



Teresa Maria Coelho Marques de Almeida Moura Ramos

# Compras Públicas Ecológicas. A internalização de externalidades ambientais negativas na política europeia de contratos públicos

Tese de Doutoramento em Direito (Pré-Bolonha), na especialidade de Ciências Jurídico-Económicas,  
orientada pelo Senhor Prof. Doutor Manuel Carlos Lopes Porto  
e apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Dezembro de 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Teresa Maria Coelho Marques de Almeida Moura Ramos

## Compras Públicas Ecológicas.

A internalização de externalidades ambientais  
negativas na política europeia de contratos públicos

Coimbra, 2015



## RESUMO

A presente dissertação tem por objecto a introdução de considerações em matéria ambiental nos contratos públicos europeus.

Partindo de uma abordagem económica, o estudo procede a uma análise de enquadramento do direito europeu da contratação pública.

A política de compras públicas da UE reconhece há tempo a importância que as considerações em matéria ambiental podem ter nas decisões das entidades adjudicantes, introduzindo preocupações em matéria de impacte ambiental do sector público. Através delas, as entidades adjudicantes podem, por um lado, diminuir o impacte ambiental da sua actividade e, por outro lado, criar mecanismos de incentivo aos mercados para a redução dos impactes ambientais globais.

As novas Directivas que regulam os procedimentos de adjudicação dos contratos públicos na Europa vêm permitir que as entidades adjudicantes internalizem as externalidades ambientais dos produtos, procurando, desta forma, aumentar a eficiência dos mercados pela eliminação ou minimização dessas falhas de mercado.

O estudo procede, em primeiro lugar, à justificação económica dessa internalização no quadro da dita economia do bem-estar.

Em segundo lugar, analisa o complexo processo de identificação dessas externalidades e da sua monetarização em geral e no contexto específico dos contratos públicos, não deixando de salientar o seu potencial e as possíveis dificuldades, teóricas e práticas.

Termina com uma análise das possibilidades de introdução de considerações ambientais em cada fase dos procedimentos pré-contratuais à luz do direito europeu, salientando os efeitos económicos (positivos e negativos) possíveis de cada uma delas.

### PALAVRAS-CHAVE:

Contratação pública; contratos públicos; externalidades ambientais negativas; eficiência na alocação



## ABSTRACT

The object of this essay is the introduction of environmental considerations in European public procurement markets.

Starting from an economic approach, the study carries out a framing analysis of public procurement law in the EU.

The European public procurement policy recognizes the importance of environmental considerations in public procurement decisions, introducing concerns on the environmental impact of European public sector and creating market-type incentives for the reduction of total environmental impacts.

The new public procurement directives allow procuring entities to include in public procurement procedures the costs of environmental externalities of the goods or services purchased. This internalization will improve the efficiency of European public markets.

The study starts by introducing the economic rationale of this internalization of negative externalities from a welfare economics perspective.

We highlight the difficult process of selecting the relevant externalities and monetizing their social costs and, on the other hand, the potential benefits and problems of this approach.

We finish by examining the specific possibilities for introducing environmental considerations allowed by European law, with a special focus on their economic effects.

### KEY WORDS:

Public procurement; green public procurement; environmental externalities; efficiency in allocation



## ÍNDICE

### CAPÍTULO I

#### A MAXIMIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA ECONÓMICA PELOS MERCADOS

1. Introdução .....	1
2. Conceito de eficiência .....	5
2.1. Conceito de eficiência na economia do bem-estar .....	5
2.2. O óptimo de Pareto .....	11
2.2.1. Óptimo no consumo .....	15
2.2.2. Óptimo na produção .....	18
2.2.3. Óptimo geral de equilíbrio .....	20
2.3. O Critério de Pareto em Economias de mercado .....	22
2.4. O princípio compensatório .....	26
2.5. A Função de bem-estar social .....	29
3. Os mercados reais e as falhas de mercado .....	33
3.1. Introdução: a questão ambiental .....	33
3.2. Externalidades .....	34
3.2.1. Conceito: as externalidades como fonte de ineficiência .....	34
3.2.2. Diferentes classificações de externalidades .....	37
3.3. O óptimo social na presença de externalidades .....	43
3.4. As dificuldades da definição do óptimo social .....	46
4. A internalização das externalidades .....	50
4.1. O conceito de internalização de externalidades, rationale económico .....	50
4.2. Classificação dos instrumentos de internalização .....	52
4.3. Alguns instrumentos em particular .....	52
4.3.1. Instrumentos de “command and control” .....	52
4.3.2. Instrumentos de mercado .....	52
4.3.2.1. Fusão entre produtor e sujeito passivo de externalidades .....	52
4.3.2.2. Impostos ambientais .....	53
4.3.2.3. O teorema de Coase .....	62
5. Conclusão .....	63



## CAPÍTULO II

### OS CRITÉRIOS AMBIENTAIS NAS COMPRAS PÚBLICAS

1. Introdução .....	65
2. O conceito de compras públicas ecológicas .....	65
3. Possíveis classificações .....	65
3.1. Critérios “win-win” e critérios “win-lose” .....	69
3.1.1. Critérios “win-win” .....	70
3.1.2. Critérios “lose-win” .....	78
3.1.2.1. Cálculo dos custos e benefícios, dimensão temporal e de âmbito subjectivo relevante .....	79
3.1.2.2. Ponderação custos-benefícios e valores ambientais absolutos .....	83
3.2. Classificação segundo os efeitos sobre a concorrência e eficiência nos mercados .....	87
3.2.1. Critérios que afastam concorrentes dos mercados .....	93
3.2.1.1. <i>Standards</i> técnicos e <i>standards</i> de performance .....	102
3.2.2. Critérios que não eliminam concorrentes .....	105
4. Vantagens atribuídas às compras públicas ecológicas .....	105
5. Principais problemas económicos da utilização de critérios ambientais .....	106
5.1. O risco de “proteccionismo verde” .....	106
5.2. A redução artificial dos mercados públicos – problemas de concorrência .....	106
5.3. A resposta dos mercados privados – problemas de eficácia dos critérios .....	106
5.4. A determinação do valor monetário dos bens ambientais .....	106
5.4.1. O “valor da natureza” e os tipos de valor .....	106
5.4.2. Teoria geral do valor .....	110
5.4.2.1. Do valor dos bens em geral .....	110
5.4.2.2. Do valor dos bens ambientais em particular .....	116
5.4.3. Métodos de avaliação monetária de bens ambientais .....	118
5.4.3.1. Métodos indirectos .....	118
5.4.3.1.1. Método do custo de viagens .....	120
5.4.3.1.2. Método dos preços hedónicos .....	123
5.4.3.2. Métodos directos – a avaliação contingente .....	127
5.4.4. Outras formas de determinação do valor monetário – os custos de reposição .....	135
5.4.5. Apreciação crítica .....	135
6. A questão do custo-eficácia das políticas de compras públicas ecológicas .....	140

CAPÍTULO III  
O QUADRO REGULATÓRIO COMUNITÁRIO

1. Introdução .....	141
2. Os três níveis de regulação comunitária .....	144
2.1. Os princípios fundadores e a competência dos órgãos comunitários .....	144
2.2. Os princípios do Tratado .....	154
2.3. Os princípios da contratação pública nas directivas.....	186
3. A revisão das directivas de 2014 .....	202
3.1. Enquadramento e objectivos.....	202
3.2. O enquadramento dos critérios ambientais .....	222
3.2.1. As três hipóteses admitidas.....	222
3.2.2. A opção do legislador.....	224
3.2.3. Apreciação crítica.....	231
4. A inclusão de critérios ambientais nas várias fases dos procedimentos.....	233
4.1. Objecto do contrato e questões relativas aos concorrentes .....	233
4.1.1. A definição do objecto do contrato .....	233
4.1.2. O alargamento do conceito de ligação ao objecto do contrato .....	240
4.1.3. Selecção de candidatos e critérios de exclusão .....	246
4.2. A proposta que melhor satisfaz as necessidades em causa .....	251
4.2.1. Objectivo de qualquer procedimento de contratação pública: a maximização da utilidade da entidade adjudicante.....	252
4.2.2. As várias formas de garantir o resultado maximizador da utilidade.....	254
4.2.2.1. Na ausência de incerteza.....	256
4.2.2.2. Na presença de incerteza sobre custos de ajustamento.....	257
4.2.2.2.1. Preço (ou custo) mais baixo .....	259
4.2.2.2.2. Preço fixo e melhor qualidade – os chamados beauty contests .....	261
4.2.2.2.3. Submissão à concorrência de preço e qualidade .....	261
4.2.2.2.4. Conclusão .....	261
4.3. Especificações técnicas .....	262
4.3.1. Noção e condições de admissibilidade .....	263
4.3.2. Os rótulos ecológicos .....	265
4.3.3. Classificação segundo categorizações propostas .....	273
4.4. Critérios de adjudicação. A oferta economicamente mais vantajosa. ....	273
4.4.1. O factor preço ou custo enquanto elemento obrigatório. Excepções.....	276

4.4.1.1. A adjudicação com base no preço mais baixo.....	278
4.4.1.2. O novo conceito de “custo”: o “custo do ciclo de vida” .....	279
4.4.1.2.1. O conceito tradicional de “custo” .....	281
4.4.1.2.2. A novidade da directiva de 2014: externalidades ambientais enquanto “custos” .....	282
4.4.1.2.2.1. A lógica económica .....	283
4.4.1.2.2.2. O “custo do ciclo de vida ambiental” .....	285
4.4.1.2.2.2.1. Quais os impactes a considerar?.....	286
4.4.1.2.2.2.2. Qual a relação entre quantidade de emissões e danos provocados? .....	294
4.4.1.2.2.2.3. Qual o valor monetário?.....	302
4.4.1.2.2.2.4. O valor presente de danos futuros, incertos e imprevisíveis .....	311
4.4.1.2.2.2.5. A transferência de benefícios (ou danos) .....	319
4.4.1.2.3. Apreciação crítica .....	322
4.4.2. A “relação qualidade-preço”.....	326
4.4.2.1. Noção .....	326
4.4.2.2. Alterações em matéria de critérios admitidos .....	327
4.4.2.3. A submissão à concorrência de preço e qualidade .....	330
4.4.2.3.1. Divisão Valor/preço.....	334
4.4.2.3.2. Adição (ou subtracção) de preço e qualidade.....	336
4.4.2.3.2.1. Sistemas de pontuações ponderadas.....	337
a) Identificação dos factores e subfactores que serão submetidos à concorrência ... .....	338
b) Definição de descritores de impactes.....	341
c) Definição das escalas de pontuação (escalas de impactes dos critérios) .....	342
d) Definição dos pesos relativos ou factores de ponderação dos critérios de avaliação .....	348
4.4.2.3.2.2. Sistemas de preços corrigidos .....	350
4.4.2.3.2.2.1. O método <i>awarding on value</i> .....	353
4.4.2.3.2.2.2. O “custo do ciclo de vida ambiental” enquanto método de adição de preço e qualidade .....	354
4.4.2.4. Apreciação crítica .....	354
BIBLIOGRAFIA .....	361

## CAPÍTULO I

### A MAXIMIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA ECONÓMICA PELOS MERCADOS

#### 1. Introdução

Não cuidando a presente dissertação do tema da eficiência em geral, teremos que restringir a eficiência a considerar ao âmbito dos contratos públicos ou, numa formulação que preferimos, ao âmbito dos mercados públicos (não deixando de incluir, quando necessário, as consequências económicas que decorrem destes para os mercados privados).

Assim delimitada, procuraremos demonstrar, primeiro, o motivo pelo qual a regulamentação comunitária procura aproximar os procedimentos de contratação pública das características dos mercados de concorrência ou pelo menos, garantir que os mesmos funcionam em ambiente concorrencial. Para tal é necessário uma descrição, que pecará certamente por demasiado básica, dos fundamentos últimos da dita economia do bem-estar, de base subjectivo-marginalista.

Assim, começaremos por definir o conceito de eficiência utilizado, chegando, mais uma vez, à conclusão que não existe um mas vários critérios de eficiência económica – o óptimo de eficiência partetiano, movimentos paretianos de aumento de eficiência, a eficiência potencial, o óptimo social. que afirma que os mercados garantem, por si, o óptimo de eficiência.

Sendo o objectivo a eficiência, procuraremos demonstrar porque é que os mecanismos dos mercados concorrenciais assumem um papel orientador nos procedimentos de contratação. Para tal teremos que expor os motivos que levam a acreditar que os mercados concorrenciais conseguem, por si, atingir essa eficiência – temos que analisar os conhecidos teoremas básicos da economia do bem-estar.

O caminho percorrido levar-nos-á a compreender os argumentos económicos na base da defesa dos mecanismos que assegurem o máximo de concorrência possível nos mercados públicos.

A nossa análise do conceito de eficiência não pode, todavia, ficar por aqui. Isso seria o equivalente a ler metade de qualquer manual básico de economia. De facto, não podemos afirmar a eficiência dos mercados baseados em modelos e nos seus pressupostos. Tão clássico quanto os teoremas acima referidos é o reconhecimento de que os mercados, longe de serem perfeitos, apresentam imperfeições que levam a que se conclua que, em muitos casos, o funcionamento dos mercados reais sem qualquer intervenção externa não garante a máxima eficiência – os mercados reais, ao contrário dos pressupostos na teoria económica, são, em certos casos, ineficientes. As causas dessa ineficiência são em termos gerais apelidadas de falhas de mercado. E podem ser variadíssimas, desde os clássicos bens públicos às mais recentes assimetrias de informação, riscos e incertezas futuros. Na presente dissertação salientaremos uma dessas “clássicas” falhas de mercado: a ideia, introduzida já por Marshall, de externalidades, de efeitos económicos da acção de alguns agentes que são “ignorados” pela mão invisível dos mercados.

Sendo a questão ambiental o foco do presente trabalho, salientaremos, naturalmente, as ditas “externalidades ambientais negativas”. O objectivo será, então, demonstrar a *ineficiência dos mercados na presença de externalidades*. Os mercados, mesmos os mais próximos da concorrência perfeita em todas demais características da mesma, não atingem a eficiência económica na presença de externalidades.

