

Green Public Procurement

Por uma contratação pública sustentável ¹

Sumário:

A) Novas preocupações, ambientais e sociais, na contratação pública europeia: 1. *Green Public Procurement*; 2. O Livro Verde, de Janeiro de 2011, sobre a modernização da política de contratos públicos da UE, COM(2011) 15 final, e os contratos públicos social e ambientalmente responsáveis; 3. As Comunicações Interpretativas da Comissão de 2001 sobre as possibilidades de integrar considerações sociais e ambientais na contratação pública; 4. O Acórdão do TJUE, *Concordia Bus*, de 17 de Dezembro de 2002 (Proc. C-513/99); 5. As considerações sociais e ambientais nas Diretivas de 2004; 6. A Comunicação Interpretativa da Comissão «*Contratos públicos para um ambiente melhor*» de 2008; 7. A Diretiva 2009/33/CE, de 23 de Abril de 2009, relativa à promoção de veículos de transporte rodoviário não poluentes e energeticamente eficientes. B) Momentos-chave de um procedimento de formação de um contrato público ambiental e socialmente responsável: 8. Questões jurídicas à luz do Código dos Contratos Públicos; 9. Alguns exemplos de critérios aceitáveis para a introdução de considerações ambientais e sociais em procedimentos de formação de contratos públicos; 10. Exemplos de rótulos ecológicos e de rótulos sociais; 11. *Green Public Procurement* no atual processo de revisão das Diretivas de 2004: a proposta de nova Diretiva relativa aos contratos públicos de 20.12.2011; 12. Pistas de reflexão.

Links úteis:

http://ec.europa.eu/environment/gpp/videos_en.htm (sítio da Comissão Europeia sobre *Green Public Procurement*)

<http://www.buildup.eu> (sítio do portal da UE para a eficiência energética dos edifícios)

<http://ec.europa.eu/environment/forests/flegt.htm> (sítio do plano de acção comunitário *Forest Law Enforcement, Governance and Trade*)

<http://www.managenergy.net/resources/48> (promoção de energias renováveis)

<http://www.cleanvehicle.eu> (promoção de veículos limpos e energeticamente eficientes)

<http://www.energy-cities.eu> (rede cidades europeias para promoção de políticas energéticas sustentáveis)

<http://www.umweltbundesamt.de/produkte-e/beschaffung/index.php> (Alemanha)

<http://www.wien.gv.at/english/environment/protection/oekokauf/index.html> (Áustria : *Ökokauf Wien: Think Green – Buy Green*)

¹ Texto que serviu de base à aula de 27 de Abril de 2012, no Curso de Pós-Graduação sobre *Direito dos Contratos Públicos em tempos de crise*, do ICJP da FDL, subordinada ao tema *Green Public Procurement*.

<http://www.achatsresponsables.com> (França)
http://www.eauc.org.uk/file_uploads/sustainableprocurementactionplan.pdf (Reino Unido)
<http://www.bafu.adm.ch/produkte/index.html?lang=fr> (Suíça)
<http://www.dsa.miniambiente.it/gpp> (Itália)
<http://www.naturvardsverket.se/Documents/publikationer/p78-91-620-8417-2.pdf> (Suécia)
www.respiro-project.eu (Programa europeu de responsabilidade nas compras públicas no sector têxtil)
<http://www.ropalimpa.org> (campanha europeia de inserção de critérios éticos no sector têxtil)
www.ciudadjusta.org (programa cidades/comércio justo)
<http://www.igpn.org> (International Green Purchasing Network)

Sugestões bibliográficas:

ARNOULD, Jöel, *Environmental criteria and the EC procurement directives: a note on the Concordia Bus Finland Case*, in *Public Procurement Law Review*, nº12, 2003.

ARROWSMITH, Sue, *Application of the EC Treaty and Directives to horizontal policies: a critical view*, in Arrowsmith/Kunzlik, *Social and environmental policies in EC procurement Law*, Cambridge University Press, 2009.

BALLESTER, R, *La Jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance. Chronique des Arrêts. Arrêt «Concordia Bus»*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2002, nº4, pp.835 e ss..

BURGI, Martin, *Secondary policies in public procurement in Germany*, in CARANTA/TRYBUS, *The Law of green and social procurement in Europe*, DJOF, 2010.

CARANTA, Roberto, *Sustainable public procurement in the EU*, in CARANTA/TRYBUS, *The Law of green and social procurement in Europe*, DJOF, 2010.

KUNZLIK, Peter, *Making the Market Work for the Environment: Acceptance of (some) «Green» Contract Award Criteria in Public Procurement*, in *Journal of Environmental Law*, 2003, vol.15, pp.188 e ss..

GIMENO FELIÚ, José María , *Novedades de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, 2010.

LOTTINI, Michela, *Appalti comunitari: sull'ammissibilità di criteri di aggiudicazione non economici*, in *Il Foro Amministrativo*, 2002, pp.1950 e ss..

McCRUDDEN, Christopher, *Buying social justice. Equality, government procurement and legal change*, Oxford University Press, 2007.

MEDINA ARNÁIZ, *Social considerations in the Spanish public procurement law*, in *Public Procurement Law Review*, nº2, 2011.

PERNAS GARCÍA, José , *Contratación Pública Verde*, Kluwer, Madrid, 2011.

RICHER, Laurent, *L'Europe des Marchés Publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, LGDJ, 2009.

RÖSSNER/SCHALAST, *Umweltschutz und Vergabe in Deutschland nach der Entscheidung des EuGH – Concordia Bus Finland*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2003, pp.2361 e ss..

STEINBERG, Philipp: *EuGH: Umweltschützende vergabefremde Kriterien zulässig, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002, pp.634 e ss..

TREPTE, Peter, *Public procurement in the European Union*, Oxford, 2007.

WILSHER, Dan, *Reconciling national autonomy and trade integration in the context of eco-labeling*, in Arrowsmith/Kunzlik, *Social and environmental policies in EC procurement Law*, Cambridge University Press, 2009.

A) Novas preocupações, ambientais e sociais, na contratação pública europeia

1. Green Public Procurement

Às finalidades tradicionais da contratação pública foram-se somando novas preocupações. Aos poucos, foi-se tomando consciência de que a contratação pública, a par dos seus objetivos imediatos, pode servir como instrumento de realização das mais variadas políticas públicas, nomeadamente ambientais e sociais².

Em 2012, em tempos de crise, percebe-se que, mais do que nunca, as entidades públicas, enquanto entidades adjudicantes, têm a obrigação de exercer o seu poder de compra de modo social e ambientalmente responsável. Como integrar as considerações ambientais e sociais na contratação pública? Pense-se num exemplo singelo: um contrato de empreitada de obra pública pode – melhor, deve – ser encarado como um meio não apenas de obtenção da obra pública em si mesma (permitindo a realização direta de determinado fim de interesse público, por exemplo, a instalação de uma escola pública) mas também como um instrumento de prossecução de políticas públicas ambientais (por exemplo, exigindo-se do empreiteiro a utilização de materiais de construção *amigos do ambiente*) e de políticas públicas sociais (por exemplo, impondo-se ao empreiteiro a contratação de determinada

² V. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2006, onde já se identificam essas tendências nas pp.7-8, pp.48-49, pp.53 e ss..

percentagem de trabalhadores desempregados). Como compatibilizar estas considerações ambientais e sociais com o regime jurídico tradicional da contratação pública? Qual o novo paradigma de Direito dos Contratos Públicos adequado aos novos (e difíceis) tempos?

