também, a título tão ou até mais importante, responder estrategicamente a uma determinada maleita social por intermédio daquela compra pública.⁴⁴

⁴³ Cf. ROBERTO CARANTA, "Sustainable Public Procurement in the EU" in ROBERTO CARANTA e MARTYN TRYBUS (eds.), *The Law of Green and Social...*, p. 49.

⁴⁴ Nesse sentido, cf. SUE ARROWSMITH e PETER KUNZLIK, "Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles" in SUE ARROWSMITH e PETER KUNZLIK (eds.), *Social and Environmental...*, pp. 13-14. Os autores sugerem, diversamente, a designação "políticas horizontais".

3. Um panorama das experiências nacionais

A receptividade dos Estados-Membros da União Europeia às considerações sociais nos contratos públicos corresponde a um dado de difícil avaliação.⁴⁵

No entanto, parece ser possível traçar-se dois modelos opostos nesse domínio: um primeiro modelo, protagonizado pela Espanha, que entende que o desiderato supremo de toda a contratação pública é a sustentabilidade (social, económica e ambiental), que lhe deve ser omnipresente, razão pela qual não se revela sequer adequada uma oposição dogmática entre considerações sociais e concorrência.⁴⁶ Um segundo modelo, encabeçado por países como a Alemanha, a França e a Roménia, traça, pelo contrário, como conflitantes as preocupações sociais e as concorrenciais nos contratos públicos, demandando um ponto de coexistência entre aquelas nas suas legislações nacionais.⁴⁷

O impacto das diretivas de 2004 na adoção de um modelo de contratação pública socialmente responsável pelos Estados-Membros e respetivas entidades adjudicantes não logrou tantos nem tão aprofundados estudos quanto os dedicados à incorporação dos aspetos ambientais nos contratos públicos.

Todavia, em 2011 foram publicadas as conclusões de um estudo dotado de alguma consistência, dado que debruçado sobre um universo de 2300 entidades adjudicantes dos 27 Estados-Membros de então e dos países do Espaço Económico Europeu (embora este último grupo não nos releve no incurso em apreço).⁴⁸ Apurara-se que 49% das entidades adjudicantes referidas admitiam incorporar, pelo menos com alguma frequência, considerações sociais no seio dos contratos públicos celebrados, percentagem aquém da inclusão de aspetos ambientais (64%).

Noruega e Holanda ocupavam o estatuto de *front-runners* na matéria, com uma percentagem de inclusão de aspetos sociais nos procedimentos nacionais de contratação pública superior a 40%. Índices entre os 30% e os 40% registavam-se, ainda, nos Estados-Membros que se seguem: Roménia, Dinamarca, Lituânia, Eslováquia, Suécia, Espanha, Alemanha, Finlândia, Grécia e Áustria. No rol dos menormente receptivos, na ordem de apenas 20%, figuravam a Eslovénia, a Polónia e a República Checa.

⁴⁵ Cf. DACIAN DRAGOS e BODOGNA NEAMTU, "Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects" in FRANÇOIS LICHÈRE, ROBERTO CARANTA e STEEN TREUMER (eds.), *Modernising Public Procurement*...p. 310.

⁴⁶ Cf. JULIO GONZÁLEZ GARCÍA, "Sustainability and Public Procurement in the Spanish Legal System" in ROBERTO CARANTA e MARTIN TRYBUS (eds.), *The Law of Green and Social...*, pp. 235ss.

⁴⁷ Cf. MARIO E. COMBA, "Green and Social Considerations in Public Procurement Contracts: A Comparative Approach" in ROBERTO CARANTA e MARTIN TRYBUS (eds.), *The Law of Green and Social...*, p. 299ss.

⁴⁸ Cf. MICHAEL ESSIG, JOEP FRIJDAL, WALTER KAHLENBORN e CHRISTINE MOSER, *Strategic Use of Public Procurement in Europe: Final Report to the European Commission*, Bruxelas, Bélgica: Comissão Europeia, 2011.

A atinência às preocupações sociais obtinha maior destaque face às ambientais no domínio das condições de execução do contrato (33% vs. 29%) e menor no respeitante às especificações técnicas (33% vs. 66%) e aos critérios de adjudicação (34% vs. 49%).

Sendo, por um lado, certo que o primeiro caso e o segundo não nos espantam – é nosso entendimento que as condições de execução contratual constituem, por excelência, um momento nuclear para a contemplação de considerações sociais no contrato, tal como as especificações técnicas se traduzem na sede estratégica para as ambientais –, ao terceiro não nos abstermos de um apontamento. Com efeito, acreditamos que os aspetos de índole social obteriam menor expressão do que os ambientais no seio do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, não só, mas muito também em virtude da consagração algo incipiente da possibilidade de contemplação daqueles, nas Diretivas-contratos públicos de 2004, conforme, de resto, já nos havíamos pronunciado.

Entre as preocupações sociais visadas em maior grau pelas entidades adjudicantes dos Estados-Membros, o protagonismo era assumido pela luta contra o desemprego (32%) e pela promoção do trabalho digno (32%: máxime direitos laborais, em atenção às convenções da Organização Internacional do Trabalho), com a promoção da consciência social das empresas a assumir-se como diminutamente perspetivada (em apenas 7% dos casos). Parece-nos apreensível a justificativa do cenário em apreço: as primeiras matérias laborais elencadas assumiram, sem dúvida, historicamente o lugar cimeiro da contratação pública social.⁴⁹

No que concerne ao alcance transpositivo propriamente dito das Diretivas de 2004 pelos Estados-Membros, na maioria dos casos, a opção por que enveredaram foi tão-só a de *permitir* que as respetivas entidades adjudicantes incluíssem considerações sociais no âmbito da contratação pública. Todavia, alguns foram mais além e postularam-nas como obrigatórias nas suas legislações nacionais, em determinados casos. Tal sucedeu muito especialmente no domínio das condições de execução dos contratos.

Nesse sentido, referimos, a título ilustrativo, o Regulamento Anti-Discriminação da Suécia (2006), ao abrigo do qual determinadas entidades públicas estavam vinculadas a contemplar condições sociais na execução dos contratos de obras públicas e de aquisição de serviços que celebrassem, enquanto entidades adjudicantes, acima de um determinado valor. Outrossim, em Espanha, de acordo com a Lei Orgânica 3/2007, o Conselho de Ministros determinaria, com uma periodicidade anual, quais os contratos e os respetivos termos em que o Governo Central

⁴⁹ Para maiores desenvolvimentos, cf. CRISTOPHER MCCRUDEEN, *Buying Social Justice...*, pp. 31-56.

incorporaria forçosamente condições especiais de execução contratual destinadas a promover uma efetiva igualdade de oportunidades entre homens e mulheres no mercado de trabalho.⁵⁰

Um outro aspeto que nos parece relevante atine à ausência de implementação de qualquer programa nacional de ação para a contratação pública socialmente responsável em específico, contrastando com o verificado face à *contratação pública verde* (em que a larga maioria dos Estados-Membros o fazia).

No entanto, alguns mostravam-se recetivos a iniciativas de âmbito local e regional na matéria (nomeadamente Suécia, Áustria, França, Alemanha e Itália). Além disso, os aspetos sociais na contratação pública compartilhavam com os ambientais programas de ação nacionais na Holanda e em França. Em Itália, tal não acontecia, mas no âmbito do programa nacional de ação para a contratação pública verde, estabelecia-se que os fatores de índole social deveriam ser considerados quando possível. Por último, Áustria, Bélgica, Noruega e Polónia dedicavam programas nacionais de ação para a contratação pública inovadora e social e ambientalmente responsável (destarte, três dimensões dos contratos públicos eram visadas: a ambiental, a social e a da inovação).

Da nossa parte, não deixamos de enquadrar tais vetores à luz de um compromisso ainda generalizadamente carecido de uma visão estratégica e holística da necessidade de promoção da responsabilidade social através dos contratos públicos. Com efeito, aliada à transposição das Diretivas para as legislações nacionais da contratação pública, cremos que se afiguraria da maior pertinência que os Estados-Membros a fizessem acompanhar de abordagens complementares com esse propósito, o que, conforme constante do estudo que convocámos, não ocorreu em moldes simultaneamente nacionais e específicos.

Curiosamente, no rol dos principais obstáculos à contratação pública social, não figurava o aumento dos custos (apenas apontado expressamente por 21,3% das entidades adjudicantes visadas). No que concerne a um entorpecimento ao nível da concorrência, 30,6% sentia repercussões traduzíveis na diminuição do número de propostas recebidas, mas conseguia, sem dificuldade, adquirir aquilo que pretendia. Unicamente 11% assumia menor facilidade em atrair propostas, ainda que sem chegar a um ponto comprometedor.

⁵⁰ Com um posicionamento crítico a respeito da necessidade de um acordo anual do Conselho de Ministros na matéria, apontando como mais eficaz a especificação, no seio da própria Lei Orgânica, dos contratos que estariam sujeitos à inclusão daquelas condições especiais de execução contratual, cf. BERNAL BLAY, "Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del sector Público" in *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, X, 2008, p. 251.

Destarte, ainda que inoxidáveis, aqueles tradicionais obstáculos ao acolhimento de considerações sociais nos contratos públicos pareciam não colher empiricamente as proporções catastróficas à luz das quais eram concebidas sob o ponto de vista teórico.

Debrucemo-nos sobre os demais pontos nevrálgicos. Quase metade das entidades adjudicantes escrutinadas (43,3%) confirmou uma maior morosidade nas suas compras públicas e 55% não deixava de perspetivar um grau de complexidade acrescido por via da implementação de tal ordem de preocupações, essencialmente dada a respetiva necessidade de monitorar o cumprimento efetivo das exigências sociais fixadas e o *know-how* requerido no domínio.

Com efeito, o referido controlo, no caso das considerações sociais, ocorria tão-só em 16,3% dos casos, em virtude de inúmeras dificuldades, como a ausência de meios para o efeito. Tais coordenadas são merecedoras de preocupação.

A título paradigmático, cumpre-nos referir, mesmo que em moldes forçosamente breves, uma experiência espanhola a esse propósito. O Decreto-Lei Real 9/2008, de 28 de novembro, criava o Fundo Estatal de Investimento Local (FEIL) e previa, no âmbito da promoção do emprego e do relançamento holístico da economia, que os contratos de empreitada de obras públicas financiadas por aquele fundo deveriam incluir uma cláusula que suporia, como condição especial de execução desses contratos, que os funcionários que os adjudicatários necessitassem de afetar adicionalmente à execução das obras se encontrassem em situação oficial de desemprego (com inscrição nos centros de emprego), conferindo-se a prioridade aos desempregados de longa duração.

Todavia, o controlo do cumprimento da exigência em apreço foi descurado. Tal qual constante das conclusões de um relatório do Tribunal de Contas espanhol na matéria, uma parte dos contratos financiados pelo FEIL não incluiu sequer a obrigação de que a contratação adicional de funcionários que se mostrasse necessária à execução das obras recaísse sobre cidadãos oficialmente desempregados. Do Decreto-Lei Real 9/2008 não decorriam as consequências de um eventual incumprimento, por parte das empresas adjudicatárias, da condição especial de execução contratual sobre que nos debruçamos. Nessas coordenadas, não estranhámos que numa fração significativa dos casos não tenha sido contratualmente estabelecida qualquer sanção para aquela inobservância, o que germinou um quadro de incumprimento comprometedor de uma medida que tencionava fomentar o emprego em pleno contexto de uma grave crise económico-financeira.

Conforme assinala BERNAL BLAY, tão importante quanto incorporar condições sociais de execução dos contratos públicos revela-se a determinação das consequências do seu incumprimento⁵¹. Em adição, cremos que impera monitorar com solidez o cumprimento efetivo daquelas exigências por parte dos adjudicatários, termos que jamais se podem compadecer – como aconteceu em muitos destes contratos – com a ineficácia de um controlo efetuado pelas entidades adjudicantes tão-só com base nas declarações prestadas pelas empresas adjudicatárias.

Não obstante, e em balanço de tudo o que dissemos, cremos que se assistia a alguma sensibilização, por parte dos Estados-Membros, à inserção de aspetos de índole social nos contratos públicos. O impulso do Direito da União Europeia nesse sentido não se revestiu de insignificância. Contrariamente, vemo-lo, neste estágio, como impulsionador de, pelo menos, uma abertura à atinência desta dimensão. Ainda que não inovadora, a contratação pública socialmente responsável merecia, pela primeira vez, um verdadeiro, mesmo que contido, aval legislativo da União Europeia, após todo um percurso de desconfiança para com a mesma, que inibia, de um modo geral, os Estados-Membros de a incorporarem.

As oportunidades que se estendiam não foram totalmente desperdiçadas. Vimos que alguns Estados-Membros se pautaram, inclusive, por um compromisso transpositivo das Diretivas de 2004 que evidenciou uma elevada valorização desta esfera nos contratos públicos. Índices satisfatórios de implementação das políticas sociais no seio da disciplina jurídica que nos ocupa foram registados em vários Estados-Membros.

No entanto, esta abordagem situava-se aquém dos resultados logrados no domínio da *contratação pública verde*, e ainda denotava incipiência. Tal como havíamos notado, sob a redação das Diretivas-contratos públicos de 2004, os aspetos sociais não obtinham uma concretização quantitativa e qualitativamente nivelada face aos ambientais, pelo que não nos vota a um estado de incredulidade a (consequente) disparidade dos resultados experienciados. A somar a esta circunstância, a Comunicação Interpretativa da Comissão Europeia de 2001 sobre a possibilidade de integrar considerações sociais na contratação pública não se dotava da clareza, da extensividade e da consistência dos instrumentos de *soft law* atinentes à sustentabilidade ambiental na contratação pública.

⁵¹ Cf. MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY, “El desarrollo de políticas activas de empleo através de los contratos públicos” in JUAN JOSÉ PERNAS GARCÍA (Diretor), *Contratación Pública Estratégica*, Thomson Reuters, 2013, p. 179

Neste quadro de inigualitário labor daquelas duas dimensões aludidas, no Direito da União Europeia, era parcialmente explicável a menor vocação concretizadora pelos Estados-Membros das considerações sociais nos contratos públicos.

Porém, a atmosfera em apreço não se esgotava nesta ordem de razões, presidindo também outras, de feição mais *estrutural*: além das variáveis de complexidade acrescida que tendiam a ser percecionadas na contratação pública socialmente responsável e dos demais fatores problemáticos a que aqui tivemos oportunidade de aludir, União Europeia e respetivos Estados-Membros comungavam a perceção de que o preenchimento do requisito fundamental de ligação ao objeto do contrato era muito mais difícil de sustentar no caso dos aspetos sociais do que no dos ambientais, em virtude de estes últimos se reconduzirem mais facilmente ao bem, à obra ou ao serviço a adquirir, em si considerados (pensemos no papel reciclado ou nos autocarros “verdes), e os primeiros à organização interna do adjudicatário (como condições de trabalho, igualdade de oportunidades) e ao processo produtivo (por exemplo, *fair trade coffee*).⁵² Este ponto será detalhado adiante.

⁵² Cf. MARIO E. COMBA, “Green and Social Considerations in Public Procurement Contracts: A Comparative Approach” in ROBERTO CARANTA e MARTIN TRYBUS (eds.), *The Law of Green and Social...*, p. 318.

Capítulo II - A Reforma do Direito da União Europeia dos Contratos Públicos (2014)

1. Um novo contexto para a contratação pública socialmente responsável

As Diretivas de 2004 consagraram, pela primeira vez (isto é, em moldes de mínima consistência), preceitos vocacionados para a viabilização da contratação pública socialmente responsável. Sem prejuízo de um conjunto de fragilidades auscultadas, a generalidade das abordagens transpositivas dos Estados-Membros não se pautou por um completo insucesso nesse sentido, conforme vimos.

Subsequentemente registar-se-iam importantes desenvolvimentos na matéria. Em 2010, o “Relatório Monti”⁵³ assinalou que reforçar as possibilidades de integração de objetivos de políticas sociais deveria constituir um dos elementos centrais a visar em reforma futura do Direito da União Europeia dos Contratos Públicos. Tal revelar-se-ia vital no âmbito da própria “Estratégia Europa 2020”.

Com efeito, no seio da Comunicação “Europa 2020 estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”⁵⁴, a Comissão Europeia configurara a contratação pública como um instrumento amplamente propulsor do paradigma de sustentabilidade preconizado pela União Europeia. Nesse sentido, cumpriria harmonizar com o máximo escrúpulo os vetores sociais com os económicos e os ambientais, dado que, em conjunto, determinariam o curso do desenvolvimento sustentável, na qualidade de seus três pilares.

Por conseguinte, em janeiro de 2011, a Comissão desencadeou o processo reformador do Direito da União Europeia da Contratação Pública, mediante o “Livro Verde sobre a modernização da política dos contratos públicos da UE – para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa” (“Livro Verde 2011”),⁵⁵ documento gerador de um processo de consulta pública que obteve uma resposta significativa por parte dos parceiros sociais, dos grupos de reflexão e das Organizações Não Governamentais (ONGs).

Comprometida a avançar com propostas legislativas « *o mais tardar no início de 2012, com o objetivo de simplificar e atualizar a legislação europeia aplicável aos contratos públicos, a fim de*

⁵³ Cf. “Relatório Monti”, *Uma nova estratégia para a o mercado único ao serviço da economia e da sociedade*, Relatório para o Presidente da Comissão Europeia Durão Barroso, por Mário Monti, 09.05.2010.

⁵⁴ Cf. Comissão Europeia, “Europa 2020 estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”, 03.03.2010., COM (2010) 2020 final.

⁵⁵ Cf. Comissão Europeia, “Livro Verde sobre a modernização da política dos contratos públicos da UE – para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa”, COM (2011) 15 final.

(...) *permitir uma melhor utilização deste tipo de contratos para apoiar outras políticas*», a Comissão Europeia enquadrou, no contexto deste “Livro Verde 2011”, as preocupações de índole social como desideratos a serem atendidos, não sob uma ótica meramente viabilizadora, mas, acima de tudo, de incentivo, rumo a um paradigma de contratação pública holisticamente apto a enfrentar os desafios colocados pelo imperativo de uma gestão cada vez mais eficiente dos fundos públicos.⁵⁶

A permeabilidade à dimensão social continuaria a não poder traduzir-se na assunção de encargos desproporcionados ou bulir com a concorrência nos mercados dos contratos públicos, mas cremos que se assistia a uma mitigação do espírito subalternizador com que aquela era acolhida. Embora nunca tenhamos julgado adequada uma concetualização das políticas sociais como *secundárias* na contratação pública (conforme disséramos), não nos parece negável que as mesmas não constituíam uma das prioridades desta disciplina jurídica, não obstante toda a progressiva atinência de que eram objeto. Esse cenário, com o processo de reforma do Direito da União Europeia dos Contratos Públicos, começou a apresentar sinais de alguma inversão.

A tónica de perceção das variáveis sociais passava a residir, mais do que nunca, num alcance de *complementaridade*, ao invés de *acessoriedade*, face ao foco tradicional da contratação pública (a salvaguarda da concorrência, da transparência, e da igualdade no mercado da União Europeia dos contratos públicos).⁵⁷

Em agudização dessa visão, no “Livro Verde”, a Comissão propunha, mesmo, que, além das regras procedimentais («como comprar»), as Diretivas fossem mais ambiciosas e impusessem requisitos obrigatórios às entidades adjudicantes ou previssem incentivos para orientar as suas decisões sobre os bens ou serviços a contratar («o que comprar»), o que colheria particular pertinência na inclusão dos cidadãos portadores de deficiência.

Ao “Livro Verde” seguiram-se, em dezembro de 2011, três propostas de Diretivas no domínio dos contratos públicos, apresentadas com o intuito de reformar a legislação da União Europeia na matéria. Uma das prioridades insitas àquelas propostas era a de alargar as possibilidades de utilização da contratação pública em abono de objetivos sociais.⁵⁸

Destarte, após longas negociações entre o Parlamento Europeu e o Conselho (o qual, entre outros, revelava algum ceticismo quanto a um acolhimento extensivo da contratação pública social), o pacote legislativo destinado a modernizar e a *sociorresponsabilizar* o Direito da União

⁵⁶ Em sentido semelhante, cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito...*, p. 417-419.

⁵⁷ Cf. ROBERTO CARANTA, “Sustainable Procurement” in MARTIN TRYBUS, ROBERTO CARANTA e GUNILLA EDELSTAM, *EU Public Contract Law...*, p. 166.

⁵⁸ Cf. Comissão Europeia, “Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos”, COM (2011) 896 final.

Europeia da Contratação Pública foi adotado a 26 de fevereiro de 2014. Escrutinar-lhe-emos a substância no ponto seguinte.

De qualquer modo, afigura-se-nos oportuno assinalar que reformar o Direito da União Europeia dos Contratos Públicos em prol de desideratos de bem-estar social não se esgota numa opção política; acima de tudo, importa enquadrá-lo enquanto desígnio que não se encontra a descoberto do Direito da União Europeia originário.⁵⁹

Com efeito, o artigo 2º do Tratado da União Europeia dispõe que a União se funda, entre outros valores, no respeito pela dignidade humana, na igualdade e na observância dos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Por conseguinte, esses valores são comuns aos Estados-Membros numa sociedade em que a solidariedade impera. A União Europeia assume um pendor marcadamente social.⁶⁰

Além disso, ao abrigo do nº3 do artigo 3º do Tratado da União Europeia, a promoção da justiça e da coesão sociais, aliada à luta contra a exclusão e as discriminações, assume centralidade na estruturação de uma economia social de mercado. Por conseguinte, entendemos que o estabelecimento do mercado interno, tal-qual decorre do preceito em análise, não assenta em moldes meramente economicistas ou *associiais*. Pelo contrário, o pleno emprego, o progresso e o bem-estar sociais não são desarticulados do conjunto dos desideratos visados por um mercado que se ambiciona altamente competitivo. Numa palavra: modelo económico e valores sociais apresentam interconexão e interdependência no Direito da União Europeia, não se revelando a matriz de qualquer um deles passível de alheamento em relação ao outro.

Por seu turno, encontram-se consagrados importantes princípios nesta matéria no seio do Tratado de Funcionamento da União Europeia. O princípio da integração das políticas sociais (artigo 9º) implica que a União, na definição e execução das suas políticas e ações, atente às exigências relacionadas com a promoção de um nível elevado de emprego, a garantia de uma proteção social adequada, a luta contra a exclusão social e um nível elevado de educação, formação e proteção da saúde humana. O princípio da promoção da igualdade de género (artigo 8º) convoca a eliminação das desigualdades nesse domínio na esfera de todas as políticas da União. Afigura-se-nos relevante assinalar, ainda, que, nos termos do artigo 10º, a luta contra a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou

⁵⁹ Cf. BEATE SJAFJELL e ANJA WIESBROCK, "Why should procurement be about sustainability?" in BEATE SJAFJELL e ANJA WIESBROCK, *Sustainable Public Procurement under EU Law: new perspectives on the State as a Stakeholder* (eds.), Cambridge, 2015, p. 4.

⁶⁰ Cf. PAUL CRAIG, *The Lisbon Treaty: Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford, 2010, p. 312.

orientação sexual é, igualmente, visada na definição e execução das políticas e ações da União Europeia (*principle of non-discrimination integration*⁶¹).

Novamente a respeito da complementaridade entre os modelos económico e social da União Europeia, e se algum resquício de dúvida pudesse subsistir nesse sentido, cumpre-nos referir o princípio geral da coerência das políticas da União, constante do artigo 7º do Tratado de Funcionamento da União Europeia. A União deve assegurar consistência entre as suas diferentes políticas, com vista a um ponto ótimo de harmonia entre as económicas e as sociais (e ambientais), únicas coordenadas em que se torna alcançável o compromisso autoafirmativo duradouro de sustentabilidade e congruência que analisamos.

Do aludido conjunto de disposições, acrescido à consagração de um leque de direitos sociais na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁶², é-nos possível apurar que a União se encontra adstrita à prossecução genérica de um modelo social (*o modelo social da União Europeia*), ainda que respeitando os dos Estados-Membros.⁶³

Dito isto, é nosso firme entendimento que a contratação pública, domínio da máxima relevância jurídico-económica na União Europeia, não poderia furtar-se à extração das devidas consequências de se evidenciar também como instrumento propulsor do modelo social preconizado originariamente no Direito da União. A essa luz, afigura-se-nos que a reforma de 2014 das Diretivas da contratação pública, sob o signo (entre outras variáveis, mas para o que nos interessa) da responsabilidade social, colhe aprioristicamente o maior acerto enquanto seu reforço concretizador⁶⁴, cujos méritos substantivos indagaremos.

2. As Diretivas de 2014

2.1. O estatuto das políticas sociais na contratação pública

A reforma de 2014 é composta por um pacote de três diretivas: a Diretiva 2014/23/UE aplica-se às concessões de obras públicas e de serviços públicos; a Diretiva 2014/24/UE atine aos contratos de empreitada de obras públicas, contratos de fornecimento e contratos de serviços

⁶¹ Cf. ANJA WIESBROCK e BEATE SJAFJELL, "Public procurement's potential for sustainability" in BEATE SJAFJELL e ANJA WIESBROCK, *Sustainable Public Procurement under EU Law: new perspectives on the State...*, p. 234.

⁶² Atentar com particular ênfase nos preceitos do capítulo III da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

⁶³ Cf. DAGMAR SCHIEK, "The EU's Socio-economic Model(s) and Crisi(es) – any Perspectives?" in DAGMAR SCHIEK (ed.), *The Eu Economic and Social Model in the Global Crisis: Interdisciplinary Perspectives*, Routledge, 2013, p. 7.

⁶⁴ Mais recentemente, a Comunicação da Comissão Europeia, de 3 de outubro de 2017, intitulada *Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa* – COM(2017) 572, refere-se à "adoção generalizada da contratação pública estratégica" como prioridade a desenvolver pelos Estados-Membros.

públicos; e, por fim, a Diretiva 2014/25/EU aplica-se aos contratos públicos no âmbito dos denominados “setores especiais” (isto é: água, energia, transportes e serviços postais). As diretivas são aplicáveis quando o valor estimado dos contratos em questão for igual ou superior *aos limiares de aplicação* das mesmas. Iremos centrar a nossa exposição nas duas últimas diretivas referenciadas.

Como sublinhámos, não há dúvida que um dos marcos da reforma do Direito da União Europeia dos Contratos Públicos respeitou à utilização estratégica destes últimos em prol de objetivos públicos de sustentabilidade, como os de índole social.⁶⁵

Nesse sentido, vejamos, desde logo, que os considerandos das Diretivas dispõem que a contratação pública desempenha um papel fundamental no âmbito da Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, devendo permitir que os adquirentes utilizem melhor os contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns.⁶⁶

Todavia, se aquele signo reformador se revela inequívoco nos aludidos considerandos das Diretivas, não olvidamos que a sua referência se regista com posteridade naquela sede face às preocupações concorrenciais ínsitas a um conjunto de princípios estruturantes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (designadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como os princípios dele decorrentes, como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência).⁶⁷

Cumpre-nos, pois, equacionar se a tal ordenação de menções se encontra implícito o juízo tradicional de primazia conferido à concorrência no Direito da União Europeia dos Contratos Públicos, ou se não será essa a leitura de intencionalidades a mais correta a empreender-se face ao presente estágio da disciplina jurídica que nos detém. Tendemos para a primeira opção, ainda que cientes do gizar de uma progressiva consciencialização da necessidade de um renovado paradigma.

Com efeito, tomamos como um cenário difícil de sustentar aquele ao abrigo do qual o legislador da União teria incorrido em tal opção por pura casualidade. Na verdade, parece-nos que à mesma teria presidido invariavelmente a primordialidade concedida à lógica de promoção e salvaguarda de uma atmosfera concorrencial plena no mercado da União Europeia dos contratos públicos e, por conseguinte, do próprio mercado interno. Isto sem prejuízo do gizar expresso de

⁶⁵ Cf. DACIAN DRAGOS e BODOGNA NEAMTU, “Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects” in FRANÇOIS LICHÈRE, ROBERTO CARANTA e STEEN TREUMER (eds.), *Modernising Public Procurement...*, p. 302.

⁶⁶ Cf. Considerandos 2 e 4 da Diretiva 2014/24/UE e da Diretiva 2014/25/UE, respetivamente.

⁶⁷ Cf. Considerandos 1 e 2 daquelas diretivas.

um novo modelo para a contratação pública na União, que se assume – pela primeira vez em termos enfáticos – como prossecutor de esferas de sustentabilidade que não estritamente económicas.⁶⁸

Por outras palavras, constatamos como impressa nos considerandos das diretivas uma *mitigação* da sacralidade concorrencial tradicional, que se procurava abster da ingerência de outras variáveis. Afigura-se-nos emergir uma conceção de alguma *complementaridade* entre políticas sociais e concorrenciais na contratação pública, em moldes historicamente ímpares, mas não se nos indicia, aqui, um reconhecimento de igualdade de estatuto entre aquelas políticas, como, a nosso ver, o direito da União originário orientaria.

A mesma ratio legislativa parece-nos inscrita nos preceitos das Diretivas atinentes aos princípios da contratação pública. Confirmemo-lo: tanto o n.º2 do artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE como o n.º2 do artigo 36.º da Diretiva 2014/25/UE inserem o respeito pelas obrigações em matéria social naquele domínio principiológico, o que, à partida, se dotaria da maior relevância, na medida em que os princípios normativos são «*os fundamentos axiológico-normativos e constitutivos do direito*», tal-qual, entre nós, CASTANHEIRA NEVES ensina.⁶⁹

Contudo, igualmente aqui, cumpre assegurar alguma parcimónia hermenêutica. Com efeito, os únicos “princípios da contratação” a nosso ver verdadeiramente previstos no artigo 18.º da Diretiva 2014/24/EU e no artigo 36.º da Diretiva 2014/25/EU constam do n.º1 de cada um deles, e esgotam-se nos seguintes: princípio da igualdade de tratamento e não discriminação, da transparência, da proporcionalidade e da concorrência.

Não se nos afigura que se assista à positivação de um princípio geral de respeito pelas obrigações em matéria social, a aditar aos princípios fundamentais do Direito da União Europeia dos Contratos Públicos supramencionados. Na verdade, não obstante a inserção no âmbito dos “princípios da contratação”, não nos deparamos, a bom rigor com a previsão de qualquer princípio normativo a esse respeito, mas tão-só com a imposição aos Estados-Membros de uma obrigação de fiscalização do cumprimento das normas sociais aplicáveis, na formação e na execução dos contratos públicos.⁷⁰

Todavia, não pretendemos imprimir uma nota de completo desmerecimento para com o avanço legislativo em apreço. Referimo-nos, categoricamente, a um *avanço*, dado que no artigo 2.º

⁶⁸ Circunstâncias em parte emergentes – mas que se pretendem como um compromisso estrutural – de uma grave crise económico-financeira, em que «a despesa pública estimuladora (stimulus spending) aproveita politicamente o conhecido potencial regulador do *public procurement*, na busca da realização dos designados objetivos políticos». Cf. PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em tempo de crise» in PEDRO GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública – III*, Coimbra Editora, 2010, p.7.

⁶⁹ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito (Extractos)*, polic., Coimbra, 1972, pp. 125ss.

⁷⁰ Neste sentido, cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, “Princípios da Contratação...”, pp. 45-46.

da Diretiva 2004/18/CE e no artigo 10º da Diretiva 2004/17/CE (atinentes aos “princípios de adjudicação dos contratos”) não constava sequer referência às variáveis sociais: sintomático de alguma *periferia* na apreciação das mesmas.

Além disso, convém não olvidarmos que, estando em questão, e pioneiramente, nas Diretivas de 2014, a *imposição* de os Estados-Membros tomarem as medidas necessárias para assegurar que, ao executarem os contratos públicos, os operadores económicos são respeitadores das obrigações em matéria social aplicáveis, não nos movemos em terreno discricionário; pelo contrário, nenhum outro entendimento procede senão o que aponta no sentido da vinculatividade jurídica de tal imposição para os Estados-Membros.⁷¹

Essa imposição ocorre, outrossim, no domínio dos contratos de concessão, à luz do nº3 do artigo 30º da Diretiva 2014/23/EU, nos mesmos termos não inseríveis no rol da principiologia estruturante do Direito da União Europeia dos Contratos Públicos (aludida no artigo 3º da mesma Diretiva), aplicando-se-lhes as considerações anteriores.

Por conseguinte, entendemos, sem prejuízo das limitações que apontámos, que o nº2 do artigo 18º (conjugado com o considerando 37) da Diretiva 2014/24/UE, bem como o nº2 do artigo 36º (conjugado com o considerando 52) da Diretiva 2014/25/EU, e o nº3 do artigo 30º da Diretiva 2014/23/UE não podem senão denotar o compromisso progressivo do legislador da União face às exigências de um paradigma de contratos públicos em que a responsabilidade social *deve* (e não apenas *pode*) ser contemplada.

Não obstante, e em atinência a tudo quanto nos pronunciámos, essa circunstância não é branqueadora da desigualdade entre o estatuto reconhecido às políticas concorrenciais e às sociais na contratação pública. Ainda que com importantes ajustes ideológicos na matéria face às anteriores (como vimos), as Diretivas de 2014 não revolucionam o edifício principiológico desta disciplina jurídica, mantendo-o, no essencial, circunscrito ao quadro dogmático com que foi classicamente estruturado.

Arriscamo-nos a avançar que não acreditamos numa verdadeira reforma em prol dos contratos públicos socialmente responsáveis que não se empenhe numa reformulação ao nível, desde logo, da principiologia do Direito da União Europeia da Contratação Pública positivada nas Diretivas, aditando- o princípio da integração social: *an umbrella principle*, que condensa o sentido das disposições de direito originário que analisáramos.

⁷¹ Cf. ANJA WIESBROCK, “Socially responsible public procurement: European value or national choice?” in BEATE SJAFJELL e ANJA WIESBROCK, *Sustainable Public Procurement...*, p.79.

Destarte, a rota de colisão com a percepção que tinge esta disciplina como bastião assético dos objetivos económicos de consolidação do mercado interno⁷² não se deveria continuar a furtar àquele aditamento, lado a lado e em paridade face aos demais princípios tradicionais dos contratos públicos constantes das Diretivas (bem como, embora não seja esse objeto do nosso estudo, o princípio da sustentabilidade ambiental, radicado no artigo 11º do TFUE).

Creemos que seriam estas coordenadas as mais teleologicamente fidedignas ao Direito da União Europeia originário, assim como à essência dos desideratos apreçados no seio da Estratégia Europa 2020 e enfatizados nas Diretivas da contratação pública.

Numa palavra: não estamos perante um mero simbolismo, provido de uma relevância tão-só teórica. Na verdade, negligenciada, *a priori*, esta questão, persistirá a amputação da veste de dignidade com que as variáveis sociais deveriam ser atendidas pelos Estados-Membros e pelas respetivas entidades adjudicantes nos contratos públicos.

Em consideração à natureza substantivamente evolutiva e flexível da principiologia do Direito da União Europeia da Contratação Pública⁷³ e a um (esperado) ponto ótimo de encontro com a densidade dogmática do princípio da integração social radicado do direito originário, pugnamos pela pertinência de um ímpeto reformador nas Diretivas naquele sentido. Eis a pedra axiológico-normativamente angular, no plano do direito derivado, de todos os demais preceitos dedicados à contratação pública socialmente responsável.

Não nos abtemos, ainda, de assinalar que o Tribunal de Justiça assumiria um papel crucial para que este rumo fosse o tomado, através da convocação jurisprudencial daquele princípio aplicável aos contratos públicos e, conseqüentemente, lançando o repto a uma intervenção legislativa no sentido que apontámos.

Por último, cumpre efetuar uma menção a dois outros aspetos. Ao cuidado da jurisprudência principialista do TJ inaugurada com o acórdão «Telaustria»⁷⁴, e conforme consta hoje das Diretivas, os princípios do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aplicam-se diretamente a todos os contratos públicos suscetíveis de impactarem no mercado interno. Por conseguinte, uma menção ao princípio da integração social na enumeração não exaustiva dos princípios visados, e não em isolacionismo relativamente aos mesmos (negando sequer tal concetualização enquanto

⁷² Sobre esta percepção histórica da contratação pública na União Europeia, entre outros, cf. GUSTAVO PIGA e STEEN TREUMER, "An introduction to four fundamental aspects of EU public procurement law from the point of view of an economist and lawyer" in GUSTAVO PIGA e STEEN TREUMER (eds.), *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Routledge, 2013, pp.1ss.