Esta conclusão assume uma relevância central na presente dissertação: tal como os mercados privados, também os mercados públicos não serão eficientes na presença de externalidades. As externalidades não são, contudo, causa de ineficiência dos mercados em geral, afectando igualmente a eficiência de cada um dos contratos adjudicados. Quer isto dizer que, na presença de externalidades, não podemos afirmar que a eficiência económica de cada contrato em particular (ou do mercado em geral) se garante com a introdução de mecanismos concorrenciais. De facto, nos mercados públicos como nos privados, é necessária a intervenção do estado por forma a eliminar essas externalidades.

Retomaremos a análise da teoria económica geral para averiguar quais são as formas de intervenção pública utilizadas para a eliminação dessas falhas de mercado. Estando em causa externalidades ambientais negativas, e mantendo a abordagem da “mainstream economics” adoptada pelos críticos da introdução da questão ambiental nos contratos

públicos, seguiremos a linha da chamada economia do ambiente, que mais não é do que o desenvolvimento, mantendo os pressupostos básicos, dessa mesma teoria económica.

Introduziremos, então, a análise dos instrumentos de intervenção pública destinados a corrigir essas falhas de mercado. Essa correcção, saliente-se, tem como objectivo assegurar que os mercados atingem o equilíbrio de eficiência que os mesmos atingiriam na ausência de externalidades. As alterações que provocam em termos de quantidades e preços são, por isso, *movimentos que cumprem o critério de pareto potencial* (movimentos que aumentam a eficiência dos mesmos), tendo um efeito líquido positivo em termos de bem-estar geral das populações.

Destacaremos, dentro dos vários instrumentos utilizados, dois: os impostos ambientais e, com base no pensamento de Coase, o mercado de licenças de emissão. Esta escolha justifica-se por um motivo: sendo o objectivo do presente capítulo demonstrar o rationale económico que justifica a inclusão de critérios ambientais nas compras públicas, estes dois instrumentos são de alguma forma próximos da lógica da mesma. De facto, e por um lado, ambos procuram a internalização das externalidades através dos mercados e em ambos os casos assume particular relevância a questão da identificação dos custos sociais dessas externalidades. Veremos como nos mercados públicos esta questão assume um papel central. Por outro lado, sendo relevantes nos seus aspectos comuns, estes instrumentos são-no igualmente naquilo que os diferencia: os impostos ambientais são instrumentos que actuam sobre os preços, ao passo que o mercado de licenças de emissão a actuação se faz sobre as quantidades. Ora também nos mercados públicos a actuação pode ser feita pela via do preço ou das quantidades.

Os mercados públicos verdes conhecem um verdadeiro *momentum*, com a generalidade dos intervenientes a defenderem a sua utilização.

Todavia, é necessário realçar os motivos que estão na base da ideia de que as entidades adjudicantes, ao efectuarem as suas decisões de compra, devem ter presentes preocupações ambientais. É que esta ideia encontra a sua justificação nos mesmos quadros normativos da teoria económica que explica, por exemplo, a outra ideia já bem enraizada da liberalização dos mercados públicos europeus.

De facto, se o que justifica economicamente a integração de preocupações económicas nos procedimentos de contratação pública é a chamada economia do ambiente, a verdade é que encontramos a sua origem na chamada economia do bem-estar.

A mainstream economics e os seus postulados – o *homo oeconomicus* e o raciocínio na margem. A eficiência na alocação como critério.

Com base nestes pressupostos critica-se o uso de critérios ambientais afirmando que eles trazem ineficiências aos mercados.

Nós procuraremos, utilizando os instrumentos da dita mainstream, demonstrar que os critérios ambientais podem (se bem construídos e aplicados) promover a eficiência geral dos mercados públicos, claro, mas também dos mercados em geral na medida em que permitem reduzir pelo menos parte dos custos sociais associados às externalidades na produção dos bens adquiridos pelas entidades adjudicantes.

A ideia é utilizar as mesmas ferramentas para demonstrar o contrário do afirmado pela maioria dos autores.

Para tal necessitaremos de algumas ferramentas que introduzam alguns conceitos que se vão revelar fundamentais na argumentação.

A primeira é, claro, o conceito de eficiência. A eficiência é erigida como o motivo pelo qual as considerações ambientais devem ser afastadas dos mecanismos de decisão adjudicatória. Introduzir argumento do *sanchez graells*.

O conceito de eficiência, critério de objectividade e rigor, é, no entanto, polifacetado, permitindo diversas interpretações e compreendendo diversas perspectivas. A eficiência pode ser analisada em termos estáticos ou dinâmicos, de equilíbrio parcial ou geral, com uma abrangência regional, nacional ou mundial; a eficiência pode desconsiderar considerações de justiça equitativa ou, ao contrário, pode ser um conceito mais abrangente, que procura incorporar a equidade na sua construção.

## 2. Conceito de eficiência

### 2.1. Conceito de eficiência na economia do bem-estar

A análise económica ambiental moderna é uma síntese do utilitarismo clássico, por um lado, em que o objectivo e característica últimos do comportamento humano (individual e colectivo) é a maximização do bem-estar social, e do utilitarismo neoclássico, por outro lado, que se centra apenas na maximização do bem-estar individual por cada um dos indivíduos.

A economia do bem-estar é, então, a base de que parte toda a moderna economia do ambiente (neoclássica). Esta, por sua vez, é uma elaboração que parte da filosofia moral utilitarista de Bentham e Mill, por um lado, e um resultado da chamada “revolução marginalista”, por outro<sup>1</sup>.

Stiglitz encontra as raízes da economia do bem-estar na mão invisível de Adam Smith<sup>2</sup>. A história da economia neoclássica tem sido um esforço no sentido de estabelecer as condições nas quais a maximização individual do bem-estar maximizam simultaneamente o bem-estar da sociedade.

A teoria utilitarista clássica permite a construção de uma medida da utilidade total, através da soma das utilidades individuais.

A teoria neoclássica, por seu turno, ao rejeitar a possibilidade de comparações interpessoais de utilidade, foi forçada a encontrar uma definição alternativa de maximização do bem-estar geral. Esta será definida, não pela soma das utilidades individuais, mas como um vector dessas utilidades. Não sendo possível uma medida

---

<sup>1</sup> Para uma análise da importância da dita “revolução marginalista” para a economia do bem-estar (e em particular para a sua perspectiva “neutra” relativamente a valores), nomeadamente o foco no nível individual subjectivo, por um lado, e na escassez como principal problema económico, por outro, ver Mynt 1948, 89 e ss.

<sup>2</sup> Embora o desenvolvimento da mesma se tenha feito de forma diversa na Europa continental e no Reino Unido, como salienta Mynt: enquanto os autores continentais (Jevons, Walras ou Menger) centravam a sua atenção na busca de um modelo formal e das respectivas condições ideais para a alocação óptima de recursos, que viria a culminar na formulação do critério de Pareto, os autores britânicos (Sidgwick ou Marshall) olhavam para casos particulares nos quais as próprias forças do mercado conduziam a desvios relativamente ao óptimo. A fusão destas duas linhas orientadoras veio a ser conseguida por Pigou na sua obra *Economics of Welfare*, na qual integra as divergências ad hoc encontradas no quadro do óptimo Geral. Cfr. Mynt 1948, 90.



escalar do bem-estar social, é todavia possível a comparação de dois estados da economia em ordem à determinação do mais desejável.

O critério neoclássico mais utilizado para essa determinação é o princípio de Pareto.

Podemos, de forma simplificada, afirmar que a chamada economia do bem-estar estuda a afectação eficiente de bens. Em geral, afirma que essa afectação eficiente se consegue através dos e nos mercados. Todavia, assume os mercados com determinados pressupostos, perfeitos.

Existem duas grandes abordagens económicas: a dita economia positiva e a economia normativa.

A economia positiva preocupa-se em perceber e antecipar o comportamento económico, seguindo pressupostos ou axiomas sobre o comportamento dos agentes económicos, tecnologia e disponibilidade de recursos. Os seus modelos teóricos podem ser testados empiricamente. As grandes críticas são, portanto, as que se dirigem aos pressupostos e axiomas de que parte, não à sua componente ética ou moral, uma vez que a economia positiva se centra em estudar “o que é”. A economia do bem-estar é, então, positiva, na medida em que procura investigar as consequências do modo como os mercados funcionam sobre o bem estar dos cidadãos.

A dita economia normativa visa a definição do que “deve ser”. A welfare economics é normativa, na medida em que estuda a utilização dos recursos óptima de forma a garantir o máximo bem-estar para os indivíduos da sociedade. Também ela usa pressupostos, diversos dos da economia positiva, muitos dos quais têm uma componente ética, implicando julgamentos de valor. Este é o ponto mais controverso: a definição do que é óptimo e o critério desse conceito.

Just el al. Reconduzem os pressupostos éticos a duas proposições básicas: por um lado, o chamado princípio do individualismo, que implica que o bem estar de uma sociedade deve ser avaliado unicamente pelo bem estar dos membros dessa sociedade, reconhecendo, com isso, a importância do indivíduo como conceito básico das sociedades ocidentais modernas; por outro lado, a ideia segundo a qual a sociedade está melhor se algum dos seus membros está melhor sem que nenhum esteja pior, o que nos reconduz para o princípio de Pareto.

Por outro lado, uma segunda dificuldade na welfare economics é a própria noção de bem estar. O bem estar não é uma variável observável como o número de casas ou de

recursos numa dada sociedade. O bem estar de um indivíduo é representado pelo seu nível de utilidade, um termo muitas vezes utilizado como medida da própria felicidade. Esse nível de utilidade é representado como aumentando com o aumento do número e tipo de bens, com o aumento do consumo. A questão é como medir esse aumento, essa utilidade. A economia positiva utiliza a medição ordinal da utilidade – basta a ordenação em termos de melhor do que, igual a e pior do que. No entanto, para a economia normativa interessa mais do que isso: é necessário estabelecer o quantum dessa melhoria, isto é, é necessário medir a intensidade das preferências dos indivíduos, o que só será conseguido por um sistema cardinal.

Isso não é, todavia, ainda suficiente para a determinação da escolha social ótima: temos ainda o problema das comparações interpessoais de utilidade (just remete para Sen).

Testar proposições de bem estar é extremamente difícil – daí que a maioria dos testes se façam, não relativamente às conclusões, mas quanto aos pressupostos de que parte.

Por outro lado, just salienta ainda que muitas vezes a welfare economics é mais uma extensão da positive economics: utiliza os modelos para determinar quem ganha e quem perde (e quanto ganham e perdem) com determinada política e não retirando daí nenhuma recomendação – a decisão é deixada para os políticos, que acrescentam a estas implicações económicas outras preocupações e interesses. Nesta medida a normative economics pode ser um *instrumento para informar o decisor das consequências económicas das várias opções*.

Reconhecendo que na realidade os mercados são caracterizados por imperfeições, falhas, a economia do bem-estar preocupa-se então em encontrar os instrumentos que garantam essa eficiência. Utilizando técnicas da chamada economia positiva (que apenas procura estudar os comportamentos dos agentes nos mercados e as consequências de políticas estatais), a economia do bem-estar centra-se em procurar encontrar formas de garantir que, nos mercados (se bem que não sempre pelos mercados), se atinja a eficiência ótima por forma a garantir o máximo bem-estar possível aos indivíduos<sup>3</sup>.

Uma das questões mais discutidas é, todavia, o conceito de “bem-estar”. Mesmo admitindo que o bem-estar dos indivíduos se pode reconduzir à chamada utilidade que

---

<sup>3</sup> Embora, como é natural, a grande questão esteja precisamente na definição desse “ótimo”.

retiram dos bens e serviços que consomem, coloca-se sempre o problema da sua medição.

De facto, se para a economia normativa basta uma medição ordinal das utilidades, em termos de “superior a” ou “inferior a”, já a economia positiva necessita de uma forma de medir a intensidade dessa utilidade, a intensidade das preferências dos indivíduos. Necessita, por isso, de um sistema cardinal de medir utilidades, por forma a conseguir determinar qual a utilidade a mais que o indivíduo retira do consumo de bens. Só assim se conseguirá determinar, por sua vez, qual a utilidade que cada indivíduo afectado por uma política pública ganhará ou perderá.

Por outro lado, para muitos autores a medição do ganho/perda de utilidade pode não ser suficiente para ajuizar da bondade de uma qualquer medida, sendo necessário ainda a medição desse ganho/perda em termos interpessoais – quer dizer, definir quanto é que cada ganho e perda valem<sup>4</sup>.

Estes são, todavia, apenas alguns dos pontos mais controversos, muitos dos quais estão na base da distinção entre economia do bem-estar e nova economia do bem-estar.

Economia do bem-estar:

Com a sua base no trabalho de Marshall, aceita a possibilidade de medição ordinal e cardinal da utilidade e a comparabilidade interpessoal da mesma, defendendo que os mercados maximizam os ganhos sociais.

Jeremy Bentham definiu o bem-estar social como a soma da felicidade (ou bem-estar) de todos os membros da sociedade. Mais tarde, Pigou definia-a como a soma aritmética do bem-estar individual. Todavia, dada a impossibilidade de medição cardinal da utilidade, por um lado, e a inoperância da ideia da comparação interpessoal das utilidades, por outro, levaram a que estes primeiros conceitos de bem-estar fossem abandonados, substituídos pelo princípio de Pareto.

A intervenção pública é, todavia, justificada em casos de ineficiências dos mercados devendo proceder no sentido da eliminação dessas distorções. Para a formulação de recomendações em termos de aumento ou diminuição de bem-estar, estes autores

---

<sup>4</sup> Este é, mis do que a questão da medição cardinal de utilidades, o principal problema da economia do bem-estar para autores como Sen. O autor demonstra como o chamado teorema da impossibilidade de Arrow (que afirma a impossibilidade de um sistema de medição do bem-estar social a partir do bem-estar dos indivíduos) se mantém mesmo que se admita a medição cardinal, desde que se mantenha a não comparabilidade interpessoal. Cfr. Sen, 1979.

utilizam análises de equilíbrio parcial, assumindo ignorar os efeitos indirectos, noutros mercados, de políticas em um determinado mercado.