Nos últimos anos, foi lançado um conjunto de iniciativas políticas específicas, tanto a nível europeu como nacional, para incentivar a utilização dos contratos públicos em apoio aos objetivos políticos já referidos, com destaque para os trabalhos em curso no domínio da promoção dos *contratos públicos ecológicos*, da inclusão das considerações sociais nos contratos públicos e do fomento da inovação. Na verdade, para além do aperfeiçoamento do regime jurídico, as entidades europeias têm investido em ações de formação, de divulgação e de esclarecimento das entidades adjudicantes.

Ao celebrar *contratos públicos ecológicos* (*Green Public Procurement*), as entidades adjudicantes públicas podem/devem reduzir o impacto ambiental das suas próprias atividades (por exemplo, procurando reduzir as emissões de CO₂ ou promovendo a eficiência energética e a conservação dos recursos naturais) e, ao mesmo tempo, podem/devem incentivar a inovação, influenciando o mercado no sentido de este passar a fornecer produtos, obras e serviços mais ecológicos.

Basta ter presente a dimensão do universo da contratação pública, para perceber o impacto (positivo ou negativo) que as (boas ou más) escolhas da Administração Pública podem ter nestes (como noutros) domínios.

O *Green Public Procurement* é apenas um dos vetores de uma *contratação pública sustentável*, já que a sustentabilidade da contratação pública não pode deixar de ser vista nas suas diversas dimensões, sustentabilidade financeira, sustentabilidade ecológica e sustentabilidade social, entre outras. E é verdade que, em época de crise, a interação entre estas diversas dimensões da contratação pública coloca novos e difíceis desafios. Naturalmente, não se podem ignorar os riscos de que a introdução de *critérios verdes* na contratação pública redunde em práticas discriminatórias ou em fenómenos de corrupção. Ora, em tempos de crise, quando os recursos públicos afetos à contratação pública são especialmente escassos, não são toleráveis quaisquer desperdícios e, menos ainda, fenómenos de corrupção. Uma contratação pública

sustentável exige assim, também, que a introdução de critérios ambientais ou sociais num procedimento pré-contratual seja acompanhada de mecanismos de prevenção do desperdício e da corrupção.

Em matéria de *Green Public Procurement*, são fundamentais as sinergias entre o Direito dos Contratos Públicos e o Direito do Ambiente: o Direito dos Contratos Públicos reforça os instrumentos do Direito do Ambiente e efetiva os seus mecanismos, por exemplo, quando exige uma avaliação de impacto ambiental num procedimento pré-contratual ou quando incentiva a utilização de rótulos ecológicos.

2. O Livro Verde de Janeiro de 2011 sobre a modernização da política de contratos públicos da UE, COM(2011) 15 final, e os contratos públicos social e ambientalmente responsáveis

2.1. O Livro Verde de Janeiro de 2011 sobre a modernização da política de contratos públicos da UE, no início do actual processo de revisão das Diretivas de 2004 sobre contratos públicos, sob o lema *Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa*, invoca a estratégia *Europa 2020* para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, e apresenta, entre outras, propostas no sentido de fomentar que as entidades adjudicantes utilizem melhor os contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns, incluindo a proteção do ambiente.

Nesse contexto, os contratos públicos são encarados como um dos instrumentos para: estimular a inovação empresarial, apoiar a transição para uma economia hipocarbónica e fomentar uma utilização o mais eficiente possível dos fundos públicos. No Livro Verde em análise, chama-se particularmente a atenção para o facto de, num contexto de grandes restrições orçamentais e dificuldades económicas, ser especialmente importante otimizar os resultados dos contratos públicos através de procedimentos eficazes.

2.2. A referida Comunicação da Comissão de 3 de Março de 2010 - COM(2010) 2020 – consagrando a *estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo* apresenta três prioridades: desenvolver uma economia baseada no conhecimento e na inovação, promover uma economia hipocarbónica, que utilize eficazmente os recursos e seja competitiva, e fomentar uma economia com níveis elevados de emprego e que assegure a coesão social e territorial.

Nesse contexto, reconhece que as autoridades públicas podem dar um grande contributo para a consecução dos objectivos da estratégia Europa 2020, utilizando o seu poder de aquisição para contratar bens e serviços com valor acrescentado para a sociedade em termos de promoção da inovação, respeito pelo ambiente e luta contra as alterações climáticas, redução do consumo energético, melhoria do emprego, da saúde pública e das condições sociais, assim como da igualdade, incrementando simultaneamente o nível de inclusão dos grupos desfavorecidos. Entre outros aspetos, salienta-se que a procura, por parte das autoridades públicas, de bens e serviços mais *ecológicos*, com baixas emissões de carbono, mais inovadores e socialmente responsáveis, poderá orientar as tendências em termos de produção e de consumo nos próximos anos.

2.3. A Parte 4 do Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE intitula-se *Utilização estratégica dos contratos públicos para responder aos novos desafios* e nela se analisam as potencialidades da contratação pública enquanto instrumento de realização de outras políticas públicas, nomeadamente políticas ambientais e políticas sociais. Em simultâneo, acentua-se a necessidade de que tal não signifique uma menor eficácia dos contratos públicos, a assunção de encargos desproporcionados ou o falsear da concorrência nos mercados dos contratos públicos.

Tradicionalmente, as Diretivas sobre contratos públicos prevêm regras sobre «como comprar», dando liberdade às entidades adjudicantes para, ao decidir sobre o «que comprar», definirem as características das obras, produtos ou serviços que melhor respondem às suas necessidades (desde que sejam transparentes e não

discriminatórias). Ora, neste Livro Verde, propõe-se que, para além das regras procedimentais («como comprar»), as Diretivas abram a porta à imposição de requisitos obrigatórios às entidades adjudicantes ou à previsão de incentivos para orientar as suas decisões sobre os bens e serviços a contratar («que comprar»).

Durante muito tempo, as considerações sociais e ambientais na contratação pública foram vistas meramente como aspectos secundários, admitidas sempre de forma limitada e com muitas cautelas. Em termos de regime jurídico, o verdadeiro salto qualitativo consiste em abandonar tal visão redutora e deixar de encarar essas preocupações como meramente instrumentais.

3. As Comunicações Interpretativas da Comissão de 2001 sobre as possibilidades de integrar considerações sociais e ambientais na contratação pública

Este tema não é novo no Direito Europeu. Recorde-se que, desde a cimeira de *Cardiff*, em 1998, que tem vindo a desenvolver-se na Europa uma estratégia global para a aplicação do princípio da integração ambiental do artigo 11º dos Tratados, do qual decorre que na prossecução de todas as políticas sectoriais comunitárias devem ser tomadas em consideração as exigências da proteção ambiental. Assim, também os contratos públicos são vistos como instrumento de mercado que deve contribuir para cumprir os objetivos das políticas ambientais.

Na sua comunicação de 11 de Março de 1998, intitulada *Os contratos públicos na União Europeia* - COM(1998) 143 final -, a Comissão considerou que é lícito ter em conta considerações ambientais para efeitos da escolha da proposta mais vantajosa no plano económico global, na medida em que a própria entidade que lançou o concurso retira uma vantagem directa das propriedades ecológicas do produto.

