
A TRANSPOSIÇÃO DAS DIRETIVAS EUROPEIAS DE 2014 E O CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

MARIA JOÃO ESTORNINHO
(COORDENADORA)



A TRANSPOSIÇÃO DAS
DIRETIVAS EUROPEIAS
DE 2014 E O
**CÓDIGO DOS
CONTRATOS PÚBLICOS**

MARIA JOÃO ESTORNINHO
(COORDENADORA)

Edição:

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

www.icjp.pt | icjp@fd.ulisboa.pt

Centro de Investigação de Direito Público

www.icjp.pt/cidp | cidp-icjp@fd.ulisboa.pt

Maio de 2016

ISBN: 978-989-8722-16-4



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa

Design da capa:

Jason Simões

Produzido por:

OH! Multimédia

mail@oh-multimedia.com

Índice

- 7 A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (1) por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum ▶**

Maria João Estorninho

- 12 Breve ensaio sobre a teoria dos sistemas e o Código dos Contratos Públicos ▶**

Luís Valadares Tavares

- 29 A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (2) proposta de transposição não minimalista das diretivas ▶**

Maria João Estorninho

- 36 Os conflitos de interesses na revisão do Código dos Contratos Públicos ▶**

João Caupers

- 43 Para um Novo Código dos Contratos Públicos Ambientalmente Sustentável ▶**

Vasco Pereira da Silva

- 49 O (novo) conceito de «proposta economicamente mais vantajosa» e a adjudicação com base na melhor relação-qualidade-preço: desafios ▶**

Isabel Celeste M. Fonseca

58 O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública ▶

Nuno Cunha Rodrigues

67 O acesso das Pequenas e Médias Empresas ao mercado dos contratos públicos: algumas soluções ▶

Isabel Celeste M. Fonseca e Nuno Miguel Mota

78 Pressupostos e limites da modificação do contrato público existente: um velho tema, novas dificuldades ▶

Isabel Celeste M. Fonseca

89 Breves notas para um novo regime do CCP em matéria de contratos sobre o exercício de poderes públicos ▶

Mário Aroso de Almeida

O (novo) conceito de «proposta economicamente mais vantajosa» e a adjudicação com base na melhor relação-qualidade-preço: desafios

ISABEL CELESTE M. FONSECA¹

Sumário. 1. Contexto: a transposição das directivas contratos públicos/2014... desafiando o legislador nacional. 2. A pretexto... desafiando o comprador público.

1. Contexto: a transposição das directivas contratos públicos 2014

No contexto da transposição para o ordenamento jurídico nacional das Directivas Contratos Públicos/2014², é absolutamente essencial acolher no panorama legislativo português um novo conceito de adjudicação, uma vez que este «é fulcral para o regime instituído» pelas directivas e visto que os contratos públicos são vitais para cumprir os objectivos da Estratégia Europa 2020. Neste sentido, é extremamente importante que o legislador nacional venha acolher uma solução de adjudicação que permita aos entes adjudicantes tirar o máximo proveito do potencial dos contratos públicos para promover a inovação e assegurar um desenvolvimento sustentável e inclusivo.

Muitos são, pois, os desafios que se apresentam (agora) ao legislador nacional e (depois) ao comprador público. Ao legislador nacional impõe-se, pois, a tarefa difícil, de prever, até 18.04.2016., disposições legais que permitam às entidades públicas encarar o contrato público como ferramenta de trabalho e como instrumento ao serviço de estratégias e políticas públicas (nacionais e europeias). E, ao comprador público, a quem se exigirá, cada vez mais, a profissionalização na compra pública, também se apresenta um caminho de dificuldades. A par da ciência (ou técnica) e da consciência, tão necessárias à realização da compra pública sustentável, inovadora e ambiental e socialmente inclusiva, tornar-se-á necessário conhecer o direito administrativo europeu da contratação pública - todo ele e, em particular, caso o legislador nacional

¹ Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho.