Em termos empíricos, assume que a medida monetária de medição da utilidade dos consumidores num mercado é dada pela renda do consumidor (área do triângulo abaixo da curva da procura e acima da linha do preço), enquanto a dos produtores é dada pela renda do produtor (área do triângulo acima da curva da oferta e abaixo da linha do preço). Alterações nessas áreas seriam a medida para medir os efeitos de bem-estar de uma qualquer política na sociedade.

Nova economia do bem-estar:

Em geral, estes autores rejeitam a possibilidade de uma medida cardinal da utilidade e, conseqüentemente, da comparações interpessoais.

O conceito de renda do consumidor foi criticado por autores como Samuelson (1942), que demonstrou que esta não é uma medida monetária única da utilidade, dependendo, portanto, do uso dos dados empíricos. É o chamado problema da path-dependency. Esta questão viria a ser resolvida por Hicks (1943 e 1956) através da introdução da chamada curva da procura compensada e dos conceitos de disponibilidade em pagar e disponibilidade em aceitar; por Willig (1973 e 1976) que estabeleceu uma relação entre os conceitos de renda do consumidor e as disponibilidades de Hicks; e, finalmente, por Hausman (1981), que demonstrou como estas medidas podem ser retiradas usando preços de mercado e dados relativos a quantidades.

A questão da comparabilidade de utilidades é igualmente levantada pela obra de Pareto, que defende que a única forma segura de aumentar o bem-estar da sociedade é se pelo menos um indivíduo vir a sua utilidade aumentar sem que nenhum outro seja afectado na sua utilidade.

Todavia, o princípio de Pareto é muito restritivo, sendo por isso mais utilizado o chamado princípio potencial de Pareto ou princípio da compensação que, utilizando as medidas da disponibilidade em pagar e aceitar de Hicks, defende uma política desde que o que uns ganham seja suficiente para, através de uma qualquer redistribuição potencial (não tem que existir na realidade), compensar totalmente as perdas dos outros, de modo a que, no fim, pelo menos um indivíduo fique melhor sem que nenhum fique pior. Mais tarde, Scitovsky introduziu uma outra condição: a de que os perdedores não possam, por sua vez, “subornar” os vencedores de forma a colocar o *stato quo* antes da política.

Saliente-se que o princípio refere apenas uma compensação potencial, isto é, não é necessário, para que a medida seja geradora em ganhos de bem-estar, que essa compensação realmente ocorra. Basta que seja possível. Os defensores desta ideia defendem que cabe aos decisores políticos, com base em julgamentos de valor, decidir se os perdedores são compensados ou não e em que medida o são.

Uma medida de decisão possível seria comparar o máximo que os que ganham estariam dispostos a pagar para ver a medida concretizada e o mínimo que os que perdem estariam dispostos a receber para tolerar a referida medida.

As ideia de Hicks é que, em vez de tentar medir a intensidade da preferência de um indivíduo por uma situação relativamente a outra, se pode medir a quantidade de dinheiro que esse indivíduo está disposto a pagar ou a aceitar para se mover de uma situação para outra.

As duas medidas mais importantes de WTP são:

Variação compensatória: a quantidade de dinheiro que, quando retirada do indivíduo após a alteração em causa, o deixaria tão bem como antes. Em caso de ganho de utilidade, seria a quantidade de dinheiro que estaria disposto a pagar para essa mudança; em caso de perda de utilidade, seria a quantidade de dinheiro que teria que receber para aceitar essa mudança.

Variação equivalente: a quantidade de dinheiro paga a um indivíduo que o coloque numa posição idêntica à que teria se uma alteração ocorresse, caso ela não ocorra. Em caso de ganho de utilidade, seria a quantidade de dinheiro que a pessoa teria que receber para prescindir da mudança; em caso de perda, seria a quantidade de dinheiro que a pessoa estaria disposta a pagar para evitar a mudança

Note-se que este princípio da compensação está na base do que hoje conhecemos por análise custo-benefício, em que o que se procura determinar é a variação *líquida* na utilidade total (retirando ao aumento de utilidade de uns –os benefícios da política em causa - a diminuição de utilidade de outros – os custos da mesma). Na base deste tipo de análise está igualmente o chamado segundo teorema da economia do bem-estar (ver artigo onde está esta parte – o equilíbrio de pareto será conseguido no mercado se se alterar a distribuição dos factores).

Por fim, a chamada nova economia do bem-estar afasta ainda um outro postulado da antiga, afirmando, na seguimento de Lipsey e Lancaster (19456-57), que, caso um

mercado seja caracterizado por uma ineficiência, a opção mais correcta não é manter todos os demais mercados sem qualquer distorção, mas antes introduzir distorções nesses outros mercados por forma a garantir uma alocação eficiente no conjunto da economia. Esta ideia afasta, com se percebe, a possibilidade de análises de equilíbrio parcial, na medida em que afirma a interdependência entre sectores da economia e a necessidade de tomar em consideração eventuais efeitos indirectos das medidas.

Mas foram as críticas da nova economia do bem-estar suficientes para colocar em questão a aplicação prática dos instrumentos atrás referidos?

Nas palavras de Krutilla (1981, p.4), “quite the contrary. Applied welfare economics flourished throughout this period as is (if not actually) innocent of the controversy”.

## 2.2. O óptimo de Pareto

Pareto, economista da “old welfare economics” que viveu entre o fim do sec XIX e o início do XX, desenvolveu uma condição de optimização ou de eficiência na alocação, ou, de outra forma, uma forma de agregação válida para assunção de medição ordinal e não comparabilidade de utilidades<sup>5</sup>.

Assim, o bem-estar de um grupo de indivíduos aumenta pela alteração de um estado a para um estado b se:

- todos os indivíduos têm mais bem-estar em b do que em a
- pelo menos um indivíduo aumenta a sua satisfação sem que nenhum dos restantes veja o seu bem-estar diminuir.

A primeira proposição é o chamado princípio de Pareto “fraco”, sendo a segunda a mais utilizada enquanto critério de agregação e, com isso, de ordenação de estados da sociedade – é o princípio de Pareto “forte”<sup>6</sup>.

O critério de Pareto funda-se em duas proposições básicas<sup>7</sup>: por um lado, o chamado princípio do individualismo, que implica que o bem estar de uma sociedade deve ser

<sup>5</sup> Embora a primeira formulação se deva, de facto, a Vilfredo Pareto, muitos desenvolvimentos se lhe seguiram, sendo a primeira formulação rigorosa de Hotelling em 1938 (Hotelling 1938, H., “The General Welfare in Relation to Problems of Taxation and Railway Rates”, *Econometrica*, vol. 6, Julho, 248-256), desenvolvida de forma sistemática por Lange 1942, O., “The Foundations of Welfare Economics”, *Econometrica*, vol. 10, 215-228.

<sup>6</sup> Os qualificativos “fraco” e “forte” são de Arrow 1951, 96 e 36, respectivamente.

<sup>7</sup> No mesmo sentido Nogueira de Almeida 75, Stiglitz 2000, 59.

avaliado unicamente pelo bem estar dos membros dessa sociedade, reconhecendo, com isso, a importância do indivíduo como conceito básico das sociedades ocidentais modernas; por outro lado, e seguindo ainda o individualismo, centra-se no bem-estar da cada pessoa em termos absolutos, não visando qualquer juízo sobre a comparação relativa de utilidades interpessoais, comparação essa que é, aliás, afastada como uma impossibilidade teórica da própria economia – a economia analisa o bem-estar de cada pessoa isoladamente, cabendo à política um juízo sobre a justiça da repartição de recursos e eventuais políticas redistributivas de rendimentos ou de repartição de factores. Neste sentido, e embora se proclame neutro, o critério enquadra um julgamento de valor, que pode não ser aceite por todos<sup>8</sup>.

As diferentes posições de alocação de recursos são, assim, ordenadas, em termos de eficiência de pior para melhor. Estas são as chamadas melhorias de Pareto ou movimentos de Pareto – uma alteração da situação existente leva a que alguém (uma pessoa ou várias) fique melhor (melhore o seu nível de satisfação e, concomitantemente, o seu bem-estar) sem que ninguém fique pior, sem que essa alteração afecte o bem-estar de nenhum indivíduo da sociedade.

Todavia, ao fim de uma série de melhorias, chegamos a uma situação em que não é possível uma qualquer alteração mais eficiente, melhor. Tal é designada de alocação óptima ou eficiente em termos paretianos, que é geralmente identificada como a situação de máximo bem-estar (com os pressupostos do individualismo e utilitarismo supra referidos). É o ponto de óptimo de Pareto ou de máxima eficiência<sup>9</sup>.

É comum associar-se esta condição de máxima eficiência (quer na produção, quer nas trocas) com os mecanismos de mercado, o chamado equilíbrio de mercado<sup>10</sup>. É o

---

<sup>8</sup> Para um desenvolvimento do raciocínio, ver Sen 1970, pag. 57. Sen 1970, A., *Collective Choice and Social Welfare*, Edimburgo, Oliver e Boyd Não tenho – ver se diz noutro lado.... No mesmo sentido, afirmando que todos os critérios de ordenação de estados da economia implicam, em última análise, julgamentos de valor, variando apenas o seu grau, Boadway & Bruce, 1984, 2 e ss.

<sup>9</sup> Como Nogueira de Almeida indica, existem, todavia, alguns pressupostos necessários para a realização do óptimo de Pareto: uma economia fechada e estacionária, pleno emprego dos factores assegurado, gostos dos consumidores inalteráveis, ausência de progresso tecnológico, factores de produção homogéneos disponíveis em quantidades fixas e limitadas, perfeita divisibilidade dos factores de produção, funções de produção contínuas e indiferenciáveis, inexistência de economias de escala e existência de concorrência perfeita no mercado. Cfr. Nogueira de Almeida..., 76-77.

<sup>10</sup> Note-se que o equilíbrio só será atingido se se verificarem os pressupostos de um mercado competitivo: direitos de propriedade completos, atomicidade do mercado quer do lado da procura, quer do da oferta, perfeita transparência, mobilidade completa e ausência de custos de transacção. Para uma análise detalhada dos pressupostos dos mercados de concorrência pura e perfeita ver, entre nós, Avelãs

chamado primeiro teorema da welfare economics: quando existe um equilíbrio de mercado, atinge-se o máximo de Pareto, muitas vezes identificado com a “mão invisível” de Adam Smith.

Deve, no entanto, salientar-se um ponto: o critério de Pareto não visa a igualdade ou justiça, visando, ao contrário, ser neutro<sup>11</sup> em relação ao modo como se repartem os factores e, em última análise, as utilidades. De facto, qualquer ponto inicial de dotação de factores na sociedade pode ter soluções mais eficientes do ponto de vista de Pareto sem que seja alterada essa dotação inicial; mais, qualquer dotação inicial de factores tem implícito um ponto de máxima eficiência, mesmo que de extrema desigualdade ou injustiça. Quer dizer, não existe, numa dada sociedade, um único ponto de máxima eficiência, mas um número infinito das mesmas, cada qual representando um diferente repartição de utilidades.

Em segundo lugar, e não menos importante, temos que ter presentes os pressupostos deste primeiro teorema, no caso dois: a independência tecnológica dos produtores e a independência das preferências dos consumidores<sup>12</sup>. Uma e outra implicam a inexistência de externalidades<sup>13</sup>. Veremos como este pressuposto terá que ser abandonado quando tratamos de problemas relacionados com questões ambientais, que envolvem muitas vezes duas falhas de mercado – externalidades e bens públicos.

Todavia, o critério de Pareto, se permite ordenar estados da sociedade em termos de eficiência alocativa e bem-estar dos indivíduos, não permite uma ordenação completa. De facto, há muitas situações que não são comparáveis em termos paretianos.

Vejamos o seguinte gráfico:

Diagrama 3.2, pag 25 livro Johanson

No gráfico vemos representada a chamada curva de primeiro óptimo de Pareto. Nela estão representadas todas as possíveis situações de máxima eficiência económica.

---

Nunes 1998, 348-249 (“Economia Política – A Produção. Mercados e Preços, Coimbra, SASUC, Serviços de Textos) ou Mynt 1948, 98 e ss.

Veremos à frente como estes (ou, pelo menos, parte dos) pressupostos não se verificam nos casos de bens ou qualidades ambientais.

<sup>11</sup> Embora, como qualquer critério de ordenação de estados da sociedade, envolva um julgamento de valor. Cfr. Boadway & Bruce, 1984, 2 e ss.

<sup>12</sup> É necessário que se verifiquem, para além dos pressupostos do teorema, os pressupostos do próprio equilíbrio de mercado: preferências dos consumidores representadas por curvas de indiferença convexas em relação à origem e rendimentos decrescentes para os produtores.

<sup>13</sup> No caso de existência de externalidades os mercados só atingirão o equilíbrio de concorrência se existirem mercados para todos os efeitos externos.



Significa isto que todos os pontos que integram a mesma são situações de primeiro óptimo, não sendo possível uma qualquer ordenação entre elas – são Pareto não-comparáveis nesse sentido. Elas não são, todavia, indiferentes do ponto de vista da distribuição dos recursos, correspondendo-lhes diferentes repartições de utilidade entre os indivíduos representados.

Além disso, podemos igualmente verificar que todos os pontos no interior da curva correspondem a situações ineficientes. No entanto, percebemos como há, para cada ponto representado, mais do que um movimento de Pareto possível – nestes casos, todos são considerados como aumentando a eficiência e, no entanto, representam alterações bastantes diversas na repartição dos ganhos de eficiência. No exemplo acima, todos os pontos da curva situados entre A e C correspondem a situações de primeiro óptimo relativamente ao ponto O.

Em terceiro lugar, saliente-se igualmente a incapacidade do critério de Pareto fornecer um critério para aferição de uma mudança de O para, por exemplo, D. É claro que D, sendo um ponto de máxima eficiência, deveria ser preferível a O; todavia, numa perspectiva de movimentos de Pareto, este teria não poderia ser considerado uma melhoria, na medida em que aumenta a utilidade medida em U1, mas diminui a medida em U2.