Marco significativo constituíram, nesta matéria, em 2001, duas Comunicações interpretativas da Comissão Europeia: a Comunicação Interpretativa da Comissão - COM(2001) 274 final – *sobre o Direito aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar considerações ambientais na contratação pública* e a

Comunicação Interpretativa da Comissão, de 15.10.2001, - COM(2001) 566 final - *sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos as possibilidades de integrar aspetos sociais nesses contratos.*

Na primeira, *O Direito Comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar considerações ambientais nos contratos públicos*, a Comissão salienta que, a par das preocupações económicas, devem ser tomadas em consideração preocupações ambientais. Assim, propõe que tais considerações sejam levadas em conta na definição do objeto do contrato e de especificações técnicas (exigindo, por exemplo, a utilização de determinados materiais ou determinados processos de fabrico ou a utilização de rótulos ecológicos ou a exigência da entrega da mercadoria em embalagens reutilizáveis) ou na fase de seleção (exigindo, a propósito da capacidade técnica, determinada experiência ambiental ou, por exemplo, a participação num sistema de eco gestão) ou, ainda, na fase da avaliação da proposta economicamente mais vantajosa. Note-se que, do ponto de vista dos custos, a Comissão salienta que as Diretivas permitem avaliar todos os custos envolvidos ao longo do ciclo de vida do produto, incluindo os custos de manutenção e reciclagem, bem assim como as *externalidades* (ie., «custos ou benefícios que surgem quando as atividades sociais ou económicas de um grupo de pessoas têm impacto noutro grupo e quando o primeiro grupo não assume a responsabilidade pelo respetivo impacto»)³.

Na segunda, *O Direito Comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar aspetos sociais nesses contratos*, a Comissão reafirma a importância da política social europeia na construção da economia europeia e como pilar do desenvolvimento sustentável. Assim, lembram-se os princípios da igualdade e da não discriminação e salienta-se a necessidade de incentivar a prossecução de objetivos sociais através da imposição de condições de execução dos contratos públicos que passem, por exemplo, pela obrigação de garantir emprego a determinadas categorias de pessoas, favorecendo a reinserção social de pessoas

³ V. Comunicação interpretativa, cit., p.21.

desfavorecidas, o combate ao desemprego, a promoção da igualdade entre homens e mulheres ou a diversidade étnica.

4. O Acórdão do TJUE, *Concordia Bus*, de 17 de Dezembro de 2002 (Proc. C-513/99)⁴

4.1. As Diretivas 92/50/CEE (prestação de serviços), 93/36/CEE (fornecimentos) e 93/37 (obras) continham uma enumeração exemplificativa de critérios de ponderação para a adjudicação dos contratos públicos que não incluía expressamente as considerações ambientais.

Tenha-se presente, a este propósito, o artigo 36.º da Directiva 92/50, intitulado «Critérios de adjudicação dos contratos»:

«1. Sem prejuízo das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas nacionais relativas à remuneração de determinados serviços, os critérios que a entidade adjudicante tomará como base para a adjudicação de contratos podem ser:

a) Ou, quando a adjudicação contempla a proposta economicamente mais vantajosa, vários critérios que variam consoante o contrato: por exemplo, qualidade, mérito técnico, características estéticas e

⁴ Quanto aos critérios sociais, vejam-se, por exemplo, o Ac. Beentjes, de 20 de Setembro de 1988, (P.31/1987) e o Ac. Comissão/França, de 26 de Setembro de 2000, (P. C-225/1998). O TJUE pronunciou-se, de há muito, nesses acórdãos, no sentido da admissibilidade de introduzir considerações de carácter social como critérios de valoração na adjudicação. Recorde-se o Acórdão *Beentjes*, de 20 de Setembro de 1988, Proc. 31/1987 no qual o TJUE se pronunciou no sentido da possibilidade de utilização de critérios de natureza social, em concreto, neste caso, o emprego de desempregados de longa duração, tendo afirmado igualmente que tais critérios deveriam respeitar as proibições que resultam da consagração nos Tratados das liberdades de estabelecimento e de livre prestação de serviços. Recorde-se também o Acórdão *Comissão/França*, de 26 de Setembro de 2000, Proc. C-225/1998, no qual o Tribunal afirmou que *a Directiva 93/37 não exclui a possibilidade das entidades adjudicantes utilizarem como critério uma condição relacionada com a luta contra o desemprego, sempre que ela respeite os princípios fundamentais do Direito comunitário e, em particular, o princípio da não discriminação.*

funcionais, assistência técnica e serviço pós-venda, data de entrega, prazos de entrega ou de execução, preço;

b) Ou unicamente o preço mais baixo.

2. Sempre que o contrato deva ser adjudicado ao prestador de serviços que apresente a proposta economicamente mais vantajosa, as entidades adjudicantes devem indicar nos cadernos de encargos ou no anúncio de concurso quais os critérios de adjudicação que tencionam aplicar, se possível por ordem decrescente da importância que lhes é atribuída.»

Tornava-se necessário esclarecer se, para a escolha da proposta *economicamente mais vantajosa*, era possível recorrer a critérios ambientais. Foi nesse quadro normativo, anterior às Diretivas de 2004, que o TJUE veio proferir o Acórdão *Concordia Bus*.

4.2. É verdade que, nos seus Acórdãos de 20 de Setembro de 1988, *Beentjes* (31/87, Colect., p. 4635), e de 28 de Março de 1995, *Evans Medical* e *Macfarlan Smith* (C-324/93, Colect., p. I-563), o Tribunal de Justiça declarou que a entidade adjudicante, para determinar a proposta economicamente mais vantajosa, é livre de escolher os critérios de adjudicação do contrato. Mas foi com o Acórdão *Concordia Bus*, de 2002, que o TJUE veio abrir a porta expressamente à admissibilidade de tais considerações ambientais declarando, em conclusão, que:

1) O artigo 36.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, deve ser interpretado no sentido de que, quando, no quadro de um concurso público referente à prestação de serviços de transportes urbanos por autocarro, a entidade adjudicante decida adjudicar um concurso ao proponente que apresente a proposta economicamente mais vantajosa, pode tomar em consideração critérios ecológicos, como o nível de emissões de óxido de azoto ou o nível sonoro dos autocarros, desde que esses critérios estejam relacionados com o objecto do concurso, não confirmem à referida entidade adjudicante uma liberdade de escolha incondicional, estejam expressamente mencionados no caderno de encargos ou no anúncio de concurso e respeitem os princípios fundamentais do direito comunitário, designadamente o princípio da não discriminação.

2) O princípio da igualdade de tratamento não se opõe à tomada em consideração de critérios relacionados com a protecção do ambiente, como os em questão na causa principal, apenas pelo facto de a própria empresa de transportes da entidade adjudicante figurar entre as raras empresas que têm a possibilidade de propor um material que satisfaça os referidos critérios.

3) A resposta à segunda e à terceira questão não seria diferente caso o processo de adjudicação do contrato público em questão na causa principal se inserisse no âmbito de aplicação da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

4.3. Recorde-se o caso subjacente ao Acórdão *Concordia Bus*: tratava-se de um contrato de aquisição de serviço de transporte público municipal, a propósito do qual surgiu um litígio opondo a *Concordia Bus Finland Oy Ab* ao *Helsingin kaupunki* (cidade de Helsínquia) e à empresa *HKL-Bussiliikenne* (a seguir «HKL»), a respeito da validade de uma decisão da *liikepalvelulautakunta* (comissão dos serviços comerciais) da cidade de Helsínquia que havia adjudicado o contrato relativo à gestão de uma linha da rede de autocarros urbanos deste último à HKL.

O caso remonta a 1997, quando por um anúncio publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias os serviços de aprovisionamento da cidade de Helsínquia anunciaram a aceitação de propostas para a gestão da rede de autocarros urbanos da cidade de Helsínquia. Segundo o referido anúncio de concurso, o adjudicatário seria a empresa que apresentasse a proposta mais vantajosa para o município no plano económico global, tendo em conta três categorias de critérios: o preço global pretendido pela exploração, a qualidade do material (autocarros) e a gestão da qualidade e do ambiente por parte do empresário.