⁷³ Cf. MARIO CHITI, "I Principi" in ALESSANDRA SANDULLI, ROSANNA DE NICTOLIS e ROBERTO GAROFOLI (dir.), *Trattato sui Contratti Pubblici*, vol. I, Giuffrè, 2008, pp. 145ss.

⁷⁴ Cf. CLÁUDIA VIANA, "A anunciada reforma do direito europeu dos contratos públicos: *quo vadis?*" in *El Derecho Administrativo en perspectiva. En homenaje al Profesor José Luis Meilán Gil*, Tomos I e II, Edições RAP, 2014, p. 369.

princípio), colheria o mérito de evidenciar a sua aplicabilidade à totalidade daqueles contratos, difundindo todo um regime de *sociorresponsabilidade contratual-pública* na União.

Além disso, e com vista à inexistência de uma “dupla ética”, consideramos que o aludido princípio não afetaria unicamente a esfera da contratação pública empreendida por parte das entidades adjudicantes dos Estados-Membros, mas também aquela de que as instituições europeias fossem, elas próprias, responsáveis, encontrando-se quer umas quer outras adstritas à sua observância.⁷⁵ Com efeito, em sentido contrário, uma dualidade dessa natureza não seria admissível numa União «*de direito, (em que) o respeito da legalidade deve ser devidamente (acrescento nosso: transversalmente) garantido*».⁷⁶

2.2. Momentos estratégicos para a inclusão de aspetos sociais

2.2.0. Fase preliminar

Escrutinaremos os momentos-chave para a inclusão de variáveis sociais na contratação pública, nas Diretivas de 2014, muito em particular na Diretiva 2014/24/UE e na Diretiva 2014/25/UE, como havíamos referido. Acreditamos que eles sejam, sobretudo, as especificações técnicas, seleção e exclusão, a adjudicação, bem como as condições de execução contratual, à semelhança das diretivas anteriores.

Apartada daquela enumeração encontra-se a decisão de contatar, na medida em que a disciplina constante das Diretivas da contratação pública não se ingere nessa esfera da competência exclusiva das entidades adjudicantes dos Estados-Membros. No entanto, a decisão de contratar, nos procedimentos de contratação pública, não está a descoberto do bloco de juridicidade, pelo que não se pode inserir em qualquer estratégia assumida ou encapotadamente protecionista, à qual subjaza a intencionalidade de afastamento dos operadores económicos de outros Estados-Membros da União, o que violaria o princípio da igualdade e não discriminação, a liberdade de circulação de mercadorias, bem como a livre prestação de serviços.⁷⁷

Embora não constituam objeto do nosso escrutínio, pelas razões a que aludimos, não nos é possível negar, todavia, que a decisão de adquirir ou não adquirir e a decisão sobre o que adquirir

⁷⁵ Neste sentido, sobre a aplicabilidade dos princípios de contratação pública do Direito da União aos procedimentos contratuais-públicos eventualmente a cargo das instituições europeias, cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, “Princípios da Contratação...”, p. 44.

⁷⁶ Cf.. Acórdão do TJUE *Comissão das Comunidades Europeias/CAS Succhi di Frutta*, proc. C-496/99, 29.04.2014.

⁷⁷ Atenta essa necessária observância principiológica, não subscrevemos a posição de SUE ARROWSMITH na matéria, ao abrigo da qual «*decisions of this kind establish the market, rather than access to it, and are not subject to the free movement rules*». Cf. SUE ARROWSMITH, “Application of the EC Treaty and directives” in SUE ARROWSMITH e PETER KUNZLIK (eds.), *Social and Environmental...*p.159.

se revestem de relevância fulcral no contexto da integração das variáveis sociais nos contratos públicos.

Com efeito, e como havíamos referido, as entidades adjudicantes gozam de uma margem significativa de discricionariedade para, dentro dos limites mencionados, conceberem uma determinada aquisição pública, não apenas sob um ponto de vista dos benefícios que lhe são imediatamente reconduzíveis, mas também ao abrigo de uma ótica estratégica das mais-valias sociais que aquela proporciona. Aliás, as mais-valias a esse nível podem, mesmo, traduzir-se no pressuposto essencial da decisão de contratar, sem o qual aquela decisão não teria sequer sido tomada. Nessa mesma esteira, uma entidade adjudicante pode, diversamente, decidir não efetuar uma determinada aquisição pública, que até lhe conviria sob certo ângulo da esfera de prossecução do interesse público, em virtude da sobreposição dos efeitos sociais nefastos que seriam acarretados⁷⁸, o que sempre se traduzirá num juízo de proporcionalidade.

No que atine à decisão *de* adquirir, e inexistindo uma fronteira clara entre esta e a decisão de adquirir ou não adquirir, sabemos que o produto, a obra ou o serviço cuja aquisição é pretendida pela entidade adjudicante pode refletir intrinsecamente o fim social visado. Pensemos, a título ilustrativo, num contrato de formação destinado a promover a inserção social e profissional de refugiados, o qual expressa, *per se*, aquela prossecução e a título principal (desvanecendo-se quaisquer dúvidas a respeito da forçosa *secundariedade* das políticas sociais quando contempladas nos contratos públicos).

Pode, igualmente, e ainda em jeito de refutação da rigidez dogmática que cura de diferenciar políticas principais e secundárias na contratação pública, suceder que os objetivos de política social sejam acompanhados por outros no contexto de uma mesma compra pública, e que, nessa medida, uns e outros se assumam como complementares. Como ensina CRISTOPHER MCCRUDDEN, nada obsta a que um contrato público apresente concomitantemente finalidades diversas. Esses são, como denomina, os «*mixed purpose public contracts*». Nesse sentido, aponta como exemplo um contrato pelo qual a entidade adjudicante visa (a) adquirir *widgets*, (b) que sejam fabricados por desempregados de longa duração (objetivo de índole social).⁷⁹

Consideramos que, após uma análise cuidadosa das suas necessidades aquisitivas, a qual pode mesmo passar pelo diálogo com governos centrais, regionais e locais, sociedade civil, organizações de trabalhadores e sindicatos (conforme, aliás, sugerido no guia da Comissão

⁷⁸ Cf. SUE ARROWSMITH, "Application of the..." in SUE ARROWSMITH e PETER KUNZLIK, *Social and Environmental...*, p.130-131.

⁷⁹ Cf. CRISTOPHER MCCRUDDEN, *Buying Social...*, p. 524.

Europeia *Comprar social: guia para ter em conta os aspetos sociais nos concursos públicos*⁸⁰), e ainda por consultar preliminarmente potenciais fornecedores ou contratantes⁸¹, as entidades adjudicantes dispõem de um vasto potencial para moldarem embrionária e integralmente os seus procedimentos de contratação pública no sentido de uma acrescida responsabilidade social. Em suma: asseguradas as liberdades de circulação e os princípios fundamentais que lhes radicam, é nossa visão que as entidades adjudicantes não só *podem*, como *devem* germinar, com a precocidade inerente à decisão *de* adquirir (ou não adquirir) e à decisão *do* que adquirir, um paradigma de compras públicas e concessões apto a ir de encontro ao âmago da abrangência de anseios que a composição mais afinada do interesse público syndica.

É a essa ótica que enquadramos tais decisões como oportunidades de, num plano pré-contratual, as entidades adjudicantes exercerem uma função reguladora eficaz neste domínio.⁸² A diluição dos comportamentos aquisitivos asséticos exige a adoção perene de tal modelo contratual-público, comprometido em não desperdiçar as possibilidades de enquadrar *de raiz* muitos procedimentos contratuais, principal ou complementarmente, como resposta específica às problemáticas sociais da coletividade, como tendem a ser o desemprego, a discriminação em razão do sexo ou religião, e a exclusão de grupos sociais desfavorecidos.

Podemos ir ainda mais longe? À objeção segundo a qual a prossecução de políticas sociais através dos contratos públicos se dota de incipiência, em virtude da existência de mecanismos de intervenção do Estado que mais adequadamente as prosseguem⁸³, sempre responderíamos que as decisões *de* adquirir e *do* que adquirir a contrariam geneticamente. Na verdade, percecionamo-las como portadoras de um potencial inigualavelmente apto a endereçar as variáveis sociais, em razão da propulsão estrutural de mudanças nessa esfera. Vejamo-lo, servindo-nos ainda de um exemplo que havíamos adiantado e que ilustra esta ordem de ideias: um contrato de formação socioprofissional de refugiados, dotando-os das competências imprescindíveis à sua inserção na sociedade que os acolhe, representa, a nosso ver, uma opção de políticas públicas mais sustentada, responsável e visionária do que tão-só a transferência direta de pagamentos a este grupo de beneficiários.

⁸⁰ Cf. SEC (2010) 1958, p. 18.

⁸¹ De acordo com os artigos 40º e 58º da Diretiva-clássica e da Diretiva-setores especiais, antes da abertura de um procedimento de contratação, as entidades adjudicantes podem realizar consultas de mercado. Nessa medida, revela-se eventualmente pertinente obter um aconselhamento, junto de potenciais proponentes, sobre aspetos como, por exemplo, a disponibilidade, o custo e possíveis implicações práticas da inclusão de considerações socialmente responsáveis, para efeitos de preparação do procedimento. Todavia, cumpre assegurar que os resultados da consulta são dados a conhecer a todos os potenciais operadores económicos interessados, em igualdade de circunstâncias, não sendo conferido um tratamento privilegiado a algum ou alguns deles em detrimento dos demais.

⁸² Neste sentido, cf. NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública Como Instrumento...*, p. 237.

⁸³ A sistematização de tal argumento contrário à implementação de políticas sociais nos contratos públicos é apresentada por CRISTOPHER MCCRUDEN. Cf. *Buying Social...*, p. 118-119

Extrair o devido proveito do potencial regulatório da contratação pública⁸⁴, por meio daquelas decisões pré-contratuais, pode revelar-se um instrumento estratégico de política social, de que as entidades adjudicantes dos Estados-Membros não devem descurar. No entanto, somos levados a crer os esforços nesse sentido devem ser reiterados e não apenas *trendy issues* ou estratégias reportadas a ciclos de crise económico-financeira.

2.2.1. Especificações técnicas socialmente inclusivas

As especificações técnicas constituem um dos momentos procedimentalmente estratégicos para a inclusão de considerações sociais nos contratos públicos. Com efeito, na redação das especificações técnicas as entidades adjudicantes densificam o objeto do contrato, materializando em moldes tecnicamente precisos os objetivos sociais que conceberam a montante, na fase do planeamento de determinado contrato público.⁸⁵

Definidoras das características exigidas para as obras, serviços ou fornecimentos em causa, as especificações técnicas desempenham três funções nucleares, sistematizadas pela Comissão Europeia: descrevem os requisitos a serem observados pelas obras, serviços ou fornecimentos; corporizam exigências objetivas e mensuráveis face às quais as propostas podem ser avaliadas; e, por fim, constituem critérios mínimos de conformidade, desejavelmente pautados por um grau elevado de clareza.⁸⁶

Do que expusemos decorrem duas consequências lógicas: por um lado, o nível de concorrência é, na sua génese, determinado pelas especificações técnicas, na medida em que o interesse dos operadores económicos em participar nos procedimentos de contratação pública se encontra incindivelmente ligado às características específicas daquilo que as entidades adjudicantes pretendem, em concreto, adquirir. Por isso, as especificações técnicas constituem a pedra angular, sob o ponto de vista da organização interna das empresas, da aferição da existência ou não de tal interesse de participação. Por outro lado, da formulação rigorosa das especificações técnicas carece, a jusante, a apresentação de propostas adequadas às necessidades aquisitivas das entidades adjudicantes, termos que não se compadecem com enunciados genéricos ou obscuros.

⁸⁴ Cf. PETER TREPTE, *Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement*, Oxford University Press, 2004, p. 133ss.

⁸⁵ Neste sentido, cf. ROBERTO CARANTA, “Sustainable...” in *EU Public Contract Law...*, p. 171.

⁸⁶ Cf. SEC (2010) 1958, p. 29.

Nessa medida, e sob a perspectiva que convocamos, cremos que as especificações técnicas devem ser configuradas num sentido de mais-valia social. Aliás, o legislador da União assumiu-o, desde logo, nos considerandos 74 e 83 das Diretivas 2014/24/UE e 2014/25/UE, respetivamente, referindo-se aos objetivos de sustentabilidade nesse âmbito. Esclareceu, ainda nesse sede, que se deveria possibilitar a apresentação de propostas que refletissem a diversidade das especificações técnicas existentes no mercado, incluindo as definidas com base em critérios de desempenho ligados ao ciclo de vida e ao caráter de sustentabilidade do processo de produção.

Deparamo-nos com a consolidação de tal compromisso no artigo 42º da Diretiva-clássica e no artigo 60º da Diretiva-setores especiais, em respetivo. Com efeito, ao abrigo de tais preceitos, as especificações técnicas podem incluir uma referência ao processo ou método específico de produção ou execução das obras, fornecimentos ou serviços ou a um processo específico para outra fase do seu ciclo de vida, mesmo que tais fatores não façam parte da sua substância material.

Não olvidemos que se registam novidades em relação às diretivas anteriores. Pese embora o anexo VI da Diretiva 2004/18/EC e o anexo XXI da Diretiva 2004/17/CE já fizessem menção aos processos e métodos de produção como possivelmente abrangidos pelo escopo das especificações técnicas, inexistia então qualquer referência expressa àqueles no corpo textual principal das diretivas. Tampouco se depreendia destas últimas que as especificações técnicas se poderiam reportar a qualquer fase do ciclo de vida das obras, fornecimentos ou serviços em causa.

Tal amplitude não se revela uma questão a descurar, uma vez que, como ABBY SEMPLE faz notar, para muitos bens, serviços e obras, o âmago dos impactos sociais é sentido no contexto do processo de produção e não pode ser devidamente visado através da especificação de características relativas ao 'produto final'.⁸⁷

Todavia, cabe alguma parcimónia. São aplicáveis requisitos às possibilidades a que fizemos alusão. Cumpre observar toda a principiologia fundamental do direito da UE, mas, em particular: (i) a ligação ao objeto do contrato, (ii) a proporcionalidade ao seu valor e aos seus objetivos e (iii) o princípio da igualdade de acesso e de tratamento aos operadores económicos. Ainda que nos dois primeiros casos a respetiva referência ocorra nas diretivas para balizar a possibilidade de contemplação, nas especificações técnicas, de características associadas ao "processo ou método específico de produção ou execução das obras, fornecimentos ou serviços solicitados ou a um

⁸⁷ Cf. ABBY SEMPLE, "Reform of the EU Procurement Directives and WTO GPA: Forward Steps For Sustainability?", 2012, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2089357>, pp. 10-11.

processo específico para outra fase do seu ciclo de vida”, configuramos como corolário lógico de uma interpretação sistemática que todas e quaisquer especificações técnicas no domínio contratual-público se encontram adstritas àqueles limites, pelo que cada um deles lhes é transversal.

2.2.1.1. Requisitos essenciais

I) A ligação ao objeto do contrato

No que atine à ligação ao objeto do contrato, as especificações técnicas devem respeitar diretamente às obras, serviços ou fornecimentos em causa, tal como decorre do considerando 99 da Diretiva-clássica e do considerando 104 da Diretiva-setores especiais. Por conseguinte, à semelhança do que a Comissão tem reiterado, as políticas gerais de responsabilidade social da empresa não podem estar em causa nesta sede⁸⁸ – por exemplo, se a mesma impõe o recrutamento de uma determinada percentagem de mulheres entre os seus trabalhadores.

A positivação do requisito de ligação ao objeto do contrato deu-se com as diretivas de 2004, em sequência do acórdão *Concordia Bus*, conforme já havíamos detalhado. No entanto, tal circunscrevia-se, por força daquela jurisprudência, ao domínio dos critérios de adjudicação. Posteriormente, nas diretivas de 2014, a necessidade de ligação ao objeto do contrato foi alargada às especificações técnicas, aos rótulos, às variantes, aos critérios de seleção e às condições de execução do contrato.

Em relação aos motivos da presença sucessiva deste requisito nas diretivas de 2014, a Comissão Europeia fez menção a várias ordens de razões para o efeito, ainda no contexto preparatório da reforma, no *Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE: Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa* – COM (2011) 15 final. Assim, para além de garantir que a aquisição mantinha a centralidade no processo de alocação dos dinheiros públicos, cumpria impedir que fatores não ligados ao objeto do contrato se inserissem numa estratégia protecionista ou que dificultassem o respetivo cumprimento por parte das pequenas e médias empresas. A Comissão aludia, ainda, ao risco de, relaxando-se tal requisito, os operadores económicos concorrerem entre si com base em políticas empresariais e não na oferta do melhor produto ou serviço em questão.

⁸⁸ Mais recentemente, e revelando-se tais considerações transponíveis para o domínio social, cf. Comissão Europeia, *Comprar Ecológico! Manual de Contratos Públicos Ecológicos*: 3ª edição, 2016, p. 32.

Mesmo que entendêssemos que nem sempre se justificaria impossibilitar, no *iter procedimental*, a atenção a aspetos que se prendessem à responsabilidade social geral das empresas, esse nunca seria o caso das especificações técnicas, que definem as características exigidas às obras, aos serviços ou aos fornecimentos *per se*, e que, por conseguinte, densificam o próprio objeto do contrato⁸⁹. Nessa medida, não cremos que fizesse qualquer sentido o acolhimento de uma interpretação extensiva da ligação ao objeto do contrato nesta sede.

Pensemos, pois, em exemplos de especificações técnicas de natureza social que não coloquem quaisquer problemas de conformidade a esse nível. No caso de um contrato de empreitada de obras públicas, pode ser exigida a inclusão de requisitos destinados a evitar acidentes no estaleiro, como sinalização, condições de armazenamento de produtos perigosos ou percursos para o transporte de equipamentos.⁹⁰ Ou, num contrato para a prestação de serviços de *catering* para uma universidade pública em que a diversidade religiosa e cultural seja premente, a entidade adjudicante pode exigir que os alimentos sejam confeccionados ao abrigo de determinados métodos, compatíveis com a consciência ética dos diferentes credos professados pelos estudantes que frequentam aquele estabelecimento de ensino superior.

ii) A proporcionalidade ao valor e aos objetivos do contrato

O princípio da proporcionalidade integra a principiologia fundamental do Direito da União Europeia dos Contratos Públicos, tal como decorre expressamente dos artigos 18º da Diretiva 2014/24/UE, 36º da Diretiva 2014/25/UE e 3º da Diretiva 2014/23/UE.

No domínio específico desta disciplina jurídica, o princípio que aqui convocamos visa resguardar os operadores económicos da União Europeia de possíveis ingerências administrativas abusivas na esfera das suas liberdades de circulação.⁹¹

Para o efeito, o princípio da proporcionalidade dota-se de um conteúdo tripartido que lhe confere coerência holística. Essa mesma conclusão decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça, que exige que os atos das entidades públicas se revelem aptos, de um ponto de vista objetivo, à consecução dos fins legitimamente prosseguidos (subprincípio da idoneidade), considerando-se que, existindo uma escolha entre várias medidas adequadas, deve recorrer-se à que se revele menos onerosa (subprincípio da necessidade), e os prejuízos causados não se devem

⁸⁹ Cf. RAQUEL CARVALHO, “Contratação Pública e EcoInovação” in PAULO OTERO, CARLA AMADO GOMES e TIAGO SERRÃO (org.), *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Almedina, 2015, p. 896.

⁹⁰ Cf. SEC (2010) 1958, p. 33.

⁹¹ Em sentido próximo, cf. MARIA ANNA CORVAGLIA, *Public Procurement and Labour Rights: Towards Coherence in International Instruments of Procurement Regulation*, Bloomsbury, 2017, p. 170.

revelar desproporcionais aos objetivos visados (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).⁹²

Por conseguinte, e para o que nos interessa, as especificações técnicas de feição social devem, em primeiro lugar, tratar-se de um meio adequado para a prossecução do desiderato com vista ao qual foram definidas. Entre um e outro é forçosa a existência de um nexo de conexão empírica nesse sentido.⁹³ Em segundo lugar, a incorporação de tais matérias sociais na contratação pública, *in casu* por via das especificações técnicas, deve permitir a realização dessas políticas públicas com a imposição do menor sacrifício face às liberdades económicas estruturantes do mercado interno da União. Por último, os malefícios que possam decorrer para a esfera dos operadores económicos não devem sobrepor-se às vantagens sociais perspetivadas pelas entidades adjudicantes, ponderação a ser feita em referência ao valor e aos objetivos do contrato.

Os conceitos de “valor” e de “objetivos” do contrato, aludidos pelo legislador da União, teriam beneficiado com algum grau de densificação, no que toca aos moldes em que as entidades adjudicantes os deveriam ponderar especificamente no contexto que nos detém. Não tendo tal sucedido, afigura-se que podem acrescer dificuldades em indagar se as especificações técnicas voltadas para a responsabilidade social, incluindo as que abrangem métodos ou processos específicos de produção desse cariz, se pautam ou não por uma desproporção face ao valor do contrato ou aos seus objetivos (os quais, aliás e como vimos, podem ser multifacetados e difíceis de conceber como *primários* ou *secundários*). Nesse sentido, arestos do Tribunal de Justiça a este respeito – de que ainda não dispomos - contribuiriam para pacificar as dúvidas aqui potencialmente sentidas.

III) O princípio da igualdade de acesso e de tratamento aos operadores económicos

Enquanto princípio basilar do Direito da União Europeia, consagrado no artigo 18º do Tratado de Funcionamento da União Europeia e nos artigos 20º e seguintes da Carta dos Direitos Fundamentais do Direito da União Europeia, não estranhámos que o princípio da igualdade e da não-discriminação se encontre, no domínio das diretivas da contratação pública, plasmado com a fundamentalidade insita aos artigos 18º, 36º e 3º da Diretiva-clássica, da Diretiva-setores especiais e da Diretiva-concessões, respetivamente.

⁹² A respeito desta tripartição de conteúdo do princípio da proporcionalidade, entre outros, cf. acórdãos do TJUE: *Fedesa e o.*, de 13 de novembro de 1990, proc. C-331/88; acórdão *Crispoltoni e o.*, de 5 de outubro de 1994, proc. C-133/93; e acórdão *National Farmers' Union*, de 5 de maio de 1998, proc. C-157/96.

⁹³ Cf. ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1994, pp. 111ss.

Com o objetivo de «favorecer o desenvolvimento de uma concorrência sã e efetiva entre as empresas que participem num concurso público»⁹⁴, a salvaguarda deste princípio assume-se como central nas especificações técnicas, devendo, por conseguinte, aquelas em que a entidade adjudicante pretende abarcar variáveis sociais, conformar-se (também) com a vinculação principiológica aqui tratada.

Como dispõem perentoriamente o n.º2 do artigo 42º da Diretiva 2014/24/UE e o n.º2 do artigo 60º da Diretiva 2014/25/UE, 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.

Com efeito, não negamos que as especificações técnicas propiciariam violações grosseiras ao princípio da igualdade e da não discriminação, nomeadamente em razão da nacionalidade, se desarticuladas das devidas precauções legislativas. Pelo contrário, neste contexto, o pretendido é a utilização de especificações técnicas não discriminatórias, que permitam a todos os potenciais proponentes o cumprimento dos requisitos em questão, contornando o risco de apenas um deles (e, previsivelmente, nacional) se encontrar apto ao preenchimento das exigências ínsitas às especificações técnicas definidas pela entidade adjudicante.⁹⁵

A jurisprudência do Tribunal de Justiça assumiu historicamente um papel de relevo nesta matéria. No acórdão *Comissão/Irlanda*⁹⁶ cumpria aferir, no âmbito de um concurso para a adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas (um serviço de distribuição de água), se seria lícita, à luz do Direito da União, uma cláusula das especificações técnicas que exigisse que as condutas para canalizações sob pressão possuíssem um certificado de conformidade com uma norma irlandesa (que apenas uma empresa sediada na Irlanda havia obtido), sem a inclusão do termo «ou equivalente». Pois bem, o TJUE esclareceu que a cláusula em apreço não podia senão resultar na reserva da obra ao proponente que se propusesse a utilizar materiais irlandeses, inibindo a participação dos operadores económicos que produzissem ou utilizassem tubos equivalentes àqueles cuja conformidade com a norma irlandesa havia sido certificada. Por conseguinte, não restava dúvida acerca do caráter violador do princípio da igualdade e da não discriminação daquela cláusula.

À mesma conclusão chegou o Tribunal de Justiça no acórdão *Comissão/Países Baixos*⁹⁷, em que, num concurso para a adjudicação de um contrato de fornecimento e manutenção de um

⁹⁴ Cf. Acórdão do TJUE *CAS Succhi di Frutta SpA*, de 29 de abril de 2004, proc. C-496/99 P.

⁹⁵ Cf. PETER TREPTE, *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*, Oxford, 2007, p. 272.

⁹⁶ Cf. Acórdão do TJUE *Comissão/Irlanda*, de 22 de setembro de 1988, proc. n.º 45/87.

⁹⁷ Cf. Acórdão *Comissão/Países Baixos*, de 24 de janeiro de 1995, proc. C-359/93.

posto meteorológico, uma especificação técnica do caderno de encargos era definida por referência a um produto de uma marca determinada, igualmente sem a aposição do termo «ou equivalente».

No estágio atual do Direito da União Europeia dos Contratos Públicos, tal alcance concretizador dos princípios da igualdade e do reconhecimento mútuo⁹⁸ (seu corolário) nas especificações técnicas encontra-se plasmado, nomeadamente, no n.º4 do artigo 42º da Diretiva 2014/24/UE e no n.º4 do artigo 60º da Diretiva 2014/25/UE. Destarte, as especificações técnicas não podem, à partida, referir-se a um determinado fabrico ou proveniência, a um procedimento específico que caracterize os produtos adquiridos por determinado operador económico, ou a marcas comerciais, patentes, tipos, origens ou modos de produção que tenham por efeito favorecer ou eliminar determinadas empresas ou produtos. Tal referência é somente autorizada quando não for possível uma descrição suficientemente precisa e inteligível do objeto do contrato (à luz da alusão a determinadas especificações, ou a requisitos de desempenho ou funcionais) e deve ser acompanhada da menção «ou equivalente».

Assim sendo, as considerações sociais contempladas no seio das especificações técnicas devem coadunar-se com os termos a que aludimos, isto é, ressaltar-se acessíveis aos operadores económicos interessados em obter o contrato, e não ancoradas em desígnios protecionistas, sob prejuízo de lesão às liberdades económicas fundamentais à consolidação do mercado interno. Ocorre-nos, como exemplo de ilicitude paradigmática a esse respeito, num concurso para a construção de um estabelecimento prisional, uma especificação técnica que exigisse a utilização de matérias e equipamentos produzidos na região em que a prisão seria edificada, como estratégia de combate à estagnação económica e aos índices elevados de pobreza e de exclusão social daquela região.

Concessões

A ligação ao objeto do contrato, a proporcionalidade ao seu valor e objetivos, e a observância do princípio da igualdade de tratamento e acesso aos operadores económicos, nos termos que densificámos, são igualmente aplicáveis, com as adaptações inerentes, aos requisitos técnicos e funcionais que definem as características exigidas para as obras ou os serviços objeto das concessões, conforme implica o artigo 36º da Diretiva 2014/23/UE.

⁹⁸ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE concebe o princípio do reconhecimento mútuo como um princípio especial da contratação pública. Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 260.

2.2.1.2. Políticas de apoio à deficiência

Manifestação clara da vinculação da contratação pública às políticas sociais⁹⁹, a consideração legislativa da acessibilidade para os indivíduos portadores de deficiência no quadro do Direito da União Europeia dos Contratos Públicos registou-se em específico, pela primeira vez, nas diretivas de 2004¹⁰⁰ e vê-se agora reforçada nas de 2014.

Se, ao abrigo das diretivas de 2004, as especificações técnicas deveriam, sempre que possível, ser estabelecidas por forma a ter em conta os critérios de acessibilidade para as pessoas com deficiência ou da conceção para todos os utilizadores, nas de diretivas de 2014 o legislador da União procurou reforçar esse compromisso em moldes inequívocos.

Com efeito, para além da referência constante dos considerandos 99, 104 e 66 da Diretiva-clássica, da Diretiva-setores especiais e da Diretiva-concessões, respetivamente, as duas primeiras diretivas que mencionámos prescrevem, nos artigos 42º e 60º, que, em relação a todos os contratos cujo objeto se destine a ser utilizado por pessoas singulares, quer seja para o público em geral quer o pessoal da entidade adjudicante, as especificações técnicas devem, salvo em casos devidamente justificados, ser elaboradas de modo a ter em conta os critérios de acessibilidade para as pessoas com deficiência ou de conceção para todos os utilizadores. Acresce que, sempre que existam requisitos de acessibilidade obrigatórios adotados por ato jurídico da União, as especificações técnicas devem ser definidas por referência a essas normas, no que respeita aos critérios de acessibilidade para as pessoas com deficiência ou de conceção para todos os utilizadores.

O artigo 36º da Diretiva-concessões dispõe que as características exigidas às obras ou serviços objeto da concessão podem contemplar uma conceção que preveja todos os requisitos (incluindo a acessibilidade por parte das pessoas com deficiência). Lamentamos que o legislador não lhe tenha optado por estender a clarividência adotada a este respeito na Diretiva-clássica e na Diretiva-setores especiais, como faria sentido à luz de uma reforma em que a atenção face às políticas de acessibilidade foi robustecida e em que, por conseguinte, a assertividade legislativa quanto à obrigatoriedade das mesmas nos requisitos técnicos e funcionais das obras ou serviços objeto das concessões não se deveria revelar menos óbvia ou premente do que nos restantes casos.

⁹⁹ Cf. ALMA PATRICIA DOMÍNGUEZ ALONSO, "Contratos públicos y políticas de apoyo a las personas con discapacidad" in J.JOSÉ PERNAS GARCÍA (Diretor), *Contratación Pública...*p. 187.

¹⁰⁰ Pese embora a ausência de referências explícitas a esse respeito, não se encontrava vedada a inclusão dessa ordem de preocupações nas diretivas anteriores às de 2004. Para maiores desenvolvimentos, cf. ROSEMARY BOYLE, "Disability issues in public procurement" in SUE ARROWSMITH e PETER KUNZLIK, *Social and Environmental...*, pp.317ss.

De qualquer forma, é hoje acolhido um paradigma de compras públicas e concessões inclusivo dos cidadãos com deficiência, movido em proporcionar-lhes iguais oportunidades às que são conferidas à restante população. Esta ordem de preocupações, radicada, desde logo, do direito originário da União, como víramos (em particular, dos artigos 9º e 10º do TFEU, e do escopo da CDFUE), e objeto do cuidado de crescentes instrumentos do direito derivado (como, por exemplo, a Diretiva 2016/2012¹⁰¹), assume-se central sob o signo da *Estratégia Europeia para a Deficiência 2010-2020: Compromisso renovado a favor de uma Europa sem barreiras*.¹⁰²

Entendemos que estender a obrigatoriedade dos critérios de acessibilidade para as pessoas com deficiência a todos os contratos públicos cujo objeto se destina a ser utilizado por pessoas singulares é a única solução que se coaduna com as coordenadas legislativas pelas quais a União Europeia tem enveredado e concretizado o *modelo social europeu*.

Destarte, os critérios de acessibilidade nas especificações técnicas assumem-se hoje omnipresentes no paradigma contratual-público da União, independentemente da circunstância de as entidades adjudicantes auscultarem uma maior ou menor pertinência da sua inclusão em sede concreta. Numa palavra, e servindo-nos do exemplo de um contrato de aquisição de computadores para as bibliotecas de um agrupamento escolar público que não conta, entre a sua comunidade educativa, com um único invisual. Tal não prejudica que esses mesmos computadores a adquirir devam ser aptos ao manuseamento por cidadãos portadores dessa deficiência.

2.2.1.3. Uso de variantes sociais

A utilização de variantes, nos termos do artigo 45º da Diretiva-clássica e do artigo 64º da Diretiva-setores especiais, pode conferir alguma viabilização às políticas sociais nos contratos públicos.

Com efeito, mesmo após consultarem potenciais proponentes, com o intuito de discutirem oportunidades de promoção da responsabilidade social, as entidades adjudicantes podem permanecer em dúvida quanto a como fazê-lo nas especificações técnicas da forma mais apropriada. Nessas situações, e conforme sugerido pela Comissão, uma solução pertinente pode traduzir-se na solicitação aos proponentes de variantes socialmente responsáveis, ou seja, as

¹⁰¹ Cf. Diretiva (UE) 2016/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2016, relativa à acessibilidade dos sítios web e das aplicações móveis de organismos do setor público.

¹⁰² Cf. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Estratégia Europeia para a Deficiência 2010-2020: Compromisso renovado a favor de uma Europa sem barreiras*, SEC(2010)1323 e 1324.

entidades adjudicantes estabelecem um conjunto mínimo de especificações técnicas para os bens, obras ou serviços que pretendam adquirir, o qual é aplicável quer às ofertas neutras quer às respetivas variantes socialmente responsáveis. No caso destas últimas, é aditada uma dimensão social às especificações técnicas, igualmente adstrita à ligação ao objeto do contrato e aos princípios fundamentais do direito da União Europeia aplicáveis na matéria, sobre os quais já nos debruçámos.¹⁰³

As entidades adjudicantes que pretendam aceitar propostas com variantes, nos procedimentos de adjudicação de contratos públicos, devem indicá-lo no anúncio do concurso, detalhar os requisitos mínimos a serem observados pelas variantes e identificar os requisitos específicos para a apresentação das mesmas nas propostas (nomeadamente se só podem ser apresentadas variantes quando também sejam apresentadas propostas normalizadas, ou se, pelo contrário, os operadores económicos podem livremente optar por submeter apenas soluções com variantes).

A avaliação das propostas com variantes e das propostas sem variantes processa-se ao abrigo dos mesmos aspetos que densificam, em cada caso, o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa. Comparando umas e outras, as entidades adjudicantes têm a oportunidade de aferir a utilidade social adicional proporcionada pelas variantes e concluir pela respetiva viabilidade ou inviabilidade.

Em suma, as variantes permitem que as entidades adjudicantes apreciem as soluções que lhes sejam mais convenientes de um ponto de vista de responsabilidade social (até quando lhes assistam dúvidas iniciais a esse respeito, tal como aludimos) assegurando, simultânea e incondicionalmente, o cumprimento de um conjunto mínimo de especificações técnicas para os bens, obras ou serviços que pretendam adquirir.¹⁰⁴

A título exemplificativo, uma autarquia local tem em vista adquirir um conjunto de máquinas desportivas a serem colocadas no parque municipal, com vista ao combate do sedentarismo da população. Para o efeito, a entidade adjudicante pode convidar os fornecedores a apresentarem, para além da oferta neutra, uma variante que se dote de uma dimensão social (ao abrigo da qual às máquinas sejam acoplados ecrãs que transmitam o modo correto de realizar os exercícios e um conjunto de orientações relativas a um estilo de vida saudável), como forma de educar os munícipes para a saúde.

¹⁰³ Cf. SEC (2010) 1958, p. 33.

¹⁰⁴ Cf. CONSTANT DE KONINCK e THIERRY RONSE, *European Public Procurement Law: The European Public Procurement Directives and 25 years of jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities: Texts and Analysis*, Kluwer Law International, 2008, p. 593.

2.2.2. Seleção e exclusão dos operadores económicos

O domínio dos critérios de seleção qualitativa oferece às entidades adjudicantes um potencial inoldável para a atinência aos aspetos da responsabilidade social nos procedimentos de contratação pública, quer no que respeita aos motivos de exclusão dos operadores económicos, quer no que concerne aos critérios de seleção propriamente ditos que sejam impostos à participação daqueles. As especificidades que uns e outros colocam justificam que os abordemos autonomamente.

2.2.2.1. Motivos de exclusão

I - Motivos excludentes de cariz social

As diretivas de 2014 preveem um conjunto de motivos de cariz social suscetíveis de justificar a exclusão da participação dos operadores económicos nos procedimentos de contratação pública, no artigo 57º da Diretiva 2014/24/UE e no artigo 80º da Diretiva 2014/25/UE, respetivamente. Quanto aos procedimentos de concessão, tal matéria está regulada no artigo 38º da Diretiva 2014/23/UE.