Vimos como o princípio de Pareto nos indica um critério de eficiência económica – um estado da sociedade será considerado eficiente se não for possível, por uma alteração dos recursos, melhorar o bem-estar de algum indivíduo sem com isso piorar o de outro(s).

A noção de óptimo de Pareto pode ser subdividida em três “óptimos”: a eficiência no consumo, a eficiência na produção e a eficiência geral do mercado<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> A análise do(s) óptimo(s) de Pareto é um tema central e introdutório de todas as obras de economia do bem-estar e economia do ambiente, que não poderíamos deixar de tratar no presente trabalho, ainda que de forma sintética.

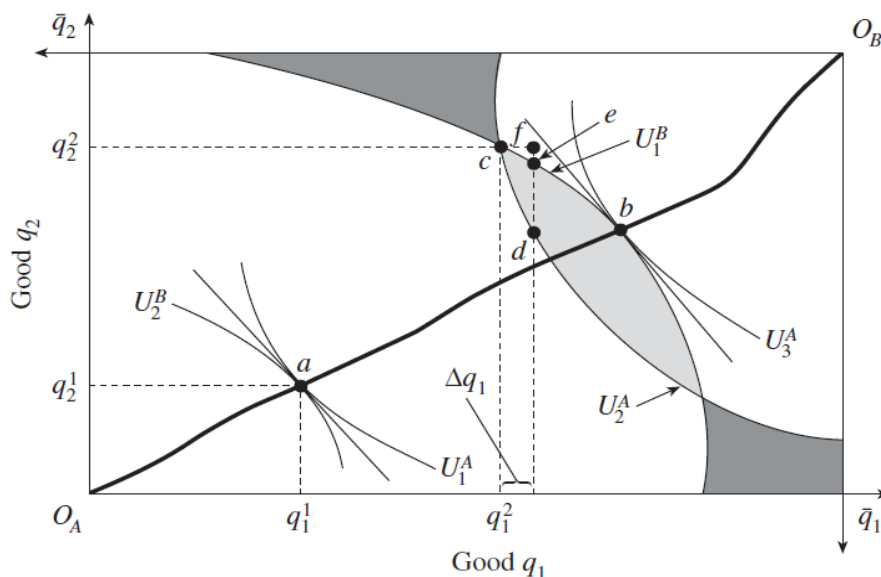
Seguindo de perto a abordagem de Just et al 2004, remetemos o leitor para outras obras de referência no tema como Rowley e Peacock 1975, Boadway & Bruce, 1984, Johansson 1991, Greffe 1994, Feldman e Serrano 2006, Jones 2006, Stiglitz 2000 ou Mankiw 2012.

Uma excelente perspectiva histórica da evolução dos vários conceitos de “óptimo” pode ser encontrada em Mynt 1948, capítulo VII, 94 e ss.

### 2.2.1. Ótimo no consumo

O critério de Pareto é utilizado para determinar a alocação eficiente numa economia de trocas – o chamado “ótimo subjetivo”<sup>15</sup> -, afastando por agora a questão da afectação dos recursos na produção.

Vamos imaginar uma situação em que temos dois indivíduos (A e B) e dois tipos de bens (bem 1 e bem 2). Por facilidade de exposição, imaginemos que a quantidade de bens à disposição dos indivíduos é dada<sup>16</sup>. Os vários pontos de eficiência nas trocas são dados pela conhecida caixa de Edgeworth-Bowley.



Fonte : Juste et al, 16

Com origem em OA temos as várias curvas de indiferença no consumo para o indivíduo A, representando cada uma delas várias combinações possíveis dos dois bens que, do ponto de vista do bem-estar, proporcionam o mesmo grau de satisfação. Curvas mais afastadas da origem representam uma maior utilidade e, nesse sentido, satisfação (UA1, UA2 e UA3, representando satisfação crescente).

<sup>15</sup> “Subjectivo” aqui por contraposição ao “ótimo físico”, relativo ao ótimo na produção. Cfr. Mynt 1948, 96 e ss.

<sup>16</sup> Veremos, quando tratarmos o ótimo de produção, que não é, existindo sempre várias combinações possíveis de bens à disposição na economia, consoante o tipo de utilização que se faça dos recursos. Esses facto não altera, no entanto o presente raciocínio.

Com origem em OB vemos representadas as várias curvas de indiferença do indivíduo B, neste caso representando UB1 E UB2 uma satisfação crescente.

Cada ponto na caixa representa um determinado estado daquela economia de trocas, uma dada distribuição dos bens pelos indivíduos.

A linha mais carregada que passa pelos pontos a e b é a denominada curva de contrato, que é formada pela ligação de todos os pontos de tangência entre as várias curvas de indiferença possíveis dos dois indivíduos. Nestes pontos, o declive da tangente às duas curvas da indiferença é o mesmo, significando isto que a taxa marginal de substituição dos bens é igual para os dois indivíduos, quer dizer, a quantidade que cada um deles está disposto a abdicar de um bem para conseguir mais uma unidade do outro bem é a mesma. Saliente-se, no entanto, que esta taxa marginal de substituição é diversa em cada um dos vários pontos da curva de contrato.

Podemos, neste caso, utilizar o critério de Pareto para comparar estados da economia de trocas. Tomemos o exemplo do ponto c: não sendo as taxas marginais de substituição idênticas entre os indivíduos, a quantidade do bem 2 que A está disposto a trocar por uma unidade do bem 1 (no caso *df*) é superior à quantidade que B está disposto a aceitar para abdicar de uma unidade de 1 (representada por *ef*). Sendo assim, será natural que, num mercado em que todos os pressupostos da concorrência perfeita estejam verificados, essa troca aconteça, já que ambos ficam melhor com a mesma.

Se B só receber o que está disposto a aceitar, esta economia simples passa para a situação representada no ponto *e* este deve ser considerado um movimento de Pareto na medida em que A fica melhor sem que B fique pior.

Se A pagar a B o montante que está disposto a pagar, a economia de trocas passa para o ponto *d*, sendo este igualmente um movimento de Pareto na medida em que B fica melhor sem que A fique pior.

Significa isto que todos os pontos na linha *de* são Pareto superiores a *c*. Pela mesma lógica, todos os pontos na zona a sombreado devem ser considerados Pareto superiores a *c*.

Comparando a situação representada pelo ponto c com as várias possíveis dentro das duas zonas com um sombreado mais escuro, chegamos à conclusão que aquele ponto é Pareto superior a todos os outros, na medida em que, nestes, as curvas de indiferença são mais baixas para A e B, significando isto que uma passagem do ponto c para

qualquer um destes equivaleria a que um dos indivíduos visse o seu nível de satisfação reduzido, sem que o outro melhorasse o seu.

Esta representação permite-nos, então, comparar o ponto  $c$  com todos os outros nas zonas sombreadas, sendo os que estão no sombreado claro Pareto superiores a  $c$  e os que se encontram na zona mais escura Pareto inferiores a  $c$ .

Todavia, e esta é uma das principais limitações do critério de Pareto, não nos permite comparar o ponto  $c$  com todos os demais dentro da caixa, na medida em que uma mudança para qualquer um deles implica necessariamente um aumento do nível de utilidade de um indivíduo e uma diminuição do bem-estar do outro, sendo, nesse sentido, Pareto não comparáveis.

Vimos como devemos distinguir movimento de Pareto com o chamado ótimo de Pareto. Como identificamos aqui o ótimo?

Imaginemos que passámos do ponto  $c$  para o ponto  $e$  por um movimento de Pareto. No ponto  $e$ , as taxas marginais de substituição são ainda diversas, sendo a de  $A$  ainda superior à de  $B$ . Há ainda lugar a mais trocas entre os indivíduos, representando estas ainda movimentos Paretianos. Estas trocas darão lugar a estados da economia representados pelos pontos da curva de indiferença  $UB_1$  entre  $e$  e  $b$ . No ponto  $b$ , como vimos, o montante que  $A$  está disposto a pagar por uma unidade  $a$  mais de 1 é exactamente igual ao exigido por  $B$  para prescindir de uma unidade  $a$  mais de 1. Para além deste ponto, o que  $A$  está disposto a pagar por uma unidade  $a$  mais de 1 é inferior ao que  $B$  está disposto a receber, sendo que, nesse caso, não é possível aumentar a eficiência, não é possível fazer um dos indivíduos melhor sem que o outro fique pior. Este será, então, um ponto de ótimo de Pareto.

Podemos, então, concluir que a condição marginal que se verifica em  $b$  se mantém em todos os demais pontos da curva de contrato, correspondendo estes a pontos de máxima eficiência nas trocas. A máxima eficiência implica, nestes termos, a igualdade das taxas marginais de substituição dos indivíduos.

$$MRS_{q_1 q_2}^A = MRS_{q_1 q_2}^B$$

### 2.2.2. Ótimo na produção

Para além da eficiência nas trocas, é possível realizar uma análise semelhante à anterior relativamente à eficiência na produção, de modo a determinar quais as diferentes combinações de factores que garantam uma produção eficiente. Mantendo o critério de Pareto, isto quer dizer situações em que não seja possível aumentar a produção de um dos bens sem diminuir a produção do outro.

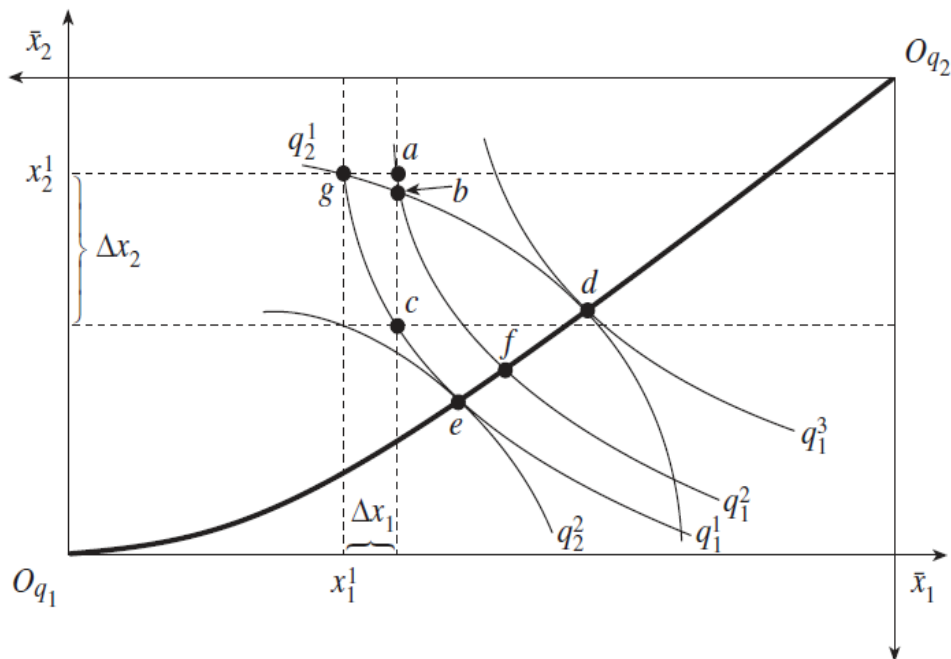
De facto, e relativamente à caixa de Edgeworth-Bowley anterior relativa à eficiência nas trocas, tivemos oportunidade de assinalar que assumiríamos uma quantidade de bens a dividir pelos indivíduos dada. Pode, no entanto, acontecer que seja possível aumentar essa quantidade de bens, quer pelo aumento de um dos bens, quer pelo aumento dos dois (na presença de uma qualquer ineficiência na produção). Em qualquer caso, essa alteração daria lugar a uma alteração na origem OB para a direita, para cima ou para noroeste. Esta situação equivaleria sempre a uma alteração das curvas de indiferença, de modo a que qualquer ponto tangente das mesmas na situação inicial deixaria agora de o ser, sendo agora separados por uma área em forma de lente semelhante à representada a sombreado claro na figura. Conforme vimos no ponto anterior, é possível, neste caso, aumentar o bem-estar de A ou de B sem alterar o bem-estar do outro, ou aumentar o bem-estar dos dois.

Significa isto, em última análise, que os pontos definidos como de máxima eficiência para uma dada combinação produtiva deixam de o ser se essa combinação se alterar.

Donde uma importante conclusão se pode já retirar: a eficiência nas trocas só se manterá se a combinação produtiva subjacente for ela própria igualmente eficiente, isto é, não for possível, com condições tecnológicas dadas e factores de produção em quantidade fixa, aumentar a produção de um bem sem reduzir a produção do outro (ou aumentar a produção dos dois).

Urge determinar, então, as condições dessa eficiência na produção.

Para tal utilizamos uma técnica semelhante à anterior – a caixa de Edgeworth-Bowley



Fonte: Just et al., 19

Nos eixos estão representados os factores de produção, sendo que com origem em  $O_{q1}$  temos as isoquantas de produção do bem 1 e com origem em  $O_{q2}$  estão representadas as isoquantas de produção do bem 2. Qualquer ponto dentro da caixa representa, assim, uma específica combinação de factores para a produção dos dois bens.

A leitura é igualmente semelhante à anterior: também aqui o ponto  $g$  não representa uma combinação eficiente porque, a partir dele, é possível encontrar outras combinações de factores que permitam a produção de maior quantidade do bem 1, do bem 2 ou de ambos. E não é um ponto de máxima eficiência porque, tal como nas trocas, não existe aqui igualdade das taxas marginais de substituição, neste caso das taxas marginal de substituição técnica<sup>17</sup> dos dois factores de produção considerados – a taxa de substituição técnica do factor  $X1$  por  $X2$  na produção do bem 1 é superior à mesma taxa de substituição para o bem 2, isto é, é possível, sem diminuir a produção de 2 (isto é, mantendo-nos na isoquanta  $q_2^1$ ), aumentar a produção do bem 1 até ao nível da isoquanta  $q_1^3$ , situação representada pelo ponto  $d$ .