Vale a pena ter presente que, quanto à qualidade do material, um proponente podia obter um máximo de 10 pontos adicionais de acordo com certos critérios. Assim, estes pontos seriam atribuídos, designadamente, para a utilização de autocarros que tivessem, por um lado, emissões de óxido de azoto inferiores a 4g/kWh (+2,5 pontos/autocarro) ou inferiores a 2g/kWh (+3,5 pontos/autocarro) e, por outro, um nível sonoro inferior a 77 dB (+1 ponto/autocarro).

Refira-se ainda que, quanto à organização do empresário em matéria de qualidade e de ambiente, seriam atribuídos pontos adicionais por um conjunto de critérios qualitativos e por um programa de preservação do ambiente comprovados por certificado.

Tendo o serviço de aprovisionamento da cidade de Helsínquia recebido oito propostas referentes ao lote n.º 6, em causa no litígio, entre as quais a da HKL e a da Concordia, os resultados foram os seguintes:

A comissão dos serviços comerciais decidiu em 12 de Fevereiro de 1998 escolher a HKL como exploradora da linha respeitante ao lote n.º 6, tendo a sua proposta sido considerada globalmente a mais vantajosa no plano económico. Resulta do despacho de reenvio que a Concordia (na época Swebus) tinha apresentado a proposta menos dispendiosa, obtendo 81,44 pontos pela proposta A e 86 pontos pela proposta B. A HKL tinha obtido 85,75 pontos. No que diz respeito ao material, foi a HKL que obteve mais pontos, isto é, 2,94, tendo a Concordia (na época Swebus) obtido 0,77 pontos pela proposta A e - 1,44 pontos pela proposta B. Os 2,94 pontos obtidos pela HKL a este respeito incluíam majorações máximas devido a emissões de óxido de azoto inferiores a 2 g/kWh a um nível sonoro inferior a 77 dB. A Concordia (na época Swebus) não obteve pontos adicionais no que respeita aos critérios relativos às emissões de óxido de azoto e ao nível sonoro dos autocarros. A HKL e a Concordia obtiveram o máximo de pontos pelos certificados relativos à qualidade e ao ambiente. Nestas condições, foi a HKL que obteve a maior pontuação global, isto é, 92,69. A Concordia (na época Swebus) foi classificada em segundo lugar, tendo obtido 86,21 pontos pela sua proposta A e 88,56 pontos pela sua proposta B.

A Concordia interpôs recurso de anulação da referida decisão da comissão dos serviços comerciais para o *Kilpailuneuvosto* (conselho da concorrência da Finlândia), invocando que a atribuição de pontos adicionais a um material cujas emissões de óxido de azoto e de nível sonoro são inferiores a certos limites não é equitativa e é discriminatória. Argumentou que os pontos adicionais foram atribuídos pela utilização de um tipo de autocarro que apenas um concorrente, isto é, a HKL, tinha, na realidade, a possibilidade de fornecer. E, note-se, se os argumentos da Concordia quanto aos pontos atribuídos em função dos critérios ambientais vingassem, tal significaria que o número de pontos obtidos pela sua proposta B excederia o obtido pela HKL.

4.4. Neste processo foram colocadas ao TJUE três questões prejudiciais sobre a interpretação dos artigos 2.º, n.º 1, alínea a), n.º 2, alínea c), e n.º 4, e 34.º, n.º 1, da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações e do artigo 36.º, n.º 1, da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de

adjudicação de contratos públicos de serviços. Recordem-se os termos das questões que interessam para aquela que aqui estamos a tratar:

2) Deve a regulamentação comunitária relativa aos contratos de direito público, em especial o artigo 36., n.º 1, da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços [...], ou a disposição similar (artigo 34.º, n.º 1) da Directiva 93/38/CEE, ser interpretada no sentido de que um município que organiza, na qualidade de entidade adjudicante, um concurso para a exploração de um serviço de autocarros urbanos pode, para além do preço proposto, da gestão ecológica e qualificativa do explorador ou de várias outras características do material, incluir nos critérios para a adjudicação com base na proposta economicamente mais vantajosa a redução das emissões de óxido de azoto ou do nível sonoro, nos termos descritos no concurso, de uma forma pela qual poderão ser atribuídos pontos suplementares no confronto das propostas se as emissões de óxido de azoto ou o nível sonoro de determinados veículos forem inferiores a um determinado limite?

3) No caso de ser afirmativa a resposta à questão anterior, devem as normas do direito comunitário relativas aos contratos públicos ser interpretadas no sentido de que, não obstante, é proibida a atribuição de pontos suplementares com base nas características acima descritas relativas a emissões de óxido de azoto ou ao nível sonoro, se se verificar desde logo que a própria empresa de transportes da cidade que lança o concurso, que gere a rede de autocarros, tem a possibilidade de propor um material que reúne as condições impostas, possibilidade essa que, dadas as circunstâncias, poucas empresas do sector têm?

4.5. Na apreciação que o Tribunal fez neste caso, são especialmente importantes as considerações que tece acerca do dever de respeitar o princípio da igualdade de tratamento. Por exemplo, a dada altura, o Acórdão em análise afirma que: *tal princípio corresponde à própria essência das directivas em matéria de concursos públicos, que têm em vista, nomeadamente, favorecer o desenvolvimento de uma concorrência efectiva nos domínios que se inserem nos seus âmbitos de aplicação respectivos e que enunciam critérios de adjudicação dos concursos tendentes a garantir tal concorrência*. Recorda, assim, o Tribunal que os critérios de atribuição devem respeitar o princípio da não discriminação, tal como resulta das disposições do Tratado relativas ao direito de estabelecimento e à livre prestação de serviços.

O carácter inovador deste Acórdão *Concordia* reside na defesa da compatibilidade entre a introdução de exigências ambientais em termos de critério de adjudicação e o referido princípio da não discriminação.

Como argumentos, o TJUE salientou, entre outros, o facto de que os critérios de adjudicação em questão no processo eram objectivos e indistintamente aplicáveis a todas as propostas e que os referidos critérios estavam directamente relacionados com o material proposto.

Concluiu, assim o Tribunal que quando *a entidade adjudicante decida adjudicar um concurso ao proponente que apresente a proposta economicamente mais vantajosa, pode tomar em consideração critérios ecológicos, como o nível de emissões de óxido de azoto ou o nível sonoro dos autocarros, desde que esses critérios estejam relacionados com o objecto do concurso, não confirmem à referida entidade adjudicante uma liberdade de escolha incondicional, estejam expressamente mencionados no caderno de encargos ou no anúncio de concurso e respeitem os princípios fundamentais do direito comunitário, designadamente o princípio da não discriminação.*

E o Tribunal acrescentou, ainda, que *o facto de um dos critérios fixados pela entidade adjudicante a fim de identificar a proposta economicamente mais vantajosa só poder ser satisfeito por um reduzido número de empresas não é, por si só, susceptível de constituir uma violação do princípio da igualdade de tratamento.*

Estes critérios e limites estabelecidos pelo Tribunal vieram posteriormente a ser consagrados nas Diretivas de 2004.

5. As considerações sociais e ambientais nas Diretivas de 2004

Um dos aspetos importantes das novas Diretivas prende-se com os critérios de adjudicação⁵ e, em geral, com o incentivo à prossecução de políticas *secundárias*, de natureza social ou ambiental (considerandos 1, 5, 28 e 34).