A solução acolhida nas diretivas, além de fundada na dignidade que é respeitante às variáveis de sustentabilidade social, que decorre, desde logo, do direito originário da União, nos termos que escrutinámos, e que se adensa crescentemente no direito derivado, encontra a sua *ratio*, entre outros, mas particularmente, no princípio da igualdade, visando proteger os direitos dos operadores económicos que acatam a legislação em vigor. Para o efeito, urge, pois, sancionar aqueles que não o fazem e que esperaram retirar vantagens indevidas do erário público mediante tal incumprimento.¹⁰⁵

No entanto, e atendendo a que «*um dos objetivos das normas do direito comunitário [corrija-se: Direito da União Europeia] em matéria de contratos públicos consiste na maior abertura possível à concorrência e que é do interesse do direito comunitário [Direito da UE] que seja assegurada a maior participação possível de proponentes num concurso público [...]*»¹⁰⁶, a exclusão de operadores económicos não se pode desarticular do princípio da proporcionalidade, como

¹⁰⁵ Cf. TERESA MEDINA ARNÁIZ, “La aplicación de las prohibiciones de contratar según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia” in JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ ISABEL GALLEGÓ CÓRCOLES, FRANCISCO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ e JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA (dirs.), *Las Nuevas Directivas de Contratación Pública*, Aranzadi, 2015, p. 392.

¹⁰⁶ Cf. Acórdão do TJUE *CoNISMa*, de 23 de dezembro de 2009, proc. C-305/08.

indagaremos, sob prejuízo de serem toleradas restrições inadmissíveis às liberdades fundamentais consagradas nos Tratados.

Cumpre-nos, preliminarmente, diferenciar motivos excludentes obrigatórios e motivos excludentes facultativos. Nos primeiros, os legisladores nacionais encontram-se vinculados a impor a exclusão e as entidades adjudicantes têm, por tal, e em qualquer momento procedimental, que excluir os operadores económicos relativamente aos quais se observe o circunstancialismo descrito em quaisquer desses motivos de exclusão. No que concerne aos motivos de exclusão facultativos, as legislações nacionais dos Estados-Membros podem optar por estabelecê-los ou como obrigatórios ou como facultativos. Nesse último cenário, a exclusão ou não dos operadores económicos, a qualquer momento procedimental em que se verifiquem as situações que o possam justificar, depende do juízo discricionário das entidades adjudicantes.

A disciplina dos motivos de exclusão de natureza social pode também ser aplicável aos subcontratados. Com efeito, as entidades adjudicantes podem verificar ou ser solicitadas pelos Estados-Membros a verificar se existem motivos para a exclusão dos subcontratados. Por conseguinte, nesses casos, as entidades adjudicantes devem, por um lado, exigir que os operadores económicos substituam os subcontratados em relação aos quais a verificação tenha revelado a existência de motivos obrigatórios de exclusão. Por outro lado, as entidades adjudicantes podem exigir ou ser solicitadas pelos Estados-Membros a exigir que os operadores económicos substituam os subcontratados face aos quais tenha sido apurada a existência de motivos não obrigatórios de exclusão (alínea b) do n.º5 do artigo 71º da Diretiva-clássica, alínea b) do n.º6 o artigo 88º da Diretiva-setores especiais e n.º4 do artigo 42º da Diretiva-concessões).

I) Motivos sociais de exclusão obrigatória

As mais recentes diretivas da contratação pública colocam, pela primeira vez, dois motivos de natureza social entre os de exclusão obrigatória.

Com efeito, ao abrigo da alínea d) do n.º1 do artigo 57º da Diretiva-clássica, do n.º1 do artigo 80º da Diretiva-setores especiais e da alínea f) do n.º4 do artigo 38º da Diretiva-concessões, as entidades adjudicantes devem excluir dos procedimentos de contratação pública e de concessão operadores económicos que tenham sido condenados por decisão transitada em julgado por

trabalho infantil e outras formas de tráfico de seres humanos, tal como definidos no artigo 2º da Diretiva 2011/36/UE.¹⁰⁷

Entre essas outras formas de tráfico de seres humanos, são abrangidos o recrutamento, transporte, guarida ou acolhimento de pessoas, incluindo a troca ou a transferência do controlo sobre elas exercido, através do recurso a ameaças ou à força ou a outras formas de coação, rapto, fraude, artil, abuso de autoridade ou de uma posição de vulnerabilidade, ou da oferta ou obtenção de pagamentos ou benefícios a fim de conseguir o consentimento de uma pessoa sobre outra para efeitos de exploração.

A obrigação de excluir operadores económicos à luz deste fundamento aplica-se também caso as pessoas condenadas por decisão transitada em julgado sejam membros dos órgãos administrativos, de direção ou de supervisão desses operadores económicos ou tenham poderes de representação, decisão ou controlo nesses órgãos.

Além deste, o outro motivo excludente obrigatório de cariz social encontra-se previsto no n.º2 do artigo 57º da Diretiva 2014/24/UE, no n.º1 do artigo 80º da Diretiva 2014/25/UE e, no âmbito dos procedimentos de adjudicação de concessões, no n.º5 do artigo 38º da Diretiva 2014/23/UE. Os operadores económicos são excluídos dos procedimentos de contratação caso as entidades adjudicantes tomem conhecimento de que aqueles não cumpriram as respetivas obrigações em matéria de pagamento de impostos ou de contribuições para a segurança social e se tal tiver sido determinado por decisão judicial ou administrativa transitada em julgado e com efeito vinculativo de acordo com as disposições legais dos países em que se encontrem estabelecidos ou com as dos Estados-Membros das entidades adjudicantes.

Lamentamos que o legislador a União não tenha estendido, nesta sede, a obrigação de excluir os operadores económicos aos casos em que as pessoas condenadas, nos termos referidos, fossem membros dos órgãos administrativos, de direção ou de supervisão desses operadores económicos ou tivessem poderes de representação, decisão ou controlo nesses órgãos. Conforme sublinha ALBERT SANCHEZ GRAELLS, quando a falta de pagamento fosse relativa à atividade dos operadores económicos, justificar-se-ia tal aplicabilidade, mesmo não tendo sido as pessoas coletivas o destinatário direto das aludidas decisões judiciais ou administrativas determinantes do incumprimento das obrigações em matéria de pagamento de impostos ou de contribuições para

¹⁰⁷ Cf. Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho.

a segurança social.¹⁰⁸ Com efeito, nessas circunstâncias, o juízo de desconfiança deveria, a nosso ver, ser extensível aos operadores económicos em causa, porque atinente à respetiva atividade.

Podem, contudo, existir derrogações às duas exclusões obrigatórias que referimos, por força do n.º3 do artigo 57º da Diretiva-clássica, do n.º1 do artigo 80º da Diretiva-setores especiais e do n.º 6 do artigo 38º da Diretiva-concessões.

Destarte, os Estados-Membros podem prevê-las, nas respetivas leis nacionais, a título excecional, por *razões imperiosas de interesse público*, como sejam a saúde pública ou a proteção do ambiente. A esse elenco ilustrativo, e em atenção ao artigo 36º do TFUE (que, muito embora referente a justificações às restrições quantitativas à importação e à exportação de mercadorias entre Estados-Membros, densifica o conceito de ‘razões de interesse público’ em termos que nos podem ser úteis), parece-nos teoricamente possível aditar-lhe razões de moralidade pública, ordem pública e segurança pública; proteção do património nacional e do valor artístico, histórico ou arqueológico; ou de proteção da propriedade industrial ou comercial.

Creemos que o signo restritivo a impor às derrogações acolhidas deve afigurar-se particularmente premente, nas leis nacionais, quanto à exclusão obrigatória decorrente de condenação por decisão transitada em julgado com fundamento em trabalho infantil e outras formas de tráfico de seres humanos, em consideração à gravidade que é inerente a estes crimes e que merece, por conseguinte, um cuidado agudizado.

Em adição, as legislações nacionais dos Estados-Membros podem, ainda, prever especificamente uma derrogação à exclusão obrigatória relativa ao incumprimento de obrigações em matéria de pagamento de impostos ou de contribuições para a segurança social (incumprimento determinado por decisão administrativa ou judicial transitada em julgado e com efeito vinculativo), caso a exclusão se afigure manifestamente desproporcionada, nomeadamente quando se trate apenas de pequenos montantes de impostos ou contribuições para a segurança social que não foram pagos; ou quando os operadores económicos foram informados dos montantes exatos das suas dívidas (por incumprimento das suas obrigações de pagamento de impostos ou de contribuições para a segurança social) num momento em que não podiam regularizar essas situações, antes de expirado o prazo de apresentação dos pedidos de participação ou, nos concursos públicos, o prazo de apresentação das propostas.

¹⁰⁸ Cf. ALBERT SANCHEZ GRAELLS, “Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing” in FRANÇOIS LICHÈRE, ROBERTO CARANTA e STEEN TREUMER (eds.), *Modernising Public Procurement...*,p.107.

Em virtude da ausência de densificação, nas diretivas, do que constituiriam “pequenos montantes de impostos ou de contribuições para a segurança social”, esta matéria pode revelar-se problemática e geradora de incongruências e de disparidades nas leis nacionais dos Estados-Membros. De qualquer forma, parece-nos que, nas legislações nacionais estabelecedoras dessa derrogação, tal não deve conhecer moldes sobremaneira extensivos que, escudados na tutela do princípio da proporcionalidade, comprometam o carácter excecional da derrogação e, por conseguinte, a própria eficácia da exclusão obrigatória.

No acórdão *Libor*¹⁰⁹, ainda no contexto da vigência das diretivas de 2004, o TJUE pronunciou-se no sentido da não desconformidade com o Direito da União de uma legislação nacional que obrigava a entidade adjudicante a excluir do procedimento de adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas um proponente responsável por uma infração em matéria de pagamento de contribuições para a segurança social se a diferença entre os montantes devidos e os montantes pagos fosse superior, simultaneamente, a 100 euros e a 5% dos montantes devidos.

Todavia, conforme sublinha SYLVIA DE MARS, um único exemplo de um “montante não menor” (*non-minor amount*), ao abrigo das diretivas de 2004, não olvidaria a jurisprudência do Tribunal de Justiça que respeitasse a um “pequeno montante” (*minor amount*) nesta matéria, à luz das diretivas de 2014.¹¹⁰

Sem prejuízo do que foi dito, não nos iludamos: a densificação escrupulosa do que se entenderia por “pequenos montantes de impostos ou de contribuições para a segurança social” neste domínio seria sempre quase impossível ao Tribunal de Justiça, a menos que estabelecesse judicialmente um limiar *de minimis* para o motivo de exclusão.¹¹¹

Resta-nos, ainda, ressaltar que esta última exclusão obrigatória não subsiste quando os operadores económicos tiverem cumprido as suas obrigações, pagando ou celebrando acordos vinculativos com vista a pagar os impostos ou contribuições para a segurança social em atraso, incluindo, se for o caso disso, os eventuais juros acrescidos ou multas. Assim dispõem o n.º2 do artigo 57.º *in fine* da Diretiva-clássica, o n.º1 do artigo 80.º da Diretiva-setores especiais e o n.º5 do artigo 38.º *in fine* da Diretiva-concessões.

¹⁰⁹ Cf. Acórdão do TJUE *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, de 10 de julho de 2014, proc. C-358/12.

¹¹⁰ Cf. SYLVIA DE MARS, “Exclusion and self-cleaning in Article 57: discretion at the expense of clarity and trade?” in GRITH SKOVGAARD ØLYKKE e ALBERT SANCHEZ GRAELLS, *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Edward Elgar, 2016, p. 271.

¹¹¹ Cf. ALBERT SANCHEZ GRAELLS, “Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing” in FRANÇOIS LICHÈRE, ROBERTO CARANTA e STEEN TREUMER (eds.), *Modernising Public Procurement*..., p.107.

II) Motivos sociais de exclusão facultativa

Quanto aos motivos de exclusão facultativa, o legislador da União não descurou de reforçar e clarificar, pelo menos em alguma medida, o compromisso com a contratação pública socialmente responsável, aditando, mesmo, àqueles uma causa excludente nesse sentido que não constava (expressamente) das diretivas de 2004.

Ao abrigo no n.º2 do artigo 57º da Diretiva-clássica, do n.º1 do artigo 80º da Diretiva setores-especiais e do n.º5 do artigo 38º da Diretiva-concessões, as entidades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir operadores económicos da participação nos procedimentos de contratação pública ou de concessão quando puderem demonstrar, por qualquer meio adequado, que aqueles incumpriram com as respetivas obrigações relativas ao pagamento de impostos ou de contribuições para a segurança social. Este caso difere do fundamento de exclusão obrigatória que referimos anteriormente a respeito do não cumprimento das obrigações desta natureza, uma vez que aqui não é pressuposta uma decisão administrativa ou judicial prévia que sancione tal incumprimento.

Porém, este motivo de exclusão facultativa deixa, também, de ser aplicável quando os operadores económicos tiverem regularizado as respetivas obrigações em matéria de impostos ou de contribuições para a segurança social.

Por seu turno, à luz da alínea b) do n.º4 do artigo 57º da Diretiva-clássica, do n.º1 do artigo 80º da Diretiva setores-especiais e da alínea a) do n.º7 do artigo 38º da Diretiva-concessões, é enunciado expressamente, pela primeira vez, um motivo de exclusão facultativo que se prende (para o que nos interessa) ao incumprimento pelos operadores económicos – demonstrado pelas entidades adjudicantes, por qualquer meio adequado - das obrigações aplicáveis em matéria social e laboral estabelecidas pelo direito da União Europeia, por legislação nacional, por convenções coletivas ou pelas disposições de direito internacional em matéria social e laboral constantes nos Anexos X da Diretiva-clássica e da Diretiva-concessões, e no Anexo XVI da Diretiva-setores especiais. Estas últimas referem-se às Convenções da Organização Internacional do Trabalho sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical, a aplicação dos princípios do direito de organização e de negociação coletiva, o trabalho forçado ou obrigatório, a abolição do trabalho forçado, a idade mínima de admissão ao emprego, a discriminação em matéria de emprego e profissão, a igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor, bem como a interdição das piores formas de trabalho das crianças e à ação imediata com vista à sua eliminação.

Entendemos que, ao optarem por estabelecer a obrigatoriedade desta exclusão no seio das legislações nacionais, os Estados-Membros exercem um contributo decisivo em prol de um modelo contratual-público em que as entidades adjudicantes, ainda que sempre adstritas à observância do princípio da proporcionalidade¹¹², se recusam a contratar com operadores económicos violadores de direitos sociais e de direitos humanos, constituindo esse o rumo que a contratação pública deve tomar.

Poderemos questionar-nos se tal ordem de infrações estaria já ou não, de um ponto de vista material, recoberta pelo motivo de exclusão facultativo relativo à *falta grave em matéria profissional*, nas diretivas de 2004.¹¹³ Todavia, em todo o caso, apenas lhe foi conferida concretização específica com as diretivas de 2014.

Outro motivo de exclusão com potencial para abranger considerações sociais radica da alínea c) do n.º4 do artigo 57º da Diretiva-clássica, do n.º1 do artigo 80º da Diretiva setores-especiais e da alínea c) do n.º7 do artigo 38º da Diretiva-concessões¹¹⁴. Destarte, as entidades adjudicantes podem excluir operadores económicos em relação aos quais consigam demonstrar, por qualquer meio adequado, a prática de faltas profissionais graves que ponham em causa a respetiva idoneidade.

No acórdão *Forposta*, o Tribunal de Justiça esclareceu que o conceito de “falta em matéria profissional” «*abrange qualquer comportamento culposos que tenha incidência na honorabilidade profissional do operador [económico] em causa e não apenas as violações das regras deontológicas na estrita aceção da profissão à qual pertence esse operador, que sejam constatadas pelo órgão disciplinar previsto no quadro dessa profissão ou por uma decisão jurisdicional com força de caso julgado*». Uma “falta grave” nesse sentido referir-se-ia normalmente a um «*comportamento do operador económico em causa que denota uma intenção culposa ou uma negligência de uma certa gravidade da sua parte*», o que «*requer, em princípio, que seja efetuada uma apreciação concreta e individualizada da atitude do operador económico em causa*».¹¹⁵

¹¹² Decorre do princípio da proporcionalidade que as entidades adjudicantes, ao aplicarem motivos facultativos de exclusão, não devem, senão exceionalmente, excluir operadores económicos por irregularidades menores (desde que pontuais), que não justifiquem tal restrição das liberdades de circulação.

¹¹³ Em sentido favorável, cf. HANS-JOACHIM PRIESS, “The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive” in *Public Procurement Law Review*, (3), Sweet & Maxwell, 2014, p.118.

¹¹⁴ Conosco, cf. DACIAN DRAGOS e BODOGNA NEAMTU, “Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects” in FRANÇOIS LICHÈRE, ROBERTO CARANTA e STEEN TREUMER (eds.), *Modernising Public Procurement*..., p. 321.

¹¹⁵ Cf. Acórdão *Forposta*, de 13 dezembro de 2012, proc. C-465/11, n.ºs 27, 29 e 30.

Nessa esteira, O TJUE reiterou, no acórdão *Generali-Providencia Biztosító Zrt*, que o conceito de “falta em matéria profissional” «*abrange qualquer comportamento culposos que tenha incidência na honorabilidade profissional do operador em causa e não apenas as violações das regras deontológicas na estrita aceção da profissão à qual pertence esse operador*» e entendeu que uma infração ao direito da concorrência, sancionada com uma coima, se enquadraria no âmbito do motivo de exclusão em apreço.¹¹⁶

No que respeita às matérias sociais, poderíamos apontar, tão-só a título ilustrativo, como “faltas profissionais graves” (a serem aferidas casuisticamente) a utilização de mão-de-obra clandestina, a discriminação dos trabalhadores em razão da orientação sexual ou a exposição dos mesmos a condições degradantes de saúde e de higiene no trabalho: todos comportamentos culposos e maculadores da honorabilidade profissional dos operadores económicos, enquadráveis, por conseguinte, neste motivo de exclusão.

II - Self-cleaning

Já enraizado em Estados-Membros como a Alemanha e a Áustria, o mecanismo de *self-cleaning* constitui uma das novidades das diretivas de 2014 e consiste em permitir que operadores económicos que deveriam ser excluídos dos procedimentos contratuais, em virtude dos motivos de exclusão para o efeito, não o sejam, dado que lograram tomar todas as medidas necessárias para assegurar a respetiva não reincidência.¹¹⁷

Esta solução, assente, sobretudo, no princípio da proporcionalidade, era objeto de um elevado clamor doutrinário, ainda na vigência das diretivas de 2004 (nas quais, como referimos, as medidas de *self-cleaning* não figuravam como matéria regulamentada)¹¹⁸ e encontra-se hoje acolhida no n.º6 do artigo 57º da Diretiva-clássica, no n.º1 do artigo 80º da Diretiva-setores especiais e no n.º9 do artigo 38º da Diretiva-concessões.

Destarte – e cingidos ao que nos cabe pronunciar - os motivos de exclusão de cariz social podem, mediante determinados pressupostos, ver-se preteridos em prol da ideia de *auto-limpeza* ou regeneração dos operadores incumpridores em causa. Estes últimos, uma vez comprovadamente reabilitados na sua esfera de idoneidade (em moldes sólidos), estão em condições de afastar a exclusão dos procedimentos contratuais que se lhes aplicaria.

¹¹⁶ Cf. Acórdão *Generali-Providencia Biztosító Zrt*, de 18 de dezembro de 2014, proc. C-470/13.

¹¹⁷ Cf. HANS-JOACHIM PRIESS e ROLAND STEIN, “Nitch sur sauber, sondern rein: Die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit durch Selbstreinigung” in *Neue Zeitschrift Baurecht und Vergaberecht*, C.H. Beck, 2008, p.230.

¹¹⁸ A este respeito, cf. SUE ARROWSMITH, HANS-JOACHIM PRIESS e PASCAL FRITON, “Self-cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct – An Emerging Concept in EC Procurement Law?” in HERMANN PUNDER, HANS-JOACHIM PRIESS e SUE ARROWSMITH, *Self-Cleaning in Public Procurement Law*, Carl Heymanns Verlag, 2009, pp.11ss.

Os operadores económicos em qualquer daquelas situações (excecionando-se os motivos de exclusão relativos às dívidas de impostos ou de contribuições para a segurança social, em que a respetiva sanção ocorre tão-só com o pagamento) podem prevalecer-se da faculdade de *auto-limpeza*, provando que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar a sua fiabilidade, e que, por conseguinte, não devem ser excluídos dos procedimentos contratuais, desde que provem que: (i) ressarciram ou que tomaram medidas para ressarcir eventuais danos causados pelas infrações penais ou pelas faltas graves, (ii) esclareceram integralmente os factos e as circunstâncias através de uma colaboração ativa com as autoridades responsáveis pelos inquéritos e (iii) tomaram as medidas concretas técnicas, organizativas e de pessoal adequadas para evitar outras infrações penais ou faltas graves.

Assim, e em atinência à circunstância de poderem ter sido causados danos pelos operadores em causa, porventura até expressivos, quer do ponto de vista patrimonial quer do ponto de vista não patrimonial, é-lhes exigível o correspondente ressarcimento financeiro, o qual, podendo não ocorrer no imediato, pressupõe, pelo menos, a tomada de diligências no sentido da assunção desse compromisso futuro (conforme se intui, nas diretivas, da alternatividade insita a «ressarciram ou tomaram medidas para ressarcir»).

De igual imprescindibilidade é, logicamente, a prestação dos esclarecimentos que se revelem necessários, os quais devem ir ao âmago dos factos e da responsabilidade de todas as pessoas envolvidas, em termos detalhados e tão céleres quanto for possível. Caso contrário, isto é, desprovida de tais bases factuais, a *auto-limpeza* jamais poderia ocorrer com a mínima seriedade e traduzir-se num esforço credível e promissor de reabilitação dos operadores incumpridores que se lhe submetessem. As referidas clarificações devem ser prestadas perante as autoridades responsáveis pelos inquéritos, por um lado, mas, por outro lado, também perante as entidades adjudicantes.¹¹⁹

Além disso, urge tomar medidas concretas técnicas, organizativas e de pessoal que se destinem a evitar futuras infrações penais ou faltas graves. A título exemplificativo, essas medidas podem contemplar a demissão de executivos e funcionários apurados como responsáveis pelas infrações, a instituição de novos procedimentos de controlo interno que evitem que esses ou outros desvios de conduta ocorram futuramente, a instalação de serviços de monitorização por

¹¹⁹ Cf. SUE ARROWSMITH, HANS-JOACHIM PRIESS e PASCAL FRITON, "Self-cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct – An Emerging Concept in EC Procurement Law?" in HERMANN PUNDER, HANS-JOACHIM PRIESS e SUE ARROWSMITH, *Self-Cleaning in Public Procurement...*, pp. 16-17.

determinado período de tempo que permitam confirmar se as medidas de conformidade são efetivamente executadas, entre outras.^{120 121}

A avaliação da adequação das medidas de *self-cleaning* implementadas não é necessariamente reservada pelos Estados-Membros às entidades adjudicantes, podendo tal competência ser confiada a outras autoridades a nível central ou não central (conforme referem os considerandos 101 e 71 da Diretiva-clássica e da Diretiva-concessões, em respetivo). Em todo o caso, essa avaliação deve ser feita tendo em conta a gravidade e as circunstâncias específicas das infrações penais ou faltas cometidas. Caso as medidas de reabilitação adotadas sejam consideradas insuficientes, os operadores económicos devem receber uma exposição dos motivos subjacentes a tal sentido decisório, em conformidade com o princípio da boa administração.¹²²

Embora sensíveis à regeneração dos operadores económicos, entendemos que não menos descurável deve ser a tutela dedicada às variáveis sociais ínsitas aos motivos de exclusão a que nos referimos. Nesse sentido, somos favoráveis a uma apreciação rígida da observância *in casu* dos pressupostos aplicáveis ao mecanismo de *self-cleaning*, que, em função dos factos inabilitantes e da respetiva gravidade, se compadeça unicamente com soluções de reabilitação que se provem robustas e fidedignas.

Com efeito, nunca soa despidendo relembrar que podem estar aqui implicadas, em abstrato, realidades sobremaneira alarmantes, que merecem a censura mais premente dos ordenamentos jurídicos, tais como o trabalho infantil e o tráfico de seres humanos, muito em particular, mas também outras situações preocupantes, como infrações de obrigações em matérias de acessibilidade para pessoas com deficiência, de igualdade de género, de liberdade sindical, entre tantas mais eventuais violações de direitos laborais e sociais básicos.

Um último aspeto que nos compete mencionar diz respeito à inaplicabilidade da faculdade de *self-cleaning* aos operadores económicos que tiverem sido excluídos, por decisões transitadas em julgado, de participar em procedimentos de contratação pública ou de concessão, durante os limites temporais determinados em tais decisões, nos Estados-Membros onde estas produzirem efeitos. Sob tais circunstâncias, qualquer outra solução atentaria contra o efeito útil das decisões judiciais aludidas e, por tal, não se afiguraria admissível.

¹²⁰ Cf. STEVEN VAN GARSSE e SYLVIA DE MARS, “Exclusion and Self-Cleaning in the 2014 Public Sector Directive” in YSEULT MARIQUE e KRIS WAUTERS, *EU Directive 2014/24 on Public Procurement: a New Turn for Competition in Public Markets?*, Larcier, 2016, p. 134.

¹²¹ A esse respeito, o considerando 102 da Diretiva-clássica e o considerando 71 da Diretiva-concessões, respetivamente, referem, e em sentido próximo, medidas como sejam a rutura de todas as ligações com as pessoas ou organizações envolvidas na conduta ilícita, medidas adequadas de reorganização do pessoal, a aplicação de sistemas de notificação e controlo e a criação de estruturas de auditoria interna para acompanhar o cumprimento e a adoção de regras internas em matéria de responsabilidade e compensação.

¹²² Cf. ALBERT SANCHEZ GRAELLS, “Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing” in FRANÇOIS LICHÈRE, ROBERTO CARANTA e STEEN TREUMER (eds.), *Modernising Public Procurement*..., p.113.

III - Condições de aplicação de motivos sociais de exclusão

Os Estados-Membros devem especificar as condições de aplicação dos motivos de exclusão, por meio de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas e tendo em conta o Direito da União. Devem, em particular, determinar os limites temporais máximos de exclusão no caso de os operadores económicos não terem adotado as medidas de *self-cleaning* sobre que nos pronunciamos. Tal decorre do n.º7 do artigo 57º da Diretiva -clássica, do n.º1 do artigo 80º da Diretiva-setores especiais e do n.º10 do artigo 38º da Diretiva-concessões.

O Direito da União atribui aos Estados-Membros competência para fixarem os limites temporais máximos de exclusão dos operadores económicos dos procedimentos contratuais, mas não o faz sem estabelecer balizamentos na matéria.

Assim, nos casos de exclusão fundados em condenação por decisão transitada em julgado por trabalho infantil ou outras formas de tráfico de seres humanos, os operadores não podem ser excluídos por período temporal que ultrapasse cinco anos a contar da data daquela condenação por decisão transitada em julgado.

Diversamente, tratando-se de situações de exclusão relativas ao incumprimento das obrigações aplicáveis em matéria social e laboral, bem como as respeitantes a faltas profissionais graves e comprometedoras da idoneidade dos operadores económicos, o limite temporal máximo de exclusão dos operadores dos procedimentos de contratação pública e de concessão não pode ser superior a três anos subsequentes à data da base factual relevante (na terminologia das diretivas, do “facto pertinente”). Portanto, para efeitos inaugurais da contagem desse prazo, releva meramente a data da prática dos factos inabilitantes e não a da tomada de conhecimento dos mesmos pelas entidades adjudicantes ou quaisquer outras.¹²³

Cumpre notar que os limites por nós referidos são apenas aplicáveis contanto que os tribunais dos Estados-Membros não tenham decretado período de exclusão por decisão transitada em julgado, situações que ficam apartadas das vinculações em apreço.

Um outro aspeto merece também menção. Os casos específicos das exclusões por incumprimento de obrigações em matéria de pagamento de impostos e de contribuições para a segurança social parecem subtraídos ao âmbito dos limites temporais máximos de exclusão aludidos nas diretivas. Com efeito, nessas circunstâncias a exclusão dos procedimentos contratuais mantém-se até que os operadores económicos regularizem a respetiva situação,

¹²³Alguns autores, porém, encaram como controvertida a questão de saber se, à luz das diretivas, se deve considerar neste âmbito a data das infrações inabilitantes ou a do conhecimento dos mesmos. Nesse sentido, cf. STEVEN VAN GARSSE e SYLVIA DE MARS, “Exclusion and Self-Cleaning in the 2014 Public Sector Directive” in YSEULT MARIQUE e KRIS WAUTERS, *EU Directive 2014/24 on Public Procurement...*, p.136.

mediante pagamento ou celebração de acordo vinculativo com vista a pagar os impostos ou contribuições para a segurança social em atraso.

Justificar-se-ia que, pelo menos, as exclusões fundadas em incumprimento das obrigações aplicáveis em matéria social e laboral se encontrassem sujeitas a esses mesmos termos, isto é, a exclusão dos operadores económicos não reabilitados deveria subsistir até que respeitassem a legislação violada, muito provavelmente de forma reiterada¹²⁴. Pese embora o incumprimento das obrigações tributárias perigues manifestamente a sustentabilidade da coletividade e, por isso, mereça o cuidado legislativo que mencionámos, não menos dignas deste tratamento revelam-se outras irregularidades, tais como – não só, bem o sabemos, mas para o que nos interessa - a violação sistemática de direitos sociais e laborais básicos. A expurgação de umas e outras infrações reveste-se de igual essencialidade em prol de um modelo contratual-público sustentável na União.

2.2.2.2. Critérios sociais de seleção qualitativa

O propósito dos critérios de seleção qualitativa, nos procedimentos com qualificação prévia, é o de conferir às entidades adjudicantes a possibilidade de assegurar que os operadores económicos que almejam obter determinado contrato público reúnam os requisitos necessários para cumprir as obrigações que tal obtenção implicaria.¹²⁵ Esses critérios de seleção podem estar relacionados com a habilitação para o exercício da atividade profissional, com a capacidade económica e financeira, e com a capacidade técnica e profissional (n.º1 do artigo 58º da Diretiva-clássica, n.º2 do artigo 80º da Diretiva-setores especiais e n.º1 do artigo 38º da Diretiva-concessões).

No rol supracitado, é na capacidade técnica e profissional que as considerações de natureza social podem ter lugar. Com efeito, pode suceder que a natureza dos contratos a serem celebrados justifique que as entidades adjudicantes imponham requisitos de modo a assegurar que os operadores económicos disponham de um certo *know-how* em matéria social entre os seus meios técnicos e humanos, demonstrado em contratos executados no passado, nomeadamente.¹²⁶

¹²⁴ Neste exato sentido, cf. ALBERT SANCHEZ GRAELLS, "Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing" in FRANÇOIS LICHÈRE, ROBERTO CARANTA e STEEN TREUMER (eds.), *Modernising Public Procurement...*, p. 114.

¹²⁵ Cf. MICHAEL STEINICKE, "Qualification and Shortlisting" in in MARTIN TRYBUS, ROBERTO CARANTA e GUNILLA EDELSTAM, *EU Public Contract Law...*, p. 105.

¹²⁶ Cf. DACIAN DRAGOS e BODOGNA NEAMTU, "Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects" in FRANÇOIS LICHÈRE, ROBERTO CARANTA e STEEN TREUMER (eds.), *Modernising Public Procurement...*, p. 321.

No entanto, as entidades adjudicantes não podem exigir critérios de seleção cujos contornos específicos se destinem a particularizar de antemão determinados operadores económicos que prezem em especial (presumivelmente nacionais). Além disso, devem assegurar que as exigências sociais que incluam nos critérios técnicos de seleção são tão-só as respeitantes e as justificáveis à luz dos contratos a celebrar *in casu* e nessa estrita medida (não a extravasando). A responsabilidade social das empresas pode unicamente ser aqui contemplada na medida em que ateste a capacidade dos operadores económicos para a execução dos contratos que estejam em causa.¹²⁷ Parece-nos ser esse o sentido a atribuir fundamentalmente à observância do princípio da não discriminação, do princípio da proporcionalidade e da ligação ao objeto do contrato que imperam na sede em análise.

Afigura-se-nos, todavia, que se germina aqui alguma incongruência legislativa a respeito do requisito de ligação ao objeto do contrato. Se, por um lado, nos motivos de exclusão dos operadores económicos, parece relaxar-se esse requisito, acolhendo-se fatores que não se revelam propriamente atinentes ao âmbito específico dos contratos a celebrar, como sejam a existência de dívidas ao “fisco” ou à segurança social ou o incumprimento de um conjunto de obrigações aplicáveis em matéria social ou laboral¹²⁸, por outro lado revela-se um tanto contraditório que nos critérios de seleção qualitativa dos operadores imperem moldes rígidos de ligação ao objeto do contrato.

De qualquer forma, e a título exemplificativo, neste domínio dos critérios (sociais) de seleção dos operadores económicos, pensemos na exigência de a empresa proponente ter pessoal formado em educação pré-escolar num contrato para uma creche; de dispor de arquitetos qualificados em matéria de acessibilidade para a construção de um edifício público; ou, ainda, na exigência de deter ou de ter acesso a equipamento adequado para pessoas idosas num contrato de gestão de um lar de idosos.¹²⁹

¹²⁷ Cf. COM (2001) 566 final, p.12.

¹²⁸ Cf. ABBY SEMPLE, “The link to the subject-matter: a glass ceiling for sustainable public procurement?” in BEATE SJAFJELL e ANJA WIESBROCK, *Sustainable Public Procurement under EU Law: new perspectives on the State...*, p. 68.

¹²⁹ Cf. SEC (2010) 1958, p. 36.

2.2.2.3. Contratos reservados

Sabemos que o Direito da União tende à máxima abertura da participação em concursos para a adjudicação de contratos públicos, pelo que não se compadece, em regra e face ao princípio da não discriminação, com a possibilidade de os Estados-Membros reservarem a participação em contratos públicos a categorias específicas de empresas.¹³⁰ Existem, todavia, exceções, uma das quais nos compete densificar em particular.

À semelhança das diretivas de 2004, ao abrigo das de 2014 os Estados-Membros podem reservar o direito de participar em procedimentos de contratação pública (e de concessão) a entidades e a operadores cujo objeto principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, ou reservar a execução desses contratos para o âmbito de programas de emprego protegido, contanto que pelo menos 30% dos empregados dessas entidades, operadores económicos ou programas sejam trabalhadores com deficiência ou desfavorecidos (artigo 20º da Diretiva-clássica, artigo 38º da Diretiva-setores especiais e artigo 24º da Diretiva-concessões). Desta feita assiste-se a um reforço significativo na matéria, uma vez que o percentual que referimos foi reduzido de 50 para 30 por cento, o que favorece os objetivos de integração de cidadãos que estruturalmente enfrentam mais dificuldades de inserção no mercado de trabalho e na sociedade: as pessoas portadoras de deficiência e as pessoas desfavorecidas (como desempregados, membros de minorias desfavorecidas ou grupos socialmente marginalizados).

Uma vez que as empresas de que aqui falamos podem não estar aptas à obtenção de contratos em condições de concorrência normais (conforme resulta dos considerandos 36 e 51 da Diretiva-clássica e da Diretiva-setores especiais, respetivamente) – o que, aliás, acontece na maioria dos casos - cremos que a solução legislativa a acolher neste âmbito não deveria ser tão só a de colocar na discricionariedade dos Estados-Membros a possibilidade de reservarem a participação em procedimentos de contratação pública e de concessão ou a execução desses contratos àquela categoria de empresas, mas a de os vincular a fazê-lo. Não sendo assim, o acesso destas empresas ao mercado dos contratos públicos pode, em grande medida, ver-se inexequível nos Estados-Membros que não asseguram tal reserva, o que não se coaduna com o paradigma socialmente integrador da contratação pública que a União Europeia almeja instituir.

¹³⁰ Cf. ROBERTO CARANTA, *I Contratti Pubblici*, Giappichelli, 2012, p. 316.

Interessa-nos, ainda que com um enfoque minimalista, mencionar outra situação de “contratos reservados” potencialmente significativa em matéria social¹³¹. Com efeito, os Estados-Membros podem, também, determinar que as entidades adjudicantes possam reservar o direito de participação em procedimentos de adjudicação de contratos públicos atinentes a serviços sociais e a outros serviços específicos (de saúde e culturais) às organizações que preencham cumulativamente os seguintes requisitos: i) tenham por objeto a prossecução de uma missão de serviço público ligada à prestação daqueles serviços; ii) sejam os seus lucros reinvestidos com vista à consecução de tais objetivos; iii) tenham as respetivas estruturas de gestão ou propriedade baseadas na participação dos trabalhadores no capital social ou em princípios participativos, ou requeiram o envolvimento ativo dos trabalhadores, utilizadores ou partes interessadas; iv) não tenham, nos últimos três anos, beneficiado de adjudicação (pelas entidades adjudicantes) de contratos para os serviços em questão. Nesse sentido dispõem o artigo 77º da Diretiva-clássica e o artigo 94º da Diretiva-setores especiais, não se encontrando tal possibilidade prevista na Diretiva-concessões. Em coordenadas (igualmente) discricionárias, a implementação das disposições supramencionadas fica na disponibilidade dos Estados-Membros ou das respetivas entidades adjudicantes, que decidem adotá-las ou não.