Neste ponto  $d$ , como em qualquer outro ponto da curva de contrato, as taxas marginais de substituição técnica dos factores de produção são iguais, não sendo possível, por uma

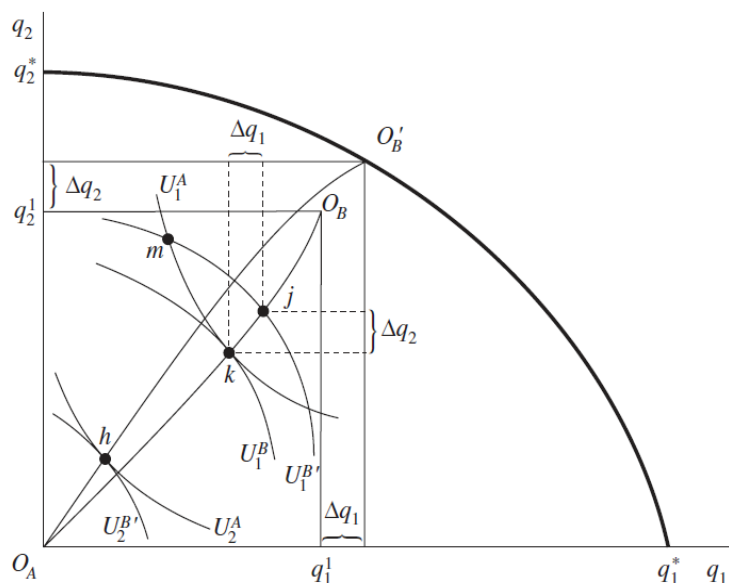
<sup>17</sup> Dada pela inclinação da curva da isoquanta nesse ponto. Cfr. Stiglitz 2000, 69.

diferente alocação dos factores, aumentar a produção de um bem sem diminuir a produção do outro. Tal como vimos para o caso das trocas, todos os pontos da curva de contrato representam, assim, situações de máxima eficiência na produção, dada por:

$$RTS_{x_1x_2}^{q_1} = RTS_{x_1x_2}^{q_2}$$

### 2.2.3. Óptimo geral de equilíbrio

É comum representar os vários pontos de máxima eficiência na produção de uma outra forma, com referência, não aos factores, mas aos próprios tipos de bens considerados. É a chamada curva ou fronteira de possibilidades de produção que, no caso em apreço, teria a seguinte representação gráfica:



Fonte : Just et al, 20

Nos eixos estão agora representados os dois tipos de bens analisados (bem 1 no eixo horizontal e bem 2 no eixo vertical). A situação de todos os recursos estarem aplicados à produção do bem 2 é representada pelo ponto  $q_2^*$  (que correspondia ao ponto Oq1 na caixa), sendo a afectação de todos os factores à produção de 1 representada pelo ponto  $q_1^*$  (que correspondia, por sua vez, ao ponto Oq2 na caixa).

A situação inicial de produção no ponto g na caixa está agora representado pela caixa com origem em OA e OB, distribuído de forma eficiente no ponto K. Uma alteração para a situação representada pelo ponto f na caixa corresponde a uma alteração da

origem para  $OB'$ . Esta alteração, por sua vez, implica uma alteração da curva de utilidade de B de  $U_1^B$  para  $U_1^{B'}$  e o consumo inicial passa para o ponto  $j$ . Esta alteração (passar de uma alocação ineficiente de bens para uma produção de máxima eficiência) significa que a dotação inicial de bens à disposição de A e B é agora superior, sendo, portanto, possível atribuir mais bens a A, a B, ou a ambos.

Todavia, embora o ponto  $g$  não corresponda a uma situação de eficiência na produção, o critério de Pareto não nos permite concluir que o movimento de passagem do ponto  $g$  para um ponto de eficiência na produção é um movimento de Pareto na medida em que não conhecemos a distribuição efectiva do resultado dessa maior eficiência produtiva – de facto, pode acontecer que, embora a dotação total de recursos seja superior, a distribuição dos mesmos seja (re)feita de forma a que um indivíduo fique pior, caso em que o critério de Pareto não está cumprido. Tal acontecerá, no nosso exemplo, se o novo equilíbrio se estabelecer no ponto  $h$ , sendo A prejudicado.

Quer isto dizer que não podemos identificar qualquer movimento de Pareto resultante de uma diferente dotação inicial de bens (resultante, por exemplo, da eliminação de ineficiências produtivas), sem saber como é que a distribuição final desse conjunto de bens irá ser realizada.

Quando, então, é que é atingido o óptimo geral, o “optimum optimorum”?

O máximo de eficiência será conseguido quando dois requisitos cumulativos se verificarem: a alocação de factores seja feita de forma a que não seja possível, com uma diferente distribuição dos mesmos entre a produção dos dois bens, produzir mais de um sem reduzir a produção do outro, por um lado, e a distribuição desse resultado da produção, isto é, a distribuição dos bens produzidos de uma forma eficiente, seja feita de modo a que não seja possível aumentar o bem-estar de um indivíduo sem piorar o do outro, por outro lado. Vimos que isto equivale a dizer que as taxas marginais de substituição técnica entre os factores têm que ser iguais e que as taxas marginais de substituição dos bens pelos indivíduos têm igualmente que ser iguais.

A partir da fronteira de possibilidades de produção podemos traçar a taxa marginal de transformação<sup>18</sup> dos dois bens, que reflecte a taxa a que um bem pode ser trocado por outro, com uma determinada quantidade de factores. Serão possíveis movimentos de

---

<sup>18</sup> Que corresponde à inclinação da fronteira de possibilidades de produção nesse ponto. Cfr. Stiglitz 2000, 72.



Pareto quando a quantidade a mais que pode ser produzida de um dos bens for superior ao montante que um indivíduo está disposto a aceitar para receber menos essa unidade. Isto é, o ponto de equilíbrio de eficiência corresponderá à situação em que a taxa marginal de substituição dos bens (pelos indivíduos) é igual à taxa marginal de transformação desses bens pelas empresas. Ou seja,

$$MRT_{q_1 q_2} = MRS_{q_1 q_2}^A = MRS_{q_1 q_2}^B$$

Como se compreenderá, esta definição não corresponde uma única situação de máxima eficiência: pelo contrário, a cada ponto da fronteira de possibilidades de produção corresponderá um ponto da caixa de Edgeworth-Bowley em que esta equivalência se verifica, isto é, corresponderá a uma específica distribuição dessa combinação produtiva pelos indivíduos.

### 2.3. O Critério de Pareto em Economias de mercado

Vimos como se podem definir movimentos de Pareto, por um lado, e pontos de máxima eficiência de Pareto nas trocas, na produção e em geral.

A questão pode, então, ser reconduzida ao seguinte: cada óptimo na produção tem associado um determinado óptimo nas trocas, na distribuição dos bens pelos indivíduos. Por outro lado, vimos como o critério de Pareto não serve para averiguar sobre as várias possibilidades de óptimos possíveis.

Nesse caso, haverá duas formas de conseguir a eficiência (um dos seus vários pontos possíveis): ou uma autoridade central define a alocação de recursos entre a produção dos bens e a posterior distribuição do resultado dessa produção pelos indivíduos, no caso de uma economia de direcção central (ver autor que falal disto); não sendo esse o caso, impõe-se averiguar até que ponto são as ditas economias de mercado capazes de atingir esse equilíbrio eficiente.

Esta questão prende-se, como é sabido, com a conhecida imagem da mão invisível de Adam Smith – até que ponto as economias de mercado contêm um mecanismo intrínseco que faz com que, procurando cada indivíduo a maximização da sua utilidade e cada empresa a maximização do lucro (princípio utilitarista cuja pressuposição perpassa toda a teoria da economia do bem-estar), o mercado consegue, simultaneamente, atingir um equilíbrio que é de primeiro óptimo de Pareto.

Com vista a essa demonstração, é necessário assumir, primeiro, um conjunto de pressupostos sobre as condições de funcionamento do mercado idealizado – a concorrência perfeita – e sobre os modos de actuação dos agentes económicos. Estas constituem as premissas básicas da economia do bem-estar: um mercado a funcionar em condições de concorrência pura e perfeita, por um lado e agentes racionais maximizadores da utilidade segundo o princípio económico, por outro lado<sup>19</sup>.

Aceitando essas premissas, o chamado primeiro teorema<sup>20</sup> da economia do bem-estar afirma que qualquer equilíbrio atingido neste tipo de mercado é um equilíbrio de primeiro óptimo de Pareto.

Relativamente ao equilíbrio nas trocas, é demonstrado que, uma vez que o preço dos bens é único no mercado, sendo um dado para cada um dos agentes no mercado<sup>21</sup>, e dadas as restrições orçamentais dos indivíduos, a taxa marginal de substituição entre os bens é igual ao quociente dos preços dos bens em questão no mercado, isto é

$$MRS_{q_1 q_2}^A = MRS_{q_1 q_2}^B = p_1/p_2$$

A mesma lógica pode ser utilizada relativamente ao equilíbrio na produção. De facto, sendo dados os preços dos factores de produção, as empresas (maximizadoras de lucros) tenderão a escolher a combinação dos mesmos que garanta a igualdade entre a taxa marginal de substituição técnica entre os factores e os seus preços relativos, isto é

$$RTS_{x_1 x_2}^{q1} = RTS_{x_1 x_2}^{q2} = p_{x1}/p_{x2}$$

Além disso, e mantendo o pressuposto de empresas maximizadoras de lucros, vimos que o ponto de equilíbrio de eficiência geral corresponde ao ponto no qual a taxa marginal de substituição entre bens das empresas é igual à taxa de substituição entre bens dos indivíduos, o que nos leva a concluir que o mercado de concorrência pura e perfeita atinge o equilíbrio num ponto em que as taxas marginais de substituição entre

<sup>19</sup> É a chamada economia de Arrow-Debreu. Para o desenvolvimento do conceito e dos pressupostos da mesma ver, entre outros, Myles 1995, 20 e ss.

<sup>20</sup> Recorde-se que um teorema é, por definição, uma proposição lógica na qual as conclusões derivam dos pressupostos assumidos. Daí que a grande discussão se faça em torno desses mesmos pressupostos: até que ponto se verificam nas economias reais e até que ponto o afastamento de um deles influencia as próprias conclusões. Essa tem sido, de resto, a grande tarefa dos economistas da dita “mainstream economics”. Note-se, no entanto, que a análise feita partilha dos mesmos princípios básicos do individualismo (mais ou menos desenvolvido no utilitarismo), por um lado, e do critério de Pareto, por outro. Esses nunca são postos em causa...

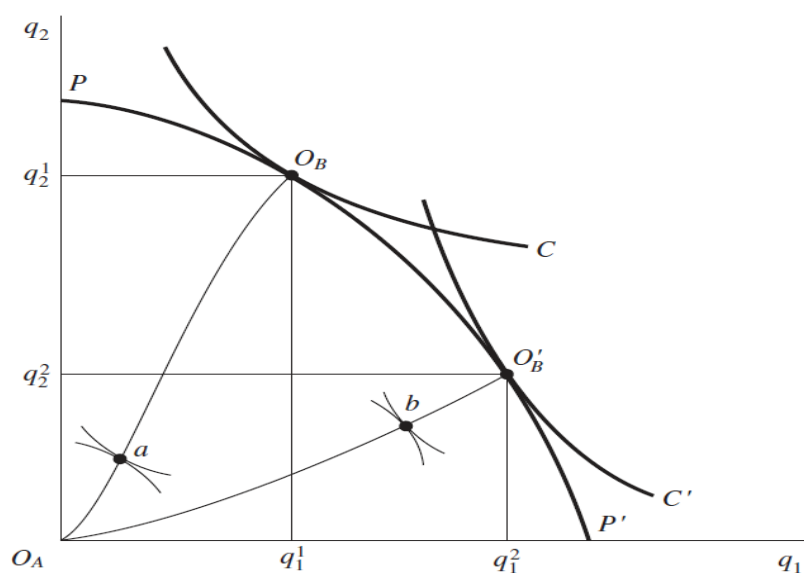
<sup>21</sup> Para a importância da verificação deste pressuposto ver, entre outros, Mynt 1948, 98.

bens de empresas e indivíduos são iguais e correspondem ao quociente dos preços relativos dos bens de equilíbrio de mercado, ou seja

$$MRT_{q_1q_2} = MRS_{q_1q_2} = p_1/p_2$$

Está, então, provado o primeiro teorema da economia do bem-estar: o equilíbrio competitivo do mercado garante um ponto de máxima eficiência de Pareto.

Todavia, a defesa dos mecanismos de mercado como garantes da eficiência baseia-se ainda num outro teorema, o chamado segundo teorema da economia do bem-estar, que afirma que qualquer ponto de máximo equilíbrio de Pareto pode ser atingido pelos mercados através de uma determinada distribuição inicial dos recursos e um vector preço. Esta ideia, fundamental para a economia pública, pode ser representada da seguinte forma:



Fonte : Just et al, 29

Os pontos OB e OB' são dois exemplos de máxima eficiência de Pareto, cada um determinado a partir de uma distribuição inicial de factores, correspondendo a distribuição dada pelo ponto a a OB e a distribuição em b a OB'.

Este segundo teorema assume uma importância vital na questão das funções do Estado. De facto, se os mercados conseguem realizar o equilíbrio de máxima eficiência a partir de qualquer dotação inicial de factores, não fará sentido uma entidade central

planificadora da economia: bastará ao estado definir a dotação inicial que entenda desejável e deixar os mecanismos de mercado funcionar...<sup>22</sup>.

Esta mesma ideia é, de resto, evidente num diagrama já bem conhecido do equilíbrio de preços em mercado de concorrência perfeita.

Diagrama livro Dr Porto

No gráfico estão representadas as curvas da procura (D) e da oferta (S). Como sabemos, a curva da procura identifica as várias quantidades de um bem procuradas pelos indivíduos no mercado aos vários preços possíveis, sendo de inclinação negativa (as quantidades procuradas variam de forma inversa aos preços). Por seu lado, a curva da oferta indica as várias quantidades que as empresas estão dispostas a oferecer aos vários preços possíveis, sendo de inclinação positiva (as quantidades procuradas variam no mesmo sentido da variação dos preços). Sabemos igualmente que a curva da procura se identifica com a curva da utilidade marginal do bem, enquanto que a curva da oferta se identifica com a curva dos custos marginais desse bem.