² Diretiva nº 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa à adjudicação de contratos de concessão, da Diretiva nº 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos, que revoga a Diretiva nº 2004/18/CE, e da Diretiva nº 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva nº 2004/17/CE.

não cumpra a sua obrigação de transposição, as normas das directivas/2014 que produzam efeito directo³, id est, normas que primam pela clareza, precisão e incondicionalidade, como é, por exemplo, o artigo 67.º da directiva 2014/24, relativo à adjudicação⁴.

Destarte, e trazendo à colação o considerando 89 da directiva 2014/24, o legislador nacional é convidado a usar linguagem fácil e objectiva de modo a que as disposições de transposição sejam apresentadas, «o mais possível» de «forma simples e racionalizada». E, deste modo, muito embora pudesse o legislador nacional empregar terminologia inovadora, é referido no mesmo considerando que o objectivo gizado pelo legislador europeu pode ser atingido através da conhecida expressão «proposta economicamente mais vantajosa». Já o comprador público, no entanto, é estimulado a entender este conceito com renovação, tendo em conta as estratégias talhadas para a compra pública, tanto a nível europeu como nacional. Assim não chega dizer que a proposta economicamente mais vantajosa é sinónimo daquela que a entidade adjudicante considera ser a melhor solução, numa perspectiva global, em termos económicos, de entre as apresentadas.

Devemos acrescentar algo mais: a fim de evitar qualquer confusão que possa existir entre o critério de adjudicação actualmente conhecido como «proposta economicamente mais vantajosa», acolhido nas Directivas Contratos Públicos/2004 e também presente na legislação dos Estados membros que procedeu à respectiva transposição, deve, de imediato, o legislador nacional associar a tal conceito a expressão «melhor relação-qualidade-preço»⁵. Por conseguinte, pode concluir-se da leitura do considerando 90 da directiva 2014/24 que se impõe ao legislador nacional estabelecer expressamente que a proposta economicamente mais vantajosa deve ser avaliada com base na melhor relação-qualidade-preço, e que deverá sempre incluir um elemento de preço ou custo-eficácia⁶. O artigo 67.º da directiva 2014/24 confirma esta ideia.

3 A propósito do panorama jurídico espanhol, e tendo em conta o cenário político vivido actualmente em Espanha, vd. J. M. GIMENO FELIU, «El efecto directo de las directivas de contratación pública de 2014 en ausencia de transposición en plazo en España», Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía e Competitividad titulado “la nueva regulación de la contratación pública: hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos”, gentilmente cedido pelo Autor.

4 Como vem reiterando o TJUE desde 1963 (sentença Van Gend en Loos de 5 de fevereiro de 1963), o direito europeu cria obrigações para os Estado e pode criar direitos para os particulares, que os mesmos podem invocar judicialmente. Assim acontece quando as disposições de uma directiva são, do ponto de vista do seu conteúdo, incondicionais e suficientemente precisas, podendo ser invocadas pelos particulares afectados pela falta de meios de execução da referida directiva, nos casos em que deveriam ter sido transpostas num prazo determinado».

5 É neste sentido que o legislador alemão vai: § 127 (Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) – solução acolhida *ex vi* projecto de lei alemã sobre a modernização dos contratos públicos: «Zuschlag: (1) Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden».

6 Também neste sentido vai o legislador italiano, vd. art. 90.º (Nuovo codice appalti e concessioni. Il testo della bozza 19 febbraio 2016): «(Criteri di aggiudicazione dell'appalto), (art. 67 dir. 24; lett. p), ff), gg), oo), ccc), ddd), fff), ggg) delega; artt. 81, 82, 83 d.lgs. 163/2006): 1. I criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta (...). 2. Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del

É certo que também fica claro da leitura dos considerandos que o legislador nacional pode estabelecer que a proposta economicamente mais vantajosa resulte da avaliação da proposta apenas com base no preço ou eficácia, em termos de custos, sendo certo que, nestes casos o legislador nacional pode impor que as autoridades adjudicantes devam definir normas de qualidade adequadas através das especificações técnicas ou das condições de execução dos contratos, sendo certo também que os Estados membros podem acolher soluções orientadas para a contratação pautada pela qualidade e, por conseguinte, podem autorizar as entidades adjudicantes a proibir ou restringir a utilização exclusiva do preço ou do custo para avaliar a proposta economicamente mais vantajosa.