Uma das preocupações destas Diretivas prende-se com a necessidade de clarificar a forma como as entidades adjudicantes poderão contribuir para a proteção do ambiente e para a promoção do desenvolvimento sustentável, garantindo ao mesmo tempo a possibilidade de obterem, para os seus contratos, a melhor relação qualidade/preço. Refere-se, por exemplo, que as entidades adjudicantes que pretendam estabelecer requisitos ambientais como *especificações técnicas* de um determinado contrato poderão fazê-lo, optando por determinado método de produção e/ou definindo os efeitos ambientais específicos dos grupos de produtos ou serviços. Poderão, embora não sejam obrigadas a fazê-lo, utilizar as especificações adequadas definidas em *rótulos ecológicos*. Aliás, são várias as novidades em matéria de regras sobre *especificações técnicas*, exigindo-se que as entidades adjudicantes recorram a *standards*, nomeadamente ao nível europeu e internacional.

A este propósito, invoca-se a jurisprudência do TJUE (*Concordia Bus*), nomeadamente a relativa aos critérios de adjudicação, a qual permite às entidades adjudicantes satisfazerem as necessidades públicas em causa, incluindo no domínio ambiental e/ou social, desde que aqueles critérios estejam ligados ao objeto do contrato, não confirmem à entidade adjudicante liberdade de escolha ilimitada, sejam expressamente indicados e respeitem os princípios fundamentais. Ou seja, a

⁵ Vale a pena recordar que, em Janeiro de 2002, o Parlamento Europeu aprovou o relatório do deputado STEFANO ZAPPALA sobre as propostas da Comissão relativas a duas novas Diretivas para o sector dos contratos públicos. Nesse relatório, entre várias medidas, é proposto passar a incluir-se considerações sociais e ambientais nas regras de adjudicação dos contratos públicos (incluindo especificações relacionadas com os métodos de produção, dando, por exemplo, preferência aos que sejam favoráveis à promoção de energias renováveis). Também na mesma linha, se propôs passar a exigir que se tome em consideração, para efeitos de adjudicação, aspetos como a suscetibilidade dos concorrentes de contribuir para fomentar o emprego de determinados grupos sociais desfavorecidos ou para promover a igualdade no local de trabalho. Tais medidas acabaram por ser consagradas nas novas Diretivas.

prossecução de tais objetivos sociais ou ambientais se, por um lado, é vista como muito importante, por outro, é considerada como envolvendo riscos acrescidos de eventuais discriminações, pelo que vários condicionalismos e limites são desde logo previstos.

Em geral, relativamente aos princípios e critérios de adjudicação, declara-se que a adjudicação deve basear-se em critérios objetivos que assegurem o respeito dos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento e que garantam a apreciação das propostas em condições de concorrência efetiva. Por conseguinte, admite-se a aplicação de dois critérios de adjudicação, o *preço mais baixo* e a *proposta economicamente mais vantajosa* (v. Artº53º1, para as características ambientais como critérios possíveis de adjudicação).

Do ponto de vista das *preocupações sociais*, entende-se que as condições de execução dos contratos serão compatíveis com a Diretiva, desde que não sejam direta ou indiretamente discriminatórias e venham indicadas no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, podendo, assim, nomeadamente, ter por objetivo fomentar a formação profissional prática, o emprego de pessoas com dificuldades especiais de inserção, a luta contra o desemprego ou a proteção do ambiente (por exemplo, impondo obrigações de recrutamento de desempregados ou de jovens ou de um número de deficientes superior ao exigido pela legislação).

Em Agosto de 2004, após a aprovação das Diretivas sobre contratos públicos, a Comissão apresenta um manual chamado *A handbook on environmental public procurement*⁶, onde procura incentivar o *Buying green*, através de diversas sugestões: a escolha de um *título verde* para o contrato, que dê a conhecer aos possíveis interessados os objetivos da entidade adjudicante em termos de desempenho ambiental; a tomada em consideração de fatores como a durabilidade dos materiais e sua reciclagem; o uso de variantes *verdes*; o uso de rótulos ecológicos (*eco-labels*). Note-se que, para compreender o contexto em que foi pensado este documento (onde pesaram os compromissos assumidos pela UE no protocolo de Kyoto e os objetivos

⁶ SEC (2004) 1050, de 18/08/2004

definidos na estratégia de Lisboa), é preciso tomar em consideração, não apenas as Diretivas de 2004 sobre contratos públicos, mas também a Diretiva 2002/91/CE, de 16 de Dezembro (JO L 001, de 4/1/2003), sobre o desempenho energético dos edifícios, a Diretiva 2001/77/CE, de 27 de Setembro, relativa à promoção da eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno de eletricidade e a Diretiva 85/337/CEE, com a redação que lhe foi dada pela Diretiva 97/11/CEE, sobre as avaliações de impacto ambiental.

6. A Comunicação Interpretativa da Comissão, *Contratos públicos para um ambiente melhor* – COM (2008) 400 final - de 2008

A Comunicação Interpretativa da Comissão, de 16.7.2008, *Contratos públicos para um ambiente melhor* - COM(2008) 400 final – fixou metas para a utilização dos contratos públicos ecológicos nos Estados-Membros e lançou o processo de definição a nível europeu de critérios comuns voluntários no domínio dos «contratos ecológicos».

7. A Diretiva 2009/33/CE, de 23 de Abril de 2009, relativa à promoção de veículos de transporte rodoviário não poluentes e energeticamente eficientes.

Esta diretiva ilustra bem as sinergias entre o Direito dos Contratos Públicos e o Direito do Ambiente, dando-se a integração de considerações ambientais na contratação pública por via do Direito do Ambiente. Esta Diretiva 2009/33/CE, de 23 de Abril de 2009, estabelece que as entidades adjudicantes quando comprem veículos de transporte terrestre devem optar por estabelecer especificações técnicas para o comportamento energético e ecológico dos veículos ou por incluir os impactos energético e ambiental na decisão de compra. Esta Diretiva obriga a utilizar os custos do consumo de energia durante a vida útil, as emissões de CO₂, entre outros, como critérios de adjudicação na compra de veículos para transportes públicos.

B) Momentos-chave de um procedimento de formação de um contrato público ambiental e socialmente responsável

8. Questões jurídicas à luz do Código dos Contratos Públicos

8.1. Decisão de contratar e delimitação do objeto do contrato

A fase inicial de um qualquer procedimento de formação de um contrato público é o momento privilegiado para integrar as considerações ambientais e sociais. A decisão de contratar, a definição das necessidades a satisfazer através do contrato, a delimitação do objeto do contrato a celebrar são momentos decisivos, nos quais devem ser chamadas à colação as referidas considerações sociais e ambientais.

O procedimento de formação de um contrato público inicia-se com a *decisão de contratar* (Artº 36º CCP). Esta decisão deve basear-se numa correta avaliação das necessidades de interesse público que justificam a celebração do contrato em causa. É uma excelente ocasião para que a entidade adjudicante faça escolhas acertadas, também do ponto de vista ambiental. Em relação a este aspeto em particular, o CCP é omissivo, mas obviamente que tais escolhas se impõem a partir dos próprios princípios gerais da contratação pública e, em especial, do princípio da prossecução do interesse público, do princípio da boa administração,

Vejamos alguns exemplos de escolhas que, neste momento inicial, faz sentido que sejam tomadas em consideração, também à luz de critérios ambientais:

Em primeiro lugar, ponderando se não existem alternativas à própria celebração do contrato que permitam igualmente satisfazer a necessidade em causa, embora com muito menos consequências do ponto de vista ambiental: por exemplo, reutilizando determinados bens, em vez de adquirir novos; ou optando pela utilização de meios desmaterializados de comunicação, em vez de celebrar contratos para distribuição de cartazes, folhetos ou anúncios na imprensa escrita.