Mantendo o princípio da racionalidade económica dos agentes, os consumidores estarão dispostos a comprar enquanto o preço de mercado (o seu custo) for superior à utilidade marginal que tiram desse bem. Por sua vez, os vendedores estão dispostos a vender enquanto o seu custo marginal for inferior à receita marginal que obtêm pela venda, que no caso da concorrência perfeita se identifica com o preço de mercado.

Nestas condições, o preço de equilíbrio é aquele em que benefícios e custos marginais se parificam, quer dizer, é aquele que garante o equilíbrio ex ante entre o que os vendedores estão dispostos a vender e o que os compradores estão dispostos a comprar.

De facto, o ponto de equilíbrio de mercado é aquele em que nenhum outro benefício marginal é possível para vendedores e compradores, maximizando ambos o seu comportamento. Não sendo possível nenhum ganho suplementar, a afectação de recursos será, então, óptima.

Quer dizer, quando os produtores produzem as quantidades .. e as vendem ao preço ... o mercado está numa situação de equilíbrio que corresponde a (um) óptimo de Pareto.

Além disso, se o mercado está a funcionar numa situação diversa daquele ponto, os próprios mecanismos de mercado o farão ajustar para o mesmo – se o preço está acima

---

<sup>22</sup> Como bem salienta Stiglitz, “if the conditions assumed in the second welfare theorem were valid, the study of public finance could be limited to an analysis of the appropriate governmental redistribution of resources”. Cfr. Stiglitz 2000, 61.

do preço de equilíbrio, os produtores serão levados a aumentar as quantidades oferecidas, provocando uma diminuição do preço; se está abaixo, o excesso de procura face à oferta levará a um aumento do preço.

#### 2.4. O princípio compensatório

Todavia, a critério de Pareto, se é certo que permite ordenar estados da sociedade, não permite uma ordenação completa, na medida em que não se pronuncia relativamente a situações que introduzem uma alteração na dotação inicial de factores e que, por isso, vão trazer vantagens a uns indivíduos, mas igualmente desvantagens a outros.

Ora a maioria das vezes os decisores estão perante escolhas deste tipo: perante uma qualquer falha de mercado geradora de ineficiências, têm ao seu dispor instrumentos que podem corrigir essas falhas, aumentando a eficiência na alocação. Todavia, não o conseguirão fazer não prejudicando ninguém, isto é, haverá sempre indivíduos prejudicados pela política em causa. Seguindo o critério de Pareto, tal política não será desejável na medida em que a sociedade não fica melhor. Duas posições nas quais os indivíduos tenham ganhos e perdas em termos de utilidade são Pareto não comparáveis. Todavia, percebemos intuitivamente que esta não é, igualmente, a melhor solução para o problema – é um dos casos em que “o óptimo é inimigo do bom”.

Uma solução para esse problema é-nos dada pelo princípio da compensação de Kaldor-Hicks -Scitovsky<sup>23</sup>. Uma alteração é considerada melhor se os beneficiados puderem (potencialmente) compensar os prejudicados sem que estes fiquem em condições de, pagando de volta, “comprar” uma re-alocação para o estado inicial<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Em 1941 Scitovsky demonstrou o que ficou conhecido como o “paradoxo do reverso”: não basta demonstrar que os ganhadores podem potencialmente compensar os perdedores, pois existem situações em que, apesar de isto ser possível, a situação a que se chega não é de equilíbrio, na medida em que os perdedores podem “comprar” a reversão. Para uma análise mais detalhada do problema ver, por exemplo, Just et al 2004, 35 e ss.

Saliente-se ainda que o critério da compensação é igualmente insatisfatório se a política em questão não tiver como alternativa uma opção de primeiro óptimo, mas apenas situações de segundo óptimo, nas quais o equilíbrio se atinge num ponto da curva de indiferença não tangente à fronteira de possibilidades de produção. Nesses casos, o critério é não transitivo (não dá uma única ordenação). ESTÁ DITO MAIS À FRENTE.

<sup>24</sup> Saliente-se que este critério é possível apenas na medida em que verifiquem os pressupostos do chamado *segundo teorema da economia do bem-estar*, que afirma que os mercados são capazes de atingir o ponto óptimo de Pareto a partir de uma qualquer dotação inicial de factores e um vetor de preços de equilíbrio. Isto, claro, mantendo os pressupostos anteriores, nomeadamente o da curva da

Kaldor e Hicks desenvolveram um critério alternativo ao de Pareto<sup>25</sup> para determinar o aumento de eficiência de movimentos entre estados da economia. Segundo este critério, se os ganhos dos beneficiados com o movimento forem superiores às perdas dos prejudicados com os mesmos, é possível, em teoria, que aqueles compensem estes últimos pelas suas perdas e, ainda assim, fiquem melhor. Tal acontecerá, em geral, sempre que do novo ponto de equilíbrio seja acessível um outro que, esse sim, possa ser definido como superior em termos Paretianos ao primeiro<sup>26</sup>.

Note-se que esta compensação é apenas potencial – quando a compensação é real estamos, de facto, perante uma melhoria em termos Paretianos na medida em que, no final, todos ficam melhor sem que ninguém fique pior.

Este critério sofre, no entanto, de uma fragilidade, o chamado paradoxo do reverso – em muitos casos, se os ganhadores podem potencialmente compensar os perdedores, a verdade é que estes últimos estão igualmente em condições de potencialmente pagar aos vencedores para não alterar o estado da economia. Consideremos o seguinte exemplo:

Gráfico pag 26 Per-Olov

Como se pode verificar, se é certo que, na passagem de A para B os vencedores podem compensar os perdedores, a verdade é que o reverso também se aplica: B é também preferível a A, na medida em que existe também uma realocação possível, neste caso C, que é Pareto superior a A<sup>27</sup>.

Para evitar este paradoxo, é normal adicionar um outro requisito ao critério de Kaldor-Hicks, agora Kaldor-Hicks-Scitovsky: um estado da economia será preferível a outro se os vencedores puderem compensar os perdedores, sem que estes fiquem em condições

---

procura contínua e convexa em relação à origem. Para curvas da procura com sentidos e inclinações variáveis, por exemplo, não se conseguindo estabelecer preços de equilíbrio, os teoremas em análise não se verificarão.

O que reconduz o leitor para o tema das políticas de redistribuição de rendimentos.

<sup>25</sup> Embora normalmente se fale no critério Kaldor-Hicks, deve salientar-se que este critério é composto, na realidade por dois critérios, desenvolvidos separadamente pelos dois autores. Para um desenvolvimento dos critérios de Kaldor (1939) e de Hicks (1940) ver, por exemplo, Jones 2006, 11 e ss ou Feldman e Serrano 2006, 199 e ss.

<sup>26</sup> Note-se que este é, em rigor, o critério de compensação definido por Samuelson. Cfr. Feldman e Serrano 2006, 202-204.

<sup>27</sup> Note-se que este paradoxo ocorrerá apenas nalgumas situações: na realidade, ele nunca ocorre quando o movimento é de um ponto que não é de máxima eficiência de Pareto para outro que o é. Além disso, mesmo em movimentos entre pontos que não são de máxima eficiência o mesmo só ocorrerá em determinados casos, nomeadamente aqueles que operem uma grande alteração na distribuição de rendimentos. Para mais desenvolvimentos ver, entre outros, Just el al 2004, 36 e ss, Feldman e Serrano 2006, 200 e ss ou Jones 2006, 11 e ss.

de, pelo mesmo mecanismo da compensação, fazer retornar a economia ao ponto inicial. Quer dizer, X é preferível a Z se X for preferível a Z pelo princípio da compensação, mas Z não for superior a X pelo mesmo princípio.

Mas o princípio da compensação também não responde de forma completa ao problema da ordem de preferências da sociedade – todas os pontos identificáveis como de máxima eficiência Paretiana são não comparáveis entre si quer sob o critério de Pareto, quer de acordo com o princípio da compensação.

Exemplo gráfico figura 3.2 pagina 25 Per-Olov Johanson “An Introduction to modern Welfare economics”

Os pontos A, B e C são não comparáveis de acordo com os dois critérios.

Todos os pontos ao longo da fronteira de possibilidades de produção entre A e C cumprem o critério de Pareto relativamente ao ponto O.

O ponto D é não comparável em termos de eficiência de Pareto relativamente ao ponto O. Daí que muitas vezes se afirme que o critério de Pareto proteja o status quo (os pontos de máxima eficiência não são comparáveis, mas a verdade é que eles correspondem a distribuição de factores muito diversa; por outro lado, mesmo em caso de forte crescimento económico, isto é, em situações de novas fronteiras de produção, mais afastadas da origem, o critério de Pareto não é satisfeito pelas alocações que partam de uma muito diferente distribuição inicial de factores, o que inviabiliza, também nestes casos, a atenuação das desigualdades mantendo embora a eficiência).

Saliente-se, por fim, que o critério da compensação é igualmente insatisfatório se a política em questão não tiver como alternativa uma opção de primeiro óptimo, mas apenas situações de segundo óptimo, nas quais o equilíbrio se atinge num ponto da curva de indiferença não tangente à fronteira de possibilidades de produção. Nesses casos, o critério é não transitivo (não dá uma única ordenação).

De qualquer forma, e ainda que não ermita uma ordenação completa, o princípio compensatório afirmou-se como critério quase generalizado de aferição de eficiência de política(s) pública(s), estando na base das sobejamente conhecidas análises custo-benefício. De facto, aceitando como pressupostos os dois teoremas fundamentais, este princípio fornece um critério para situações de intervenção dos estados para suprir falhas dos mercados ou para eliminar ou diminuir imperfeições dos mesmos – tais intervenções serão eficientes se os ganhos (de uns) excederem as perdas (de outros). A

“neutralidade” da ciência económica seria, assim, mantida, na medida em que os economistas não se deviam ocupar com a averiguação da bondade desta redistribuição do bem-estar: essa seria uma tarefa para os decisores políticos que, com os dados fornecidos pela “ciência económica”, deveriam determinar se a compensação efectiva seria, ou não, desejável (recorde-se que para preenchimento do critério basta que essa compensação seja possível). Mas isso estaria dentro de uma outra “função” dos Estado: a chamada função redistributiva, não sendo nunca um critério de eficiência económica qua tale.

Note-se, no entanto, que dificilmente se pode aceitar a neutralidade de tal critério. Na verdade, e porque o mesmo *justifica* medidas que são, *de facto*, redistributivas (na medida em que diminuem o bem-estar de uns e aumentam o de outros), o argumento que a compensação é hipoteticamente possível de pouco ajuda (especialmente os indivíduos prejudicados pelas mesmas)<sup>28</sup>. Por outro lado, o critério não fornece, em si, qualquer indicação sobre a forma como essa compensação deve ser feita. De facto, e embora Kaldor defenda que essa compensação deveria ser medida em termos monetários, a verdade é que existem muitas formas possíveis de proceder à mesma, todas com vantagens, inconvenientes e custos associados. Em última análise, essas próprias formas de operação da compensação deveriam ser, elas próprias, sujeitas ao critério da compensação...

## 2.5. A Função de bem-estar social

Chegamos, então, à conclusão que nem o critério de Pareto nem o critério potencial de Pareto nos permitem ordenar todas as possibilidades de situações de mercado, a começar pela impossibilidade de ordenar entre si as próprias hipóteses de primeiro óptimo.

Além disso, a aceitação do princípio compensatório levanta a questão do *trade-off* entre eficiência e equidade, na origem de muitas discussões de política pública (relativas, por um lado, à própria natureza desse *trade-off* e ao quantum de eficiência será admissível

---

<sup>28</sup> Nesse sentido, ver Boadway & Bruce, 1984, 4



sacrificar em nome da equidade e, por outro lado, ao valor relativo de um aumento de desigualdade face a um aumento de eficiência)<sup>29</sup>.

Aquilo que necessitamos é, então, de uma função de bem-estar social, isto é, de uma função, como a que definimos para cada indivíduo, que ordene as preferências, mas agora que ordene as preferências do conjunto de indivíduos que compõem a sociedade<sup>30</sup>, uma função de preferências agregada.

---

<sup>29</sup> Para desenvolvimentos sobre esta discussão ver, entre outros, Stiglitz 2000, 94 e ss.

<sup>30</sup> Pelo menos dos que a compõem actualmente, ignorando embora o problema que se coloca relativamente às preferências das gerações vindouras, muito relevante em termos de bens ambientais. Para desenvolvimentos, ver, por exemplo, Kolstad 2011, pag. 60. Para uma aplicação das questões do bem-estar social intertemporal às questões ambientais, ver Arrow et al 2004 (“Are we consuming too much?”, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 18, nº 3). Analisando a questão do consumo sustentável, e na tentativa de encontrar uma medida para a questão do “consumo excessivo”, os autores analisam vários critérios possíveis: critério maximizador do valor presente (que, utilizando a lógica da compensação, afirma que estaremos perante consumo excessivo se, baixando o consumo e aumentando o investimento em bens de capital, a utilidade futura gerada for suficiente para compensar a perda presente de utilidade, mesmo que esta seja já descontada). O leitor é remetido para estudos empíricos de análises custo-benefício que estimam o bem-estar social intertemporal de determinadas reformas políticas. Por exemplo, Dasgupta 2001a, Arrow, Dasgupta e Maler, 2003b.

Um outro critério possível é o chamado critério da sustentabilidade. Utilizando a noção de sustentabilidade da Comissão Brundtland (Relatório da Comissão Mundial do Ambiente e Desenvolvimento 1987) segundo a qual desenvolvimento sustentável é aquele que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras satisfazerem as suas próprias necessidades, o critério recomenda a manutenção da chamada *base produtiva* da sociedade, isto é, a não degradação a *riqueza genuína* da mesma. O que admite vários modelos de desenvolvimento e até, sublinham os autores, o crescimento em níveis não óptimos de eficiência. Todavia a aplicação prática deste critério é bastante problemática, em especial a questão da medição da quantidade de stocks de bens de capital existentes, nomeadamente quando esses bens são reservas de recursos naturais.