Enfim, uma coisa parece clara: a compra pública deve ser orientada para a qualidade, uma vez que este tal propósito está, com toda a certeza, em sintonia com a Estratégia Europa 2020. Aliás, porque as novas Diretivas europeias sobre contratos públicos, aprovadas em 2014, surgem no contexto da Estratégia Europa 2020 – COM (2010) 2020 – que aponta para uma economia europeia mais verde, mais inovadora e mais inclusiva do ponto de vista social, apostando na contratação pública como um instrumento de realização de políticas públicas ambientais, sociais e de fomento à inovação, este novo conceito de adjudicação deve atender sobretudo a parâmetros qualitativos, de modo a permitir que o comprador público possa contribuir para a protecção do ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável, assegurando simultaneamente a obtenção da melhor relação-qualidade-preço para os seus contratos (considerando 91). Neste sentido, deve o legislador nacional garantir que a avaliação da melhor relação-qualidade-preço seja feita pela entidade adjudicante através da fixação de critérios de adjudicação económicos e qualitativos, ligados ao objecto do contrato⁷.

Por conseguinte, importa sublinhar que a adjudicação deve realizar-se com base em critérios objectivos (cujas ponderações relativas devem cumprir as obrigações de publicidade) e no respeito pelos princípios da transparência, de não discriminação e de igualdade de tratamento, com vista a assegurar uma comparação objectiva do valor relativo de cada proposta, a fim de determinar, em condições de concorrência efectiva e leal, a proposta economicamente mais vantajosa. Estes critérios, que não deverão conferir à entidade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada, deverão permitir uma avaliação comparativa do nível de desempenho de cada proposta à luz do específico objecto do contrato, tal como definido nas especificações técnicas. Assim, em suma, no contexto do que deva ser a apreciação da melhor proposta sob a perspectiva da relação-qualidade-preço, a directiva 2014/24 estabelece uma lista não exaustiva de possíveis critérios de adjudicação que incluem aspectos ambientais e sociais, a par dos critérios quantitativos⁸.

critério dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 91.».

7 Sobre a solução francesa, vd. o art. 52.º (Ordonnance n° 2015899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics): «I. Le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution».

8 Seguindo muito de perto a directiva 2014/24, veja-se a solução do Reino Unido (UK, PUBLIC PROCUREMENT:

Enfim, o factor preço ou o aspecto custo continuam a ser relevantes absolutamente importantes na compra pública. Aliás, como se explica no considerando 92, o legislador nacional deve garantir que a entidade adjudicante possa potenciar uma compra pública de bens e serviços de elevada qualidade e que correspondam perfeitamente às suas necessidades, sendo certo que os contratos públicos devem assegurar uma utilização mais eficiente dos fundos públicos e, deste ponto de vista, devem ser instrumentos ao serviço da eficiência da despesa pública, procurando assegurar melhores resultados neste domínio, em termos de relação-qualidade-preço. Pois bem, não obstante promover a compra qualitativa, o legislador europeu não afasta o elemento custo dos critérios de proposta economicamente mais vantajosa. É neste sentido que entendemos o considerando 92: «a decisão de adjudicação do contrato não deverá assentar apenas em critérios diferentes dos custos» e é neste sentido que lemos a primeira parte e o último parágrafo do n.º 2 do art. 67.º da directiva 2014/24: *i)* «a proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da autoridade adjudicante deve ser identificada com base no preço ou custo (...); *ii)* «os Estados-membros podem prever que as autoridades adjudicantes não possam utilizar o preço ou o custo como único critério de adjudicação, ou podem restringir essa utilização exclusiva». Em suma, e por outras palavras, os critérios qualitativos, quando previstos, devem ser sempre acompanhados de um critério de custos, podendo este traduzir-se, à escolha da entidade adjudicante, num (ou no) preço ou num custo-eficácia, o que pressupõe a consideração do cálculo dos custos do ciclo de vida (= CCCV) do produto, obra ou serviço.