Uma última palavra para frisarmos que o regime excecional dos “contratos reservados”, que cinge o acesso aos procedimentos às entidades que reúnam os requisitos para o efeito, não consubstancia uma eliminação da concorrência, a qual cumpre ser observada entre as entidades que preenchem as mesmas condições.

2.2.3. Critérios de adjudicação

2.2.3.1. O (novo) conceito da proposta economicamente mais vantajosa

A reforma de 2014 extinguiu a dualidade dos critérios de adjudicação das diretivas de 2004. Ao invés de as entidades adjudicantes poderem adjudicar os contratos públicos com base ou no preço mais baixo ou na proposta economicamente mais vantajosa, podem hoje fazê-lo somente ancoradas no segundo critério que indicámos, o que aparentemente representa o triunfo da apreciação *qualitativa* das propostas.

¹³¹ Neste sentido, cf. ABBY SEMPLE, “Living Wages in Public Contracts” in ALBERT SÁNCHEZ-GRAELLS (ed.), *Smart Public Procurement and Labour Standards*, Bloomsbury, 2018, p.82.

Esta matéria havia sido, na verdade, objeto de uma querela institucional entre a Comissão Europeia e o Parlamento Europeu, em que a primeira pugnava pela manutenção dos dois critérios de adjudicação nos moldes existentes e o segundo insistia no critério da proposta economicamente mais vantajosa como o único critério de adjudicação a instituir.

A uma primeira luz, afigura-se que a visão que preponderou foi a do Parlamento Europeu. Todavia, uma análise cuidada da matéria não aponta nesse sentido. Com efeito, ao abrigo do n.º2 do artigo 67º da Diretiva-clássica e do n.º2 do artigo 82º da Diretiva-setores especiais, a proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista das entidades adjudicantes *deve* ser identificada com base no preço ou custo, utilizando uma abordagem de custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida, e *pode* contemplar a melhor relação qualidade/preço, que deve ser avaliada com base em critérios que abranjam aspetos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto dos contratos em causa.

Destarte, aferimos que é o preço ou custo o elemento que as entidades adjudicantes têm obrigatoriamente que considerar neste âmbito; a relação qualidade/preço traduz-se num elemento cuja atinência lhes é, na verdade, facultativa. A desconsideração do preço ou custo não pode ocorrer¹³², contrariamente às considerações qualitativas, que podem ver-se excluídas. Assim não o é, contudo, nas situações em que o fator custo assumir a forma de um custo ou preço fixo, não resultante dos procedimentos contratuais em questão mas de fixação administrativa. Aí são apenas atributos qualitativos (em que podem figurar variáveis sociais) sujeitos à concorrência entre operadores económicos.

Assinalemos que, ainda de acordo com as disposições supracitadas das diretivas, os Estados-Membros podem prever que as entidades adjudicantes não possam utilizar o preço ou o custo como único critério de adjudicação, ou possam restringir essa utilização exclusiva a determinadas categorias de entidades ou a determinados tipos de contratos.

Da nossa parte, podemos adiantar que entendemos que os contratos públicos, em regra, deveriam ser adjudicados com base na melhor relação qualidade/preço, em que variáveis económicas, sociais e ambientais fossem consideradas, termos que não se compadeceriam com a possibilidade de atinência exclusiva ao preço ou custo (salvo em circunstâncias excecionais e devidamente fundamentadas). Por conseguinte, cremos que esses deveriam ser os moldes a que os Estados-Membros estariam vinculados a operar no contexto do apuramento da *proposta*

¹³² Tal como é, aliás, referido no considerando 92 da Diretiva-clássica e no considerando 97 da Diretiva-setores especiais: « (...) a decisão de adjudicação do contrato não deverá assentar apenas em critérios diferentes dos custos».

economicamente mais vantajosa, mantendo-se, todavia, na esfera discricionária das entidades adjudicantes a ponderação relativa a atribuir *in casu* a cada uma daquelas variáveis.¹³³ A não ser assim, jamais se nos afigura alcançável a tão ansiada sustentabilidade para os contratos públicos na União Europeia, porque desprovida de uma abordagem holística que preze e assegure com igual dignidade as considerações de natureza económica, social e ambiental.

Notemos, ainda a título preliminar, que as entidades adjudicantes podem decidir não adjudicar os contratos aos proponentes que apresentarem a proposta economicamente mais vantajosa, se tiverem determinado que a proposta não cumpre as obrigações que são decorrentes da legislação social e laboral aplicável, como decorre do n.º1 do artigo 56º da Diretiva-clássica e do n.º6 do artigo 76º da Diretiva-setores especiais.

Contudo, por agora cumpre-nos escrutinar as potencialidades que o preço ou custo e a relação qualidade/preço oferecem sob o ponto de vista da inclusão das considerações sociais no âmbito da determinação da proposta economicamente mais vantajosa. Nessa medida, iremos analisar separadamente esses elementos.

I - Elementos e potencial de responsabilidade social

I) O preço ou o custo

O fator custo, cuja atinência se revela obrigatória, requer às entidades adjudicantes a inclusão de um de dois elementos: o *preço* ou o *custo*. No primeiro caso, os contratos são adjudicados às propostas que, em cada caso, se pautem pelo preço mais baixo. Esse valor monetário diz respeito à aquisição dos bens, obras ou serviços em questão num imediatismo ou num purismo económico alheio à quantificação monetária de impactos sociais (e, claro, ambientais) das compras públicas. Trata-se, por conseguinte, de um conceito restritivo e assético àquelas realidades, que viabiliza em pleno a desconsideração de aspetos sociais.

Por seu turno, o elemento *custo*, na medida em que incorpora uma abordagem de custo-eficácia, é mais abrangente, permitindo a contabilização de custos do contrato que extravasam o preço contratual. Como exemplo de uma abordagem de custo-eficácia, o legislador da União apontou o custo do ciclo de vida, a cuja densificação procedeu nos artigos 68º e 83º da Diretiva-

¹³³ Connosco, cf. ANJA WIESBROCK, "Socially responsible public procurement: European value or national choice?" in BEATE SJAFJELL e ANJA WIESBROCK, *Sustainable Public Procurement...*, p.92.

clássica e da Diretiva-setores especiais, respetivamente. Este enquadramento constitui novidade das diretivas de 2014.

A título preliminar, cumpre assentar a definição de «ciclo de vida», constante do ponto 19 do n.º1 do artigo 2º da Diretiva-clássica e do ponto 16 do artigo 2º da Diretiva-setores especiais. Traduz-se, pois, em todas as etapas consecutivas e/ou interligadas, incluindo a investigação e desenvolvimento a efetuar, a produção, negociação e respetivas condições, transporte, utilização e manutenção, ao longo da existência dos produtos, das obras ou da prestação dos serviços, desde a aquisição de matérias-primas ou da geração até à eliminação, neutralização e fim dos serviços ou utilização.

O cálculo dos custos do ciclo de vida, de acordo com as diretivas, abrange partes ou a totalidade dos seguintes custos, ao longo do ciclo de vida dos produtos, serviços ou obras: por um lado, custos suportados pelas entidades adjudicantes ou outros utilizadores (nomeadamente, custos relacionados com a aquisição; custos de utilização, como consumo de energia e de outros recursos; custos de manutenção; custos de fim de vida útil, tais como os custos de recolha e reciclagem) e, por outro lado, custos imputados a externalidades ambientais ligadas aos produtos, obras ou serviços durante o seu ciclo de vida, desde que seja possível determinar e confirmar o seu valor monetário (esses custos podem incluir o custo das emissões de gases com efeitos de estufa e de outras emissões poluentes, assim como outros custos de atenuação das alterações climáticas).

Posto isto, afigura-se-nos que as considerações sociais não são visadas no seio desta abordagem do custo-eficácia, o que não pode senão deixar de constituir um afrouxamento do potencial de sustentabilidade que lhe poderia subjazer.¹³⁴ Tal opção legislativa denota, aliás, uma incongruência em relação aos considerandos 96 e 101 da Diretiva-clássica e da Diretiva-setores especiais, em respetivo, os quais, pese embora o seu caráter não vinculativo, aludem ao «cálculo dos custos sociais do ciclo de vida»¹³⁵.

Todavia, não se esgotando as abordagens do custo-eficácia no custo do ciclo de vida (que se reveste apenas de caráter exemplificativo nesse sentido, conforme vimos), tal não olvida à

¹³⁴ Cf. DACIAN DRAGOS e BODOGNA NEAMTU, "Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects" in FRANÇOIS LICHÈRE, ROBERTO CARANTA e STEEN TREUMER (eds.), *Modernising Public Procurement*...p. 327.

¹³⁵ Contudo, cremos que cabe porventura proceder aí a uma interpretação corretiva. Os «custos sociais do ciclo de vida» são referidos em virtude da conveniência de criar uma metodologia comum para o seu cálculo, tendo em conta metodologias já existentes, como as orientações para análise, em termos sociais, do ciclo de vida dos produtos (*Guidelines for Social Life Cycle Assessment of Products*). Na verdade, neste último caso falamos de uma metodologia respeitante à análise do ciclo de vida (*Life cycle assessment*), que, por sua vez, é uma abordagem de custo-eficácia alternativa ao custo do ciclo de vida (*Life cycle costing*). Assim sendo, o legislador não se referiria, como faz, a «custos sociais do ciclo de vida», mas, em abono do rigor, à *análise social do ciclo de vida*.

internalização de impactos sociais no *custo* das aquisições públicas caso sejam adotadas outras abordagens do custo-eficácia pelas entidades adjudicantes.

Com efeito, e em jeito ilustrativo, a análise do ciclo de vida (*life cycle assessment*) não veda a contabilização das repercussões (inclusivamente as potenciais) da aquisição dos bens, obras ou serviços em causa, ao longo de todo o ciclo de vida dos mesmos, no bem-estar da sociedade. Os impactos produzidos em variáveis como os direitos humanos, condições de trabalho, e saúde e segurança dos trabalhadores podem ver-se visados de um ponto de vista monetário; numa palavra e como disséramos, internalizados no *custo* dos bens, obras ou serviços que as entidades adjudicantes pretendam adquirir.

Sabemos, no entanto, que se colocam dificuldades neste domínio. A consideração monetária das externalidades sociais revela-se estruturalmente mais desafiante do que a das ambientais e pode desincentivar as entidades adjudicantes a incorporá-las: quer os adventos quer os “males sociais” são, *per se*, mais difíceis de monetarizar e, por conseguinte, de absorver ou refletir no âmbito do *custo* contratual.

A título exemplificativo, a utilidade social adicional gerada pelos contratos públicos ao nível da reinserção de toxicodependentes, da promoção da igualdade de género ou da integração das pessoas portadoras de deficiência, e os malefícios da respetiva incúria dessa promoção por comparação a alternativas que lograriam tutelar ou tutelar melhor tais aspetos não são realidades facilmente quantificáveis, na esteira do que referíramos.¹³⁶

Enfim, independentemente da circunstância de a consideração dos aspetos sociais no custo contratual ser, à partida, possibilitada noutras abordagens do custo-eficácia, cremos que as dificuldades suscitadas tendem a revelar-se prementes. Decerto um pouco menos problemática se afiguraria, porém, a atinência a estas variáveis se as mesmas fossem legislativamente acolhidas e densificadas no âmbito dos custos do ciclo de vida dos bens, obras ou serviços (cujo cálculo, como sabemos, se encontra regulado nas diretivas), dado que, pelo menos, as entidades adjudicantes encontrariam a mínima orientação nesse sentido, à semelhança do que acontece para as matérias ambientais.

Não sendo esse o caso, não estranhámos que a maioria das entidades adjudicantes que opte por atender ao *custo* o faça, em abono do pragmatismo, por referência ao custo do ciclo de vida

¹³⁶ Uma construção proposta por HUNKELER no domínio da análise social do ciclo de vida (*social life cycle assessment*) é a de fracionar o ciclo de vida de um produto em unidades laborais (horas) e calcular o rendimento por unidade, com vista a avaliar os impactos sociais resultantes da capacidade de utilização desse rendimento do trabalho para a satisfação de necessidades básicas, como alimentação e habitação. Cf. DAVID HUNKELER, “Societal LCA Methodology and a Case Study” in *International Journal of the Life Cycle Assessment*, 13(2)/2008, pp. 96-103.

– a única abordagem do custo-eficácia detalhada nas diretivas – e, conseqüentemente, não internalize considerações sociais no custo contratual.

Em resumo, cremos que o fator *custo*, que tem de ser obrigatoriamente contemplado na determinação da proposta economicamente mais vantajosa e que abrange, em regime de alternatividade, ou o elemento *preço* ou o elemento *custo*, não estimula a contratação pública socialmente responsável, nos moldes em que se encontra configurado. Sabemos que, no primeiro caso, as considerações sociais não relevam e, no âmbito do segundo, o legislador da União, ainda que não as excluindo em absoluto (pois podem ter lugar noutras abordagens do custo-eficácia que não o custo do ciclo de vida), não lhes dedicou cuidado.

ii) A relação qualidade/preço

Conforme adiantáramos, a adoção da relação *qualidade/preço* dota-se de um caráter facultativo (a menos, nomeadamente, que os Estados-Membros proibam a utilização do preço ou do custo como único critério de adjudicação pelas entidades adjudicantes, caso em que é de consideração obrigatória).¹³⁷

A relação qualidade/preço corresponde àquilo que, nas diretivas de 2004, era o critério da proposta economicamente mais vantajosa. No entanto, registam-se alterações no que respeita à enunciação das variáveis aí exemplificativamente admitidas.

Com efeito, e para o que nos interessa, entre os aspetos que a relação qualidade/preço pode contemplar, figuram agora a «*acessibilidade, conceção para todos os utilizadores e características sociais, (...) negociação e respetivas condições*» (conforme constante da alínea a) do n.º2 do artigo 67º da Diretiva-clássica e da alínea a) do n.º2 do artigo 82º da Diretiva-setores especiais). Assiste-se, assim, pela primeira vez, ao acolhimento expresso das matérias sociais neste âmbito, lado a lado com as ambientais.

Importa lembrar que essa inclusão se mostrava possível mesmo antes da reforma de 2014, tal como decorrente dos arestos do Tribunal de Justiça. No entanto, não se nos deixa de afigurar da maior importância que essa ordem de considerações haja sido (finalmente) vertida no texto legislativo, provida da dignidade que lhe corresponde. Dissipam-se, de uma vez por todas, quaisquer dúvidas com que as entidades adjudicantes se poderiam deparar quanto à admissibilidade ou não de considerações sociais neste domínio.

¹³⁷ Ainda, de acordo com OANA PANTILIMON VODA, sempre que sejam admitidas variantes, a relação qualidade/preço deve ser considerada. Cf. OANA PANTILIMON VODA, “Innovative and sustainable procurement: framework, constraints and policies” in CRISTOPHER BOVIS, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, 2016, p. 223.

Aliás, os próprios considerandos das diretivas assumem um papel de orientação nesse sentido, enquadrando alguns exemplos de aspetos sociais admissíveis nesta sede. Aludem à proteção da saúde do pessoal envolvido no processo de produção das obras, bens ou serviços em questão, ao fomento da inovação social das pessoas desfavorecidas ou de membros de grupos vulneráveis, ou à formação para a aquisição das competências imprescindíveis à execução dos contratos em causa. Em jeito ilustrativo, subsumiriam nesse âmbito critérios como o recrutamento de desempregados de longa duração ou a implementação de ações de formação para desempregados ou jovens a afetar à execução dos contratos em questão (considerando 99 da Diretiva-clássica e considerando 104 da Diretiva-setores especiais).

Tantos outros exemplos podem aqui ser aludidos. Pensemos na inclusão de requisitos relacionados com a satisfação de necessidades específicas de cada utilizador (consoante a idade, género ou dificuldades sociais dos utilizadores) em contratos para a adjudicação de serviços de cuidados de pessoas com deficiência. Em contratos para a adjudicação de testes e serviços de recrutamento para o setor público, as entidades adjudicantes podem, por exemplo, pedir aos proponentes que garantam que os testes e serviços de recrutamento sejam concebidos e realizados de uma forma que assegure a igualdade de oportunidades para todos os participantes, independentemente da idade, género ou antecedentes étnicos ou religiosos dos mesmos. Uma outra situação exemplificativa: em contratos destinados à adjudicação de *software* e *hardware*, podem ser considerados critérios relacionados com o número de pontos atribuídos aos níveis de acessibilidade ou características específicas de acessibilidade propostas para vários grupos de pessoas com deficiência (se os produtos ou serviços são ou não acessíveis a cegos ou deficientes visuais, a pessoas com deficiência auditiva ou surdas, a pessoas com deficiência intelectual ou a pessoas com mobilidade ou destreza limitadas, etc.).¹³⁸

Volvidos aos considerandos das diretivas, é apontada, ainda (e ilustrativamente, como sabemos), a possibilidade de consideração de aspetos relacionados com o fornecimento ou a utilização de produtos provenientes do comércio justo, conforme radica do acórdão *Max Havelaar*¹³⁹, cujo substrato densificaremos em breve. Tal pode incluir, por exemplo, o requisito de se pagar aos produtores um preço mínimo e mais elevado. Assim consta do considerando 97 da Diretiva-clássica e do considerando 102 da Diretiva-setores especiais

¹³⁸ Cf. SEC (2010) 1958, p. 38.

¹³⁹ Cf. Acórdão *Comissão v. Países Baixos*, de 10 de maio de 2012, proc. C-368/10.

Uma outra novidade em matéria da enumeração exemplificativa de critérios admitidos para a densificação da melhor relação qualidade/preço reside na alínea b) do n.º2 do artigo 67º da Diretiva-clássica e na alínea b) do n.º2 do artigo 82º da Diretiva-setores especiais. As entidades adjudicantes podem atender à organização, às qualificações e à experiência do pessoal encarregado da execução dos contratos que estejam em causa, caso a qualidade do pessoal empregue possa influenciar significativamente o nível de execução dos contratos. Este é decerto um tópico que muito nos interessa.

Fazendo esboroar a posição doutrinária que, com assento no acórdão *Lianakis*⁴⁰, sustentava que a atinência à experiência e às qualificações do pessoal a afetar à execução contratual se encontrava proibida no seio dos critérios de adjudicação, o TJ, na vigência das diretivas de 2004, esclareceu, a respeito de um contrato de prestação de serviços de carácter intelectual, de formação e consultoria, que a (então vigente) alínea a) do n.º1 do artigo 53º da Diretiva 2004/18/CE não se opunha a que uma entidade adjudicante estabelecesse um subcritério densificar da proposta economicamente mais vantajosa que permitisse avaliar a qualidade das equipas técnicas concretamente propostas pelos concorrentes para efeitos de execução desse mesmo contrato, subcritério esse que teria em conta a constituição da equipa assim como a experiência e o currículo dos seus membros (acórdão *Ambisig*⁴¹).

Com efeito, ao abrigo dos parágrafos 31, 33 e 34 do mesmo aresto, «*a qualidade da execução de um contrato público pode depender de forma determinante do valor profissional das pessoas encarregadas de o executar, valor esse constituído pela sua experiência profissional e a sua formação (...) Quando um contrato desse tipo for executado por uma equipa, a competência e a experiência dos seus membros são determinantes para apreciar a qualidade profissional dessa equipa. Essa qualidade pode ser uma característica intrínseca da proposta e estar ligada ao objeto do contrato. (...) Por conseguinte, a referida qualidade pode constar como critério de adjudicação do anúncio do concurso ou do caderno de encargos em questão*».

⁴⁰ Cf. Acórdão *Lianakis*, de 24 de junho de 2008, proc. C-532/06.

O Tribunal de Justiça, a propósito de um procedimento de contratação que incluía, na concretização da proposta economicamente mais vantajosa, critérios relativos à experiência dos peritos responsáveis pelos projetos, ao pessoal, ao equipamento do gabinete e à capacidade de realizar os projetos no prazo previsto, entendeu que os critérios referidos não se revelavam admissíveis, dado que «(...) os critérios definidos, pela entidade adjudicante, referem-se (...) principalmente à experiência, às qualificações e aos meios suscetíveis de garantir uma boa execução do contrato em questão. Trata-se de critérios que dizem respeito à aptidão dos proponentes para executar esse contrato e que, portanto, não têm a qualidade de «critérios de adjudicação», na acepção do artigo do artigo 36.º, n.º1 da Diretiva 92/50. (...) Deve, por conseguinte, reconhecer-se que os artigos 23º, n.º1, 32º e 36º, n.º1, da Diretiva 92/50 se opõem a que, no quadro de um processo de adjudicação, a entidade adjudicante tenha em conta a experiência dos proponentes, o seu pessoal e o seu equipamento assim como a capacidade de executarem o contrato no prazo previsto, não a título de «critérios de seleção qualitativa, mas a título de «critérios de adjudicação»» (parágrafos 31 e 32).

⁴¹ Cf. Acórdão *Ambisig*, de 26 de março de 2015, proc. C-601/13.

Esta jurisprudência foi vertida nas aludidas alínea b) do n.º2 do artigo 62º da Diretiva-2014/24/UE e alínea b) do n.º2 do artigo 82º da Diretiva 2014/25/UE. É hoje, portanto, pacífico que a organização, as qualificações e a experiência do pessoal encarregado da execução dos contratos públicos podem ser ponderadas no contexto da determinação, pelas entidades adjudicantes, da proposta economicamente mais vantajosa, contanto que esses aspetos possam influenciar significativamente o nível de execução dos contratos que estejam em causa.

Pese embora lamentando a falta de densificação legislativa do conceito indeterminado «impacto significativo ao nível da execução do contrato», sabemos, porque o abordámos no contexto dos critérios de seleção qualitativa dos operadores económicos, que muitos contratos requerem um *know-how* específico em matéria social, revelando-se, nessa medida, essencial que a mão-de-obra afetada à sua execução disponha das habilitações e da experiência imprescindíveis a defrontar as questões sociais dos contratos em questão (por exemplo, a necessidade de ter profissionais especializados em gerontologia num contrato para um lar de idosos).

Por conseguinte, as aptidões técnicas que a mão-de-obra a afetar à execução dos contratos reúna no campo social (e que sejam, pois, relevantes nesse sentido) podem ser apreciadas pelas entidades adjudicantes, não só nos critérios de seleção dos operadores económicos, mas, uma vez preenchidos, igualmente a jusante, na qualidade de elemento concretizador da melhor relação qualidade/preço, no âmbito do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa.¹⁴²

II - Condições de admissibilidade de subcritérios sociais

Em primeiro lugar, cabe-nos salvaguardar (ou, em abono do rigor, lembrar) que os subcritérios densificadores da proposta economicamente mais vantajosa que revistam natureza social devem estar ligados ao objeto do contrato. Esse corresponde a um dos requisitos essenciais que, radicado da jurisprudência do TJUE desde o acórdão *Concordia Bus*, lhes é imposto.

No entanto, nas diretivas de 2014, a ligação ao objeto do contrato é acolhida em moldes expressamente extensivos. Ao abrigo do n.º3 do artigo 62º da Diretiva-clássica e do n.º3 do artigo 82º da Diretiva-setores especiais, os subcritérios referidos devem relacionar-se com as obras, produtos ou serviços a adquirir nos contratos em causa, sob qualquer aspeto e em qualquer fase do seu ciclo de vida, incluindo fatores atinentes ao processo específico de produção, fornecimento

¹⁴² Neste sentido, ainda que sem se referir especificamente às matérias sociais, cf. SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and the UK*, Vol. I, Sweet and Maxwell, 2014, p. 759.

ou negociação das obras, produtos ou serviços, ou a um processo específico em relação a outra fase do seu ciclo de vida, mesmo que esses fatores não façam parte da sua substância material.

Tal solução positiva a jurisprudência do Tribunal de Justiça constante do acórdão *Max Havelaar*. Pois bem, e moldando a abordagem à especificidade do nosso estudo: em 2008, a província da Holanda do Norte havia publicado um anúncio de concurso público para o fornecimento de máquinas de café e dos produtos necessários ao seu funcionamento (café, chá, açúcar e leite), exigindo que esses produtos ostentassem o rótulo social *Max Havelaar*, com perspectiva a assegurar que os ingredientes provinham do comércio justo (compra dos produtos a organismos constituídos por pequenos produtores de países em desenvolvimento, a um preço e em condições favoráveis relativamente aos determinados pelo jogo do mercado).

Cumpria indagar – para o que aqui nos interessa - se, naquele contrato, tal subcritério densificador da proposta economicamente mais vantajosa que exigia aos concorrentes a ostentação do rótulo social *Max Havelaar* em relação aos ingredientes a serem fornecidos respeitava ou não o requisito da ligação ao objeto do contrato. A Comissão, contraposta ao Reino dos Países Baixos, sustinha que essa ligação era violada, uma vez que, no seu entendimento, o rótulo não se prendia aos produtos a serem adquiridos, em si mesmos considerados, mas à esfera das políticas gerais de aquisição dos concorrentes.

Porém, a acusação referida não procedeu. O douto Tribunal entendeu que o subcritério de adjudicação em causa se referia unicamente aos ingredientes a fornecer no quadro do contrato em questão e não às políticas sociais gerais das empresas. Com efeito, não seria admissível à entidade adjudicante a avaliação de tais políticas por atinência ao contexto aquisitivo geral dos proponentes, mas isso não sucedia no caso em apreço, respeitante tão-só aos ingredientes a serem fornecidos no âmbito *daquele* contrato público. Por tal, o requisito de ligação ao objeto do contrato encontrava-se preenchido *in casu*.

O TJ esclareceu que «*as entidades adjudicantes estão (...) autorizadas a escolher critérios de adjudicação baseados em considerações de índole social, as quais podem dizer respeito aos utentes ou aos beneficiários das obras, fornecimentos ou serviços que são objeto do contrato, mas também a outras pessoas*». Ademais, «*não é necessário que um critério de adjudicação incida sobre uma característica intrínseca de um produto, isto é, um elemento que se incorpore materialmente nele (...) Nada se opõe, por isso, (...) a que tal critério se refira ao facto de um produto ser proveniente do comércio equitativo*».

Destarte, este aresto foi o propulsor da solução vertida nas diretivas hoje vigentes: tudo o que ocorra no decurso do ciclo de vida das obras, produtos ou serviços que estejam em causa encontra-se ligado ao objeto contratual, numa lógica nascimento-morte.¹⁴³

Conforme referido, tomada como violação paradigmática deste requisito de ligação ao objeto do contrato e, por isso, vedada às entidades adjudicantes é a consideração das políticas gerais dos operadores económicos (considerandos 97 e 102 da Diretiva-clássica e da Diretiva-setores especiais, respetivamente).

Não nos coibamos de notar que, cingidos à ótica dos propósitos da contratação pública socialmente sustentável, a consideração das políticas supramencionadas possibilitaria às entidades adjudicantes mobilizar as opções internas das empresas com mais premência em prol da sustentabilidade, uma vez que essa ordem de preocupações se lhes assumiria com carácter estrutural e não circunscrita ao contexto de determinado contrato público em que tais aspetos fossem visados como – na sede em apreço – elemento de densificação da proposta economicamente mais vantajosa.

De qualquer forma, e como detalháramos, esta questão não se coloca sequer no estágio atual do Direito da União Europeia dos Contratos, que veda por completo tal relaxamento do requisito da ligação ao objeto do contrato, com vista, nomeadamente, a afastar o risco de que os operadores económicos concorram entre si com base em políticas empresariais em detrimento da oferta das melhores obras, produtos ou serviços.

Não nos revemos, contudo, no argumento que tende a ser apontado na defensibilidade desta tese de acordo com o qual a contratação pública se deve abster de pretender exercer influência sobre as políticas (sociais) gerais das empresas em virtude de o único propósito desta disciplina jurídica ser a obtenção de bens, obras ou serviços em termos específicos. Esta constitui uma visão anacrónica e desadequada da contratação pública que se ancora na premissa de que os entes públicos, enquanto entidades adjudicantes, se devem mover numa lógica aquisitiva análoga à dos atores privados no mercado¹⁴⁴, o que não encontra o mínimo cabimento, quer à luz das especificidades que um alcance visionário da melhor tutela do interesse público coloca (e que, como sabemos, não se esgota em variáveis de sustentabilidade económico-financeira desprovidas da abrangência devida de desideratos societários conducente à sustentabilidade a longo prazo),

¹⁴³ Cf. ROBERTO CARANTA, “Sustainable Procurement” in MARTIN TRYBUS, ROBERTO CARANTA e GUNILLA EDELSTAM, *EU Public Contract Law...*, p. 183.

¹⁴⁴ Cf. ABBY SEMPLE, “The link to the subject matter of the contract: A glass ceiling for sustainable public procurements?” in BEATE SJAFJELL e ANJA WIESBROCK, *Sustainable Public Procurement under EU Law: new perspectives on the State...*, p. 70.

quer à luz da premência de que o acolhimento da responsabilidade social das empresas tem sido objeto ao nível da própria União Europeia (aliás, de todos os *stakeholders*).¹⁴⁵

Além da ligação ao objeto do contrato, os subcritérios sociais determinadores da proposta economicamente mais vantajosa devem respeitar a principiologia fundamental do Direito da União, em particular o princípio da igualdade e da não discriminação, o princípio da transparência e o princípio da concorrência.

Nesse sentido, o n.º4 do artigo 67º da Diretiva-clássica e o n.º4 do artigo 82º da Diretiva-setores especiais implicam, ainda, que tais subcritérios sociais não possam ter por efeito conferir às entidades adjudicantes uma liberdade de escolha ilimitada (requisito cuja positivação, ainda nas diretivas de 2004, radicara do acórdão *Concordia Bus*).

Ademais, os subcritérios aludidos devem assegurar a possibilidade de concorrência efetiva e, em virtude do princípio da não discriminação e do dever de transparência, ser publicitados nos documentos concursais, a par da respetiva ponderação relativa (n.ºs 4 e 5 do artigo 67º da Diretiva-clássica e n.ºs 4 e 5 do artigo 82º da Diretiva-setores especiais).

Por fim, e assumindo-se tal referência pioneira nesta sede, as diretivas de 2014 aludem à necessidade de os subcritérios (sociais, para o que nos diz respeito) densificadores da proposta economicamente mais vantajosa serem acompanhados de especificações que possibilitem verificar efetivamente a veracidade da informação fornecida pelos proponentes nesse domínio. Em caso de dúvida, as entidades adjudicantes indagam a exatidão das informações e provas fornecidas pelos proponentes, enquadrando-se tais diligências no quadro do inquisitório imprescindível à obtenção da verdade material.

¹⁴⁵ A este respeito, atentemos à Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – *Responsabilidade social das empresas: uma nova estratégia da UE para o período de 2011-14*, de 25.10.2011, COM(2011) 681 final, na qual a Comissão Europeia se referiu à necessidade de as empresas se tornarem socialmente responsáveis, com a integração de preocupações sociais e de tutela dos direitos humanos no contexto da respetiva estratégia de negócio e operações. Contudo, este tópico tem, como dissemos, merecido uma atenção mais transversal: pensemos, a título paradigmático, na Corporate Social Responsibility Europe (CSR Europe), a principal rede europeia para a responsabilidade social das empresas, que aglomera mais de 10 000 operadores económicos e que atua como plataforma unida em prol da mobilização empresarial para o crescimento sustentável e melhoria da vida em sociedade.

2.2.3.2. Propostas anormalmente baixas: (in)cumprimento da legislação social

As diretivas de 2014 pautam-se por novidades nesta matéria, em sentido que nos diz diretamente respeito. À luz dos n.ºs 1 e 2 do artigo 69º da Diretiva-clássica e dos n.ºs 1 e 2 do artigo 84º da Diretiva-setores especiais, as entidades adjudicantes exigem que os operadores económicos expliquem os preços ou custos indicados nas propostas, sempre que estes se revelem anormalmente baixos para as obras, fornecimentos ou serviços a prestar, explicações que se podem prender – para o que nos interessa - ao (in)cumprimento das obrigações aplicáveis em matéria social e laboral estabelecidas pelo direito da União, por legislação nacional, por convenções coletivas ou pelas disposições de direito internacional em matéria social e laboral constantes do Anexo X da Diretiva-clássica e do Anexo XIV da Diretiva-setores especiais. Destarte, não se encontra na disponibilidade das entidades adjudicantes emprenderem ou não tal verificação das propostas mediante a existência daquela suspeita, o que sucedia nas diretivas de 2004. Desta feita, encontram-se, diferentemente, vinculadas a fazê-lo.

Além disso, outra novidade nesse sentido é constante do n.º3 do artigo 69º da Diretiva-clássica e do n.º3 do artigo 84º da Diretiva-setores especiais, de acordo com os quais as entidades adjudicantes excluem as propostas se determinarem que elas são anormalmente baixas por não cumprirem as obrigações aplicáveis em matéria social e laboral aludidas.

Estas alterações legislativas vincam os propósitos da contratação pública socialmente responsável, na medida em que se movem em inviabilizar a aceitação de propostas cujo preço seja anormalmente baixo em virtude do desrespeito das obrigações aplicáveis em matéria social e laboral, como as respeitantes a horários de trabalho ou igualdade salarial. Reforça-se, portanto, o nosso referido paradigma contratual-público sociorresponsável no quadro do Direito da União Europeia.

Sob o próprio ponto de vista do princípio da igualdade entre operadores económicos e da concorrência leal, a reforma colhe o mérito de impossibilitar que os proponentes que incumpram as obrigações sociais aplicáveis logrem vantagens concorrenciais – porque conseguem oferecer um preço mais baixo nas respetivas propostas em virtude dessa violação - relativamente a todos os que cumprem a legislação aplicável.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Neste sentido, cf. GRITH SKOVGAARD ØLYKKE, “The provision on abnormally low tenders: a safeguard for fair competition?” in GRITH SKOVGAARD ØLYKKE e ALBERT SANCHEZ GRAELLS, *Reformation or Deformation of...*p.157-158.

No entanto, cumpre salvaguardar que tal exclusão das propostas não pode operar sem as devidas cautelas, visadas textualmente nas diretivas; essa solução não se admitiria sequer, em atinência, entre outros, ao princípio da proporcionalidade

Com efeito, o Tribunal de Justiça já se pronunciara a esse respeito, esclarecendo que as entidades adjudicantes devem, após a identificação de propostas que se lhes afigurem anormalmente baixas, conceder aos proponentes em causa a faculdade de demonstrarem a seriedade das respetivas propostas. Posteriormente, as entidades adjudicantes apreciam o mérito das explicações fornecidas e, em último lugar, decidem, então, admitir ou rejeitar as propostas em questão.¹⁴⁷

É, precisamente, esse o sentido constante do n.º3 do artigo 69º da Diretiva-clássica e do n.º3 do artigo 84º da Diretiva-setores especiais: as entidades adjudicantes só podem determinar a exclusão das propostas se os meios de prova apresentados pelos proponentes sobre cujas propostas recaiam as suspeitas não permitirem explicar satisfatoriamente o baixo nível dos preços ou custos propostos.

Porém, uma definição, em si, de *proposta economicamente mais vantajosa* não é encontrável nas diretivas. Portanto, Estados-Membros e respetivas entidades adjudicantes gozam aí de uma margem de discricionariedade não irrisória. Cremos que, na prática, a abordagem mais utilizada seja a que assenta na aferição da proporção de desvio do preço proposto pelos concorrentes face ao valor estimado dos contratos que estejam em causa, termos em que, a partir de determinado percentual de desvio, as entidades adjudicantes indagam – entre outros aspetos, mas para o que nos interessa – se tal circunstância é devida ao incumprimento da legislação aplicável em matéria social e laboral. Conforme vimos, uma vez assegurado o contraditório devido, se as entidades adjudicantes apurarem aquela violação de obrigações sociais, as propostas visadas são excluídas.