Os autores referem a possibilidade de estender o critério da sustentabilidade por forma a tomar em consideração alterações na própria população humana, mas salientam as enormes dificuldades que tal desiderato apresenta.

É ainda possível tomar em consideração as alterações tecnológicas como extensão ao mesmo critério da sustentabilidade.

Os autores concluem, no entanto, que a satisfação de um critério não implica necessariamente a satisfação do outro, o que significa, na prática, que um determinado projecto que “passe” o teste da análise custo-benefício pode, no entanto, não ser sustentável na medida em que diminui o bem-estar futuro. Os autores concluem, então, que “the standard policy remedies for improving economic efficiency – like establishing property rights, addressing externalities and so fourth – do not guarantee sustainability”. (Arrow et al 2004, 155)

Todavia, é de salientar que, após analisar quais os factores que mais influenciam o consumo excessivo relativamente a cada um dos critérios, os autores chegam à conclusão que alguns são comuns aos critérios em causa, sendo o mais relevante a subvalorização dos recursos naturais.

Daí que os autores concluam que “Although the implementation of public policies that satisfy a benefit-cost test does not in theory guarantee sustainability, such policies do not necessarily conflict with sustainability. Indeed, our sense is that policies of this sort – especially those that deal with underpricing of natural resources or environmental amenities – will improve matters along the sustainability dimension.” (Arrow et al, 2004, 169.

É comum definir três propriedades a esta função (a chamada função Bergson-Samuelson): é necessário, por um lado, que o nível de bem-estar social dependa exclusivamente do nível de utilidade dos indivíduos que a compõem (e daí ser *individualista*); por outro lado, que o bem-estar social aumente à medida que o nível de utilidade de cada indivíduo também aumenta (cumprindo, desta forma, o critério de Pareto), o que significa, por outro lado que, tal como as curvas de indiferença individuais, também a curva de indiferença social será de inclinação negativa – para que se garanta o mesmo nível de bem-estar, se um indivíduo fica pior, é necessário que outro(s) fique(m) melhor; em terceiro lugar, e devido a questões de desigualdade social, a intensidade desta taxa de substituição não é estável, o que configurará curvas de indiferença convexas em relação à origem.

Todavia, a questão da função de bem-estar social está longe de ser pacífica. Na verdade, e porque o que a construção destas funções implica é a definição da forma como a sociedade aceita trade-offs entre níveis de utilidade dos vários indivíduos que a compõem, este é um dos temas mais fracturantes entre os diferentes autores.

Just et al referem três dessas tentativas: a perspectiva subjectiva, a abordagem axiomática e a de justiça moral<sup>31</sup>.

A primeira, como o próprio nome indica, procura construir uma função social com base na valoração ética de um determinado indivíduo ou grupo de indivíduos (que pode ser o estado, enquanto ente colectivo). Os primeiros autores (por exemplo Betham 1823) limitaram-se a construir a função social a partir da soma de utilidades individuais – é o chamado utilitarismo; note-se que isto não quer dizer que seja indiferente o aumento de uma unidade de um determinado bem para um indivíduo e a redução da mesma unidade do mesmo bem para outro – de facto, se o segundo indivíduo tem menores rendimentos do que o primeiro a diminuição de utilidade deste segundo indivíduo será maior do que o aumento de utilidade do primeiro (na medida em que as utilidades marginais dos indivíduos dependem do seu nível de rendimento, da sua restrição orçamental). O que significa é que as utilidades dos dois indivíduos devem ser pesadas de igual forma<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Para um tratamento da matéria ver igualmente Boadway & Bruce, 1984, capítulo 6, Stiglitz 2000, capítulo 5 ou Jones ..., 26 e ss.

Para uma representação gráfica dos vários tipos de curvas de indiferença social associadas a cada uma destas perspectivas ver Stiglitz 2000, 101.

<sup>32</sup> Nesse sentido Stiglitz 2000, 102.

Ainda na perspectiva subjectiva, outros<sup>33</sup>, como Donaldson, procuraram integrar nessa função elementos de aversão à desigualdade na distribuição dos factores (dando, portanto, mais “peso” à utilidade dos mais desfavorecidos). O problema com este tipo de abordagem é a definição da desigualdade “aceitável”.

A abordagem axiomática procura a construção de um modelo matemático que, a partir de um dado conjunto de axiomas ou pressupostos acerca das preferências individuais e da forma como estas devem contar para a sociedade, estabeleça uma ordem completa de estados sociais. Nesta perspectiva enquadra-se o famoso Teorema da impossibilidade de Arrow, que demonstra a impossibilidade de construção de um tal modelo de hierarquização de estados da sociedade<sup>34</sup>. De facto, se as funções de utilidade individual são ordinais<sup>35</sup> e não comparáveis, a única forma de as agregar é através de um “ditador”<sup>36</sup>, isto é, de uma entidade que decida o peso de cada uma delas e, em caso disso, quais as preferências individuais que terão que ser desconsideradas.

A terceira perspectiva, baseada em ideias de imparcialidade e justiça económica, defende que o teorema de Arrow se deve ao facto de as maiorias actuarem de forma egoísta ignorando os interesses das minorias. A solução seria, então, encontrar formas de eliminarem esse comportamento, seja pela do tratamento simétrico dos indivíduos, seja pela construção da chamada função do bem-estar social “justo”, seja pela famosa teoria da justiça de Rawls, que defende que o bem-estar da sociedade seja avaliado pela função de utilidade da pessoa mais desfavorecida dessa sociedade (nessa medida, o bem-estar da sociedade só será melhorado se a utilidade do indivíduo menos favorecido aumentar, independentemente dos ganhos para os demais indivíduos)<sup>37</sup>.

A verdade, todavia, é que a própria ideia de construção de uma função do bem-estar social é profundamente criticada, por dois motivos fundamentais<sup>38</sup>: em primeiro lugar,

---

<sup>33</sup> Ver, por exemplo, Blackorby e Donaldson 1990, “A review article: the case against the use of the sum of compensating variations in cost-benefit analysis”, *Canadian Journal of Economics*, 23, 3, 471, 494.

<sup>34</sup> Note-se que o teorema demonstra que tal construção é impossível de se mantiverem os pressupostos: modelo completo, unanimidade, inexistência de ditadura, universalidade, transitividade e independência de alternativas irrelevantes. Inúmeros são os estudos que, depois de Arrow, tentaram relaxar os pressupostos numa tentativa de aproximação a uma função social. Para uma análise mais detalhada, ver, entre outros, Broadway e Bruce 1984 (“Welfare Economics” – tenho de arranjar) ou Just et al 2004, 42 e ss.

<sup>35</sup> Isto é, apenas referem a preferência de uma situação relativamente a outra ou, noutros termos, são binárias, não integrando questões de *intensidade* das preferências.

<sup>36</sup> O teorema da impossibilidade aplica-se igualmente em situações de maioria.

<sup>37</sup> Para um desenvolvimento ver, entre outros, Stiglitz 2000, 102, Just et al 2006, 42 e 43,

<sup>38</sup> Cfr. Stiglitz 2000, 101 e ss.

devido ao problema da possibilidade de comparações de utilidade interpessoais. Na verdade, a construção de curvas de bem-estar social pressupõe não só a possibilidade de medição da utilidade individual como também a possibilidade de comparar níveis diferentes de utilidade de indivíduos diversos<sup>39</sup>. Perante estas dificuldades, a solução aparentemente mais fácil será defender que os economistas não devem cuidar deste problema, limitando-se a identificar quem são os ganhadores e os perdedores. Em segundo lugar, há ainda a questão de saber quem define essa função social; na verdade, cada indivíduo terá uma perspectiva pessoal sobre os níveis aceitáveis de desigualdade numa sociedade. Perante esta diversidade, coloca-se o problema de saber até que ponto devem ser os economistas a definir esse nível<sup>40</sup>.

### 3. Os mercados reais e as falhas de mercado

#### 3.1. Introdução: a questão ambiental

Por outro lado, a mesma economia dita “normativa” reconhece que os mercados reais não são perfeitos, sendo antes caracterizados pela existência das chamadas imperfeições de mercado. A teoria económica procura então estudar essas imperfeições de mercado para procurar encontrar formas de as corrigir. Por vezes é possível operar essa correcção nos próprios mercados; noutros casos os mercados revelam-se claramente incapazes de o atingir. De todo o modo, é reconhecido que nos casos de imperfeições de mercado é necessário que uma outra entidade, “acima” dos mercados e independente destes, actue sobre os mesmos – uma das funções do Estado na economia é precisamente corrigir essas imperfeições dos mercados.

Ora no caso em preço – questões ambientais – o problema reconduz-se ao reconhecimento de duas imperfeições a operar em simultâneo: a existência de externalidades, por um lado, e o reconhecimento do carácter de bens públicos<sup>41</sup> à larga maioria dos bens ambientais, por outro.

---

<sup>39</sup> Problema que se coloca, refira-se, não só quando queremos comparar a perda de utilidade de um indivíduo com o ganho de outro, mas igualmente no modelo de Rawls, para determinar o indivíduo mais desfavorecido da sociedade, isto é, aquele cujo nível de bem-estar é menor. Para desenvolvimento do problema ver, por exemplo, Stiglitz 2000, 103.

<sup>40</sup> Para desenvolvimento desta questão ver, por exemplo, Stiglitz 2000, 104.

<sup>41</sup> Muitos deles, aliás, bens públicos globais. Remeter para artigo com a Matilde.

O que temos, então, é uma ineficiência dos mercados porque não conseguem internalizar os custos ambientais (ou a sua totalidade), sendo o custo marginal social superior ao custo marginal privado.

Se pensarmos que a eficiência dos mercados depende desse custo marginal, vemos como qualquer alocação de recursos que não tenha em consideração os verdadeiros custos não poderá ser nunca eficiente.

Por outro lado, temos as consequências económicas do facto de muitos desses bens ambientais serem públicos – eles não têm mercado e, portanto, não têm preço. Não é que o preço seja importante em si, mas ele é importante porque nos permite determinar a sua utilidade e dela depende a chamada renda do consumidor. Ora o bem estar é determinado pela diferença entre renda do consumidor e custo marginal...

O resultado é que, em termos gráficos, a sobreposição de dois problemas: por um lado, a curva dos custos marginais determinada de forma incompleta; por outro lado, a curva da utilidade marginal indefinida...

O que a economia do ambiente procura fazer é construir essas duas curvas.

### 3.2. Externalidades

#### 3.2.1. Conceito: as externalidades como fonte de ineficiência

Numa época em que a maioria dos autores defende veementemente a bondade e eficácia dos mecanismos do mercado, o próprio Smith teve já uma visão, ainda que pouco nítida de uma das principais “falhas de mercado” (expressão que mais tarde viria a ser utilizada para designar as circunstâncias que concorrem para que os mecanismos do mercado não funcionem ou funcionem deficitariamente, a um nível abaixo do possível e desejado). De facto, é o próprio defensor da mão invisível que refere como função do Estado “the ... duty ... of erecting and maintaining those publick institutions and those publick works which, though they may be in the highest degree advantageous to a great society are, however, of such a nature, that the profit could never repay the expense to any individual or small number of individuals should erect or maintain”<sup>42</sup>.

Todavia, só Sidgwick e Marshall, no final do século XIX e, de forma definitiva, com Pigou na década de 20 do século XX, foi identificado pela ciência económica o

---

<sup>42</sup> Apud MIDDLETON, 1996, 52.

fenómeno das externalidades, um conceito que viria a ser um dos mais estudados e debatidos ao longo do século passado pelos economistas das mais variadas áreas.

Embora a definição de externalidade seja (ainda) uma questão não consensual<sup>43</sup>, podemos aceitar, para a presente análise, que existe uma externalidade (ou um efeito externo) nos casos em que as decisões de consumo ou produção de um agente económico afectam, inintencionalmente, a utilidade ou a fronteira de possibilidades de produção de outro agente (caso esse outro seja, respectivamente, um consumidor ou um produtor) de forma não reflectida pelos mercados, isto é, sem que o causador de tal alteração compense (pague) ou seja compensado por esse efeito<sup>44</sup>.

Significa isto, então, que temos que abandonar um dos pressupostos da teoria da eficiência económica dos mercados, nomeadamente o que afirma que as funções de utilidade e produção dos agentes são típicas<sup>45</sup>, dependendo as primeiras do nível de consumo do próprio indivíduo e as segundas da quantidade de factores que o produtor utiliza<sup>46</sup>. De facto, na presença de externalidades há como que uma transferência de bens ou prestação de serviços entre os agentes que afectam as suas funções de utilidade e produção não sendo realizadas, porém, no quadro dos mecanismos de mercado<sup>47</sup>.

Ora, como vimos, o afastamento dos pressupostos da teoria da eficiência dos mercados põe em causa a sua conclusão, a própria eficiência dos mesmos. É neste sentido, aliás, que Buchanan e Stubblebine (1962) definem externalidade, não pelas suas características, mas pelos seus efeitos – uma externalidade existe quando, em situações de equilíbrio de concorrência, as condições de alocação óptima dos recursos não se verificam. Nestes termos, a existência de externalidades faz com que o equilíbrio de

<sup>43</sup> Para uma análise das várias (tentativas de ) definições na literatura económica do século passado ver, entre outros Misham 1971, Laffont 1977 ou Baumol e Oates 1988. Embora a definição esteja, hoje em dia, mais consensualizada, a verdade é que podemos ainda encontrar algumas nuances, em especial quanto aos requisitos de externalidade.