Deste modo, impõe-se ao legislador nacional destacar factores ou critérios de densificação qualitativa da proposta, permitindo que a entidade adjudicante considere para a apreciação da proposta mais vantajosa, nomeadamente, os critérios de: *i)* «Qualidade», designadamente, valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, concepção para todos os utilizadores e características sociais, ambientais e inovadoras; *ii)* Organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue possa afectar a qualidade da execução do mesmo; *iii)* Serviço e assistência técnica pós-venda, condições de entrega, tais como a data de entrega, o processo de entrega e o prazo de entrega ou de execução. Por exemplo, passará, assim, a ser possível considerar se «os livros são impressos em papel reciclado ou em papel fabricado com madeira sustentável ou se foi promovida a integração social de pessoas desfavorecidas ou membros de grupos vulneráveis de entre as pessoas encarregadas de executar o contrato.

The Public Contracts Regulations 2015), «Contract award criteria: 67.— (1) Contracting authorities shall base the award of public contracts on the most economically advantageous tender assessed from the point of view of the contracting authority. (2) That tender shall be identified on the basis of the price or cost, using a cost-effectiveness approach, such as life-cycle costing in accordance with regulation 68, and may include the best price-quality ratio, which shall be assessed on the basis of criteria, such as qualitative, environmental and/or social aspects, linked to the subject-matter of the public contract in question. (3) Such criteria may comprise, for example — (a) quality, including technical merit, aesthetic and functional characteristics, accessibility, design for all users, social, environmental and innovative characteristics and trading and its conditions; (b) organisation, qualification and experience of staff assigned to performing the contract, where the quality of the staff assigned can have a significant impact on the level of performance of the contract; or (c) after-sales service and technical assistance, delivery conditions such as delivery date, delivery process and delivery period or period of completion.

Importa lembrar que para evitar as distorções à concorrência, torna-se necessário fixar na legislação nacional uma relação obrigatória entre a fixação de critérios qualitativos com o objecto do contrato em causa, sendo certo, pois, que é de aceitar à entidade adjudicante que estabeleça que, ainda que não façam parte da substância material das obras, bens ou serviços a fornecer ao abrigo desse contrato, tais aspectos qualitativos devem estar relacionados com o objecto do contrato, podendo considerar-se, designadamente como relacionados com o objecto do contrato os aspectos envolvidos no processo específico de produção, fornecimento ou negociação das obras, bens ou serviços, ou num processo específico em relação a outra fase do seu ciclo de vida.

Quanto ao conceito de CCCV, este inclui todos os custos ao longo do ciclo de vida de obras, serviços ou fornecimentos, correspondendo tanto aos custos internos e que respeitem à investigação, ao desenvolvimento, à produção, ao transporte, à utilização e à eliminação no respectivo fim de vida, como aos custos imputáveis às externalidades ambientais dos mesmos, os quais podem incluir, nomeadamente, o custo das emissões de gases com efeito de estufa e de outras emissões poluentes, assim como outros custos de atenuação das alterações climáticas, bem como os custos da poluição causada pela extração de matérias primas utilizadas no produto ou causadas pelo próprio produto ou pelo seu fabrico, desde que seja possível determinar e confirmar o seu valor monetário, ou, por outras palavras, desde que mesmos possam ser quantificados monetariamente e controlados.

Estes métodos que as entidades adjudicantes utilizam para avaliar os custos imputados às externalidades ambientais deverão ser estabelecidos previamente de forma objectiva e não discriminatória e ficar acessíveis a todas as partes interessadas, sendo certo que podem ser estabelecidos a nível nacional, regional ou local, mas deverão manter um carácter geral (no sentido de que deverão ser especificamente concebidos para um determinado contrato público), a fim de evitar distorções de concorrência que as metodologias específicas sempre potenciam⁹.