De qualquer forma, convocamos o pensamento de GRITH SKOVGAARD ØLYKKE, sob o qual as propostas são anormalmente baixas se não cobrirem o custo do cumprimento contratual, incluindo o custo da adoção da legislação social e laboral aplicável (o qual deve ser adequadamente vertido nas propostas). Prossegue a mesma autora no sentido de que tais obrigações em matéria social e laboral não são as mesmas em todos os casos, dependendo, nomeadamente, do local de execução dos contratos em causa (numa palavra: são aplicáveis, em regra, as obrigações aí vigentes, a menos que a imposição de padrões mais exigentes se conforme

¹⁴⁷ Cf. Acórdão *Impresa Lombardini*, de 27 de novembro 2001, proc. C-286 (processos apensos C-285/99, C-286/99. Igualmente relevantes, entre outros, cf. acórdão *Transporoute*, de 10 de fevereiro de 1982, proc. C-76/81; acórdão *Fratelli Costanzo*, de 22 de junho de 1989, proc. C-103/88; acórdão *Slovensko*, de 29 de março de 2012, proc. C-599/10.

com o Direito da União).¹⁴⁸ Essa é a interpretação que mais se coaduna com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, atendendo, por exemplo, ao acórdão *Bundesdruckerei*, no qual entendeu que exigir o pagamento do salário mínimo nacional alemão a subcontratados sediados num outro Estado-Membro e exclusivamente aí encarregados da execução contratual buliria desproporcionalmente com a liberdade de prestação de serviços.¹⁴⁹¹⁵⁰

2.2.3.3. Adjudicação de concessões e considerações sociais

Conforme dispõe o artigo 41º da Diretiva 2014/23/UE, a adjudicação de concessões¹⁵¹ deve realizar-se de acordo com critérios objetivos, entre os quais podem figurar critérios de natureza social, reportados, à luz do considerando 64 da Diretiva, a qualquer aspeto e a qualquer fase do ciclo de vida das obras ou serviços em causa, incluindo fatores relativos ao processo específico de produção, fornecimento ou, até, comercialização das obras ou serviços, ou a um processo específico numa fase posterior do seu ciclo de vida, mesmo que tais aspetos não façam parte da sua substância material.

Entre a miríade de possibilidades que são suscitadas, e que podem recobrir critérios tão variados quanto os atinentes à igualdade de género, ao combate à discriminação étnica e racial, à integração dos cidadãos deficientes, e tantos outros, o legislador optou por esclarecer, também aqui, e a título ilustrativo, que podem estar em questão nesta sede critérios de adjudicação das concessões relacionados com a utilização de produtos provenientes do comércio justo. Os critérios atinentes à negociação e respetivas condições podem, por exemplo, remeter para o requisito de se pagar aos subcontratados um preço mínimo e um prémio. Outrossim aludidos são os critérios que se prendam à proteção da saúde dos trabalhadores envolvidos no processo de execução das concessões, ao fomento da inserção social de pessoas desfavorecidas ou à formação profissional para a aquisição das competências imprescindíveis à execução das concessões que estejam em questão (referências que, como vimos, constam também da Diretiva-clássica e da Diretiva-setores especiais).

¹⁴⁸ Cf. GRITH SKOVGAARD ØLYKKE, "The provision on abnormally low tenders: a safeguard for fair competition?" in GRITH SKOVGAARD ØLYKKE e ALBERT SANCHEZ GRAELLS, *Reformation or Deformation of...* pp.163ss.

¹⁴⁹ Cf. Acórdão *Bundesdruckerei*, de 18 de setembro de 2014, proc. C-549/13.

¹⁵⁰ Os considerandos 38 e 53 da Diretiva-clássica e da Diretiva-setores especiais, respetivamente, parecem também apontar nesse sentido, a respeito da observância das obrigações sociais e laborais aplicáveis, esclarecendo que os serviços se consideram prestados no local onde são executados, independentemente dos locais e Estados-Membros a que os serviços se destinem.

¹⁵¹ Como se entende, referimo-nos a concessões de obras públicas e de serviços públicos cujo valor seja igual ou superior ao limiar que determina a aplicação das disposições da Diretiva 2014/23/UE (sem prejuízo de, mesmo relativamente àquelas que se dotem de valor inferior, a observância dos princípios fundamentais do Direito da União ser obrigatória), conforme consta dos artigos 8º e 9º da Diretiva-concessões, e que não recaiam no âmbito das exclusões explicitadas nos artigos 11º e seguintes da mesma.

Na esteira das considerações que registámos a respeito da inclusão de variáveis sociais no critério de adjudicação dos contratos públicos visados pela Diretiva 2014/24/UE e pela Diretiva 2014/25/UE, a adoção de critérios sociais na adjudicação de concessões não pode senão conformar-se com um conjunto de limites que nos são conhecidos.

Assim, quaisquer critérios sociais de adjudicação das concessões devem respeitar os princípios fundamentais do Direito da União Europeia. Devem, nomeadamente, assegurar a igualdade de tratamento e a concorrência efetiva entre os operadores económicos, ser previamente publicitados e elencados, juntamente com os demais, no contexto de uma ordem decrescente de importância (conforme indicado pelo princípio da transparência. Todavia, se as entidades adjudicantes receberem uma proposta que contenha uma solução inovadora com um nível de desempenho funcional excepcional que não poderia ter sido previsto por um adquirente público diligente, podem excepcionalmente alterar a ordem de classificação dos critérios de adjudicação de forma a ter em conta esta solução inovadora, a qual se pode, aliás, prender – não o olvidemos - a aspetos de inovação social) e, ainda, pautar-se pela objetividade e não conferir uma liberdade de escolha ilimitada às entidades adjudicantes.

É, igualmente, exigida a ligação de tais critérios sociais ao objeto das concessões em causa, na medida em que se devem cingir às obras ou serviços em apreço. Não os podem extravasar e contemplar fatores que não se relacionam especificamente com as concessões que estejam em questão, referindo-se a aspetos como as políticas gerais de responsabilidade social dos proponentes ou a formação dos candidatos a empregos locais.

Por fim, importa referir que a lógica de racionalidade económico-financeira não pode ser descurada na adjudicação de concessões, devendo os critérios escolhidos permitir a determinação dos benefícios económicos totais para os adquirentes públicos.¹⁵² Pois bem, pese embora o benefício económico global para as entidades adjudicantes, como alude o considerando 73 da Diretiva, *possa* não se cingir às variáveis economicistas e contemplar outras preocupações, de natureza qualitativa (como as sociais e de inovação social), não nos iludamos: também na adjudicação de concessões são apenas os aspetos economicistas que pressupõem a atinência obrigatória das entidades adjudicantes.

¹⁵² Como assinala DOLores FÉRNANDEZ-BERMEJO, embora se encontre nas mãos dos Estados-Membros e respetivas entidades adjudicantes a escolha dos critérios de adjudicação das concessões, o n.º1 do artigo 41º da Diretiva-concessões limita a margem discricionária dos Estados-Membros no que concerne aos critérios materiais a serem aplicados, exigindo que seja assegurada a determinação dos mencionados benefícios económicos totais para as entidades adjudicantes. Cf. DOLores UTRILLA FÉRNANDEZ-BERMEJO, “La influencia del Derecho de la Unión Europea sobre la adjudicación de concesiones” in JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ ISABEL GALLEG0 CÓRC0LES, FRANCISCO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ e JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA (dirs.), *Las Nuevas Directivas...*, p. 338.

2.2.4. Execução contratual socialmente responsável

2.2.4.1. Condições sociais de execução contratual

Os artigos 70º da Diretiva-clássica e 87º da Diretiva-setores especiais dispõem que as entidades adjudicantes podem fixar condições especiais de execução contratual versadas sobre considerações sociais ou de emprego.

Não existe, todavia, preceito análogo na Diretiva-concessões, o que merece a nossa incompreensão, porque os considerandos 64, 65 e 66 da mesma aludem expressamente à possibilidade de inclusão de tal ordem de considerações a título de condições de execução contratual. Por conseguinte, não teria sido intenção legislativa colocar objeção à inclusão de aspetos sociais neste domínio, pese embora a sua falta de consubstanciação específica no corpo principal da Diretiva. Enfim, foi desperdiçada a oportunidade de densificação devida desta possibilidade no âmbito das concessões, o que censuramos.

Os exemplos indicados anteriormente quanto aos (sub)critérios sociais de adjudicação dos contratos são transponíveis para as condições de execução contratual, tal como resulta dos considerandos das diretivas, que se referem à possibilidade de adoção dos mesmos tanto numa fase como na outra. É o que decorre do princípio da simetria: não faz sentido, nas diretivas de 2014, diferenciar entre o que é admitido no critério de adjudicação ou nas condições de execução dos contratos.¹⁵³ Assim, também estas últimas podem, a título ilustrativo, versar sobre matérias como a utilização de produtos provenientes do comércio justo, o recrutamento de desempregados de longa duração, a implementação de formações para os desempregados ou jovens no decurso dos contratos a adjudicar, ou a exigência de medidas de proteção da saúde do pessoal envolvido no processo produtivo.

Além disso, os considerandos 98, 103 e 65 da Diretiva-clássica, da Diretiva-setores especiais e da Diretiva-concessões, respetivamente, referem, ainda em jeito ilustrativo, a possibilidade de adoção de considerações de execução contratual destinadas a favorecer a aplicação de medidas de igualdade entre mulheres e homens no mercado do trabalho, o aumento de participação das mulheres no mercado de trabalho e a conciliação do emprego com a vida privada. Com efeito, as condições de execução dos contratos públicos podem visar esse desiderato sob moldes múltiplos, tais como através da imposição da aprovação de planos de igualdade a serem aplicados no âmbito

¹⁵³ Cf. SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and...*, p. 746.

da execução daqueles contratos; ou através da exigência de realização de cursos de formação em matéria de igualdade de género e de assédio sexual no trabalho com vista à execução dos contratos em causa.¹⁵⁴

Outros exemplos de condições especiais de execução contratual apontados nos considerandos supramencionados das diretivas e que se revestem de natureza social são os respeitantes à observância das convenções fundamentais da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e ao recrutamento de pessoas desfavorecidas em número superior ao exigido pelas legislações nacionais.

Nas palavras da Comissão, as condições de execução contratual são, em regra, a fase mais adequada para a inclusão de aspetos sociais relativos ao emprego e às condições de trabalho dos trabalhadores envolvidos na execução dos contratos.¹⁵⁵

A esse respeito, afigura-se-nos interessante convocar o acórdão *Regiopost*¹⁵⁶, em que o Tribunal de Justiça, no domínio da adjudicação de um contrato público de serviços postais relativo à cidade de Landau (Alemanha), entendeu que não seria desconforme com o direito da União uma legislação regional de um Estado-Membro que prevísse, para os contratos públicos executados nesse âmbito territorial, a obrigação de os proponentes e seus subcontratados pagarem um salário mínimo – fixado por tal legislação regional - aos trabalhadores afetos à execução contratual.

Por conseguinte, o direito da União também não obstará a que, à luz daquela mesma legislação, os proponentes e seus subcontratados que se recusassem ao cumprimento de uma tal «condição especial de execução contratual» que visava «considerações de índole social», fossem excluídos da participação no procedimento de adjudicação do contrato público em causa.

O TJ reconheceu que se observava uma restrição à liberdade de prestação de serviços, dado que a imposição do pagamento de uma remuneração mínima – fixada por disposição legislativa, enquanto regra imperativa de proteção mínima aplicável à adjudicação de qualquer contrato público executado regionalmente - ao pessoal encarregado da execução contratual seria suscetível de dificultar ou tornar menos atrativa a execução das prestações objeto do contrato aos operadores económicos estabelecidos noutros Estados-Membros e onde as remunerações mínimas fossem inferiores.

Com efeito, essas empresas, mediante a obrigação de efetuarem o pagamento de um tal salário mínimo aos seus trabalhadores destacados no Estado-Membro de acolhimento deparar-se-

¹⁵⁴ Neste sentido, cf. BEATRIZ BELANDO GARÍN, “La contratación pública como instrumento de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres” in JOSÉ MARIA GIMENO FELIU (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2016*, Aranzadi, 2016, p. 439.

¹⁵⁵ Cf. SEC (2010) 1958, p. 44.

¹⁵⁶ Cf. Acórdão *Regiopost*, de 17 de novembro de 2015, proc. C-115/14.

iam com um encargo económico suplementar, suscetível de constituir uma restrição à liberdade de prestação de serviços, na aceção do artigo 56º do TFUE.

Não obstante, de acordo com o entendimento do TJ, essa restrição justificar-se-ia em abono do objetivo de proteção dos trabalhadores, prevalecente naquele caso face à esfera das liberdades económicas insitas ao mercado interno.

Este aresto reflete o potencial das condições especiais de execução contratual em prol da responsabilidade social. No entanto, e conforme decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça desde o acórdão *Beentjes*, impõe-se a observância de requisitos: a ligação ao objeto contratual, a publicitação no anúncio de concurso ou nos documentos do concurso e a observância de todos os demais princípios relevantes do Direito da União Europeia.

Assim, reproduzimos as considerações que havíamos feito a esse nível: as condições especiais de execução contratual que recubram aspetos sociais devem cingir-se ao âmbito específico dos bens, obras ou serviços visados pelos contratos públicos em causa, não os extrapolando em virtude de outra ordem de aspetos, como os da esfera de políticas sociais gerais dos operadores económicos¹⁵⁷. Além disso, devem ser previamente publicitados, em abono do princípio da transparência, e coadunar-se com os princípios da igualdade de tratamento e da concorrência, nomeadamente.

Pois bem, aqui chegados, urge, todavia, elucidar possíveis entraves ao desiderato de promoção da contratação pública socialmente responsável por intermédio das condições especiais de execução dos contratos: a falta de controlo do seu cumprimento nos Estados-Membros¹⁵⁸, o que se pode revelar particularmente premente ao nível da subcontratação.

2.2.4.2. Monitorização contratual, subcontratação e matérias sociais

Ao abrigo do n.º2 do artigo 18º da Diretiva-clássica, do n.º2 do artigo 36º da Diretiva-setores especiais e do n.º3 do artigo do artigo 30º da Diretiva-concessões, os Estados-Membros tomam as *medidas necessárias* para assegurar que, ao executarem os contratos públicos, os operadores económicos respeitem as obrigações aplicáveis em matéria social e laboral estabelecidas pelo

¹⁵⁷ A Comissão aponta como condições não ligadas ao contrato, por exemplo, exigir ao contratante que contrate uma proporção determinada de trabalhadores com deficiência noutra contrato, ou exigir que o contratante contribua financeiramente para construir um centro para pessoas desfavorecidas, ou, ainda, que forneça serviços de creche para os filhos do pessoal. Cf. SEC (2010) 1958, p. 43.

¹⁵⁸ Cf. ABBY SEMPLE, "Reform of the EU Procurement Directives and WTO GPA: Forward Steps For Sustainability?", 2012, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2089357>, pp. 18-20.

Direito da União, por legislação nacional, por convenções coletivas ou pelas disposições de direito internacional em matéria social e laboral.

A execução dos contratos públicos deve, por conseguinte, pautar-se pela observância daquele conjunto de obrigações. Contudo, como sabemos, «medidas adequadas» assume-se, neste contexto, como um conceito em larga medida indeterminado, cuja densificação foi delegada pelo legislador da União aos Estados-Membros. Embora sejamos sensíveis aos propósitos de flexibilidade e às considerações de proporcionalidade subjacentes a tal solução, não branqueemos que a mesma pode ser conducente a abordagens muito distintas entre Estados-Membros e, por tal, a situações em que o controlo do cumprimento daquelas obrigações na execução dos contratos se revele, na prática, ineficaz.

Aliás, e não nos restringindo, desta feita, à esfera daquelas obrigações aplicáveis em matéria social e laboral, de pouco vale, inclusivamente, prever condições de índole social de execução dos contratos se às mesmas não corresponderem mecanismos eficazes de controlo da sua observância e a subsequente aplicação de sanções aos casos de respetivo incumprimento. Essa preocupação deve nortear os Estados-Membros, sob prejuízo de a execução socialmente responsável dos contratos públicos resvalar no fracasso.

A subcontratação, pelas particularidades que coloca, merece uma menção especial à luz desta problemática e também de outros aspetos que se nos afiguram relevantes. Em primeiro lugar, cumpre notar que o n.º1 do artigo 71º da Diretiva-clássica, o n.º1 do artigo 88º da Diretiva-setores especiais e o n.º1 do artigo 42º da Diretiva-concessões dispõem que o cumprimento pelos subcontratados do rol de obrigações aplicáveis em matéria social e laboral é assegurado pela adoção de *medidas adequadas* por parte das autoridades nacionais competentes, no âmbito das respetivas responsabilidades e competências.

Assim sendo, também aqui se assiste a uma indeterminação concetual significativa a respeito do que entender por «medidas adequadas», pelo que nos resta renovar o âmago das preocupações que registáramos: o risco de a discricionariedade em apreço se revelar um obstáculo aos desideratos da contratação pública socialmente responsável.

Notemos que as diretivas não se abstêm totalmente de providenciar alguma orientação nesse sentido, ainda que o façam em moldes minimalistas e facultativos. Tais «medidas adequadas», além da possível exigência colocada pelo contraente público ao adjudicatário no sentido da substituição dos subcontratados incumpridores das obrigações sociais e laborais aplicáveis (como já havíamos assinalado), podem passar por um regime de responsabilidade solidária entre os

subcontratados e o adjudicatário pelo incumprimento daquelas obrigações (n.º6 do artigo 71º da Diretiva-clássica, n.º6 do artigo 88º da Diretiva-setores especiais e o n.º4 do artigo 42º da Diretiva-concessões). Consideramos este aspeto essencial, o qual se nos afiguraria, com seriedade, merecedor de uma abordagem vinculativa para os Estados-Membros.

Não o duvidemos: a subcontratação pode revelar-se desafiante. O controlo das cadeias de subcontratação ao nível da transparência e do cumprimento das obrigações aplicáveis em matéria social e laboral é imprescindível e não se compadece com o minimalismo da regulamentação constante das diretivas.¹⁵⁹

Com efeito, são, em abono do rigor, poucas as obrigações diretamente decorrentes das diretivas em matéria de subcontratação e a discricionariedade concedida aos Estados-Membros e às respetivas entidades adjudicantes a esse respeito é excessiva, pelo que porventura um tanto inapta a assegurar a prossecução dos desideratos de transparência e de observância das obrigações sociais ao longo das cadeias de subcontratação.

Consideramos que as entidades adjudicantes deveriam encontrar-se sempre obrigadas a solicitar, desde logo, a indicação pelos proponentes, nas suas propostas, da parte dos contratos que tencionassem subcontratar a terceiros, bem como dos subcontratados propostos (ao invés da solução existente, que faz depender essa obrigatoriedade de uma opção dos Estados-Membros ou das suas entidades adjudicantes nesse sentido: n.º2 do artigo 71º da Diretiva-clássica, n.º2 do artigo 88º da Diretiva-setores especiais e n.º2 do artigo 42º da Diretiva-concessões). Além disso, cremos que uma tal obrigatoriedade não deveria cingir-se aos subcontratados dos subcontratados do contraente principal, mas, sempre que possível, estender-se a uma parte mais baixa da cadeia de subcontratação (sem olvidar – claro está – a igual exigência de comunicação, pelo contraente principal à entidade adjudicante, de quaisquer eventuais alterações posteriores a esse respeito). Este cuidado não seria despiciendo; pelo contrário¹⁶⁰, assumimos que pugnamos aqui por alguma rigidez, devendo a flexibilidade ceder perante a necessidade de facilitar – e precocemente, como se compreende - o controlo da transparência e do cumprimento das obrigações sociais e laborais ao longo de toda a cadeia de subcontratação.

¹⁵⁹ Em sentido próximo, cf. ANJA WIESBROCK, "Socially responsible public procurement: European value or national choice?" in BEATE SJAFJELL e ANJA WIESBROCK, *Sustainable Public Procurement...*, p.88.

¹⁶⁰ Lamentamos que as diretivas imponham tão-só como obrigatório que, em determinados contratos – contratos de empreitada e de concessão de obras e em relação a serviços prestados nas instalações sob a supervisão direta das entidades adjudicantes – as entidades adjudicantes exijam ao contraente principal a indicação do nome, das coordenadas e dos representantes legais dos seus subcontratados (diretos), obrigação que só é, aliás, aplicável após a adjudicação dos contratos ou, até, num momento tão tardio quanto o do início da execução contratual: n.º5 do artigo 71º da Diretiva-clássica, n.º5 do artigo 88º da Diretiva-setores especiais e n.º3 do artigo 42º da Diretiva-concessões.

É igualmente essencial – como, de resto, já tivemos oportunidade de aludir - que as «medidas adequadas» no domínio em apreço, adotadas pelas «autoridades nacionais competentes», viabilizem efetivamente a monitorização do cumprimento pelos subcontratados das obrigações aplicáveis em matéria social e laboral no contexto de toda a execução dos contratos públicos, o que deve passar pela recolha dos dados que importem a esse nível e por uma análise minuciosa dos mesmos, em sequência das quais seja possível, não apenas apurar a observância ou não das obrigações sociais aplicáveis, mas, idealmente, apontar também eventuais melhorias da execução contratual que possam ter lugar nesse campo, com vista à melhor prossecução possível do interesse público.

Indissociavelmente, não pode ser descurada a questão da previsão de sanções que, sob a ótica de proporcionalidade, não negligenciem as situações de incumprimento pelos subcontratados das obrigações decorrentes da legislação social e laboral aplicável.

Tais considerações de monitorização contratual são transponíveis para o domínio dos aspetos sociais que as entidades adjudicantes imponham nas cláusulas de execução dos contratos (atinentes, exemplificativamente, à proibição do trabalho infantil e do trabalho forçado, a requisitos de saúde e de segurança, a obrigações de pagamento de salários mínimos e a normas de trabalho digno¹⁶¹), cujo cumprimento deve ser observado em moldes outrossim eficazes.

De igual modo – e relembrando-o - tão importante quanto incorporar condições especiais de execução dos contratos de carácter social é a determinação das consequências da sua violação, pelo que reproduzimos, também aqui, as notas efetuadas a respeito da necessidade de previsão de sanções que, em atinência ao princípio da proporcionalidade, logrem sancionar condutas transgressoras.¹⁶²

Creemos, ainda, que o papel das entidades reguladoras nacionais pode, como sublinha ISABEL CELESTE FONSECA, revelar-se essencial no que concerne à auditoria e ao acompanhamento ou monitorização contratual, bem como ao nível do sancionamento de condutas que sejam juridicamente censuráveis.¹⁶³

Numa palavra, urge controlar adequadamente, ao longo de toda a cadeia de subcontratação, o cumprimento efetivo das obrigações sociais e laborais aplicáveis e das condições sociais de execução dos contratos estabelecidas, e, incindivelmente, prever e impor sanções aos casos de

¹⁶¹ Cf. SEC (2010) 1958, p. 47.

¹⁶² Cf. MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY, “El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos” in J.JOSÉ PERNAS GARCÍA (Diretor), *Contratación Pública.....*, p. 179.

¹⁶³ Cf. ISABEL CELESTE FONSECA, “Das modas da contratação Pública, Códigos de Ética e Pactos de Integridade: um must-have contra a Corrupção” in *Nos 20 Anos dos CJA*, CEJUR, 2017, p. 10.

respetivo incumprimento. Porém, face ao minimalismo da regulamentação das diretivas e à enorme discricionariedade concedida aos Estados-Membros e suas entidades adjudicantes, afigura-se-nos considerável o potencial de incerteza ao nível dos resultados logrados.

2.2.4.3. Infrações sociais no cerne da resolução contratual

À resolução de contratos públicos durante a sua vigência podem subjazer infrações de natureza social. Assim, começamos por elucidar que as diretivas não estabelecem uma disciplina exaustiva a respeito dos motivos passíveis de determinar a rescisão contratual por parte das entidades adjudicantes, elencado somente um reduto mínimo de fundamentos para o efeito, cuja possibilidade os Estados-Membros devem assegurar, nas condições determinadas pelas normas do direito nacional aplicáveis.

Nesse sentido, cabe-nos mencionar enquanto um tal fundamento de cariz social, pelo menos, a circunstância de, face ao adjudicatário, existir, à data da adjudicação contratual, uma condenação por decisão transitada em julgado com fundamento em trabalho infantil ou de outras formas de tráfico de seres humanos, que teria, como tal, determinado o seu afastamento procedimental (com as ressalvas que fizéramos no tratamento dessa matéria, em particular no que atine à limitação temporal máxima da exclusão): alínea b) do artigo 73º da Diretiva-clássica, alínea b) do artigo 90º da Diretiva-setores especiais e alínea b) do artigo 44º da Diretiva-concessões.

Não nos coibamos de referir que, embora não previstos nas diretivas, nada obsta a que outros fundamentos sociais de resolução contratual possam ser estabelecidos ao nível interno dos Estados-Membros, relembrando a não exaustividade com que esta matéria é regulada nas diretivas. Pois bem, pensemos, por exemplo, na possibilidade – não excluída *a priori* pelo legislador da União – de os Estados-Membros disporem, nas suas legislações nacionais, que o incumprimento das obrigações contratuais essenciais determina a resolução contratual, pelo que, se condições de cariz social de execução contratual fixadas num determinado contrato público forem estabelecidas como tal, nesse âmbito, o respetivo incumprimento pelo adjudicatário constitui um fundamento passível de suscitar a resolução contratual pela entidade adjudicante.

Um outro exemplo de fundamento de resolução contratual cuja implementação legislativa nos Estados-Membros não se nos afigura vedada é a verificação, em relação aos cocontratantes (no próprio contexto da execução dos contratos) do circunstancialismo atinente aos motivos sociais

que determinariam a exclusão dos operadores económicos dos procedimentos de contratação.¹⁶⁴
Uma solução de extensibilidade.

2.3. Utilização de rótulos sociais

A jeito de introito, cabe salvaguardar que a análise nesta sede se restringirá à Diretiva 2014/24/UE e à Diretiva 2014/25/UE, na medida em que a Diretiva 2014/23/UE não faz qualquer menção à matéria, nos considerandos ou tampouco no corpo textual principal.

«Rótulo» encontra-se definido nas diretivas como qualquer documento, certificado ou atestado que confirme que as obras, produtos, serviços, processos ou procedimentos em causa preenchem determinados requisitos (ponto 23 do n.º1 do artigo 2º da Diretiva-clássica e ponto 19 do artigo 2º da Diretiva setores-especiais). Em específico, os rótulos sociais haviam já sido definidos pela Comissão, em 2001, como as palavras e símbolos apostos aos produtos que visam influenciar as decisões de compra dos consumidores por via do fornecimento de uma garantia quanto ao impacto ético e social de um processo comercial sobre outras partes interessadas.¹⁶⁵

No domínio da contratação pública, o legislador da União esclareceu no n.º1 do artigo 43º da Diretiva-clássica e no n.º1 do artigo 61º da Diretiva-setores especiais que, sempre que pretendam adquirir obras, fornecimentos ou serviços com características específicas de um ponto de vista social, as entidades adjudicantes podem, nas especificações técnicas, nos critérios de adjudicação ou nas condições de execução dos contratos, exigir rótulos específicos para atestar que as obras, fornecimentos ou serviços em causa correspondem às características sociais exigidas.

Trata-se, não apenas da referência pioneira nas diretivas da contratação pública aos rótulos sociais, mas também da elucidação legislativa no que concerne à possibilidade de utilização daqueles em várias sedes estratégicas para além das especificações técnicas.¹⁶⁶

Esta solução radica do acórdão *Max Havelaar* - a que já nos havíamos dedicado – em que o TJ considerou o rótulo social *Max Havelaar* como (legitimamente) inserível no domínio das condições de execução contratual (e, sabemo-lo, em virtude do princípio da simetria, também nada obsta a uma tal inserção no âmbito dos critérios de adjudicação).

¹⁶⁴ Aparentemente também neste sentido, cf. ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Bloomsbury, 2015, p. 435.

¹⁶⁵ Cf. Livro Verde *Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas* – COM(2001) 366 final, de 18.07.2001.

¹⁶⁶ Assim, cf. ROBERTO CARANTA, “Labels as enablers of sustainable public procurement” in BEATE SJAFJELL e ANJA WIESBROCK, *Sustainable Public Procurement...*, p. 108.

Todavia, a possibilidade de exigência de rótulos sociais pelas entidades adjudicantes não se pode, naturalmente, desvincular da observância de um conjunto de condições para o efeito, tal qual decorre também dos preceitos supramencionados das diretivas.

Pois bem, os rótulos sociais têm que assentar em critérios ligados ao objeto contratual, pelo que, na esteira do que nos temos vindo a pronunciar, devem dizer diretamente respeito às obras, fornecimentos ou serviços em causa e não a uma esfera mais lata de considerações. Para além de associados ao objeto contratual, esses critérios devem ser apropriados para definir as características das obras, fornecimentos ou serviços a que se refiram os contratos, o que comporta uma ampla indeterminação concetual. Não parece *a priori* evidente quando um rótulo social, ligado ao objeto do contrato, seria inapropriado. RICHARD CRAVEN considera que esta é uma questão resolúvel *in casu* ao abrigo do princípio da proporcionalidade e que tem em vista impedir a atinência, através dos rótulos sociais, às políticas gerais dos operadores económicos.¹⁶⁷ Contudo, essa proibição é a que radica – como sabemos – do requisito da ligação ao objeto contratual. Por conseguinte, tal interpretação afigura-se-nos dotada de alguma redundância (podendo, porventura, a própria exigência em apreço sê-lo).

Os rótulos sociais devem, ainda, basear-se em critérios objetivamente verificáveis e não discriminatórios. Assim sendo, visa-se, em particular, impossibilitar que a utilização dos rótulos se traduza num meio de favorecer determinado(s) operador(es) económico(s). Não restringir, distorcer ou falsear a concorrência assume-me, também aqui, na qualidade de cuidado imperativo, que deve nortear a utilização dos rótulos sociais.

Uma outra condição a verificar atine à criação dos rótulos através de procedimentos abertos e transparentes em que possam participar todas as partes interessadas (como organismos governamentais, consumidores, parceiros sociais, fabricantes, distribuidores, organizações não governamentais, entre outros), exigência que exacerba o princípio da transparência ao convocar a participação dos *stakeholders*, com vista à conceção de soluções que reflitam a discussão e a ponderação dos interesses em questão. Não obstante teoricamente louvável, os moldes em que tal se processaria não são concretizados pelas diretivas, subsistindo uma incerteza significativa a esse respeito.

Acresce a condição de os rótulos serem acessíveis a todas as partes interessadas. Mais uma vez, urge não descurar da viabilização de uma concorrência efetiva, coordenadas que seriam

¹⁶⁷ Cf. RICHARD CRAVEN, “Subcontracting matters: Articles 43 and 71 of the 2014 Directive” in GRITH SKOVGAARD ØLYKKE e ALBERT SANCHEZ GRAELLS, *Reformation or Deformation of...*p. 312. Interessa, ainda, com as necessárias adaptações aos aspetos sociais, cf. DAN WILSHER, “Reconciling national autonomy and trade integration in the context of eco-labelling” in SUE ARROWSMITH e PETER KUNZLIK (eds.), *Social and Environmental...*p.430.

comprometidas se os rótulos sociais exigidos pressupusessem termos intrincados, isto é, de difícil interpretação e aplicação pela generalidade dos operadores económicos.

Por fim, os requisitos de rotulagem devem ser definidos por terceiros sobre os quais os operadores económicos que solicitam os rótulos sociais não possam exercer uma influência dominante, correspondendo esta a uma solução que visa assegurar no processo os moldes de independência devidos.¹⁶⁸

Esclarecidas as condições a que a exigência de rótulos sociais se encontra adstrita, é pertinente notar que, contrariamente ao sentido decorrente do acórdão *Max Havelaar*, as entidades adjudicantes podem exigir-los por referência a rótulos específicos, como consta expressamente das diretivas. Contudo, devem aceitar todos os rótulos que atestem que as obras, fornecimentos ou serviços obedecem a requisitos de rotulagem equivalentes, o que consubstancia, sobretudo, uma manifestação do princípio do reconhecimento mútuo e do princípio da concorrência.

Nessa mesma linha, caso se possa comprovar que os operadores económicos não têm possibilidade de obter, dentro dos prazos estabelecidos, os rótulos específicos indicados pelas entidades adjudicantes ou rótulos equivalentes, por razões que não lhes sejam imputáveis, as entidades adjudicantes devem aceitar outros meios de prova adequados, como ficheiros técnicos dos fabricantes, desde que os operadores em causa provem que as obras, fornecimentos ou serviços a serem por eles prestados cumprem os requisitos dos rótulos específicos ou os requisitos específicos indicados pelas entidades adjudicantes.

Destarte, é-nos possível constatar um reforço das potencialidades ínsitas à contratação pública socialmente responsável, sem que, no entanto, se veja sacrificada a concorrência, a qual cumpre sempre assegurar. Conforme vimos, a não utilização abusiva dos rótulos sociais assume-se como uma preocupação estruturante no acolhimento desta solução legislativa, que visa impedir que os proclamados desideratos de responsabilidade social nos contratos públicos mais não sejam do que um meio de que as entidades adjudicantes se apoderem para limitar artificialmente a concorrência.

Concomitantemente, sem prejuízo da essencialidade da esfera concorrencial entre operadores económicos, a orientação da compra pública para a qualidade social não é negligenciada. Com efeito, e como também aludimos, a aceitação de rótulos equivalentes aos rótulos sociais que sejam exigidos pelas entidades adjudicantes ou, na impossibilidade de obtenção atempada de tais rótulos

¹⁶⁸ Em sentido próximo, cf. RICHARD CRAVEN, "Subcontracting matters: Articles 43 and 71 of the 2014 Directive" in GRITH SKOVGAARD ØLYKKE e ALBERT SANCHEZ GRAELLS, *Reformation or Deformation of...* p. 313.

(quer os indicados quer equivalentes) por razões não imputáveis aos operadores económicos, a aceitação de outros meios de prova adequados, deve ocorrer somente quando conducente ao preenchimento das exigências sociais à luz das quais as entidades adjudicantes solicitam os rótulos em questão.

Entre os rótulos sociais, tende a destacar-se a exigência de rótulos de comércio justo (como sucedia no aresto *Max Havelaar*). Pode, todavia, tratar-se de uma utilização com um escopo empírico mais limitado do que o dos rótulos ecológicos, em virtude de a sua inserção se voltar para determinados tipos de contratos, como contratos de fornecimento (alimentos, materiais promocionais, brindes institucionais, etc.) e contratos de serviços de restauração (máquinas de venda automática, refeitórios, catering para eventos, etc.).¹⁶⁹

Não obstante, a inclusão de rótulos de comércio justo insere-se, sem qualquer dúvida, nos mecanismos promotores de uma contratação pública socialmente responsável e têm sido adotadas iniciativas de relevo nesse sentido. A título paradigmático, podemos referir o programa «Cidades para o Comércio Justo» (*Fairtrade Towns*), em que, para a obtenção de um tal estatuto, sustentado num conjunto de critérios para o efeito, os municípios que o logram se mostram comprometidos com a implementação do comércio justo no seio das suas aquisições públicas. Vários Estados-Membros da União Europeia, como Áustria, Bélgica, Dinamarca, Finlândia, França, Itália, Irlanda, Espanha, Suécia, Holanda e Alemanha contam com experiências desse cariz.

Uma extensão desse programa é a iniciativa «Universidades para o Comércio Justo», em que as instituições de ensino superior às quais é reconhecida tal qualidade, igualmente na sequência do preenchimento dos critérios requeridos, assumem um compromisso, não apenas no sentido de inclusão do comércio justo nas suas compras públicas, mas também de assunção de toda uma estratégia de sensibilização mais alargada nesse âmbito, como planos de ação para o comércio justo ao nível dos respetivos *campus* universitários.

3. Uma abordagem de compromisso: *quo vadis?*

As diretivas de 2014 solidificam a atinência aos aspetos de responsabilidade social na contratação pública, pautando-se por novidades na matéria e por um grau de densificação reforçado das soluções reconhecidas nas diretivas de 2004.

¹⁶⁹ Cf. TERESA MEDINA ARNÁIZ, “Comercio justo y contratación pública” in JUAN JOSÉ PERNAS GARCÍA, *Contratación Pública...*, p. 274.

Com efeito, são vários os instrumentos de que os Estados-Membros e suas entidades adjudicantes se podem socorrer para promover um desiderato cujos contornos evolutivos tendem a concretizá-lo com a dignidade que lhe decorre, desde logo, do direito originário da União Europeia, pese embora o caminho que (ainda) cumpre percorrer nesse sentido.

Entre as oportunidades suscitadas, para além das que densificámos, podem porventura colocar-se outras menos convencionais, como sucede com o domínio dos acordos-quadro, regulados no artigo 33º da Diretiva-clássica e no artigo 51º da Diretiva-setores especiais.