Depois, prestando especial atenção às quantidades da compra: ao reduzir o volume das compras ao estritamente necessário, está-se também, obviamente, a reduzir o impacto ambiental a ela associado.

Fundamental é, do ponto de vista jurídico, a definição inicial do objeto do contrato a celebrar. É o momento privilegiado para introduzir as considerações ambientais e sociais de modo a marcar para todo o procedimento pré-contratual e o contrato que, no final, se virá a celebrar e executar: por exemplo, tratar-se de um contrato para *aquisição de papel 100% reciclado*.

Determinado, em termos gerais, o objeto do contrato, o seu conteúdo será depois especificado através da elaboração do caderno de encargos e da definição das especificações técnicas, local por excelência para a consagração de exigências sociais e ambientais.

A legislação ambiental condiciona, em diversos casos, as entidades adjudicantes no momento da definição do objeto de determinados contratos e respetivas especificações técnicas. Pense-se, por exemplo, na Diretiva 2002/91/CE, de 16 de Dezembro de 2002, relativa ao rendimento energético dos edifícios, a qual condiciona as especificações técnicas dos contratos de obras novas e de reabilitação. Tenha-se também presente a Diretiva 2010/31/EU, de 19 de Maio de 2010, que veio estabelecer prazos para a realização de objetivos de rendimento energético (por exemplo, no artº9º, 1 b) estabelece-se que, a partir de 2019, os edifícios novos afetos a entidades públicas terão de ser edifícios de consumo quase nulo).

8.2. Decisão de escolha do procedimento

Nos termos do Artº38º do Código dos Contratos Públicos, a decisão de escolha do procedimento a seguir deve ser fundamentada. É o momento de perguntar até que ponto podem os fundamentos ambientais ou sociais servir de causa legítima de justificação da escolha de um determinado procedimento de formação do contrato público.

Tem-se colocado a questão de saber se as considerações ambientais podem servir como fundamento justificativo da utilização de procedimentos de ajuste direto.

Tenha-se presente que o Artº24º, nº1 al.e) do CCP permite o recurso ao ajuste direto quando *por motivos técnicos (...) a prestação objeto do contrato só possa ser confiada a uma entidade determinada*.

O TJUE já se pronunciou acerca desta questão: no Ac. TJUE, de 10 de Abril de 2003, Comissão/Alemanha, P.C-20/01 e C-28/01 admite-se que *uma razão técnica relacionada com a proteção ambiental possa justificar o recurso a procedimento negociado sem abertura à concorrência*. No entanto, frisa-se que tal configura uma exceção ao princípio da concorrência e, por isso, o conceito de *razão técnica* deve ser interpretado de forma restritiva, para reduzir os riscos de discriminações encobertas. No caso subjacente ao Acórdão, relativo a uma aquisição de serviços para a eliminação de resíduos, na cidade alemã de *Brunswick*, o Tribunal concluiu que não estava demonstrado que só uma empresa estivesse à partida em condições técnicas para executar o contrato e, por isso, não considerou admissíveis os fundamentos invocados⁷.

Por outro lado, a escolha do procedimento de ajuste direto pode fundar-se, nos termos do Artº 24º, c) em *razões de imperiosa urgência*.

O TJUE, no seu Acórdão de 2 de Junho de 2005, *Comissão/Grécia*, vai analisar os três pressupostos aplicáveis nesta matéria, considerando que, no caso em apreço: a) o prazo para a realização das obras em causa não constitui imperiosa urgência derivada de acontecimentos imprevistos; b) a situação de urgência não impossibilitava o cumprimento da tramitação do procedimento adequado; c) que não se verificava a extrema urgência.

No entanto, pese embora tenha entendido que, no caso em julgamento, não estavam preenchidos os requisitos de justificação da escolha do procedimento não concorrencial, em termos gerais, o Tribunal considerou que os *riscos para o meio*

⁷ A este propósito, v. também, ambos em matéria de tratamento de resíduos, o Ac.TJUE, de 2 de Junho de 2005, *Comissão/Grécia* e o Ac.TJUE, de 29 de Junho de 2009, *Comissão/Alemanha*.

ambiente ou para a saúde pública podem justificar, em certas circunstâncias, exceções às regras sobre a adjudicação de contratos públicos. Assim seria, por exemplo, no caso de situações de acidentes envolvendo risco de contaminação ambiental grave.

Outra questão importante prende-se com a escolha de procedimentos que envolvem fases de qualificação de candidatos e com as possibilidades de tomar em consideração características técnico-ambientais na seleção de candidatos nessas fases. Ou seja, trata-se de saber até que ponto é aceitável a valorização da capacidade técnica e da experiência em termos ambientais na fase de qualificação de candidatos, com vista a selecionar aqueles que vão ser convidados a apresentar propostas (concurso limitado por prévia qualificação e também procedimento de negociação e diálogo concorrencial).

Estes procedimentos limitados por prévia qualificação permitem valorizar aspetos subjetivos dos candidatos – experiência, competência, capacidade de gestão ambiental – na fase de seleção dos candidatos. Assim, só avançam para a fase de apresentação de propostas e de adjudicação aqueles que ofereçam garantias de integrar a componente ambiental na execução do contrato.

Nos termos do CCP, a qualificação dos candidatos é feita em função do critério da capacidade técnica e financeira (Artº 179º e Artº 181º). Faz todo o sentido que, para avaliar a capacidade técnica dos candidatos, se faça apelo às especificações técnicas relacionadas com as prestações abrangidas pelo objeto do contrato. Aliás, no CCP, no Artº 246º, nº2, a propósito dos *sistemas de qualificação* nos sectores especiais, faz-se expressamente essa referência, regulando-se no nº4 a exigência por parte da entidade adjudicante de certificações em termos ambientais.

8.3. Cadernos de encargos

O Código dos Contratos Públicos previu, no seu Artº42º, nº6, previu expressamente a possibilidade de integrar considerações sociais e ambientais no caderno de encargos: *Os aspetos da execução do contrato constantes das cláusulas do caderno de encargos podem dizer respeito a condições de natureza social ou ambiental relacionadas com tal execução.*

Além disso, o Artº 43º, nº5, alíneas c) e d), prevê que o projeto de execução deve integrar o caderno de encargos e deve ser acompanhado, entre outros aspetos: dos estudos ambientais, incluindo a declaração de impacto ambiental, nos termos da lei; dos estudos de impacto social, económico ou cultural. Trata-se, assim, de um instrumento decisivo de integração das considerações ambientais na contratação pública. Permite-se, no fundo, inserir as considerações ambientais no processo de definição das necessidades e melhorar a sustentabilidade das decisões.

Em relação a este aspeto se vê a necessidade de articulação entre as normas sobre o procedimento de formação do contrato público e as normas sobre o procedimento de avaliação do impacto ambiental. Aqui se jogam as sinergias entre o Direito dos Contratos Públicos e o Direito do Ambiente.