Por conseguinte, fica esta imposição ao legislador nacional de que o mesmo deva adoptar terminologia clara que esclareça que, excepto se a avaliação for efectuada apenas com base no preço, as autoridades adjudicantes possam determinar a proposta economicamente mais vantajosa e o preço mais baixo utilizando uma abordagem assente no CCCV – e isto sem prejuízo de o próprio legislador europeu reconhecer a dificuldade da fixação de metodologias comuns para o CCCV (considerando 96). Contudo, uma coisa temos por certa: no contexto europeu, este é um tema em estudo em relação ao qual se aguarda a qualquer momento novidades¹⁰, sendo certo que, no entretanto, a orientação deixada é no sentido de que a definição das metodologias comuns de cálculo do custo de ciclo de vida deva seguir, quanto possível, a legislação sectorial eu-

9 Como se refere n.º 2 do art. 68.º da directiva 2014/24, «caso as autoridades nacionais adjudicantes avaliem os custos com base numa abordagem assente no cálculo dos custos do ciclo de vida, devem incluir nos documentos do concurso os dados que os proponentes devem assegurar apresentar e a metodologia que a autoridade adjudicante utilizará para determinar os custos do ciclo de vida com base nesses dados».

10 Além disso, no quadro da União está a ser estudada a viabilidade de ser criada uma metodologia comum para o cálculo dos custos sociais do ciclo de vida, tendo em conta as metodologias existentes como as orientações para a análise, em termos sociais do ciclo de vida de produtos (*Guidelines for Social Life Cycle Assessment of Products*) adaptadas no âmbito do Programa das Nações Unidas para o Ambiente).

ropeia¹¹ e o método fixado para os sectores dos veículos de transporte rodoviário não poluentes e energeticamente eficientes e para o sector do equipamento de escritório relativa ao programa de rotulagem em matéria de eficiência energética para equipamento de escritório). Aliás, ao nível da União, aguarda-se com expectativa o desenvolvimento de metodologias comuns para o cálculo dos custos do ciclo de vida de determinadas categorias de fornecimentos ou serviços, sendo certo que, sempre que sejam desenvolvidas metodologias comuns deste tipo, a sua utilização deverá ser considerada obrigatória¹².

2. A pretexto... desafiando o comprador público

Se é certo que muitos são os desafios que se apresentam (ainda) ao legislador nacional, que deve prever ferramentas claras e seguras de compras públicas, não é menos certo que muitos são também os desafios que se apresentarão sempre ao comprador público, quer o legislador tenha ou não cumprido a sua missão. E é certo que, mesmo que tudo corra bem e passe a existir a melhor legislação sobre contratação pública, isso não basta¹³. Ao comprador público impõe-se

11 O sistema legislativo da União já estabeleceu requisitos obrigatórios para a contratação pública tendentes a alcançar objectivos específicos nos sectores dos veículos de transporte rodoviário (Directiva 2009/33/CE do Parlamento e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à promoção de veículos de transporte rodoviário não poluentes e energeticamente eficientes) e do equipamento de escritório (Regulamento n.º 106/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de janeiro de 2008, relativo ao programa Comunitário de Rotulagem em matéria de eficiência energética para equipamento de escritório).

12 Seguindo muito de perto a directiva 2014/24, veja-se a solução do Reino Unido (UK, PUBLIC PROCUREMENT: The Public Contracts Regulations 2015), «Life-cycle costing: 68.— (4) Where contracting authorities assess costs using a life-cycle costing approach, they shall indicate in the procurement documents — (a) the data to be provided by the tenderers, and; (b) the method which the contracting authority will use to determine the life-cycle costs on the basis of those data. (5) Whenever a common method for the calculation of life-cycle costs has been made mandatory by a legislative act of the EU, that common method shall be applied for the assessment of life-cycle costs.».