Os acordos-quadro, consistindo em acordos entre uma ou mais entidades adjudicantes e um ou mais operadores económicos que têm por objeto fixar os termos dos contratos a celebrar durante um determinado período de tempo (o qual, em regra, não pode exceder quatro anos), podem visar outros aspetos além de preços e quantidades previstas. Assim, variáveis de natureza social podem ser contempladas nessa sede. Pensemos, a título exemplificativo, em acordos-quadro estabelecidos entre estabelecimentos prisionais e um conjunto de operadores económicos, nos quais seja exigido que o vestuário a ser adquirido pelas entidades adjudicantes para utilização pelos reclusos seja confeccionado ao abrigo do respeito pelos princípios fundamentais dos direitos humanos constantes de convenções internacionais e pelos direitos laborais constantes das Convenções da OIT.

Os acordos-quadro são suscetíveis de relevar significativamente de um ponto de vista económico, em virtude da possibilidade de visarem um volume considerável de serviços, fornecimentos ou obras, e viabilizam a inclusão de considerações sociais num número elevado de contratos públicos de uma só vez.¹⁷⁰ Não obstante, também aí (curando, aliás, do possivelmente avultado número de intervenientes) cumpre não descurar do controlo do seu cumprimento, ao longo de toda a cadeia de subcontratação, um aspeto por nós anteriormente desenvolvido.

E outros desafios são igualmente suscitados pelas diretivas de 2014. Acreditamos que, embora a sua atinência pelas entidades adjudicantes seja vedada pelo requisito da ligação ao objeto dos contratos, a responsabilidade social das empresas é propulsionada sob uma luz indireta. Deparando-se os operadores económicos que visam obter contratos públicos com crescentes exigências sociais por parte dos adquirentes públicos no âmbito dos fornecimentos, obras ou serviços em causa, a responsabilidade social pode tender a incorporar-se

¹⁷⁰ Cf. MARTA ANDRECKA, "Sustainable public procurement under framework agreements" in BEATE SJAFJELL e ANJA WIESBROCK, *Sustainable Public Procurement under EU Law: new perspectives on the State...*, p. 234.

progressivamente também como uma ordem de preocupações na esfera das políticas internas das empresas, refletindo tal influência gerada pela contratação pública.

Mesmo ao nível das pequenas e médias empresas, essa dinâmica pode instituir-se com proficuidade, tornando-as mais competitivas no acesso ao mercado da contratação pública dado que movidas a adaptarem-se estruturalmente às expectativas contratuais cada vez mais multifacetadas das entidades adjudicantes.¹⁷¹

Contudo, não olvidemos que a indeterminação concetual e a discricionariedade nas diretivas podem dificultar a contratação pública socialmente responsável como desiderato holístico. Em abono do rigor, a maioria das disposições legislativas na matéria dota-se de um carácter facultativo, pelo que a premência desses aspetos depende, em larga medida, dos moldes de acolhimento por Estados-Membros e respetivas entidades adjudicantes.

Somos levados a crer que o futuro da contratação pública socialmente responsável na União Europeia deveria conhecer coordenadas de vinculatividade e densidade normativas acrescidas, aos vários níveis a que nos fomos referindo, em particular no dos critérios de adjudicação. Por conseguinte, a implementação desta ordem de considerações colheria uma maior segurança e evidenciar-se-ia com a dignidade que lhe corresponde. Não basta *possibilitar*, cabe *assegurar* a contratação pública socialmente responsável e inclusiva.

Pois bem, decorridos mais de dois anos desde o termo do prazo concedido aos Estados-Membros para a transposição das três diretivas da contratação pública nas suas legislações nacionais, não dispomos, ainda, à data da investigação em apreço, de qualquer estudo que solidamente nos esclareça a respeito do alcance transpositivo e das sequentes experiências nacionais em matéria de responsabilidade social nos contratos públicos.

Sabemos, todavia, que alguns Estados-Membros têm vindo a enveredar por opções legislativas que nos parecem as mais congruentes à luz dos objetivos em análise. Em jeito elucidativo, pensemos na obrigatoriedade de atinência à melhor relação/qualidade (e, por tal, impossibilitando-se, salvo circunstâncias excecionais e devidamente justificadas, a consideração exclusiva do preço ou custo) na adjudicação de contratos públicos, tal como sucede na Holanda,

¹⁷¹ Connosco, cf. SARAH SCHOENMAEKERS, “The role of SMEs in promoting sustainable procurement” in BEATE SJAFJELL e ANJA WIESBROCK, *Sustainable Public Procurement under EU Law: new perspectives on the State...*, p. 176.

Convém notar que a promoção do acesso das pequenas e médias empresas ao mercado dos contratos públicos se insere também como um dos objetivos visados pela reforma de 2014.

ou na exigência de menção nas propostas de todos os subcontratados propostos para a execução contratual, como vigora na Áustria.¹⁷²

Da nossa parte, voltar-nos-emos doravante para a transposição das diretivas de 2014 no Código dos Contratos Públicos português, escrutinando as soluções aí implementadas em matéria de responsabilidade social, por referência às mesmas variáveis analisadas nas diretivas. Numa palavra, procuraremos aferir se, sob a propulsão do Direito da União, o legislador português logrou possibilitar a conciliação entre o objetivo de sustentabilidade económico-financeira da contratação pública e o de promoção da sustentabilidade numa vertente de responsabilidade social (desideratos que se assumem como complementares, pelo que não devem ser encarados como concorrentes no âmbito desta disciplina jurídica).

¹⁷² Sobre este assunto (a par de outras questões), cf. JOHANNES STALZER, "Austria: fair procurement – initiative requires MEAT as sole award criteria for construction contracts", 2015, disponível em www.schoenherr.eu./knowledge/knowledge-detail/austria-fair-procurement-initiative-requires-meat-as-sole-award-criteria-fair-construction-cont.

Capítulo III – A contratação pública socialmente responsável e inclusiva no Código dos Contratos Públicos português

0. Nota prévia

A 1 de janeiro de 2018 entrou em vigor a revisão do Código dos Contratos Públicos (CCP) português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto de 2017.

A revisão supramencionada deveu-se, não apenas, mas sobretudo à necessidade de conformar o regime português da contratação pública às exigências da transposição das diretivas de 2014 da União Europeia na matéria.

Por seu turno, como tivemos oportunidade de densificar nos capítulos anteriores, uma das prioridades das diretivas aludidas consiste no aproveitamento do potencial de sustentabilidade insito aos contratos públicos, mais concretamente – para o que nos interessa – ao nível da promoção da responsabilidade social.

Nesse sentido, o nosso intuito nesta sede será, não tanto propriamente o de concretizar de um ponto de vista contedístico as possibilidades de promoção da contratação pública socialmente responsável (dado que já o fizemos), mas o de compreender o alcance das opções transpositivas pelas quais o legislador português enveredou, escrutinando-lhes o maior ou menor compromisso para com as variáveis em estudo.

1. Princípios da contratação pública

De acordo com o n.º 1 do artigo 1º-A do CCP, na formação e na execução dos contratos públicos existe um conjunto de princípios fundamentais a respeitar. No âmbito do estudo em apreço interessam-nos, em especial, o princípio da prossecução do interesse público e o princípio da sustentabilidade.

O princípio da prossecução do interesse público encontra-se consagrado no n.º 1 do artigo 266º da Constituição da República Portuguesa e é concretizado no artigo 4º do Código do Procedimento Administrativo (CPA). Enquanto princípio norteador de todo o agir administrativo, enforma transversalmente a contratação pública. A composição do interesse público syndica pela

maximização da utilidade social gerada¹⁷³, no quadro de uma despesa pública eficiente e racional (o que se articula com o princípio da boa administração, princípio densificado no artigo 5º do CPA). Nesse sentido, objetivos de responsabilidade social como sejam a integração de grupos sociais desfavorecidos, a promoção da igualdade de género, a inclusão de cidadãos portadores de deficiência, o combate à discriminação em razão da raça ou da religião, entre tantos outros, podem ser visados de um ponto de vista estratégico através da contratação pública.

No que concerne ao princípio da sustentabilidade – o qual conjuga variáveis económicas, sociais e ambientais - acreditamos que o mesmo decorre essencialmente do direito originário da União Europeia, sendo o princípio da integração social um dos que lhe adensa o conteúdo¹⁷⁴. No Código dos Contratos Públicos, o legislador não se absteve de o elencar expressamente no âmbito da principiologia fundamental em que se ancora a disciplina jurídica da contratação pública.

Esta é a solução legislativa que se nos afigura mais apropriada, contrariamente à que consta das diretivas de 2014, em que a referência ao princípio da sustentabilidade não é explícita e paritária na forma face aos demais princípios tradicionais que conformam a contratação pública. Por conseguinte, cremos que o legislador português se moveu em sentido apropriado ao evidenciar não minorar a dignidade deste princípio face aos demais.

Não obstante a essencialidade de guarnecimento principiológico, não é descurável a necessidade de toda a subseqüente previsão de demais soluções legislativas que permitam corroborar e densificar em termos materiais a premência axiológico-normativa subjacente à consagração do princípio da sustentabilidade. Nessa medida, cumpre indagar os termos em que a contratação pública socialmente responsável se pode concretizar, à luz do CCP.

Ainda no âmbito em apreço, o n.º2 do artigo 1º-A do CCP dispõe que as entidades adjudicantes devem assegurar, na formação e na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitam as normas aplicáveis em matéria social e laboral e de igualdade de género, decorrentes do direito internacional, da União, nacional ou regional.

Essa corresponde à transposição praticamente literal do n.º2 do artigo 18º da Diretiva-clássica, do n.º2 do artigo 36º da Diretiva-setores especiais, bem com do n.º3 do artigo 30º da Diretiva-concessões, em que, no entanto, o legislador nacional optou por se referir especificamente às obrigações aplicáveis em matéria de igualdade de género.

¹⁷³ Neste mesmo sentido, cf. acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 27 de fevereiro de 2018, proc. n.º 0269/02: “o princípio da prossecução do interesse público (...) um dos fundamentos da actividade administrativa, obriga a Administração a pautar a sua actividade por critérios destinados a proporcionar a maior satisfação possível ao maior número de cidadãos, sem que isso queira dizer que em cada momento se tenha de beneficiar a totalidade da comunidade mas, apenas e tão só, que as suas decisões favoreçam o maior número dos seus membros (...)”.

¹⁷⁴ Referindo-se ao princípio de sustentabilidade social, cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito...*, p. 90.

Por fim, compreendemos que o princípio da sustentabilidade deve ser observado em harmonização com os demais princípios gerais da contratação pública, em particular com o princípio da concorrência, o princípio da igualdade e da não-discriminação e o princípio da transparência, em razão de eventuais atritos que possam ser suscitados a esse nível.

Como temos vindo a defender, não se deve conceber a questão sob uma perspetiva de sobreposição apriorística de uns princípios em detrimento de outros; pelo contrário, é na respetiva articulação que os desafios se concentram.

Em suma, a utilização estratégica da contratação pública em prol da responsabilidade social é provida de um assento principiológico no CCP. Não sendo posta em causa a essencialidade do elemento económico (um dos elementos essenciais do princípio da sustentabilidade) e das matérias concorrenciais, não resta dúvida de que os contratos públicos são concebidos enquanto instrumento de realização de fins de interesse público quer de natureza económica quer de natureza não económica.¹⁷⁵

2. Planeamento contratual e decisão de contratar

Sabemos que, previamente à definição do objeto contratual, as entidades adjudicantes devem auscultar as próprias necessidades contratuais. A prossecução do interesse público, a que estão legal e constitucionalmente acometidas, e o imperativo da boa administração, exigem-lhes assegurar que os contratos públicos que propulsionem sejam justificáveis a uma tal luz, com vista à melhor satisfação possível das necessidades da coletividade: *ratio* da contratação pública.

A despesa pública deve, por conseguinte, assentar em critérios de racionalidade, quer de um ponto de vista económico-financeiro (indispensável), quer de um ponto de vista de maior abrangência societária, em que possam ser refletidos os anseios de promoção de uma vida em sociedade mais responsável, inclusiva e equilibrada.

Nesse sentido, cremos que a consulta preliminar ao mercado pode consubstanciar um instrumento relevante no sentido da ponderação de soluções socialmente responsáveis¹⁷⁶. De acordo com o n.º1 do artigo 35º-A do CCP, antes da abertura dos procedimentos de formação dos contratos públicos, as entidades adjudicantes podem realizar consultas informais ao mercado,

¹⁷⁵ Assim, cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, Almedina, 2018, p. 318.

¹⁷⁶ No mesmo sentido, cf. RAQUEL CARVALHO, “Consultas preliminares ao mercado no CCP” in in CARLA AMADO GOMES, RICARDO PEDRO, TIAGO SERRÃO e MARCO CALDEIRA (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, 2018, p. 414.

designadamente através da solicitação de informações ou de pareceres de peritos, autoridades independentes ou agentes económicos.

Tal preceito procede à transposição do artigo 40º da Diretiva-clássica e do artigo 58º da Diretiva setores-especiais, e ocorre com a inclusão necessária das cautelas legislativas destinadas à não distorção da concorrência e à observância dos princípios da igualdade e não discriminação e da transparência (n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 35º-A do CCP).

Acreditamos que, em particular, o contacto prévio com o mercado através do diálogo com potenciais fornecedores e auscultando a disponibilidade, o custo e alternativas com perspetiva à contratualização de bens, obras ou serviços dotados de mais-valias sociais se traduz numa ferramenta estratégica nesse âmbito, a qual se pode, inclusivamente, aliar a iniciativas de um outro cariz com vista ao melhor planeamento social possível dos contratos públicos, como o envolvimento da própria sociedade civil ou de organizações de trabalhadores ou sindicatos, ou, ainda, a promoção de ações de formação e *workshops* para potenciais proponentes ou a discussão de experiências bem sucedidas entre entidades adjudicantes, em matéria de *know-how* social.

Os instrumentos referidos podem, pois, revelar-se da máxima importância no que diz respeito quer à avaliação quer à densificação das necessidades de contratação e, como tal, enformadores do objeto contratual, isto é, das obras, produtos ou serviços que as entidades adjudicantes visem *in casu* contratar.

A decisão de contratar e a decisão sobre o que contratar, que se devem conformar com os princípios do Direito da União Europeia e que podem ser moldadas pelos mecanismos a que aludimos representam, por excelência, o exercício de uma função reguladora por parte das entidades adjudicantes através da contratação pública.¹⁷⁷ Os valores sociais podem encontrar-se no âmago da decisão de contratar, contanto que, designadamente, em adstrição à principiologia administrativa relevante, como os princípios da igualdade e da não discriminação, da concorrência, da transparência e da proporcionalidade (constantes do artigo 1º-A do CCP).

Com efeito, a decisão de contratar, conforme assinala SÉRVULO CORREIA, pode enfermar de desvio de poder contratual e, ainda, violar « *o princípio da proporcionalidade como parâmetro de juridicidade do ato administrativo pré-contratual ou o princípio da imparcialidade administrativa na sua vertente de imposição de igualdade de tratamento, para além de dever ainda respeitar um*

¹⁷⁷ Cf. NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública ...*, p. 237.

*característico limite da legalidade da decisão ou deliberação de contratar que é a do cabimento em verba orçamental legalmente aplicável aos encargos resultantes do contrato previsto».*¹⁷⁸

Dispõe o n.º1 do artigo 36º do CCP que a decisão de contratar, que confere início ao procedimento de formação de qualquer contrato público, deve ser fundamentada e cabe ao órgão competente para a autorização da despesa inerente ao contrato a celebrar, podendo essa decisão estar implícita nesta última. Em tal densificação justificativa podem encontrar-se desideratos de responsabilidade social, cuja prossecução, a título principal ou complementar, as entidades adjudicantes pretendam no seio dos contratos em causa, desde que observadas as ressalvas a que fizemos alusão.

Em suma, o Código dos Contratos Públicos garante as entidades adjudicantes de um instrumento relevante no contexto do planeamento socialmente responsável dos contratos públicos, em linha com as diretivas: a consulta preliminar do mercado. Sob um ponto de vista maximizador da utilidade desse mesmo instrumento, podem associar-se outras iniciativas, constituindo as que mencionámos disso exemplo.

O aproveitamento do potencial regulatório dos contratos públicos não é vedado no Código: a decisão de contratar pode fundar-se em fins de natureza social que as entidades adjudicantes pretendam prosseguir à luz da tutela mais adequada e atualista do interesse público, na medida em que não seja suscitada uma colisão com os demais princípios gerais que enunciámos e em que tal seja vertido na fundamentação da decisão de contratar (idealmente em moldes expressos e congruentes).

3. Escolha do tipo procedimento pré-contratual

Embora este não se nos afigure o tópico merecedor da maior relevância no que toca à contratação pública socialmente responsável, no seio do Código dos Contratos Públicos, cremos que se pode porventura discutir, de um ponto de vista teórico, a adoção do ajuste direto em razão de critérios materiais de feição social numa situação.

Ao abrigo do ponto ii) da alínea e) do n.º1 do artigo 36º do CCP, as entidades adjudicantes podem adotar o ajuste direto quando as prestações que constituem o objeto contratual só possam ser confiadas a determinadas entidades em razão da inexistência de concorrência por motivos técnicos. Parecem-nos, no entanto, muito residuais as situações em que, na prática, a

¹⁷⁸ Cf.. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, 2013, p. 656.

especificidade técnico-social dos contratos se coadunaria tão-só com a adjudicação contratual a entidades específicas. Não olvidemos a excecionalidade insita ao procedimento pré-contratual de ajuste direto, em abono do princípio da concorrência.

Além disso, acreditamos que se pode discutir porventura a utilização da parceria para a inovação com vista à propulsão de soluções socialmente inovadoras. Essa é uma matéria que se encontra regulada sobretudo nos artigos 218º-A a 218º-D do CCP, em transposição dos artigos 31º da Diretiva-clássica e 49º da Diretiva setores-especiais.

Com efeito, as entidades adjudicantes podem adotar a parceria para a inovação quando pretendam a realização de atividades de investigação e o desenvolvimento de bens, obras ou serviços inovadores, tendo em vista a sua aquisição posterior, contanto que estes correspondam aos níveis de desempenho e preços máximos previamente acordados entre aquela e os participantes na parceria (artigo 30º-A do CCP).

Deve tratar-se da demanda de soluções inexistentes no mercado, sob um ponto de vista de responsabilidade social (para o que nos interessa). No sentido dessa aferição, afigura-se conveniente, à luz do artigo 35º -A do CCP, que os adquirentes públicos empreendam previamente uma consulta preliminar do mercado, que permita assegurá-los dessa mesma ausência de oferta de soluções no mercado.

Enfim, este é um procedimento pré-contratual que convoca do setor privado soluções que possam consubstanciar adventos inovadores ao nível do bem-estar da sociedade, isto é, que sirvam a inovação social sob a égide de uma contratação pública estratégica.

Assim, assiste-se a uma nova *nuance* na cultura administrativa da contratação pública, a qual consistia, até à reforma de 2014, em selecionar, dentro da oferta proporcionada pelo mercado, as soluções técnicas que melhor satisfizessem as necessidades públicas.¹⁷⁹

O procedimento pré-contratual da parceria para a inovação é trifásico, incluindo a fase de seleção dos parceiros, a fase de apresentação de propostas de projetos de investigação e desenvolvimento, e a fase de análise das propostas de projetos de investigação e possível celebração da parceria (n.º 1 do artigo 218º-A do CCP).

Os operadores económicos interessados podem solicitar a respetiva participação nos procedimentos em causa, em resposta a um anúncio, no prazo mínimo de trinta dias a contar da data de envio do mesmo, e devem, concomitantemente, facultar as informações solicitadas pelas

¹⁷⁹ Cf. MARINA RODRÍGUEZ BEAS, “La compra pública innovadora en la nueva Directiva de contratación pública” in JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ ISABEL GALLEGÓ CÓRCOLES, FRANCISCO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ e JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA (dirs.), *Las Nuevas Directivas...*, p. 308.

entidades adjudicantes em matéria dos requisitos insitos às capacidades que os concorrentes devem possuir no domínio da investigação e desenvolvimento, bem como no desenvolvimento e implementação de soluções inovadoras (assim, n.º1 do artigo 174º do CCP *ex vi* n.º5 do artigo 218º-A do CCP; alínea b) do n.º3 do artigo 218º-A do CCP).

O direito de participação procedimental é reservado aos candidatos sobre os quais incida o convite das entidades adjudicantes para efeito de apresentação de propostas de projetos de investigação e desenvolvimento, o qual deve ocorrer finda a análise daquelas informações a que aludimos e em simultaneidade relativamente a todos os candidatos admitidos, conforme dispõe o n.º1 do artigo 218º-B do CCP.

As entidades adjudicantes devem negociar com os concorrentes a proposta que tiver sido inicialmente apresentada por cada um deles, bem como todas as propostas que sejam posteriormente apresentadas, com a exceção da proposta final de cada um (n.º1 do artigo 218º-C do CCP), o que demonstra o espírito dialógico e de aperfeiçoamento contínuo que importa aqui assegurar, em demanda das melhores soluções (sociais) possíveis.

O critério de adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa, na forma da melhor relação qualidade/preço (n.º2 do artigo 218º-C do CCP), os únicos moldes que permitem a aferição do teor de inovação social constante das propostas, em conformidade com o *busilis* da adoção deste procedimento pré-contratual. Assinalemos, porém, a inegociabilidade dos requisitos mínimos e do critério de adjudicação (n.º3 do artigo 218º-C do CCP), corolário dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência.

As entidades adjudicantes podem decidir estabelecer as parcerias para a inovação com um só candidato ou com vários, designados parceiros, competindo, nesse caso, a cada um deles realizar atividades de investigação e desenvolvimento distintas, conforme dispõe o n.º2 do artigo 218º-D do CCP.

As parcerias para a inovação são estruturadas em fases sucessivas, de acordo com a sequência de etapas do processo de investigação e desenvolvimento, que pode incluir o fabrico dos bens, a prestação dos serviços ou a realização das obras. Aí devem aplicar-se metas intermédias a serem alcançadas pelos parceiros e ser previsto o pagamento da respetiva remuneração em frações adequadas (n.ºs 3 e 4 do artigo 218º-D do CCP).

Em atinência a essas metas e aos resultados intermédios obtidos pelos parceiros, as entidades adjudicantes podem, no final de cada fase, decidir cessar as parcerias, ou, no caso de parcerias com múltiplos parceiros, reduzir o número dos mesmos, desde que tal possibilidade e respetivas

condições tenham sido previstas nas peças do procedimento (n.º 5 do artigo 218º-D do CCP). Nas palavras de MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, as quais reproduzimos, «*el derecho a rescindir la asociación es un elemento importante para asegurar que el poder adjudicador no se atribuye indebidamente el proyecto y para mantener a los operadores económicos suficientemente motivados*».¹⁸⁰

Por fim, as entidades adjudicantes podem proceder à aquisição dos bens, obras ou serviços inovadores entretanto concebidos, desde que estes correspondam aos níveis de desempenho e aos custos máximos previamente acordados entre os adquirentes públicos e os participantes nas parcerias, tal como consta do artigo 30º-A do CCP.

O potencial do procedimento pré-contratual da parceria para a inovação no domínio promotor de uma contratação pública socialmente responsável, apesar de existir, revela-se exigente face aos operadores económicos e requer das próprias entidades adjudicantes alguma técnica.

Por isso, cremos que a crescente profissionalização das entidades adjudicantes se revela vital para que este se possa traduzir num instrumento apto a concretizar estrategicamente objetivos de responsabilidade social através dos contratos públicos. Por outras palavras, é-lhes imposto um *know-how* que logre ir ao encontro das mutações da juridicidade, ao serviço da inovação social, o que passa, não apenas pela consciencialização a esse nível, mas também, e em sentido mais lato, pela aquisição e pela articulação de saberes e de competências interdisciplinares.¹⁸¹

4. Elaboração das especificações técnicas

As especificações técnicas, a constar obrigatoriamente no caderno de encargos, definem as características exigidas para as obras, bens ou serviços em causa, e encontram-se regulamentadas no artigo 49º do CCP, em linha transpositiva dos artigos 42º da Diretiva-clássica, 60º da Diretiva setores-especiais e 36º da Diretiva-concessões.

Relembrando que são as especificações técnicas que corporizam o conteúdo dos contratos a serem celebrados¹⁸², na medida em que adensam as exigências de técnica a observar, não resta dúvida de que se lhes recomenda uma formulação que abone à responsabilidade social.

¹⁸⁰ Cf. MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, “Un nuevo procedimiento de adjudicación de contratos públicos: la asociación para la innovación” in *Las Nuevas Directivas...*, p. 347.

¹⁸¹ Sobre a importância da profissionalização dos adquirentes públicos, no contexto da experiência norte-americana, cf. PETER MCKEES, “The importance of a professionally educated public procurement workforce: lessons learned from the U.S. experience” in GABRIELLA RACCA e CRISTOPHER YUKINS (eds.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts: Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, 2014, pp. 319ss.

¹⁸² Cf. RAQUEL CARVALHO, “Contratação Pública e EcoInovação” in PAULO OTERO, CARLA AMADO GOMES e TIAGO SERRÃO (org.), *Estudos em Homenagem...*, p. 896.

Tal pode ocorrer nos moldes de extensividade decorrentes das diretivas, isto é, as características exigidas para as obras, bens ou serviços podem também incluir uma referência aos processos ou métodos específicos de produção ou execução das obras, bens ou serviços solicitados ou mesmo a processos específicos para outras fases do seu ciclo de vida, ainda que tais fatores possam não fazer parte da sua substância material (n.º2 do artigo 49º do CCP), o que se revela da máxima importância, uma vez que, como esclarecêramos, em muitos casos o busilil dos impactos sociais é registado no âmbito do processo produtivo e não finalisticamente.

No entanto, tal possibilidade não é, como bem sabemos, ilimitada, devendo, pelo contrário, conformar-se, designadamente, com três adstrições, por nós já densificadas: a ligação ao objeto do contrato, a proporcionalidade ao seu valor e aos seus objetivos e a viabilização da igualdade de tratamento dos operadores económicos e da concorrência (n.ºs 2 e 4 do artigo 49º do CCP).

A obrigatoriedade da elaboração das especificações técnicas em sentido socialmente responsável, no Código dos Contratos Públicos, circunscreve-se à matéria da deficiência e a aspetos de inclusão conexos, na esteira das diretivas. Assim, em relação a todos os contratos cujo objeto se destine a ser utilizado por pessoas singulares, quer seja o público em geral quer seja o pessoal das entidades adjudicantes, as especificações técnicas devem, salvo em casos devidamente fundamentados, ser formuladas de modo a ter em conta os critérios de acessibilidade para as pessoas com deficiência ou de conceção para todos os utilizadores (n.º5 do artigo 49º do CCP). Além disso, sempre que existam normas de acessibilidade obrigatória adotadas por ato legislativo da União Europeia, as especificações técnicas devem ser definidas por referência a essas normas, quanto aos critérios de acessibilidade para as pessoas com deficiência ou de conceção para todos os utilizadores (n.º6 do artigo 49º do CCP).

Com efeito, a satisfação das necessidades da coletividade, em que se move todo e qualquer contrato público, não se harmonizaria com a exclusão dos cidadãos deficientes da fruição da utilidade proporcionada por tal instrumento de prossecução do interesse público e, como tal, da própria vida em sociedade. Não olvidemos que, independentemente das exigências normativas do Direito da União Europeia, de um ponto vista constitucional outra solução violaria o princípio da igualdade (artigo 13º da Constituição da República Portuguesa) e o princípio da dignidade da pessoa humana, (artigo 1º da CRP), «*vetor axiológico estrutural da própria Constituição*».¹⁸³

Não obstante, importa nunca esquecer que as especificações técnicas permitem a promoção da contratação socialmente responsável em domínios extravasantes da deficiência, entre os quais

¹⁸³ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/99, proc. n.º 855/98.

se nos afigura paradigmático o das medidas de segurança e saúde dos trabalhadores, contanto que em observância das cautelas mencionadas (e concretizadas em momento prévio do nosso estudo), designadamente a ligação ao objeto contratual e o respeito pelos princípios do Direito da União. No cerne destes últimos encontram-se os cuidados legislativos de transposição literal destinados a assegurar a igualdade e a não discriminação dos operadores económicos, e a concorrência.

Destarte, sempre que as entidades adjudicantes, com vista à prossecução de desideratos de natureza social, definam especificações técnicas nesse sentido, para além de não se poderem referir a realidades que excedam os contratos em causa (como as políticas gerais das empresas), não podem aludir a determinado fabrico ou proveniência, a procedimentos específicos que sejam caracterizadores dos produtos ou serviços prestados por determinados fornecedores, ou a marcas comerciais, patentes, tipos, origens ou modos de produção determinados que tenham por efeito o favorecimento ou a eliminação de determinadas empresas ou produtos (n.º8 do artigo 49º do CCP). Essas referências apenas podem ser autorizadas, a título excepcional, caso não seja possível uma descrição suficientemente precisa e inteligível do objeto dos contratos, devendo, no entanto, acompanhar-se da designação «ou equivalente» (n.º9 do artigo 49º do CCP).

Aliás, independentemente da modalidade de formulação das especificações técnicas é patente a preocupação, transposta em igual literalidade no Código dos Contratos Públicos, de aceitação das propostas que satisfaçam de modo equivalente as exigências estabelecidas pelas entidades adjudicantes nessa sede (n.ºs 10, 11 e 12 do artigo 49º do CCP). O princípio do reconhecimento mútuo assume-se, por conseguinte, como central nesse âmbito.

Creemos que importa, ainda, mencionar que a jurisprudência administrativa portuguesa já se pronunciou no sentido de que *«as especificações técnicas definidas pelos adquirentes públicos devem permitir a abertura dos contratos públicos à concorrência. Para o efeito deverão possibilitar-se 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. As especificações técnicas deverão ser elaboradas de forma a evitar uma redução artificial da concorrência através de requisitos que favoreçam um operador económico ao referirem as principais características dos fornecimentos»*.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 18 de março de 2016, proc. n.º 03536/14.2BEPRT.

Em suma, as especificações técnicas podem desempenhar um papel significativo a respeito da promoção da responsabilidade social nos contratos públicos, mediante a observância dos moldes referidos, uma vez que, como sabemos, a entidade adjudicante «*não é livre de incluir no caderno de encargos as especificações técnicas que lhe aprouver*».¹⁸⁵

5. Exigência de rótulos específicos

Esta é uma matéria que merece um tratamento autónomo face às especificações técnicas, na medida em que também se pode reportar às condições de execução dos contratos e ao critério de adjudicação.

Ao abrigo da alínea a) do artigo 49º-A do CCP, as entidades adjudicantes podem exigir, nos termos definidos por portaria do membro do Governo responsável pela área das obras públicas, rótulos específicos para atestar que as obras, bens móveis ou serviços correspondem às características (sociais) exigidas.

Assim, a Portaria n.º 72/2018, de 9 de março, define tais termos em que é possível às entidades adjudicantes exigirem rótulos sociais, cabendo-nos, em primeiro lugar, aludir às condições a que, cumulativamente, uma tal exigência se encontra subordinada.

Dispõe o n.º1 do artigo 1º da Portaria em apreço que, para o efeito supramencionado, os requisitos de rotulagem devem dizer exclusivamente respeito a critérios associados ao objeto contratual e ser apropriados para definir as características das obras, bens móveis ou serviços a que se referem os contratos¹⁸⁶ – alínea a); os requisitos de rotulagem devem ser baseados em critérios objetivamente verificáveis e não discriminatórios – alínea b); a criação dos rótulos deve ocorrer através de procedimentos abertos e transparentes em que possam participar todas as partes interessadas (organismos governamentais, fabricantes, consumidores, parceiros sociais, distribuidores, organizações não governamentais, entre outros) – alínea c); os rótulos devem ser acessíveis a todas as partes interessadas – alínea d); e, por fim, os requisitos de rotulagem devem ser definidos por terceiros sobre os quais os operadores económicos que solicitam os rótulos não possam exercer uma influência decisiva – alínea e).

¹⁸⁵ Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 29 de outubro de 2015, proc. n.º 11938/15.

¹⁸⁶ Sendo certo que, se um dado rótulo incluir também requisitos que não estejam ligados ao objeto contratual, as entidades adjudicantes não podem exigir o rótulo propriamente dito e devem definir as especificações técnicas por referência às especificações pormenorizadas do rótulo em questão ou, se necessário, às partes do mesmo que estejam ligadas ao objeto do contrato e que sejam adequadas para definir as características desse objeto. Cf. n.º 5 do artigo 1º da Portaria n.º 72/2018.

Por conseguinte, a ligação ao objeto contratual e o respeito pelos princípios da igualdade e da não discriminação, da concorrência e da transparência constituem os vetores conformadores da possibilidade de exigência de rótulos sociais pelas entidades adjudicantes, aos quais se acresce a salvaguarda do princípio da participação. Enfim, o desiderato de promover a responsabilidade social nos contratos públicos sob este signo não pode resvalar num meio encapotado de reduzir artificialmente a concorrência, visando beneficiar ou prejudicar determinados operadores económicos, nem tampouco extravasar as variáveis cuja atinência se justifique *in casu* ou abster-se de refletir uma solução de consenso mínimo entre os intervenientes que os hajam fixado.

Cumprido, ainda, assinalar que as entidades adjudicantes que exijam rótulos sociais específicos devem aceitar todos os rótulos que confirmem que as obras, bens ou serviços obedecem a requisitos de rotulagem equivalentes (n.º3 do artigo 1º da Portaria n.º 72/2018). Caso se possa comprovar que os operadores económicos não têm possibilidade de obter, dentro dos prazos estabelecidos, os rótulos sociais específicos indicados pelas entidades adjudicantes ou rótulos equivalentes, por razões que não lhes sejam imputáveis, as entidades adjudicantes devem aceitar outros meios de prova adequados, tais como a documentação técnica dos fabricantes, desde que os operadores económicos em causa provem que as obras, bens móveis ou serviços a ser por eles por eles prestados cumprem os requisitos dos rótulos específicos ou os requisitos específicos indicados pelas entidades adjudicantes (assim, n.º4 do artigo 1º da Portaria n.º 72/2018).

Em suma, a utilização dos rótulos sociais deve permitir o mais possível a concorrência entre os operadores económicos, deve circunscrever-se o mais possível à natureza dos contratos em causa e deve assentar o mais possível em critérios objetivos e transparentes. A transposição do artigo 43º da Diretiva-clássica e do artigo 61º da Diretiva-setores especiais ocorreu literalmente entre nós.

6. Regras de participação procedimental

6.1. Qualificação dos operadores económicos

Nos procedimentos de adjudicação que incluam uma fase de prévia qualificação (concurso limitado por prévia qualificação ou, sendo possível, um dos procedimentos que seguem o modelo daquele: procedimento de negociação, diálogo concorrencial e parceria para a inovação), os operadores económicos interessados apresentam as respetivas candidaturas com a pretensão de se verem posteriormente qualificados para efeitos de apresentação das suas propostas. Destarte, os requisitos mínimos de capacidade técnica que possam ser estabelecidos pelas entidades adjudicantes no programa do procedimento, na qualidade de critérios de seleção qualitativa, visam dotá-las de «*condições de se assegurar de que a execução dos seus contratos (...) vai ser confiada a operadores económicos capazes, com aptidão técnica (...)*»¹⁸⁷ para tal.

Nesse sentido, o artigo 165º do CCP dedica-se a essa matéria, em linha com os artigos 58º da Diretiva-clássica, 80º da Diretiva-setores especiais e 30º da Diretiva-concessões. A qualificação dos candidatos pode incluir critérios de seleção destinados a aferir a capacidade técnico-social dos mesmos para a execução dos contratos em causa, contanto que o objeto contratual o justifique (dado que «*é por referência ao conteúdo do contrato a celebrar, aos deveres e sujeições por ele construídas, que se deve ponderar quais devem ser os níveis mínimos de capacidade técnica e financeira para se aceder ao concurso limitado por prévia qualificação*»¹⁸⁸) e que os princípios da contratação pública sejam respeitados, em particular o princípio da igualdade e da não discriminação, o princípio da transparência, o princípio da concorrência e o princípio da proporcionalidade.

Podem, designadamente, ser visados aspetos de natureza social respeitantes aos recursos humanos e técnicos, à experiência curricular dos candidatos, e ao modelo e capacidade organizacionais dos mesmos (n.º1 do artigo 165º do CCP), desde que sejam atinentes às prestações objeto dos contratos em causa e justificáveis na estrita medida da natureza de tais prestações, não se destinem a reduzir artificialmente a concorrência (ou, por outras palavras, a favorecer ou a excluir, de antemão, determinados operadores económicos) e sejam publicitados no programa do procedimento.