8.4. Definição de especificações técnicas e rótulos ecológicos

Em relação à integração de considerações ecológicas nas especificações técnicas, deve ter-se em consideração o Artº 49º, nº2, al.c) do Código dos Contratos Públicos, nos termos do qual as especificações técnicas devem ser fixadas no caderno de encargos *em termos de desempenho ou de exigências funcionais, incluindo práticas e critérios ambientais, desde que sejam suficientemente precisas para permitir a determinação do objeto do contrato pelos interessados e a escolha da proposta pela entidade adjudicante.*

Importante meio de prova do cumprimento das especificações técnicas são os rótulos ecológicos. Nos termos do nº7, do Artº49º, *quando as especificações técnicas sejam fixadas em termos de desempenho ou de exigências funcionais que digam respeito a práticas e critérios ambientais, o caderno de encargos pode prever especificações pormenorizadas ou, em caso de necessidade, parte destas, tal como definidas pelo rótulo ecológico europeu ou por qualquer outro rótulo ecológico, desde que:*

- a) *Essas especificações sejam adequadas à definição das características dos bens ou serviços objeto do contrato a celebrar;*
- b) *Os requisitos do rótulo sejam elaborados com base numa informação científica;*
- c) *Os rótulos ecológicos sejam desenvolvidos por um procedimento em que possam participar todas as partes interessadas;*
- d) *Sejam acessíveis a todas as partes interessadas.*

Em termos europeus, tem-se vindo a permitir o uso de etiquetas públicas (cisne nórdico, anjo azul, eco-etiqueta europeia) e privadas (FSC *Forest Stewardship Council*, PEFC *Programme for Endorsement of Forest Certification*, IFOAM *International Federation of Organic Agriculture Movements*). As etiquetas públicas certificam as exigências de idoneidade, transparência, acesso em condições de igualdade, rigor científico, fornecendo, no fundo, critérios de referência claros, acessíveis, transparentes para serem utilizados como especificações técnicas.

Alguns exemplos de especificações técnicas relativas a características funcionais: exigir certo tipo de matérias-primas, percentagens mínimas de material reciclado, proibição de utilização determinada substância. Alguns exemplos de especificações técnicas sobre a produção: exigir determinado método de produção (ex. madeira proveniente de florestas geridas de modo sustentável, alimentos de agricultura biológica, eletricidade proveniente de fontes de energia renovável)

Contudo, nos termos do nº 12 do artº49º CCP, *é proibida a fixação de especificações técnicas que façam referência (....) a um processo específico de fabrico (...) a uma dada origem ou produção (...) que tenha por efeito favorecer ou eliminar determinadas entidades ou determinados bens.*

Refira-se ainda que, no mesmo Artº 49º, nº14, se prevê a integração de considerações sociais, estipulando-se que, *sempre que possível, as especificações técnicas devem ser fixadas por forma a contemplar características dos bens a adquirir ou das obras a executar que permitam a sua execução por pessoas com deficiências.*

8.5. Requisitos de habilitação

Nos termos do Artigo 55º, al.b) e al.i) CCP, constituem impedimentos à participação num procedimento de formação de um contrato público, entre outros, a condenação pela prática de determinados crimes (participação em atividades de organização criminosa, corrupção, fraude, branqueamento de capitais, crime que afete a honorabilidade profissional). Quais as implicações da violação de regras relativas a declarações de impacte ambiental, obrigações em matéria de resíduos, conservação da natureza ou contaminação de águas?

Em Espanha, por exemplo, o Artº 60º LCSP expressamente contempla a proibição de contratar com o sector público de todos os que tenham sido condenados por crimes relativos à proteção do meio ambiente ou tenham sido sancionados administrativamente por infração grave em matéria ambiental. Além disso, a celebração de contratos públicos com adjudicatários, violando as referidas proibições de contratar do Artº60º, gera a nulidade dos atos preparatórios e da adjudicação e, em consequência, o próprio contrato, nos termos do Artº32ºb).

8.6. Critérios de adjudicação

Ao interpretar os Artigos 74º e 75º do CCP, relativos aos critérios de adjudicação, há que tomar em consideração a jurisprudência do TJUE (*Concordia Bus*), segundo a qual, os critérios de adjudicação ambientais podem ser utilizados desde que se verifiquem determinadas condições: os critérios estejam diretamente ligados com o objeto do contrato; a entidade adjudicante não tenha liberdade ilimitada; os critérios sejam mencionados no anúncio e cadernos de encargos; se respeitem os princípios fundamentais dos Tratados.

Tenha-se, por exemplo, presente a já referida Diretiva 2009/33/CE, de 23 de Abril de 2009, relativa à promoção de veículos limpos e energeticamente eficientes, a qual obriga a utilizar os custos do consumo de energia durante a vida útil, as emissões de CO₂, entre outros aspetos, como critérios de adjudicação na compra de veículos para transportes públicos.

Em Espanha, por exemplo, o Artº150.1 TRLCSP consagra de forma generosa critérios ambientais e sociais como critérios de adjudicação para determinar a proposta economicamente mais vantajosa. Nessa disposição legal, prevê-se que nos contratos que possam ter impacto significativo no meio ambiente, sejam valoradas na adjudicação «condições ambientais mensuráveis, tais como o menor impacto ambiental, a poupança e o uso eficiente de água e de energia, o custo ambiental do ciclo de vida, os procedimentos e métodos de produção ecológicos, a gestão de resíduos ou o uso de materiais reciclados ou de materiais ecológicos».

8.7. Possibilidade de apresentação de propostas variantes

O Artº 59º CPC não o prevê expressamente, mas poderia tratar-se de um bom incentivo à apresentação de propostas alternativas e inovadoras do ponto de vista ambiental.

9. Alguns exemplos de critérios aceitáveis para a introdução de considerações ambientais e sociais em procedimentos de formação de contratos públicos

Sugere-se, em relação a este ponto, a consulta à lista de critérios GPP da UE disponíveis (desde Setembro de 2011):

- Papel de cópia e para uso gráfico
- Produtos e serviços de limpeza
- Equipamento informático para escritório
- Construção

MARIA JOÃO ESTORNINHO

- Transporte
- Mobiliário
- Eletricidade
- Alimentação e serviços de restauração
- Têxteis
- Produtos e serviços de jardinagem
- Janelas, portas envidraçadas e clarabóias
- Isolamento térmico
- Revestimentos duros para pavimentos
- Painéis de parede
- Co-geração
- Construção de estradas e sinais de trânsito
- Iluminação pública e semáforos
- Telefones móveis

Note-se que estão a ser desenvolvidos outros critérios, que serão publicados no sítio Web CPE. Veja-se «*Manual de Contratos Públicos Ecológicos (Comprar ecológico)*»
http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm.

E para os critérios sociais, veja-se o Guia «*Buying social – A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*» – SEC(2010) 1258

10. Exemplos de rótulos ecológicos e de rótulos sociais (*links úteis*)

<http://www.eu-energystar.org> (Comissão Europeia)

http://www.ec.europa.eu/agriculture/organic/consumer-confidence/logo-labelling_es (rótulo europeu de agricultura ecológica)

<http://www.blauer-engel.de> (*Blaue Angel*, Alemanha)

<http://www.svanen.se/en> (*Nordic Swan*, países escandinavios)

<http://www.snf.se/bmv/english.cfm> (*Bra Miljöva*, Suécia)

<http://www.aenor.es> (Asociación Española de Normalización y Certificación)

<http://www.builtgreencanada.ca> (casas ecologicamente responsáveis)

<http://www.fsc.org> (rótulo florestas sustentáveis)

<http://www.global-standard.org> (Global organic textile standard; têxteis social e ecologicamente sustentáveis)

<http://www.greenseal.org> (EUA)

<http://www.globalecolabelling.net> (Global Ecolabelling Network)

11. *Green Public Procurement* no atual processo de revisão das Diretivas de 2004: a proposta de nova Diretiva relativa aos contratos públicos de 20.12.2011 - COM(2011) 896 final

Está em curso, na União Europeia, um processo de revisão das Diretivas de 2004 sobre contratos públicos.