13 Do estudo de direito comparado realizado a propósito da transposição dos artigos 67.º e 68.º da directiva 2014/24 fica precisamente a conclusão de que a semelhança de regimes é total, pelo que, para a adjudicação, se propõe para a respectiva transposição um artigo muito semelhante ao previsto na Alemanha e na Dinamarca. Neste sentido, propõe-se um artigo com 5 números. No primeiro, poder-se-á acolher a seguinte redacção: «A adjudicação deve ser feita de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa tendo por base a melhor relação qualidade-preço. Para o efeito, a entidade adjudicante considera, para além do preço ou custo, aspectos qualitativos, ambientais ou sociais, directamente relacionados com o objecto do respectivo contrato público». No segundo *número*, impõe-se destacar aspectos ou critérios de densificação qualitativa da proposta: «Para a apreciação da proposta mais vantajosa, são considerados, nomeadamente, os critérios de: Qualidade, designadamente, valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, utilização e características sociais, ambientais e inovadoras; Organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, quando a qualidade do pessoal empregado seja relevante para o nível de desempenho do contrato e possa afectar a qualidade da execução do mesmo, sendo de relevar no quadro do valor económico da proposta; serviço e assistência técnica pós-venda, condições de entrega, tais como a data de entrega, o processo de entrega e o prazo de entrega ou de execução. No número 3 do artigo, é obrigatório reforçar a relação obrigatória da fixação de critérios qualitativos com o objecto do contrato: «Ainda que não façam parte da substância material das obras, bens ou serviços a fornecer ao abrigo desse contrato, consideram-se relacionados com o objecto do contrato os aspectos envolvidos no processo específico de produção, fornecimento ou negociação das obras, bens ou serviços, ou num processo específico em relação a outra fase do seu ciclo de vida». No número 4, faz-se menção ao preço, enquanto critério único de adjudicação: «Quando as peças do procedimento definam todos os restantes aspectos da execução do contrato a celebrar, a proposta economicamente mais vantajosa pode ser determinada apenas com base no preço». No número 5, é forçoso fazer referência ao critério do custo: «O custo pode ser determinado utilizando uma abordagem custo-eficácia, procedendo a entidade adjudicante ao cálculo do custo de ciclo de vida da obra, bens ou serviços. Para o efeito, pode considerar os custos internos e externos, nomeadamente: Custos relacionados com a aquisição

sempre um trabalho difícil tendo em conta a malha jurídica e um trabalho continuado de aprendizagem (de informação, de formação, de aquisição de conhecimentos e de técnica). E ainda se impõe mais: a ecologização da sua atitude e a consciência ambiental e social na compra pública, tão necessárias à realização da compra pública inovadora, ambientalmente sustentável e socialmente inclusiva. Do ponto de vista social, o fomento da inserção de pessoas desfavorecidas ou de membros de grupos vulneráveis, o recrutamento de desempregados de longa duração ou a implementação de acções de formação para desempregados de longa duração ou jovens recém-licenciados podem expressamente ser acolhidos pelo legislador e passar a ser considerados verdadeiramente pelo comparador público.

E, na verdade, a sustentabilidade ecológica da compra pública não é uma moda passageira. A compra pública verde é uma preocupação que vem já do passado, tem estado presente nos trabalhos da Comissão Europeia e tem sido evidenciada na jurisprudência europeia desde 1998 (no Acórdão *Beentjes* e, depois, por exemplo, no Acórdão *Concordia*), pelo que a crescente tendência de ecologização também deve abranger o comprador público e o seu mercado, por mais desafiadora que seja a sua tarefa¹⁴.

O comprador público é também agente da mudança, neste mercado. Cabe-lhe, aliás, promover um mercado inclusivo e ecológico. O comparador público com consciência faz inovar o mercado quando compra papel com fibra 100% reciclada, em vez de papel de cópia simples. E quando considera o CCCV dá sinal ao mercado que prefere uma compra hipocarbónica e qualitativa. E quando adjudica um serviço de limpeza com uso de produtos cuja componente química não ultrapassa certo nível de toxicidade revela ao mercado as preferências sustentáveis de consumo verde dos compradores públicos e deste modo impõe mudanças de estratégias no mercado, do ponto de vista da oferta.

Esta transição da compra burocrática («de como comprar») para a compra estratégica («o que comprar») coloca no centro do tema o momento da formação do contrato e especialmente: i) «a decisão de contratar» (ou «na decisão de não contratar»), ii) a escolha do procedimento pré-contratual, iii) a definição do objecto do contrato, iv) a elaboração das peças do procedimento (momento do programa, e respectivo critério de adjudicação, e do caderno de encargos) e a v) adjudicação.

Assim, por exemplo, o comprador público eficiente antes de comprar reavalia as necessidades, pondera a reciclagem e a reutilização, promove a troca de material de escritório entre os sectores da Administração Pública, avalia a vantagem da videoconferência em vez da deslocação

propriamente dita; Custos de utilização, tais como consumo de energia, de consumíveis e de outros recursos; Custos de manutenção e assistência técnica; Custos de fim de vida, tais como custos de recolha e reciclagem; Custos imputados a externalidades ambientais, ligadas ao bem, serviço ou obra durante o seu ciclo de vida, desde que seja possível determinar e confirmar o respectivo valor monetário.