¹⁸⁷ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos...*, pp. 684-685.

¹⁸⁸ Cf. Acórdão do TCAN de 22 de abril de 2010, proc. n.º 01327/09.1BEPRT.

O Supremo Tribunal Administrativo já se debruçou sobre a observância dos princípios da igualdade e da concorrência no domínio em apreço, esclarecendo que a exigência aos candidatos de um requisito mínimo de capacidade técnica se revelaria problemática «*se consubstanciasse, em termos reais e objetivos, a criação de uma situação arbitrária de desigualdade, violadora do núcleo essencial da igualdade e da concorrência*».¹⁸⁹

Enfim, dentro dos limites descritos e em conformidade com as diretivas da União, pode haver lugar à fixação de critérios sociais de seleção qualitativa dos operadores económicos, o que se torna premente em contratos cuja natureza exija um *know-how* específico nesta matéria e, como tal, torne conveniente a atinência a variáveis como a experiência dos operadores económicos num tal setor, a detenção ou o acesso a determinado equipamento técnico, ou as qualificações do pessoal encarregado da execução contratual.

No que concerne à prova do preenchimento dos requisitos (sociais) mínimos de capacidade técnica, os candidatos devem fazê-la em sede da respetiva candidatura, apresentando os documentos requeridos no programa do procedimento para o efeito, ao abrigo do artigo 168º do CCP. Os documentos em apreço podem tratar-se de certificados emitidos por organismos independentes, nacionais ou estabelecidos noutros Estados-Membros da União Europeia, que atestem que os interessados respeitam determinadas normas de garantia de qualidade (n.º2 do artigo 164º do CCP), mas, nesses casos, as entidades adjudicantes devem reconhecer outras provas de medidas de garantia de qualidade equivalentes apresentadas por interessados que não tenham acesso a esses certificados ou que demonstrem que não os possam obter dentro do prazo de apresentação de candidaturas (n.º3 do artigo 164º do CCP).

6.2. Motivos de exclusão dos operadores económicos

I) Impedimentos

À luz do artigo 55º do Código dos Contratos Públicos é vedado o direito de participação procedimental às entidades relativamente às quais se verifique algum motivo de exclusão dos procedimentos contratuais, rol em que se insere um conjunto de situações cujo âmago excludente reside em condutas socialmente irresponsáveis dos operadores económicos. O busilis desses

¹⁸⁹ Cf. Acórdão do STA, de 11 de dezembro de 2007, proc. n.º 0302/07.

impedimentos radica, não da falta de capacidade económica para a execução contratual, mas da falta de idoneidade dos operadores económicos que pretendem beneficiar do erário público.¹⁹⁰

Destarte, entre tais impedimentos, consta a condenação por sentença transitada em julgado por qualquer crime que afete a honorabilidade profissional dos operadores económicos (quer as pessoas coletivas quer os titulares dos seus órgãos de administração, direção ou gerência, em efetividade de funções), sem que, entretanto, tenha ocorrido a respetiva reabilitação - alínea b). É manifesto que crimes radicados do desrespeito por direitos humanos e pelo núcleo essencial de direitos sociais e laborais básicos se revela passível de comprometer a idoneidade daquelas entidades, as quais demonstram, por conseguinte, um desvio significativo face aos valores a assegurar na contratação pública. Este é um impedimento que perdura pelo prazo de três anos a contar da data da sentença transitada em julgado (tendo em conta que, no silêncio da lei, se deve considerar o limite máximo constante das diretivas).

Igualmente os operadores que tenham sido objeto de sanção administrativa por falta grave em matéria profissional (as pessoas coletivas ou os titulares dos órgãos sociais de administração, direção ou gerência, em efetividade de funções), sem que, entretanto, tenha ocorrido a respetiva reabilitação, são objeto de tal exclusão de participação – alínea c). Pois bem, as desconformidades de natureza social supramencionadas podem também relevar nesta sede, enquanto condutas passíveis de constituir faltas graves em matéria profissional (desde que objeto de sanção administrativa). O impedimento em apreço tem a duração de três anos a contar da data da prática do facto pertinente: a falta profissional grave.

Para além disso, são excluídos os operadores económicos cuja situação não esteja regularizada relativamente a contribuições para a segurança social e a impostos devidos em Portugal ou, se for o caso, no Estado de que sejam nacionais ou da situação do seu estabelecimento principal – alíneas d) e e). A longevidade do Estado Social de Direito não é possível senão assente em coordenadas de sustentabilidade económico-financeira, pelo que se justifica que os operadores incumpridores das suas obrigações na matéria em apreço sofram uma tal restrição na respetiva esfera jurídica.

Outrossim suscitadoras de exclusão de participação procedimental são as situações em que os operadores económicos tenham sido objeto de sanção acessória de proibição de participação em concursos públicos, prevista em legislação especial, nomeadamente – para o que aqui cumpre

¹⁹⁰ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação dos Contratos Públicos – uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, 2013, p. 863.

realçar - nos regimes contraordenacionais em matéria laboral e de igualdade e não discriminação, durante o período fixado na decisão condenatória – alínea f).

Ao elenco de impedimentos em análise, adiciona-se o constante da alínea g), respeitante à aplicação, há menos de dois anos, de sanção administrativa ou judicial pela utilização por parte dos operadores económicos visados de mão-de-obra clandestina, isto é, não declarada nos termos da legalidade para os devidos efeitos de pagamento de impostos e de contribuições para a segurança social, em Portugal ou no Estado de que sejam nacionais. Convém esclarecer que, independentemente de se tratar de uma sanção pecuniária (coima, multa) ou outra, não pode estar aqui em questão, ao contrário do impedimento sobre que nos detivemos anteriormente, uma sanção de proibição de participação em procedimentos de contratação pública, uma vez que, se assim fosse, o impedimento decorreria do conteúdo da sanção e não, como sucede, da lei.¹⁹¹

Por fim, cumpre assinalar a exclusão dos operadores económicos que tenham sido condenados (as pessoas coletivas ou os titulares dos seus órgãos sociais de administração, direção ou gerência que se encontrem em efetividade de funções) por sentença transitada em julgado por crimes de trabalho infantil e outras formas de tráfico de seres humanos, se, entretanto, não tiver ocorrido a respetiva reabilitação – ponto vi) da alínea h) do artigo 55º CCP. Esses são crimes que se dotam *a priori* de uma especial gravidade e que fragilizam com premência a integridade dos operadores económicos, pelo que a este impedimento subjaz um juízo de censura acrescido. Subsiste por cinco anos a contar da data da condenação por sentença transitada em julgado.

Destarte, não se verificam desconformidades transpositivas nesta matéria, regulada no artigo 57º da Diretiva-clássica, no artigo 80º da Diretiva-setores especiais e no artigo 38º da Diretiva-concessões. Lamentamos a inexistência de previsão, no Código dos Contratos Públicos, de um motivo de exclusão especificamente relativo à violação da legislação social e laboral aplicável, o qual, ressalvemos, se reveste, todavia, de um carácter facultativo nas diretivas, encontrando-se na disponibilidade dos Estados-Membros o respetivo acolhimento no seu direito interno.

Independentemente de o conteúdo de um tal impedimento poder ser porventura absorvido no âmbito de outros dos que analisáramos (como os atinentes a crimes que afetem a honorabilidade profissional dos operadores económicos ou faltas graves cometidas pelos mesmos em matéria profissional) ou, até, podendo discutir-se se o n.º2 do artigo 1º-A conduz ou não a um resultado análogo (visto que, em todo o caso, as entidades adjudicantes devem assegurar, tanto na formação como na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitam as normas

¹⁹¹ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos...*, p. 645.

sociais e laborais vigentes), o certo é que esta se traduz numa oportunidade desperdiçada de melhor esclarecer uma possibilidade de promoção da contratação pública socialmente responsável no Código dos Contratos Públicos, não obstante a inexistência de qualquer desconformidade transpositiva.

Merece-nos uma última palavra a prova da inexistência de impedimentos, que começa por ser feita pelos operadores económicos mediante a apresentação de uma declaração sob compromisso de honra em que o atestam, a constar das suas candidaturas ou propostas (alínea a) do n.º1 do artigo 57º e n.º1 do artigo 168º do CCP).

Nos procedimentos com publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia é apresentado, em substituição da declaração supramencionada, o Documento Europeu Único de Contratação Pública, o qual contempla especificamente a matéria que aqui nos é convocada (n.º6 do artigo 57º e n.º1 do artigo 168º do CCP).

No entanto, a posterior comprovação documental da inexistência de impedimentos é apenas exigida ao adjudicatário, através da apresentação dos documentos de habilitação (alínea b) do n.º1 do artigo 81º CCP) e cinge-se aos impedimentos constantes das alíneas b), d), e) e h) do artigo 55º do Código. Relativamente aos demais impedimentos a que aludimos, é suficiente que o adjudicatário apresente uma declaração conforme o anexo II (alínea a) do n.º1 do artigo 81º do CCP).

III) Relevação dos impedimentos

Alguns dos impedimentos analisados podem ser, na terminologia do Código, *relevados*. Por outras palavras, os operadores económicos podem solicitar às entidades adjudicantes que, pese embora o circunstancialismo inabilitante, não lhes seja vedado o direito de participar nos procedimentos de contratação pública em causa, em virtude da reabilitação lograda da sua integridade.

Esta é, como sabemos, uma matéria regulada no n.º6 do artigo 57º da Diretiva-clássica, no n.º1 do artigo 80º da Diretiva-setores especiais e no n.º9 do artigo 38º da Diretiva-concessões, cuja transposição se verifica no artigo 55º-A do CCP.

Assim, e para o que nos interessa, podem ser objeto de relevação os impedimentos atinentes aos crimes que afetem a honorabilidade profissional, às faltas graves em matéria profissional (objeto de sanção administrativa), à utilização de mão-de-obra clandestina e aos crimes de trabalho infantil e outras formas de tráfico de seres humanos (n.º2 do artigo 55º-A do CCP).

Porém, nesses casos, os operadores económicos apenas podem solicitar a respetiva *autolimpeza* sustentados na adoção de medidas suficientes para a restauração da sua idoneidade para a execução dos contratos (n.º3 do artigo 55º-A do CCP).

Nesse sentido, cumpre-lhes, nomeadamente, a demonstração de ressarcimento ou da tomada de medidas suficientes para o ressarcimento de eventuais danos causados pelas infrações penais ou faltas graves – alínea a) do n.º3 do artigo 55º-A do CCP. A ideia de que se parte aqui é a de que os operadores económicos infratores, ao moverem-se numa tal reparação, se demonstram arrependidos pelos factos ilícitos praticados e assumem a responsabilidade pelos mesmos.¹⁹²

Importa, também, o esclarecimento integral dos factos e das circunstâncias por meio da colaboração ativa com as autoridades competentes [alínea b)] em evidência da boa-fé dos operadores económicos no apuramento da verdade material. Em jeito paradigmático, os interessados na reabilitação podem encomendar auditorias externas e independentes, e partilhar o conteúdo dos relatórios com as autoridades competentes pela investigação.¹⁹³

Igualmente a não descurar é a adoção de medidas técnicas, organizativas e de pessoal suficientemente concretas e adequadas a evitar outras infrações penais ou faltas graves [alínea c)]. Assim, justifica-se que as empresas tomem as medidas necessárias a assegurar a reposição da legalidade, como sejam a promoção de ações de formação jurídica e deontológica dos seus colaboradores, a criação de departamentos internos responsáveis pela monitorização da observância das normas legais e dos códigos de conduta adotados internamente¹⁹⁴, a realização de auditorias por peritos externos, a substituição dos gerentes responsáveis pelas infrações cometidas, entre outras possíveis.

Mediante a demonstração das medidas implementadas pelos operadores económicos interessados na reabilitação e em atinência à gravidade e às circunstâncias das infrações em causa, as entidades adjudicantes decidem relativamente aos pedidos de relevação (n.º3 do artigo 55º-A do CCP).

A decisão de relevar ou não determinado impedimento é um domínio que comporta uma discricionariedade significativa. Embora adstritas a ponderar todos os elementos que referimos e a fazê-lo à luz dos critérios da juridicidade (em particular, os decorrentes do princípio da proporcionalidade), as entidades adjudicantes avaliam o mérito das medidas de reabilitação casuisticamente, pelo que se afigura incontornável a existência de decisões divergentes a respeito

¹⁹² Cf. JAN PHILIPPE WIMMER, *Zuverlässigkeit im Vergaberecht: Verfahrensausschluss, Registereintrag und Selbstreinigung*, Nomos, 2012, p. 175.

¹⁹³ Como já sucedido na Alemanha, a respeito da investigação de um crime de corrupção. Cf. Acórdão do Oberlandesgericht Düsseldorf, de 9 de abril de 2003, VII-Verg 66/02.

¹⁹⁴ Cf. NICOLA ORTHMANN, *Korruption im Vergaberecht – Konsequenzen und Prävention*, NZBau, 2007, p.204.

de situações análogas. Apenas assim não o seria se a opção legislativa acolhida no Código dos Contratos Públicos fosse a da instituição de um sistema centralizado de decisão sobre a relevação dos impedimentos, o que não sucedeu.¹⁹⁵

A insusceptibilidade de relevação do impedimento atinente à aplicação de sanções de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos (n.º4 do artigo 55º-A do CCP) funda-se no não esvaziamento de conteúdo de tais decisões judiciais ou administrativas. Quanto ao impedimento associado à existência de dívidas tributárias e dívidas à Segurança Social, não é apropriado falar-se em *relevação*, dado que a sanção dessas irregularidades é apenas possível mediante o pagamento das quantias em dívida ou processo de regularização nesse sentido (n.º1 do artigo 55º-A do CCP).

6.3. Contratos reservados

Em abono da responsabilidade social, as entidades adjudicantes podem reservar a participação em procedimentos de contratação pública a candidatos ou concorrentes que preencham um perfil específico de requisitos na matéria.

Com efeito, ao abrigo do artigo 54º-A do CCP, o qual procede à transposição do artigo 20º da Diretiva-clássica, do artigo 38º da Diretiva-setores especiais e do artigo 24º da Diretiva-concessões, as entidades adjudicantes podem reservar a possibilidade de ser candidato ou concorrente às entidades cujo objeto principal seja a integração social e profissional de pessoas portadoras de deficiência ou desfavorecidas (como, por exemplo, os desempregados de longa duração, os membros de minorias desfavorecidas ou grupos sociais marginalizados).

Todavia, contrariamente às diretivas, não existe qualquer referência no Código dos Contratos Públicos à possibilidade de as entidades adjudicantes reservarem a *execução* de contratos a entidades com, pelo menos, 30% dos trabalhadores com deficiência ou desfavorecidos, no âmbito de programas de emprego protegido, o que se afigura restritivo.

Como sabemos, a limitação em análise do universo concorrencial, através da seleção e discriminação positiva de concorrentes, e que se move em facilitar o acesso ao mercado da contratação pública a entidades que estruturalmente veem esse propósito dificultado, não permite prescindir da concorrência entre aquelas que reúnam as mesmas condições.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos...*, p. 676.

¹⁹⁶ Cf. NUNO CUNHA RODRIGUES, "A utilização de critérios sociais no Código dos Contratos Públicos" in CARLA AMADO GOMES, RICARDO PEDRO, TIAGO SERRÃO e MARCO CALDEIRA (coord.), *Comentários à Revisão...*, p. 794.

Uma palavra, ainda, no tocante a outra modalidade de *contratos reservados*, a qual se encontra regulada no artigo 250º-D do CCP, em transposição do artigo 77º da Diretiva-clássica e do artigo 94º da Diretiva-setores especiais. Trata-se dos contratos no âmbito dos serviços sociais, serviços de saúde, serviços de ensino e serviços culturais constantes do Anexo X do CCP, em valor igual ou superior a 750 000 euros, conforme decorre do n.º1 do artigo 250º-D, conjugado com o n.º1 do artigo 6º-A, o artigo 250º-A e a alínea d) do n.º3 do artigo 474º do CCP.

Podem ser candidatos ou concorrentes a tais procedimentos quaisquer organizações que preencham, cumulativamente, os quatro requisitos previstos no n.º2 do artigo 250º-D do CCP: i) tenham por objeto a prossecução de uma missão de serviço público ligada à prestação daqueles serviços; ii) reinvestam os lucros obtidos com vista à consecução do objetivo da organização ou, caso sejam distribuídos ou redistribuídos, o façam com base em considerações de natureza participativa; iii) contem com a participação dos trabalhadores no capital da organização que executa o contrato em causa ou baseiem a sua estrutura de gestão em princípios participativos que requeiram o envolvimento ativo dos trabalhadores, utilizadores ou partes interessadas; iv) e não tenham celebrado nos últimos três anos, com a mesma entidade adjudicante, qualquer contrato abrangido pelo artigo 250º-D do CCP (em interpretação corretiva a “secção”).

Como dispõe o n.º6 do artigo 250º-D do CCP, tal regime é, ainda, aplicável às empresas sociais, desde que preenchidos os requisitos enunciados. Afigura-se desprovida de efeito útil essa menção, visto que o n.º2 do artigo esclarece que quaisquer organizações que reúnam os requisitos cumulativamente fixados para o efeito podem ser candidatos ou concorrentes.¹⁹⁷

De qualquer forma, as empresas sociais, ou seja, aquelas que se dedicam à produção de bens e serviços com forte componente de empreendedorismo social ou de inovação social, e promovendo a integração no mercado de trabalho, através do desenvolvimento de programas de investigação, de inovação e de desenvolvimento social, nas áreas dos serviços em apreço (n.º7 do artigo 250º-D do CCP), podem lograr destaque significativo neste âmbito ou, até mesmo, surgir como as grandes beneficiadas ao nível deste regime de reserva de contratos para certos serviços sociais e específicos à pessoa.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos...*, p. 713.

¹⁹⁸ Cf. DOMINGOS SOARES FARINHO, “Serviços sociais e outros serviços específicos: o Leopardo e o Ornitorrinco entre os três setores de atividade económica” in CARLA AMADO GOMES, RICARDO PEDRO, TIAGO SERRÃO e MARCO CALDEIRA (coord.), *Comentários à Revisão...*, p. 285.

7. Análise das propostas

7.1. Critério de adjudicação

I) Modalidades

Em linha com as diretivas da União, foi eliminada no Código dos Contratos Públicos a dualidade dos critérios de adjudicação, passando a existir apenas o critério da proposta economicamente mais vantajosa, constante dos artigos 74º e 75º do CCP.

A proposta economicamente mais vantajosa é aferida com base em uma das seguintes modalidades: o preço ou custo mais baixo, ou a melhor relação qualidade-preço (n.º1 do artigo 74º do CCP). Lamentamos, por conseguinte, que o legislador português não tenha enveredado por uma solução que impossibilitasse a utilização do preço ou custo como único critério de adjudicação ou que, pelo menos, restringisse essa utilização a determinadas categorias de entidades adjudicantes ou a determinados tipos de contratos. Tal opção legislativa, admissível à luz do n.º2 do artigo 67º da Diretiva-clássica e do n.º2 do artigo 82º da Diretiva-setores especiais, teria afastado a abordagem exclusivamente economicista que continua a ser possível neste âmbito e, em virtude disso, teria permitido servir em moldes mais eficazes o propósito de uma contratação pública sustentável.

Quanto à avaliação do preço ou custo mais baixo, relembramos que estão em causa dois elementos alternativos, podendo as entidades adjudicantes atender ou a um ou a outro se optarem por esta modalidade do critério da proposta economicamente mais vantajosa.

O elemento *preço* mais baixo, visando o preço a pagar, pelas entidades adjudicantes, pela execução de todas as prestações que constituem o objeto dos contratos (preço contratual: n.º1 do artigo 97º do CCP), exprime-se com um simplismo e uma objetividade que não permitem uma dedicação especial às considerações de índole social.

O elemento *custo* mais baixo contempla uma “abordagem custo-eficácia”, com feição mais abrangente, possibilitando a consideração de custos que extravasem os que atinem ao preço contratual, em prol do cômputo de outros impactos que possam ser advindos dos contratos públicos em causa, inclusivamente os suportados pela sociedade.

Como sabemos, a abordagem custo-eficácia é densificada por uma metodologia nesse sentido. Na esteira das diretivas, o Código dos Contratos Públicos apenas concretiza uma das

metodologias possíveis para o efeito: o cálculo dos “custos do ciclo de vida” (n.º7 do artigo 75º do CCP).

Também no CCP a densificação dos “custos do ciclo de vida” se abstém da menção aos aspetos de responsabilidade social num tal âmbito. Contudo, tratando-se de uma enumeração de natureza ilustrativa, não se nos afigura que os mesmos se encontrem aqui necessariamente excluídos *a priori*, contanto que ligados ao objeto contratual, passíveis de determinação e de confirmação monetária, conformes ao conjunto dos princípios que norteiam a contratação pública e previamente publicitados. Em todo o caso, as entidades adjudicantes não encontram qualquer orientação na matéria, pelo que não nos parece de lhes expectar a incorporação destas preocupações.

Por conseguinte, o legislador português desperdiçou a oportunidade de se referir em específico aos custos sociais do ciclo de vida das obras, bens ou produtos, designio outrossim inconcretizado no corpo principal das diretivas (não obstante a sua alusão nos considerandos das mesmas). Cremos, em particular, que, podendo os custos imputados às externalidades ligadas aos bens, obras ou serviços relevar quer sob uma esfera ambiental quer sob uma esfera social, se justificaria contemplar ambos no seio da alínea e) do n.º7 do artigo 75º do CCP, ao invés da circunscrição às externalidades ambientais.

Relembramos que os impactos sociais são, por definição, mais difíceis de internalizar no custo dos bens, obras ou serviços do que os ambientais, mas persistir em não lhes dar qualquer enquadramento legislativo, mesmo que numa formulação imperfeita, não é uma solução que abone em prol da contratação pública socialmente responsável e que a tende a secundarizar no panorama da sustentabilidade apregoado nesta disciplina jurídica.

No que concerne a outras metodologias de determinação da relação custo-eficácia que possam ser adotadas em alternativa à do “custo do ciclo de vida”, também não se encontra vedada a internalização de custos sociais, pese embora a falta de estimulação com que as entidades adjudicantes se deparam para o fazer.

Dito isto, não nos parece que esta modalidade do critério da proposta economicamente mais vantajosa propulsione, ao abrigo do CCP, a responsabilidade social na contratação pública. Não obstante concordarmos que a orientação para a qualidade não se revela forçosamente inexistente nos contratos em que as entidades adjudicantes optem por esta modalidade (uma vez que, por exemplo, as especificações técnicas constantes do caderno de encargos podem já debruçar-se

com algum rigor sobre variáveis sociais)¹⁹⁹, descurar do potencial estratégico específico do critério de adjudicação com vista àquele desiderato merece-nos preocupação num contexto que pretende maximizar as possibilidades de promover uma contratação pública socialmente responsável.

Quanto à melhor relação qualidade/preço, a outra modalidade do critério da proposta economicamente mais vantajosa, fatores e subfatores de cariz social podem densificá-la, em função dos objetivos e das necessidades das entidades adjudicantes, tal como decorre do n.º2 do artigo 75º do CCP.

Com efeito, à luz do preceito supramencionado podem – para o que nos interessa - ser consideradas variáveis qualitativas como a acessibilidade, conceção para todos os utilizadores, características sociais e de inovação social; a organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução dos contratos em questão em matéria social, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo ao nível da execução contratual; e a sustentabilidade social do modo de execução dos contratos.

Esses elementos devem ser configurados objetivamente, mediante «*o respeito dos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento, com vista a assegurar a comparação objetiva do valor relativo das propostas, a fim de determinar, em condições de concorrência efetiva, a proposta economicamente mais vantajosa*».²⁰⁰ Devem, ainda, ser publicitados no programa do procedimento, não conferir uma liberdade de escolha incondicional às entidades adjudicantes e apresentar ligação ao objeto contratual.

Na esteira das diretivas, os fatores e subfatores sociais de densificação da melhor relação qualidade/preço consideram-se ligados ao objeto contratual quando estiverem relacionados com as obras, bens ou serviços em causa, sob qualquer aspeto e em qualquer fase do seu ciclo de vida (n.º4 do artigo 75º do CCP), incluindo aspetos envolvidos no processo específico de produção ou fornecimento das obras, bens ou serviços ou num processo específico em relação a outra fase do seu ciclo de vida, mesmo que tais aspetos não façam parte da sua substância material (n.º5 do artigo 75º do CCP).

O requisito da ligação ao objeto contratual é algo *mitigado* nos fatores ou subfatores previstos na alínea b) do n.º2 do artigo 75º do CCP, isto é, aqueles que se prendam ao *know-how* social do pessoal encarregado da execução dos contratos. Excetuando nesses casos, as situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes não podem

¹⁹⁹ Embora relativamente aos aspetos ambientais, as considerações são transponíveis para o nosso estudo, cf. CARLA AMADO GOMES, “Contratação pública “verde”: uma evolução (eco)lógica” in CARLA AMADO GOMES, RICARDO PEDRO, TIAGO SERRÃO e MARCO CALDEIRA (coord.), *Comentários à Revisão...*, p. 546.

²⁰⁰ Cf. Acórdão do TCAN de 18 de março de 2016, proc. n.º 03536/14.2BEPRT.

ser direta ou indiretamente visados, uma vez que se pretende que as propostas se distingam *per se* e não em função dos seus autores, isto é, «*evitar que a avaliação da proposta seja desvirtuada pela qualidade pessoal do concorrente*».201

Porém, mesmo face aos fatores e subfatores atinentes à organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução contratual, cumpre sempre recordar que a avaliação daquelas variáveis ocorre inteiramente por referência às especificidades dos contratos que justifiquem, com premência, tal consideração. Numa palavra, em contratos nos quais esses elementos não sejam suscetíveis de produzir um impacto significativo quanto à respetiva execução, as entidades adjudicantes não os podem utilizar.

Pois bem, a quaisquer fatores ou subfatores sociais que as entidades adjudicantes estabeleçam como densificadores da proposta economicamente mais vantajosa, deve ser, à semelhança dos demais e no programa do procedimento, atribuída a ponderação relativa que lhes corresponda, sabendo que a pontuação global de cada proposta corresponde ao resultado da soma das pontuações obtidas por cada fator ou subfactor elementar, multiplicadas pelos valores dos seus coeficientes de ponderação (assim: alínea n) do n.º2 do artigo 132º; n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 139º; alínea q) do n.º1 do artigo 164º; artigo 196º; n.º3 do artigo 206º; e n.ºs 2 e 3 do artigo 218º-C do CCP).

Destarte, e nas palavras do STA, «*a ponderação das propostas apresentadas (...) mediante a referência delas aos itens de uma grelha classificativa suficientemente densa, a que se sigam as operações aritméticas que quantifiquem as propostas e permitam a sua graduação recíproca, exprime e comunica logo a valia de cada uma delas (...) bem como os motivos da classificação que obtiveram*».202 Por conseguinte, o peso relativo conferido pelas entidades adjudicantes a fatores e subfatores sociais que decidam estabelecer, entre o conjunto daqueles que determinem a proposta economicamente mais vantajosa, é refletido, e nessa exata medida, em sede da avaliação das propostas.

Naturalmente, outrossim nos casos em que apenas aspetos qualitativos das propostas sejam submetidos à concorrência, em virtude da definição de um preço fixo no caderno de encargos (n.º2 do artigo 74º do CCP), podem ser contemplados os fatores e subfatores sociais a que aludimos na determinação da proposta portadora da *melhor qualidade*.

²⁰¹ Cf. Acórdão do STA de 22 de abril de 2015, proc. n.º 0835/13.

²⁰² Cf. Acórdão do STA de 21 de março de 2014, proc. n.º 2/2014.

II) Critério de desempate

Pode suceder que, avaliadas as propostas, exista uma situação de empate entre as que obtiverem a melhor pontuação, cabendo, por isso, proceder ao respetivo desempate.²⁰³

Assim, o convite ou o programa do procedimento deve definir o critério de desempate na avaliação das propostas (n.º4 do artigo 75º do CCP), sendo vedado o do momento da entrega da proposta para o efeito (n.º5 do artigo 75º do CCP), o qual se trata de um aspeto de natureza meramente formal e desprovido de qualquer contributo substantivo para a aferição da proposta economicamente mais vantajosa.

Podem ser utilizados como critério de desempate, designadamente, os fatores e os subfatores elementares estabelecidos pelas entidades adjudicantes para a determinação da proposta economicamente mais vantajosa, por ordem decrescente de ponderação relativa. Assim, os aspetos sociais porventura acolhidos nesse âmbito, e em função do respetivo peso relativo, podem relevar no contexto em apreço. Também pode ser utilizado como critério de desempate o da proposta que tiver sido apresentada por empresas sociais ou por pequenas e médias empresas, por ordem crescente da categoria das empresas (n.º6 do artigo 74º CCP), solução que se move na promoção de uma contratação pública inclusiva.

7.2. Preço ou custo anormalmente baixo

De acordo com a alínea e) do n.º2 do artigo 70º do CCP, são excluídas as propostas cuja análise revele um preço ou custo anormalmente baixo, cujos esclarecimentos justificativos não tenham sido apresentados ou não tenham sido considerados nos termos do artigo 71º do CCP. A transposição do artigo 69º da Diretiva-clássica e do artigo 84º da Diretiva-setores especiais inscreve-se, portanto, nos preceitos mencionados do CCP.

A *ratio* da exclusão das propostas cujo preço ou custo seja anormalmente baixo prende-se «às sérias dúvidas sobre a sua seriedade ou congruência», razão pela qual uma proposta anormalmente baixa é «à partida e em abstracto, uma proposta suspeita (...), uma proposta a excluir, caso não seja justificada e aceite essa justificação pela entidade adjudicante».²⁰⁴

No que concerne ao critério de identificação das propostas com preço ou custo anormalmente baixo, as entidades adjudicantes podem defini-lo no programa do concurso ou no anúncio. A esse

²⁰³ Na lacuna da versão original do CCP a este respeito, JOÃO AMARAL E ALMEIDA sugeria, nos casos em que o procedimento não previsse um critério de desempate, o recurso ao sorteio, «enquanto único mecanismo verdadeiramente transparente e imparcial». Cf. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “A adjudicação em caso de empate entre propostas” in *Revista dos Contratos Públicos*, n.º7, 2013, pp.5-19.

²⁰⁴ Cf. Acórdão do STA de 21 de junho de 2011, proc. n.º 0250/11.

respeito, o n.º1 do artigo 71º do CCP aponta a atinência ao desvio percentual dos preços das propostas a admitir, mas fá-lo a título meramente ilustrativo, dado que esclarece que podem ser acolhidos outros critérios considerados adequados.

Sobre as entidades adjudicantes impende um duplo dever de fundamentação quer da necessidade de fixação do preço ou custo anormalmente baixo quer do próprio critério estabelecido. Nesse sentido, podem relevar, designadamente, os preços médios obtidos na consulta preliminar ao mercado (se tiver existido), à luz do n.º2 do artigo 71º do CCP.

Na decorrência lógica do que dissemos, é vedada às entidades adjudicantes a fixação do critério de identificação do preço ou custo anormalmente baixo *a posteriori*, isto é, após o conhecimento do teor das propostas, o que violaria os princípios da transparência e do tratamento não discriminatório dos concorrentes.²⁰⁵

Dito isto, cumpre notar que a exclusão das propostas de preço ou custo anormalmente baixo não se pode verificar sem antes ter sido assegurado o exercício do direito de audição aos concorrentes visados, corolário do princípio da participação e do contraditório. Por outras palavras, *«embora seja causa de exclusão a apresentação de proposta na qual se revela um preço total anormalmente baixo, esta não é automaticamente excluída do concurso, sendo necessário que seja dado ao concorrente a oportunidade de justificar o preço apresentado»*.²⁰⁶

Com efeito, dispõe o n.º3 do artigo 71º do CCP que o órgão competente para a decisão de contratar solicita ao respetivo concorrente que preste esclarecimentos por escrito e em prazo adequado relativamente aos elementos constitutivos relevantes da proposta, sendo certo que, na análise dos esclarecimentos prestados, podem – para o que nos cabe frisar - ser tomadas em consideração as justificações inerentes ao cumprimento das obrigações decorrentes da legislação em matéria social e laboral, referidas no n.º2 do artigo 1º-A (alínea e) do n.º4 do artigo 71º do CCP).

Como sabemos, o preço ou custo anormalmente baixo das propostas pode radicar da violação de direitos sociais e laborais básicos, pelo que urge não fazer beneficiar do erário público operadores económicos que se desviem da legalidade e procurem obter vantagens concorrenciais face aos demais (cumpridores) em virtude disso.

²⁰⁵ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos...*, p. 837.

²⁰⁶ Cf. Acórdão do STA de 13 de setembro de 2018, proc. n.º 0487/18.

Nesse sentido, e em conformidade com as diretivas, os esclarecimentos justificativos do preço ou custo anormalmente baixo das propostas podem versar sobre tais matérias, as quais são inseríveis na aferição da credibilidade das propostas a empreender nesta sede.

Por fim, o órgão competente para a decisão de contratar deve fundamentar a decisão sobre o preço ou custo anormalmente baixo. Tal não se cinge, como o n.º3 do artigo 71º poderia indicar, aos casos de decisão de exclusão de uma proposta com fundamento em preço ou custo anormalmente baixo; em abono do rigor, estende-se também àqueles em que a decisão seja a de aceitação dos esclarecimentos prestados.

A decisão de exclusão das propostas pode, por conseguinte, fundar-se na abstenção ou na improcedência das justificações apresentadas pelos concorrentes no que concerne ao (in)cumprimento das obrigações sociais e laborais aplicáveis (para o que nos interessa). Tanto nesse cenário, como no da decisão de aceitação dos esclarecimentos prestados, em virtude da sua suficiência e procedência, a fundamentação é obrigatória.

8.2. Admissão de variantes

Como sabemos, a admissão de propostas variantes pelas entidades adjudicantes pode consubstanciar uma forma de promover a contratação pública socialmente responsável.

Assim, e à luz do artigo 59º do CCP, podem ser admitidas²⁰⁷, além das propostas base, propostas que, relativamente a um ou mais aspetos da execução dos contratos a celebrar, contenham atributos que digam respeito a condições contratuais alternativas nos termos do caderno de encargos (n.º1).

Pois bem, os aspetos do caderno de encargos relativamente aos quais sejam admitidas alternativas para efeitos de propostas variantes devem corresponder a fatores e subfatores densificadores da proposta economicamente mais vantajosa (n.º6). Por conseguinte, podem figurar, nesse âmbito, aspetos relativos a características sociais e de inovação social dos produtos, obras ou serviços em causa, ao *know-how* social dos concorrentes e à sustentabilidade social do modo de execução dos contratos.

²⁰⁷ Apenas não é permitida a apresentação de propostas variantes quando o programa do procedimento o referir expressamente, cf. n.º2 do artigo 59º do CCP.

Destarte, a admissão de propostas variantes pode permitir a apresentação de soluções socialmente mais favoráveis e que reflitam uma vocação acrescida dos concorrentes a estes aspetos relativamente às respetivas propostas base.

9. Monitorização dos aspetos de execução contratual

Além da abordagem que fizemos a respeito das especificações técnicas, outros aspetos sociais de execução contratual podem adensar as cláusulas do caderno de encargos, avistando as potencialidades que o momento da execução dos contratos públicos oferece à prossecução de políticas desta natureza.²⁰⁸

Assim, e em linha com o artigo 70º da Diretiva-clássica e com o artigo 87º da Diretiva-setores especiais, o n.º6 do artigo 42º dispõe que podem ser incluídas no caderno de encargos condições de natureza social e laboral, desde que relacionadas com a execução dos contratos (e conformes aos princípios da contratação pública). O Código refere-se, ainda, à possibilidade de previsão de condições que se destinem a favorecer: a) a aplicação de medidas de promoção da igualdade de género e da igualdade salarial no trabalho; b) o aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho; c) a conciliação da vida pessoal com a vida familiar e pessoal dos trabalhadores afetos à execução contratual; e d) a inclusão de pessoas com deficiência no mercado laboral.

Não compreendemos, porém, a referência legislativa autónoma a este último rol, em que se inserem tão-só, em abono do rigor, condições laborais da execução dos contratos. Por conseguinte, ter-se-ia revelado uma opção mais congruente elencá-las como tais e a título meramente ilustrativo, ao invés de levar o intérprete a crer que está em causa uma categoria distinta de condições de execução contratual.