As propostas de novas Diretivas sobre contratos públicos, de Dezembro de 2011, invocam os desafios referidos na *estratégia Europa 2020*, como fundamento para a necessidade de rever a legislação existente em matéria de contratos públicos, a fim de a modernizar e adequar à evolução do contexto político, social e económico da Europa.

A *estratégia Europa 2020* para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo [COM(2010) 2020] assenta em três prioridades: desenvolver uma economia baseada no conhecimento e na inovação, promover uma economia hipocarbónica, que utilize eficazmente os recursos e seja competitiva, e fomentar uma economia com níveis elevados de emprego e que assegure a coesão social e territorial. Os contratos públicos são expressamente referidos como um instrumento fundamental para alcançar estes objetivos, nomeadamente através da melhoria do ambiente empresarial e das condições para que as empresas inovem, bem como do incentivo a uma maior

utilização dos contratos públicos ecológicos em apoio da transição para uma economia hipocarbónica e eficiente em termos de recursos.

Por outro lado, no preâmbulo das propostas de novas Diretivas lembra-se que a Comissão Europeia, na sua Comunicação de 13 de abril de 2011, intitulada «Ato para o Mercado Único: Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua», incluiu nas doze ações prioritárias fundamentais a adotar pelas instituições da UE até ao final de 2012 a revisão e modernização do quadro normativo no domínio dos contratos públicos, a fim de tornar os procedimentos de adjudicação mais flexíveis e permitir uma melhor utilização deste tipo de contratos para apoiar outras políticas.

Um dos objetivos expressamente assumidos nas referidas Propostas é, assim, o de permitir que as entidades adjudicantes utilizem melhor os contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns, como a proteção do ambiente, a maior eficiência na utilização dos recursos e da energia, a luta contra as alterações climáticas, a promoção da inovação, do emprego e da inclusão social e a criação das melhores condições possíveis para a prestação de serviços públicos de elevada qualidade. Assume-se, assim, a *utilização estratégica dos contratos públicos para responder aos novos desafios*, baseando-se a proposta de Diretiva numa *abordagem de capacitação* que fornece às autoridades adjudicantes os instrumentos necessários para contribuírem para a realização de tais objetivos, escolhendo adquirir bens e serviços que fomentem a inovação, respeitem o ambiente e combatam as alterações climáticas, melhorando simultaneamente o emprego, a saúde pública e as condições sociais.

Tenham-se presentes algumas passagens das referidas Propostas, no que diz respeito às considerações sociais e ambientais na contratação pública:

Cálculo dos custos ao longo do ciclo de vida: a proposta dá aos adquirentes públicos a oportunidade de basearem as suas decisões de adjudicação nos custos ao longo do ciclo de vida dos produtos, serviços ou obras a adquirir. O ciclo de vida abrange todas as etapas da vida de um produto, das empreitadas de obras ou da prestação de um serviço, desde a aquisição das matérias-primas ou geração dos recursos até à disponibilização, autorização e finalização. Os custos a ter em conta

incluem não só as despesas monetárias diretas, mas também os custos ambientais externos, se os mesmos puderem ser quantificados monetariamente e verificados.

Conclui-se que se for desenvolvida uma metodologia comum da União Europeia para o cálculo dos custos ao longo do ciclo de vida, as autoridades adjudicantes serão *obrigadas* a utilizá-la.

Procedimento de produção: as autoridades adjudicantes podem fazer referência, nas especificações técnicas e nos critérios de adjudicação, a todos os aspetos diretamente associados ao procedimento de produção, na medida em que estejam estritamente relacionados com a produção dos produtos ou com a prestação dos serviços adquiridos em concreto. Ficam excluídos os requisitos não relacionados com o procedimento de produção dos produtos ou de execução das obras ou serviços abrangidos pelo contrato, como por exemplo requisitos gerais de responsabilidade social das empresas que abrangem toda a estrutura funcional do contratante.

Rótulos: as autoridades adjudicantes podem exigir que as obras, produtos ou os serviços ostentem rótulos específicos que certifiquem características ambientais, sociais ou outras, desde que aceitem também rótulos equivalentes. Esta regra aplica-se, por exemplo, aos rótulos ecológicos europeus ou (pluri)nacionais ou aos rótulos que certificam que um produto foi fabricado sem recurso ao trabalho infantil. Os sistemas de certificação em causa devem respeitar a características associadas ao objeto do contrato e ser formulados com base em informação científica, recolhida através de um procedimento aberto e transparente acessível a todas as partes interessadas.

Sanção das violações da legislação social, laboral ou ambiental vinculativa: nos termos da proposta de Diretiva, uma autoridade adjudicante pode excluir operadores económicos de um procedimento de concurso se identificar infrações a obrigações previstas na legislação da União nos domínios social, laboral ou ambiental, ou a disposições da legislação laboral internacional. Além disso, as autoridades adjudicantes serão obrigadas a excluir propostas caso comprovem que elas são anormalmente

baixas devido a violações da legislação da União nos domínios social, laboral ou ambiental.

Serviços sociais: a avaliação do impacto e da eficácia da legislação da UE em matéria de contratos públicos demonstrou que os serviços sociais, de saúde e de educação têm características específicas que os tornam inadequados para a aplicação dos procedimentos normais de adjudicação de contratos públicos de serviços. Estes serviços são normalmente prestados num contexto específico que varia significativamente entre Estados-Membros devido às diferentes circunstâncias administrativas, organizativas e culturais. Esses serviços têm, por natureza, uma dimensão transfronteiras muito limitada, pelo que os Estados-Membros devem dispor de uma ampla margem discricionária na organização da escolha dos respetivos prestadores. A proposta concretiza esta ideia criando um regime específico para os contratos públicos relativos a esses serviços, com um limiar mais elevado, de 500 000 EUR, e impondo apenas o respeito pelos princípios fundamentais da transparência e da igualdade de tratamento. Uma análise quantitativa dos valores dos contratos para esses tipos de serviços adjudicados a operadores económicos estrangeiros mostrou que os contratos de montante inferior a esse valor não apresentam normalmente interesse além-fronteiras.

Inovação: a investigação e a inovação desempenham um papel central na *Estratégia Europa 2020* para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo. Devem ser dadas condições aos adquirentes públicos para poderem adquirir produtos e serviços inovadores, que promovam o crescimento futuro e aumentem a eficiência e a qualidade dos serviços públicos. A proposta prevê, para este efeito, a parceria para a inovação, um novo procedimento especial para o desenvolvimento e a posterior aquisição de produtos, obras e serviços novos e inovadores, desde que os mesmos possam ser disponibilizados de acordo com níveis de desempenho e custos previamente acordados. Além disso, a proposta melhora e simplifica o diálogo concorrencial e facilita a adjudicação conjunta e transfronteiriça de contratos públicos, que constitui um instrumento importante para aquisições inovadoras.

12. Pistas de reflexão/alguns temas para trabalhos:

- Significado de uma contratação pública *sustentável*, em tempos de crise
- Estratégia nacional para compras públicas ecológicas: e agora?
- *Green Public Procurement* e mecanismos de prevenção da corrupção
- Códigos de conduta/conflitos de interesses
- GPP, *best value for money* e *social best value*
- Avaliação de custos ao longo do ciclo de vida
- Avaliação de impacto ambiental nos contratos públicos em Portugal
- Sanções para incumprimento de regras ambientais: invalidade do contrato
- Fiscalização na execução do contrato/responsabilidade
- Critérios de sustentabilidade e proteção ambiental: exigências do princípio da precaução na contratação pública