14 Sobre a complexidade do tema, recomenda-se a leitura de ANA RITA FRANCO DA SILVA CARNEIRO, «Contratação Pública Verde», e de CRISTINA PEREIRA «Critérios de adjudicação: o fim do critério do preço mais baixo», que são dissertações de Mestrado, apresentadas na Escola de Direito da Universidade do Minho, defendidas respectivamente em Setembro de 2015 e Fevereiro de 2016, gentilmente cedidas pelas autoras e disponíveis no Repositório Institucional da Universidade do Minho.

de agentes a cargo dos entes públicos, investe num centro de impressões em vez de pulverizar a aquisição de impressoras, aprecia a água da torneira em vez da água engarrafada.

E mais: o comprador público que realiza uma política horizontal e deseja ir ao encontro de uma estratégia amiga do ambiente no momento em que define o objecto do contrato promove a aquisição de transportes não poluentes e energeticamente eficientes e avalia o desempenho energético de um edifício público. Ao definir o objecto do contrato, o comprador público com consciência ecológica prefere a compra de papel reciclado, a gestão municipal de transporte de autocarros silenciosos ou o fornecimento de eletricidade através de uma fonte de energia renovável. O comprador público inovador entra em diálogo com o mercado para saber como conceber, produzir e comercializar um produto ou serviço inovadores, ou dialoga com o mercado para procurar saber qual o produto que tem melhor desempenho. E, por exemplo, adquire em conjunto, procedendo a compras de grupo.

E, por exemplo, com a ajuda da Comissão Europeia, o comprador público que adquire bens sente-se inspirado a avaliar o impacto ambiental das matérias utilizadas para o fabrico dos mesmos, ou a ter em conta o consumo de energia ou água na utilização desses produtos, por exemplo, a sua durabilidade. Na prestação de serviços, comprar bem do ponto de vista ambiental, significa ter em conta especiais conhecimentos técnicos e a qualificação do pessoal para executar o serviço¹⁵, ou os procedimentos de gestão para minimizar o impacto no ambiente ou a produção de resíduos.

Enfim, comprar ecológico pressupõe preparar com cuidado o caderno de encargos e as especificações técnicas e acolher nelas as normas técnicas ambientais, os termos de desempenho ou exigências funcionais, rótulos ecológicos ou permitir as variantes verdes. Precisamente ao elaborar as peças do procedimento, o comprador público é incentivado a preparar bem a adjudicação verde ou socialmente inclusiva, pois, no final do procedimento, a adjudicação deverá permitir a avaliação tendo por base a relação-qualidade-preço, sendo certo que, para o efeito, deve ser feita a fixação do melhor critério de avaliação, um que combine critérios económicos e qualitativos, ambientais e sociais e que permita a escolha da proposta economicamente mais vantajosa.

Pois bem, para o legislador ordinário aproxima-se a finalização do seu prazo para a transposição das directivas contratos públicos 2014. No dia 18.04 abre-se uma nova possibilidade, um novo cenário jurídico caracterizado pelo efeito directo das directivas. Os desafios mantêm-se para o legislador e intensificam-se para o comprador público. Talvez daqui a dez anos haja um Regulamento Europeu dos Contratos Públicos e antes de 2050 um Código Europeu da Contratação Pública e, quem sabe, tudo ficará menos desafiante.

¹⁵ Como se refere no considerando 94 da directiva 2014/24, tal pode ser o caso, por exemplo, dos contratos de serviços de natureza intelectual, como os de consultoria ou os serviços de arquitetura. Aliás, sempre que a entidade adjudicante lança mão deste factor de majoração na adjudicação, deve, depois, do ponto de vista das soluções contratuais, assegurar que o pessoal encarregado da execução do contrato cumpra efectivamente as normas de qualidade especificadas e só possa ser substituído com o consentimento do contraente público, que verificará se a substituição do pessoal proporciona um nível de qualidade equivalente.