De qualquer forma, entendemos que a menção expressa às matérias da igualdade de género e de inserção dos cidadãos deficientes no mercado de trabalho colhe a maior pertinência e orienta as entidades adjudicantes a visá-las nesta sede, não olvidando que muitas outras possam ser implementadas, tais como as de integração laboral de pessoas desfavorecidas ou em risco de exclusão social (desempregados de longa duração, ex-toxicodependentes, minorias étnicas, entre outras situações).

²⁰⁸ Cf. CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários...*, p. 545.

No entanto, e como havíamos advertido, é essencial assegurar um controlo eficaz do cumprimento dos aspetos sociais de execução dos contratos, sob prejuízo de os desprovir de qualquer mais-valia fáctica ou, se preferimos, de um impacto social positivo.

Nas palavras de MARCELLO CAETANO, « *a Administração, depois de celebrado o contrato, não pode demitir-se da sua função realizadora dos interesses coletivos. A ela pertence a atribuição de cumprir a missão a que correspondem as obrigações estipuladas no contrato. Por isso tem de continuar a zelar por ele, vigiando a execução do contrato, não com a simples preocupação de salvaguardar um interesse pessoal mas com o empenho de que se satisfaçam os interesses transpessoais de que a lei a incumbiu*». ²⁰⁹

Nesse sentido, cabe atentar aos poderes de conformação das relações contratuais que assistem aos contraentes públicos, matéria elencada no artigo 302º do CCP. No âmbito das condições sociais de execução contratual, e para os contornos da nossa pronúncia, releva em especial debruçar-nos sobre o poder de fiscalização (de fiscalizar o modo de execução dos contratos) e sobre o poder sancionatório (de aplicar sanções contratuais).

Revela-se essencial, para além de assegurar que os cocontratantes cumprem as condições sociais de execução dos contratos, constantes no caderno de encargos, definir e aplicar sanções contratuais nos casos do respetivo incumprimento.

Afigura-se-nos imprescindível notar que, em conformidade com os n.ºs 2 e 3 do artigo 305º do CCP, os contraentes públicos devem fiscalizar técnica, financeira e juridicamente o modo como os contratos são executados, não se abstendo de indagar todos os elementos que permitam aferir se os cocontratantes observam ou não as condições sociais definidas para a execução contratual. A materialização de um tal controlo pode dar-se, por exemplo, através da inspeção aos locais, equipamentos, documentação, registos informáticos e à contabilidade ou mediante pedidos de informação.

Refiramos, porém, a ineficácia associada ao exercício de um poder de fiscalização que se cinja à solicitação de pedidos de informação aos cocontratantes, isto é, em que os contraentes públicos se limitem a confiar nas declarações prestadas por aqueles, sem se procurarem pautar por um empenho adicional no apuramento da verdade material.

Indissociavelmente, se, em função dos elementos recolhidos em sede do exercício do poder de fiscalização, forem apuradas situações de incumprimento das condições sociais de execução dos contratos por factos imputáveis aos cocontratantes, irregularidades não supridas na sequência

²⁰⁹ Cf. MARCELLO CAETANO, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Almedina, 2010, p. 183.

das diretrizes impostas pelos contraentes públicos nesse sentido, devem ser aplicadas as sanções contratuais devidas, constantes no caderno de encargos – daí a importância de as prever sob um ponto de vista cuidadoso e proporcional (nunca esquecendo, aliás, que o princípio da proporcionalidade as deve enquadrar quer a montante, no momento da sua definição, quer a jusante, no da sua eventual aplicação).

Um outro aspeto da máxima relevância traduz-se em não descurar, igualmente, de um controlo afinado do cumprimento das condições sociais de execução contratual nas situações em que haja lugar a subcontratação pelos cocontratantes, independentemente do momento da emissão do ato autorizativo para o efeito por parte dos contraentes públicos (a qual pode ocorrer no próprio contrato ou já no decurso da sua execução, mediante a observância dos termos do disposto nos artigos 318º a 320º do CCP).²¹⁰

Nos casos de subcontratação, os cocontratantes permanecem, à luz do artigo 317º do CCP, integralmente responsáveis pelo cumprimento de todas as obrigações contratuais perante os contraentes públicos. Todavia, também aqui cumpre não descurar do escrúpulo das diligências que devem ser adotadas na indagação do cumprimento das condições sociais de execução contratual pelos subcontratados dos cocontratantes. Em termos muito simples: para o apuramento da verdade material e, se for o caso, a aplicação das sanções correspondentes, não basta confiar nas declarações que os cocontratantes prestem no tocante ao modo de execução dos contratos pelos subcontratados. Pelo contrário, é nosso entendimento que os contraentes públicos responsáveis não se devem manter distanciados mas indagar *in loco*, e através de meios como os que já havíamos referido, a observância dos aspetos sociais de execução contratual.

Esses são os moldes de tutela do interesse público – nunca o esqueçamos: «*motivo motor ou norteador da Administração Pública na sua atividade*»²¹¹ - a observar para a materialização dos aludidos objetivos sociais contratualmente concebidos.

A título coadjuvante, não duvidamos que o acompanhamento da execução contratual pode ser qualitativamente reforçado através da figura do gestor do contrato, prevista no artigo 290º-A do CCP, nomeadamente no que concerne à deteção de desvios, defeitos ou anomalias na implementação dos aspetos sociais da execução contratual.

Um outro tópico que, embora numa lógica extensiva (dado que o CCP não se lhe debruça), pode possuir algum interesse é o da adoção de códigos de conduta em prol da responsabilidade

²¹⁰ Em qualquer desses casos, a autorização da subcontratação pode depender do preenchimento pelos potenciais subcontratados de requisitos mínimos de índole social ao nível da capacidade técnica, contanto que os contratos subordinem expressamente a subcontratação àquela avaliação: cf. alínea b) do n.º3 do artigo 318º e n.º2 do artigo 319º do CCP.

²¹¹ Cf. Acórdão do STA de 11 de janeiro de 2018, proc. n.º 0297/17.

social da contratação, sob a forma de declarações de compromisso ético subscritas entre os contraentes públicos e os cocontratantes (a respeitar também por toda a cadeia de subcontratação que possa existir).

Com efeito, essas declarações podem consubstanciar um compromisso ao abrigo do qual os operadores económicos se obrigam a respeitar o núcleo essencial de um conjunto de pressupostos indispensáveis a uma contratação pública socialmente responsável, como sejam os direitos humanos consagrados em convenções internacionais, os direitos laborais constantes das convenções da OIT, os direitos da criança, os direitos do cidadão com deficiência e legislação nacional em matérias como igualdade de género, direito ao salário mínimo e segurança social. A instituição de tais declarações como instrumento de monitorização da execução dos contratos, cujo controlo deve ser acometido a entidades terceiras independentes da sociedade civil, não logra uma densidade vinculativa intensa (pelo que que a sugerimos com a devida natureza adicional) mas insere-se numa estratégia de promoção dos valores sociais que devem nortear a execução dos contratos públicos e colhe a vantagem de poder, até, convocar algum grau de envolvimento da comunidade.²¹²

10. A regulação dos contratos públicos

Deve competir às entidades reguladoras, em qualquer sistema, um papel determinante no que diz respeito à disciplina e à supervisão deste mercado, em particular pugnando pela observância transversal dos princípios fundamentais da contratação pública.

Destarte, cabe a dedicação não somente às matérias concorrenciais e ao combate à corrupção, mas também a outros domínios, tais como, para o que aqui nos interessa, o do (in)cumprimento das obrigações decorrentes da legislação social e laboral aplicável (a título ilustrativo, pensemos na igualdade remuneratória entre homens e mulheres, nas normas de saúde e segurança no trabalho, no direito ao salário mínimo nacional), os quais não podem suscitar a inércia dos reguladores da contratação pública.²¹³

²¹² Cf. ISABEL CELESTE FONSECA, “Das modas da contratação Pública, Códigos de Ética e Pactos de Integridade: um must-have contra a Corrupção” in *Nos 20 Anos...*p. 16.

²¹³ Sobre a visão tradicional da regulação na contratação pública: «*ensuring the effective functioning of public procurement markets (...) necessitates to address two distinct but inter-related challenges: (1) ensuring integrity in related administrative processes (i.e. preventing corruption on the part of public officials); and (2) promoting effective competition among alternative suppliers, including by preventing collusion among suppliers*» Cf. ROBERT ANDERSON e WILLIAM KOVACIC, “Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets” in *Public Procurement Law Review*, n.º18, (2), Thomson Reuters, 2009, p. 68.

Em Portugal, o Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P., é o organismo legalmente responsável pela regulação dos contratos públicos, nos termos do artigo 454º-A do CCP.

As suas atribuições nesse âmbito são as que constam do n.º3 do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 232/2015: a) formular ao membro do Governo responsável da tutela propostas legislativas e regulamentares relacionadas com os contratos públicos, incluindo as que respeitem à transposição das diretivas europeias; b) participar nas equipas de representação técnica nacional em matéria de contratos públicos junto de instâncias europeias e internacionais relevantes; c) apoiar o membro do Governo da tutela na definição do modelo de contratação pública eletrónica nacional, em articulação com as demais entidades competentes em razão da matéria; d) assegurar o licenciamento, a monitorização e a fiscalização das plataformas eletrónicas de contratação pública, nos termos da lei; e) produzir manuais de boas práticas sobre contratos públicos de aquisição de obras, de bens e de prestação de serviços; f) gerir o portal dos contratos públicos, designado «Portal Base», nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 472º do Código dos Contratos Públicos, incluindo os observatórios de obras públicas de bens e serviços; g) elaborar relatórios estatísticos sobre contratos públicos no setor de construção e imobiliário; e, por fim, h) analisar queixas e denúncias de cidadãos e empresas, assim como participações de entidades públicas sobre a aplicação de regras de adjudicação de contratos públicos no setor da construção e do imobiliário.

Sobre o que nos cabe debruçar em específico, entendemos que a formulação de propostas legislativas pelo IMPIC no âmbito da promoção da responsabilidade social na contratação pública é um aspeto provido da maior relevância. Em abono do rigor, é-lhe exigível, enquanto entidade reguladora, uma sensibilidade acrescida nesta matéria e que consiga, não apenas aproveitar as oportunidades conferidas pelas diretivas nesse sentido, como também sugerir outras soluções que se possam afigurar pertinentes.

A produção de manuais de boas práticas merece-nos outrossim menção, dado que se pode traduzir numa ferramenta igualmente dedicada às variáveis sociais, abrangidas pelo princípio da sustentabilidade, e mover-se em orientar e moralizar a atuação de todos os intervenientes na contratação pública (incluindo – relembremo-lo – toda a cadeia de subcontratação²¹⁴). Não obstante tratar-se de um instrumento de *soft law*, os méritos que se lhe associam sob um ponto

²¹⁴ Reproduzamos as palavras sugestivas de JEAN-BERNARD AUBY a respeito da subcontratação e seus riscos: «*les amis de nos amis ne sont pas toujours nos amis*» Cf. JEAN-BERNARD AUBY, *Droit Administratif*, n.º7, Lexis Nexis 2004, p.3.

de vista de modelação de práticas socialmente responsáveis existem e deve ser-lhes dedicado o devido espaço, a par, designadamente, dos aspetos de combate às práticas restritivas da concorrência e corruptivas.²¹⁵

No que toca à gestão do portal dos contratos públicos, importa frisar que, à luz do n.º1 e do n.º2 do artigo 472º do CCP, compete ao IMPIC elaborar e remeter à Comissão Europeia, de três em três anos, e com base nos dados constantes do «Portal Base» e de outros instrumentos de informação inerentes à sua atividade, um relatório relativo aos contratos de aquisição e locação de bens e de aquisição de serviços, um relatório estatístico relativo aos contratos de empreitada de obras públicas e um relatório estatístico atinente aos contratos de concessão de obras e serviços públicos. Estes devem conter dados de monitorização adequados, incluindo, se for o caso, informações sobre situações de dúvidas mais frequentes ou de aplicação incorreta das regras da contratação pública, bem como outras irregularidades graves nesse âmbito: domínios que podem versar sobre aspetos de índole social, em particular no que concerne ao não cumprimento pelos operadores económicos das obrigações decorrentes da legislação aplicável em matéria social, laboral e de igualdade de género.

Dito isto, mais - muito mais - se nos afiguraria de exigir, neste âmbito, a uma entidade reguladora da contratação pública. Entendemos como essencial reforçar quer, a montante, a formação das entidades adjudicantes, designadamente no planeamento contratual²¹⁶ e na tecnicidade da elaboração das peças do procedimento (termos em que se sentiriam mais aptas a empreender uma contratação pública social), quer, a jusante, o acompanhamento e a monitorização dos contratos, sem os quais, juntamente com o exercício indissociável dos poderes sancionatórios, não existe uma regulação efetiva²¹⁷.

No que diz respeito ao regime sancionatório, previsto nos artigos 455º e seguintes do CCP, o n.º1 do artigo 461º dispõe que a instauração e o arquivamento de processos contraordenacionais, bem como a aplicação de coimas e sanções competem ao IMPIC.

²¹⁵ No entanto, tal não tem sucedido. Até ao momento, tudo o que existe nesse sentido se reporta ao *Guia sobre as Novas Diretivas da Contratação Pública*, elaborado pelos serviços do então InCi, em julho de 2014, e o qual se baseia na tradução, não literal, das fichas técnicas redigidas, em língua inglesa, pelos serviços da Comissão Europeia. Ademais, apenas se encontram disponibilizados no sítio oficial do IMPIC o guia *Contratação Pública – Guia prático para profissionais sobre a prevenção dos erros mais comuns em projetos financiados pelos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento*, de 2015, elaborado pelos serviços da Comissão Europeia; e o *Guia de Boas Práticas no Combate ao Conluio na Contratação Pública*, de 2016, da autoria da Autoridade da Concorrência, e o qual não se debruça sobre aspetos sociais.

²¹⁶ Cf. ISABEL CELESTE FONSECA, “Das modas da contratação Pública, Códigos de Ética e Pactos de Integridade: um must-have contra a Corrupção” in *Nos 20 Anos...*p. 10.

²¹⁷ Não se nos afiguraria defensável que a entidade reguladora, embora acompanhando e monitorizando a execução dos contratos, não possuísse os poderes de sancionamento imprescindíveis à respetiva imposição sobre os regulados. Nas palavras de PEDRO COSTA GONÇALVES, «relacionadas com a realização dos objetivos do Estado de Garantia, surge, como dimensão fundamental da regulação, o acompanhamento e, sobretudo, a fiscalização das actividades reguladas, bem como a advertência e a punição dos infractores». Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Estado de Garantia e Mercado” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. VII, 2010, p. 24.

Entre as contraordenações previstas nos artigos 456º a 458º, assinalamos, para os propósitos da nossa abordagem, a circunstância de constituírem contraordenações muito graves a participação de candidatos ou de concorrentes relativamente aos quais se verifique algum dos impedimentos de índole social previstos no artigo 55º do CCP (por nós analisados) no momento da apresentação das respetivas candidaturas ou propostas, da adjudicação ou da celebração dos contratos – alínea a) do artigo 456º do CCP; a não apresentação pelos adjudicatários, no prazo estabelecido para o efeito, dos documentos de habilitação exigidos (nomeadamente os documentos comprovativos da inexistência dos impedimentos de participação constantes das alíneas b), d), e) e h) do n.º1 do artigo 55º do CCP, os quais convocam as especificidades sociais do nosso estudo) – alínea b) do artigo 456º do CCP; bem como a apresentação de documentos falsos de habilitação, de documentos que constituem as propostas e de documentos destinados à qualificação (que atestam, na fase de formação dos contratos, o preenchimento das exigências sociais colocadas aos operadores económicos); e, por fim, a prestação de falsas declarações no decurso da fase da formação contratual, encontrando-se abrangidas, nesse âmbito, as respeitantes às matérias que nos detêm – alínea e) do artigo 456º do CCP.

As coimas previstas para as contraordenações supramencionadas variam entre 2000 e 3700 euros ou entre 7500 e 44800 euros, consoante sejam aplicadas a pessoas singulares ou a pessoas coletivas. Este poder contraordenacional visa, sobretudo, operadores económicos e não as entidades adjudicantes que violem as normas do Código dos Contratos Públicos (às quais podem, no entanto, ser aplicadas multas pelo Tribunal de Contas devido à violação das normas legais relativas à contratação pública – alínea l) do n.º1 do artigo 65º da Lei da Organização e do Processo do Tribunal de Contas²¹⁸).

Ainda, ao abrigo do artigo 460º do CCP, pode ser aplicada aos infratores a sanção acessória de proibição de participação, como candidatos, concorrentes ou como membros de agrupamentos candidatos ou concorrentes, em quaisquer procedimentos adotados para a formação de contratos públicos, quando a gravidade e a culpa dos agentes assim o justificar. Uma tal sanção não pode, porém, exceder dois anos.

O regime em análise parece-nos algo incipiente. Cremos que cumpriria reforçar os poderes sancionatórios da entidade reguladora no combate às situações juridicamente censuráveis sob a esfera social (em especial, a violação de direitos sociais e laborais básicos), o que, num plano

²¹⁸ Solução legislativa que se moveu em impedir a duplicação de sanções financeiras. Cf. FERNANDO OLIVEIRA SILVA, *A Regulação dos Contratos Públicos – Modelo para uma Autoridade Reguladora*, Almedina, 2016, p. 94.

ideal, deveria reportar-se quer à fase pré-contratual quer à fase de execução dos contratos: uma feição reguladora holística.

Numa palavra: «*quando falamos de contratação pública, devemos ter uma visão abrangente*»²¹⁹, pelo que assim se deveria conceber a respetiva regulação, entre nós ainda carecida de aprimoramento, carência tão refletida no nosso objeto de estudo.

²¹⁹ Cf. NUNO CUNHA RODRIGUES, “A compra pública sustentável: recursos públicos, despesa pública e controlo da eficiência na despesa pública” in ISABEL CELESTE FONSECA (coord.), *Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas: Para um crescimento da economia assente na contratação pública sustentável, inteligente e inovadora*, NEDIP, 2017, p. 435.

Conclusão

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia revelou-se o motor de um processo de reposicionamento face à hostilidade com que era perspetivada a inclusão de considerações sociais nos contratos públicos.

Com efeito, se, anteriormente, uma tal abordagem se afigurava de afastar, uma vez que em colisão com os princípios do Direito da União Europeia, como os da igualdade de tratamento e o da concorrência, os arestos do Tribunal de Justiça lograram temperar essa visão, esclarecendo a possibilidade de serem contemplados aspetos sociais no âmbito das condições de execução contratual e dos critérios de adjudicação, mediante as respetivas condições a observar para o efeito.

Positivada tal pronúncia nas diretivas de 2004, certo é que os Estados-Membros não se deparavam, ainda assim, com uma elucidação cabal nesse domínio, o que contrastava com a possível inclusão de variáveis ambientais na contratação pública: uma discrepância particularmente auscultada no âmbito dos critérios de adjudicação.

Seguiu-se um ímpeto reformador da disciplina jurídica, inaugurado por instrumentos de *soft law* que apelavam a uma conceção reconfigurada dos contratos públicos sob um signo de sustentabilidade. A promoção de uma contratação pública socialmente inclusiva e responsável assumia-se como uma das prioridades a visar em termos futuros.

Destarte, as diretivas de 2014 debruçam-se em moldes quantitativa e qualitativamente aprimorados face ao desiderato supramencionado, objeto de enquadramento quer na fase pré-contratual quer na fase de execução dos contratos.

No entanto, subsistem fragilidades. Começamos por referir que o não reconhecimento de um estatuto principiológico às matérias em apreço, além de incongruente em relação ao espírito da reforma da contratação pública a que assistimos, parece abster-se de extrair as devidas consequências que lhe são sindicadas pelo direito originário da União.

Ademais, a indeterminação concetual e a discricionariedade subjacente à maioria das disposições das diretivas pautam-se por contornos que se nos afiguram problemáticos. Preocupamo-nos, em especial, que assim suceda nos motivos de exclusão, nos contratos reservados, na subcontratação e no critério de adjudicação.

Bem vistas as coisas, Estados-Membros e respetivas entidades adjudicantes podem enveredar por soluções alheias às matérias de responsabilidade social em domínios nos quais urgiria

assegurá-las. Por isso, pugnamos por moldes reforçados de vinculatividade nesse sentido. Nunca esqueçamos que, no presente estágio do Direito da União Europeia dos Contratos Públicos, os esforços já não deveriam centrar-se em “se” mas em “como” incorporar as considerações sociais na contratação pública.

Numa palavra, o Direito da União Europeia dota os Estados-Membros de um conjunto de instrumentos aptos a prosseguir a contratação pública socialmente responsável mas a utilização e a efetividade dos mesmos dependem, na generalidade dos casos, do respetivo alcance transpositivo, o que fragiliza o compromisso do nosso estudo.

Creemos que, pelo contrário, importaria gerar, desde logo, uma maior certeza a esse nível, sob prejuízo de disparidades excessivas na prossecução de um desiderato que não pode senão ser extensível a todos os Estados-Membros da União Europeia. Relembremos que o modelo de contratação pública a prosseguir é o de um equilíbrio entre as variáveis económicas, sociais e ambientais, as quais cabe harmonizar. Não basta, pois, assegurar o exercício das liberdades económicas e a observância dos princípios tradicionais do Direito da União Europeia dos Contratos Públicos, subalternizando a inclusão de aspetos sociais na contratação ao estatuto de meras derrogações às liberdades de circulação; o paradigma visado é, cada vez mais, o que se detém em conciliar aquelas coordenadas.

Dito isto, a título essencial, cumpriria: i) o reconhecimento do princípio da integração social ou, em sentido mais lato, do princípio da sustentabilidade, na principiologia fundamental da contratação pública; ii) a densificação dos conceitos utilizados no âmbito das especificações técnicas, com vista a aferir em que casos a inclusão de aspetos sociais se revelaria proporcional ao “valor” e aos “objetivos” contratuais; iii) o alargamento do elenco dos motivos sociais de exclusão obrigatória dos operadores económicos dos procedimentos de contratação; iv) o desprendimento da reserva de contratos públicos da esfera discricionária dos Estados-Membros (em prol da respetiva vinculatividade); v) a reforma do critério de adjudicação, com vista a instituir a obrigatoriedade da determinação da *melhor relação qualidade/preço* num tal domínio, ao invés de se possibilitar a atinência exclusiva ao *preço* ou *custo*; vi) uma regulação mais detalhada da execução contratual, em especial no que concerne à subcontratação e ao reforço da vinculatividade das obrigações daí decorrentes; e vii) o adensamento da disciplina dos contratos de concessão relativamente à implementação de considerações sociais, como cabe suceder, em particular, mediante a inclusão de um preceito dedicado às condições especiais de execução daqueles contratos.

No que toca ao Código dos Contratos Públicos português, a transposição das soluções constantes das diretivas em matéria de contratação pública socialmente responsável é de efetividade na grande maioria dos casos, isto é, logrou verter o sentido útil das disposições consagradas pelo legislador da União.

Assinalamos-lhe – e aqui abstraindo-nos das diretivas - a referência ao princípio da sustentabilidade entre os princípios enformadores do direito dos contratos públicos, a qual espelha a dignidade legislativa que cabe à promoção da responsabilidade social nesta disciplina jurídica. De destacar é, outrossim, a previsão expressa como impedimentos de participação em procedimentos de contratação pública da quase totalidade dos motivos sociais de exclusão facultativa acolhidos nas diretivas.

Porém, isso não prejudica a existência de alguns pontos nevrálgicos. O CCP não envereda pela opção ao abrigo da qual as entidades adjudicantes não poderiam usar o preço ou o custo como único critério de adjudicação ou poderiam restringir tal utilização exclusiva a determinadas categorias de entidades adjudicantes ou a determinados tipos de contratos. Por conseguinte, desperdiça um mecanismo fundamental que lhe assistiria à luz das diretivas para voltar com mais especificidade a contratação pública para a qualidade, persistindo em permitir a atinência exclusiva ao fator custo.

Para além disso, ainda que inscrita no Código a obrigação de as entidades adjudicantes assegurarem, na formação e na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitam a legislação aplicável em matéria social, laboral e de igualdade de género, deparamo-nos com algum minimalismo concretizador das “medidas necessárias” nesse sentido, tal como pouco densificada se afigura a matéria da subcontratação, aspetos que cumpre densificar.

Merecem-nos, também, preocupação os moldes da regulação da contratação pública em Portugal, particularmente no tocante à incipiência dos poderes sancionatórios do IMPIC no combate às situações juridicamente censuráveis sob o ponto de vista social.

Enfim, não é um percurso sem obstáculos aquele que se antecipa à contratação pública social em Portugal, cumprindo fazer mais e melhor em prol daquele que constitui um dos objetivos de primeira linha neste domínio, e que passa por esforços adicionais à superação das debilidades que elencámos, tais como a profissionalização das entidades adjudicantes e uma crescente aposta na sensibilização para a sustentabilidade económica, social e ambiental em que a contratação pública se deve realizar sob uma ótica holística.

Sem prejuízo disso, entre nós, não há dúvida de que as entidades adjudicantes têm ao seu dispor um conjunto de mecanismos de que se podem e, em alguns casos, se encontram vinculadas a socorrer com esse intuito, soluções que radicam das diretivas da União. Não o olvidemos: o Direito da União Europeia é o instrumento propulsor da responsabilidade social vertida no Código dos Contratos Públicos.

Por fim, cabe esclarecer que nada impede que o legislador português conceba mais soluções ou aprimore as já existentes em matéria social, não se encontrando confinado à transposição das disposições contidas nas diretivas. Tais soluções não podem, no entanto, pressupor nem viabilizar o alheamento à ligação ao objeto contratual ou a violação de quaisquer princípios do direito dos contratos públicos.

Faça-se uma contratação pública socialmente responsável.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Bloomsbury, 2015.
- ALBERT SÁNCHEZ-GRAELLS (ed.), *Smart Public Procurement and Labour Standards*, Bloomsbury, 2018.
- ALESSANDRA SANDULLI, ROSANNA DE NICTOLIS e ROBERTO GAROFOLI (dir.), *Trattato sui Contratti Pubblici*, vol. I, Giuffrè, 2008.
- ANA NEVES, “Os Princípios da Contratação Pública”, in *Estudos de Homenagem ao Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra Editora, 2010.
- ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, “Princípios da Contratação Pública” in *Revista dos Contratos Públicos*, nº11, CEDIPRE, Almedina, 2016.
- ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito (Extractos)*, polic., Coimbra, 1972.
- BEATE SJAFJELL e ANJA WIESBROCK, *Sustainable Public Procurement under EU Law: new perspectives on the State as a Stakeholder* (eds.), Cambridge, 2015.
- CARLA AMADO GOMES, RICARDO PEDRO, TIAGO SERRÃO e MARCO CALDEIRA (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, 2018.
- CONSTANT DE KONINCK e THIERRY RONSE, *European Public Procurement Law: The European Public Procurement Directives and 25 years of jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities: Texts and Analysis*, Kluwer Law International, 2008.
- CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários da contratação pública*, Coimbra Editora, 2007.
- CLÁUDIA VIANA, “A anunciada reforma do direito europeu dos contratos públicos: *quo vadis?*” in *El Derecho Administrativo en perspectiva. En homenaje al Profesor José Luis Meilán Gil*, Tomos I e II, Edições RAP, 2014.
- CRISTOPHER BOVIS, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, 2016.
- CRISTOPHER MCCRUDDEN, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford University Press, 2007.
- DAGMAR SCHIEK (ed.), *The Eu Economic and Social Model in the Global Crisis: Interdisciplinary Perspectives*, Routledge, 2011.
- DAVID HUNKELER, “Societal LCA Methodology and a Case Study” in *International Journal of the Life Cycle Assessment*, 13(2), Springer, 2008.

EDOARDO CHITI e BERNARDO GIORGIO MATTARELLA (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law – Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer, 2011.

FERNANDO OLIVEIRA SILVA, *A Regulação dos Contratos Públicos – Modelo para uma Autoridade Reguladora*, Almedina, 2016.

FRANÇOIS LICHÈRE, ROBERTO CARANTA e STEEN TREUMER (eds.), *Modernising Public Procurement: the New Directive*, DJOF Publishing, 2014.

GABRIELLA RACCA e CRISTOPHER YUKINS (eds.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts: Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, 2014.

GRITH SKOVGAARD ØLYKKE e ALBERT SANCHEZ GRAELLS, *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Edward Elgar, 2016.

HANS-JOACHIM PRIESS, “The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive” in *Public Procurement Law Review*, (3), Sweet & Maxwell, 2014

HANS-JOACHIM PRIESS e ROLAND STEIN, “Nitch sur sauber, sondern rein: Die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit durch Selbstreinigung” in *Neue Zeitschrift Baurecht und Vergaberecht*, C.H. Beck, 2008.

HERMANN PUNDER, HANS-JOACHIM PRIESS e SUE ARROWSMITH, *Self-Cleaning in Public Procurement Law*, Carl Heymanns Verlag, 2009.

HUMBERTO GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?” in *Justicia Administrativa*, n°20, Lex Nova, 2003.

ISABEL CELESTE FONSECA, “Das modas da contratação Pública, Códigos de Ética e Pactos de Integridade: um must-have contra a Corrupção” in *Nos 20 Anos dos CJA*, CEJUR, 2017.

ISABEL CELESTE FONSECA (coord.), *Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas: Para um crescimento da economia assente na contratação pública sustentável, inteligente e inovadora*, NEDIP, 2017.

JAN PHILIPPE WIMMER, *Zuverlässigkeit im Vergaberecht: Verfahrensausschluss, Registereintrag und Selbstreinigung*, Nomos, 2012.

JEAN BERNARD-AUBY, *Droit Administratif*, n.º7, Lexis Nexis, 2004.

JO BARRAKET, ROBYN KEAST e CRAIG FURNEAUX, *Social procurement and New Public Governance*, Routledge, 2016.

JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “A adjudicação em caso de empate entre propostas” in *Revista de Contratos Públicos*, n.º7, CEDIPRE, Almedina, 2013.

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, 2013.

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ, ISABEL GALLEGO CÓRCOLES, FRANCISCO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ e JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA (dirs.), *Las Nuevas Directivas de Contratación Pública*, Aranzadi, 2015.

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2016*, Aranzadi, 2016.

JUAN JOSÉ PERNAS GARCÍA, *Contratación Pública Verde*, La Ley, 2011.

JUAN JOSÉ PERNAS GARCÍA (dir.), *Contratación Pública Estratégica*, Thomson Reuters, 2013.

MARCELLO CAETANO, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Almedina, 2010.

MARIA ANNA CORVAGLIA, *Public Procurement and Labour Rights: Towards Coherence in International Instruments of Procurement Regulation*, Bloomsbury, 2017.

MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*, Almedina, 2012.

MARTIN TRYBUS, ROBERTO CARANTA e GUNILLA EDELSTAM, *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Bruylant, 2014.

MICHAEL ESSIG, JOEP FRIJDAL, WALTER KAHLENBORN e CHRISTINE MOSER, *Strategic Use of Public Procurement in Europe: Final Report to the European Commission*, Comissão Europeia, 2011.

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação dos Contratos Públicos – uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, 2013.

NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Almedina, 2013.

PAUL CRAIG, *The Lisbon Treaty: Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford, 2010.

PAULO OTERO, CARLA AMADO GOMES e TIAGO SERRÃO (org.), *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Almedina, 2015.

PEDRO COSTA GONÇALVES, “Estado de Garantia e Mercado” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. VII, Coimbra Editora, 2010.

PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, Almedina, 2018.

PETER TREPTE, *Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement*, Oxford University Press, 2004.

- PETER TREPTE, *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*, Oxford, 2007.
- ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1994.
- ROBERT ANDERSON e WILLIAM KOVACIC, "Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets" in *Public Procurement Law Review*, n.º18, (2), Thomson Reuters, 2009.
- ROBERTO CARANTA e MARTIN TRYBUS (eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, DJOF Publishing Copenhagen, 2010.
- ROBERTO CARANTA, *I Contratti Pubblici*, Giappichelli, 2012.
- SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *El contrato administrativo*, CIVITAS, 2003.
- SUE ARROWSMITH e PETER KUNZLIK (eds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, 2009.
- SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and the UK*, Vol. I, Sweet and Maxwell, 2014.
- YSEULT MARIQUE e KRIS WAUTERS, *EU Directive 2014/24 on Public Procurement: a New Turn for Competition in Public Markets?*, Larcier, 2016.

Jurisprudência

Tribunal de Justiça da União Europeia

- Acórdão *Bundesdruckerei*, de 18 de setembro de 2014, proc. C-549/13.
- Acórdão *CAS Succhi di Frutta SpA*, de 29 de abril de 2004, proc. C-496/99 P.
- Acórdão *Comissão v. Dinamarca*, de 22 de junho de 1993, proc. C-243/89.
- Acórdão *Comissão v França*, de 26 de setembro de 2000, proc. C-225/98.
- Acórdão *Comissão/França*, de 20 de outubro de 2005, proc. C-265/03.
- Acórdão *Comissão/Irlanda*, de 22 de setembro de 1988, proc. n.º 45/87.
- Acórdão *Comissão/Itália*, de 21 de fevereiro de 2008, proc. C-412/04.
- Acórdão *Comissão/Países Baixos*, de 24 de janeiro de 1995, proc. C-359/93.
- Acórdão *Comissão v. Países Baixos*, de 10 de maio de 2012, proc. C-368/10.
- Acórdão *Coname*, de 21 de julho de 2005, proc. C-231/03.
- Acórdão *Concordia Bus Finland*, de 17 de setembro de 2002, proc. C-513/99.
- Acórdão *CoNISMa*, de 23 de dezembro de 2009, proc. C-305/08.
- Acórdão *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, de 10 de julho de 2014, proc. C-358/12.

Acórdão *Crispoltoni e o.*, de 5 de outubro de 1994, proc. C-133/93.
Acórdão *Engelmann*, de 9 de setembro de 2010, proc. C-64/08.
Acórdão *Fedesa e o.*, de 13 de novembro de 1990, proc. C-311/88.
Acórdão *Forposta*, de 13 de dezembro de 2012, proc. C-465/11.
Acórdão *Fratelli Costanzo*, de 22 de junho de 1989, proc. C-103/88.
Acórdão *Gebroeders Beentjes v. Países Baixos*, de 20 de setembro de 1988, proc. 31/87.
Acórdão *General-Providencia Biztosító Zrt*, de 18 de dezembro de 2014, proc. C-470/13.
Acórdão *Gesellschaft*, de 19 de junho de 2003, proc. C-315/01.
Acórdão *Impresa Lombardini*, de 27 de novembro 2001, proc. C-286.
Acórdão *Land Hessen*, de 6 de junho de 2002, proc. C-366/00.
Acórdão *Lianakis*, de 24 de junho de 2008, proc. C-532/06.
Acórdão *National Farmers' Union*, de 5 de maio de 1998, proc. C-157/96.
Acórdão *Parking Brixen*, de 13 de outubro de 2005, proc. C-458/03.
Acórdão *Regiopost*, de 17 de novembro de 2015, proc. C-115/14.
Acórdão *Secap*, de 15 de março de 2008, procs. apensos C-147/06 e C-148/06.
Acórdão *Slovensko*, de 29 de março de 2012, proc. C-599/10.
Acórdão *Telaustria*, de 7 de dezembro de 2000, proc. C-324/98.
Acórdão *Transporoute*, de 10 de fevereiro de 1982, proc. C-76/81.
Acórdão *Überschar*, de 8 de outubro de 1980, proc. 870/79.

Tribunal Constitucional

Acórdão do TC n.º 318/99, proc. n.º 855/98.

Supremo Tribunal Administrativo

Acórdão do STA, de 11 de dezembro de 2007, proc. n.º 0302/07.
Acórdão do STA de 21 de junho de 2011, proc. n.º 0250/11.
Acórdão do STA de 21 de março de 2014, proc. n.º 2/2014.
Acórdão do STA de 22 de abril de 2015, proc. n.º 0835/13.
Acórdão do STA de 11 de janeiro de 2018, proc. n.º 0297/17.
Acórdão do STA, de 27 de fevereiro de 2018, proc. n.º 0269/02.
Acórdão do STA de 13 de setembro de 2018, proc. n.º 0487/18.

Tribunal Central Administrativo Norte

Acórdão do TCAN, de 22 de abril de 2010, proc. n.º 01327/09.1BEPRT.

Acórdão do TCAN, de 18 de março de 2016, proc. n.º 03536/14.2BEPRT.

Tribunal Central Administrativo Sul

Acórdão do TCAS, de 29 de outubro de 2015, proc. n.º 11938/15.

Jurisprudência alemã

Acórdão do *Oberlandesgericht Düsseldorf*, de 9 de abril de 2003, VII-Verg 66/02.