<sup>44</sup> Note-se que, como Perman et al 2003 salientam, esta definição enquadra, na realidade, uma redundância: na verdade, sempre que há não intencionalidade, haverá simultaneamente não compensação ou pagamento. Concordamos, todavia, que é importante manter o critério da não compensação na própria noção de externalidade para salientar uma importante consequência em termos do seu tratamento em sede de política pública, nomeadamente a presença de uma qualquer forma de compensação (embora não necessariamente para o agente afectado) de forma a eliminar a inintencionalidade. Cfr. Perman et al 2003 (2011), 134.

<sup>45</sup> Inserir nota com referência bibliográfica.

<sup>46</sup> Em termos formais, essas função são representadas por:

$$U^A = U^A (X^A, Y^A)$$

$$X = X (K^X, L^X)$$

<sup>47</sup> Aragão 1997, 33 que conclui poderem reconduzir-se as externalidades a *res derelictae*.

mercado se faça a um nível sub-ótimo, quer dizer, que os mercados não atinjam, por si próprios, o ótimo de Pareto. No caso de externalidades positivas, o equilíbrio de mercado será atingido num ponto de subprodução relativamente ao ótimo; no caso de externalidades negativas, o mesmo levará a uma sobreprodução do bem (neste caso, do mal) em causa.

E isto porque os agentes económicos não tomam em consideração a totalidade dos efeitos dos seus comportamentos. Assim, no caso de externalidades positivas, o agente que as origina não se consegue apropriar das mesmas; no caso das externalidades negativas, o agente produtor não as inclui nos seus custos internos e, portanto, não as reflecte no mercado através dos preços, que serão demasiado baixos, encorajando uma procura superior ao desejável, procura essa que será, naturalmente, correspondida por uma oferta também ela superior ao socialmente desejável.

Há duas grandes linhas de pensamento relativamente às causas dessa ineficiência.

Por um lado, temos os autores que, na linha de Pigou, salientam a não intencionalidade e conseqüente não compensação das mesmas como principal fonte de ineficiência. De facto, dado que não há compensação para o agente causador de uma externalidade positiva ou pagamento por parte do que gera uma externalidade negativa, esses mesmos agentes não tomam em consideração, nas suas decisões, as externalidades. Quer dizer, os agentes são induzidos em erro por um preço de mercado incorrecto. A conclusão lógica desta linha de argumentos é, como se compreende, que o que é necessário para corrigir essa falha de mercado, essa externalidade, é fazer com que o agente causador da mesma inclua essa compensação/pagamento na sua decisão – este é o argumento na base do princípio do poluidor-pagador, do imposto ecológico e da ideia de pagamento pelos serviços dos ecossistemas.

Por outro lado, outros autores centram o discurso no facto de as externalidades envolverem a inexistência de direitos de apropriação<sup>48</sup>, o que as torna um exemplo de um mercado incompleto. Nestes termos, a correcção das externalidades poderá ser conseguida, *pelos mercados*, uma vez que sejam atribuídos direitos de apropriação sobre os bens em causa, direitos caracterizados pela exclusividade, transmissibilidade e segurança. Esta é, como é sabido, a orientação da chamada teoria de Coase.

---

<sup>48</sup> Para um desenvolvimento desta perspectiva ver, por exemplo, Heller e Starrett 1976, 10 e ss.

De todo o modo, ambas as perspectivas aceitam um ponto, introduzido inicialmente por Buchanan e Stubblebine (1962): a correcção das externalidades não implica necessariamente a sua eliminação total, mas apenas que estas sejam corrigidas para um nível que permita a eficiência dos mercados. Conseguida essa alteração no nível de produção de externalidades, se bem que não podemos dizer que estas foram eliminadas, podemos afirmar que elas não constituem já falhas de mercado. A este propósito fala-se, então, em *externalidades não relevantes do ponto de vista de Pareto* ou *infra-marginais*. Veremos esta questão mais pormenorizadamente de seguida.

É necessário, no entanto, um ponto prévio: as formas de correcção propostas dependem largamente do tipo de externalidade em causa, pelo que, antes de podermos avançar para estas, devemos ainda tentar uma classificação dos tipos de externalidades existentes.

### 3.2.2. Diferentes classificações de externalidades

A classificação dos tipos de externalidades não é, de todo, unânime. De facto, dada a complexidade do tema e a diversidade de situações da vida real que abrange, os vários autores elaboram classificações diversas em função do tipo de análise que pretendem realizar. Não sendo, no entanto, esse o tema central do presente trabalho, utilizaremos a classificação mais utilizada, introduzindo, sempre que necessário, algumas especificidades atinentes à problemática em apreço, nomeadamente a de averiguar a forma de corrigir eventuais externalidades geradas pelos contratos públicos (quer directamente, isto é, na própria execução do contrato, quer indirectamente, a montante do mesmo, no ciclo de vida dos bens objecto do mesmo).

Uma primeira classificação muito controversa é entre externalidades *tecnológicas* e externalidades *pecuniárias*, sendo estas últimas caracterizadas pelo facto de o efeito externo gerado envolver uma alteração no preço dos bens<sup>49</sup>. Esta não é, todavia, uma verdadeira classificação de externalidades: embora as ditas externalidades pecuniárias

---

<sup>49</sup> Esta distinção, proposta por Viner (1931) e reforçada por Skitovsky (1954), veio clarificar a “controvérsia das garrafas vazias” introduzida por Clapham (1922) e que mereceu uma forte reacção do próprio Pigou. Em causa estava a questão das economias de escala enquanto externalidades – estas, na medida em que configuram situações em que a compra de um bem por A pode fazer o preço desse bem descer para B, devem ser consideradas externalidades pecuniárias. Para mais desenvolvimentos ver Baumol e Oates 1988 (que preferem, no entanto, o termo “convencionais” para as externalidades tecnológicas), Ellis e Fellner 1943 ou Bator 1958.



compreendam efeitos externos da acção de uns sobre a utilidade de outro(s), este tipo de efeitos externos não é, em rigor, uma externalidade. De facto, imaginando um indivíduo que gosta muito de um determinado bem, é certo que o aumento da procura desse bem vai ter um efeito negativo na sua utilidade, mas esse efeito faz-se por via do sistema dos preços – a sua utilidade vai diminuir porque, devido ao aumento da procura, o preço do bem aumenta, diminuindo as quantidades que ele pode consumir do mesmo. Esta não é, todavia, uma situação de externalidade no sentido de falha de mercado, na medida em que ela não coloca em causa a eficiência do mercado<sup>50</sup>: o mercado era eficiente ao nível inicial de preços, sendo que o aumento de preço vai apenas gerar um novo equilíbrio de eficiência, isto é, vai apenas fazer com que se passe de um ponto óptimo de Pareto para outro ponto da mesma curva<sup>51</sup>.

Em segundo lugar, as externalidades podem ser *positivas* ou *negativas*. De facto, embora em matéria ambiental as mais notórias sejam as externalidades negativas, nomeadamente a poluição, a verdade é que existem igualmente externalidades positivas, quer dizer, casos em que a acção de um agente (consumidor ou produtor) tem efeitos não intencionais benéficos sobre a utilidade ou a produção de outros (consumidores ou produtores). Os exemplos mais conhecidos são as externalidades provocadas pela inovação tecnológica ou, em geral, pelo aumento do conhecimento e formação dos trabalhadores. É de referir, no entanto, que também em matéria de sustentabilidade se debate cada vez mais um tema relacionado com externalidades positivas da acção

---

<sup>50</sup> Note-se, contudo, que isto não quer dizer que as externalidades pecuniárias não possam corresponder a falhas de mercado. Pelo contrário, e como vimos, o exemplo das economias de escala configura uma “típica” falha de mercado, mas não uma externalidade *stricto sensu*: o que acontece é que, nestes casos, temos que abandonar um dos pressupostos da concorrência perfeita. No mesmo sentido ver Bator 1958 ou Heller e Starrett 1976, 16.

Significa que apenas as externalidades tecnológicas comprometem o mecanismo de mercado que garante que o processo produtivo transforma *inputs* em níveis de utilidade para os membros de uma comunidade – no caso de uma externalidade tecnológica a sua existência afecta o nível de factores necessários para a produção de uma determinada quantidade de bens; já uma externalidade pecuniária apenas implicará uma transferência de rendimento na sociedade. Em última análise, enquanto as externalidades pecuniárias envolvem um movimento ao longo da fronteira de possibilidades de produção (mantendo, claro, os pressupostos da concorrência perfeita), as externalidades tecnológicas implicam uma alteração dessa fronteira. Para mais desenvolvimentos ver Baumol e Oates 1988, 29 e ss ou, salientando como, num mercado com informação imperfeita, estas externalidades podem gerar ineficiências (através das chamadas “externalidades na informação” que é transmitida pelo mecanismo dos preços), Laffont 1994, 30.

<sup>51</sup> Note-se que dizer que este efeito externo não afecta a eficiência do mercado não significa, como sabemos, que ele não tem consequências a nível distributivo – claro que o terá, ficando o indivíduo claramente pior, mas essa é, como vimos igualmente, uma questão de que deva cuidar a análise económica da eficiência.

humana – a proposta de pagamentos/recebimentos pelos serviços dos ecossistemas, ao aceitar que se deve pagar a quem promove a sustentabilidade dos ecossistemas, está a reconhecer a presença de uma externalidade positiva e a defender que a mesma deve ser paga<sup>52</sup>. No presente trabalho ocupar-nos-emos sobretudo das externalidades negativas pelo facto de ser relativamente a estas que se colocam as maiores questões quanto à possibilidade da sua inclusão (ou, se preferirmos, internalização) nos mercados públicos, mas isso não significa que as externalidades positivas não sejam igualmente potencialmente importantes e que não existam formas de, nos mercados públicos, as “internalizar”.

Outra classificação possível de externalidades refere-se às características dos efeitos em causa – fala-se em externalidades *privadas* e *públicas*. De facto, as externalidades podem ter, em certos casos, características de bens públicos<sup>53</sup>, nomeadamente não rivalidade e não excluibilidade<sup>54</sup>. Tratando o presente trabalho da introdução de considerações de sustentabilidade ambiental nas compras públicas, trataremos a questão no caso de externalidades negativas.

O efeito externo negativo terá, então características de não rivalidade sempre que o consumo por parte de um indivíduo desse bem (neste caso mal) não diminui a quantidade desse efeito disponível para os outros indivíduos, não existindo, por isso, qualquer benefício de oportunidade social<sup>55</sup> com o seu consumo. O exemplo mais evidente será a poluição atmosférica: se, por exemplo, uma fábrica emite emissões poluentes para a atmosfera, essa poluição irá afectar todos os indivíduos que vivem perto da referida fonte, sendo que o facto de um indivíduo ser afectado por essa poluição não diminui em nada o grau de afectação dos demais indivíduos<sup>56</sup>; por outro lado, o facto de mais indivíduos se mudarem para essa área não altera o nível de poluição atmosférica a que cada um está sujeito.

---

<sup>52</sup> Remeter para Aragão.

<sup>53</sup> Classificação que se assemelha, em muitos aspectos, à denominada “criação de atmosfera” por oposição aos factores não pagos de Meade 1952.

<sup>54</sup> Nordhaus caracteriza, de resto, os bens públicos como externalidades, na medida em envolvem efeitos para outras pessoas que não os agentes da actividade em causa. Nordhaus 2005, 3.

<sup>55</sup> Benefício de oportunidade social aqui entendido por oposição a custo de oportunidade social associado ao consumo de bens (e não males) rivais. Para desenvolvimento ver, por exemplo, Kolstad..., 95.

<sup>56</sup> Daí que Baumol e Oates refiram, para este caso, o termo “undepletable externality”. Cfr. Baumol e Oates 1988, 19.

Podemos, no entanto, imaginar uma hipótese de poluição com características de rivalidade: algumas emissões poluentes para a atmosfera vão depois depositar-se nos solos, diminuindo a sua produtividade. É claro que os montantes de poluentes que se depositem no campo de um agricultor não irão afectar os demais campos agrícolas na área. Nesta medida, podemos dizer que a deposição dos poluentes num determinado campo agrícola constitui um benefício de oportunidade social.

As externalidades terão a característica da não exclusão sempre que não é possível (ou, sendo possível, é muito difícil ou muito oneroso) permitir que só alguns indivíduos sejam afectados por esse efeito externo, ou, posto de outra forma, permitir que alguns indivíduos paguem para não serem afectados por esse efeito.

Mas as externalidades podem igualmente assumir a forma de um bem privado, rival e excluível no consumo: basta pensar no exemplo do lixo (particular ou de uma empresa) depositado no terreno contíguo de um vizinho. Não haverá dúvida que se trata de uma externalidade, na medida em que diminui a utilidade que o vizinho pode retirar do seu terreno, mas é certo igualmente que esse efeito externo é rival (o lixo depositado no terreno de um vizinho não poderá ser depositado noutra local) e excluível (basta ao vizinho colocar uma cerca que impossibilite o acesso ao terreno para evitar esta externalidade<sup>57</sup>).

Uma terceira e não menos importante classificação é feita de acordo com o tipo de efeitos gerados, distinguindo-se entre externalidades *estáticas* e *dinâmicas*<sup>58</sup>. Assim, enquanto as primeiras se referem àquelas com danos localizados, reversíveis e, portanto, mais facilmente previsíveis, já as segundas provocarão danos prolongados, imprevisíveis e irreversíveis<sup>59</sup>. Esta classificação é importante, como veremos, na

---

<sup>57</sup> Neste exemplo a externalidade será igualmente *transferível*, na medida em que o vizinho a pode transferir para outro indivíduo (por exemplo, mudando o lixo de lugar para um outro terreno que não seja seu).

<sup>58</sup> Embora Ellis e Fellner (1943) quando inicialmente propuseram esta classificação as classificassem meramente como *reversíveis* ou *irreversíveis*, o desenvolvimento da teoria económica enquadrando nesta classificação outras componentes.

Utilizando os termos adoptados, por exemplo, Saraiva 2012, 663.

<sup>59</sup> Sobre as emissões de GEE enquanto externalidade de stock, Nordhaus 2005. O autor salienta as principais dificuldades que estas externalidades apresentam: os seus stocks acumulam-se de forma lenta e por vezes quase imperceptível, sendo os efeitos sentidos apenas quando se ultrapassa uma determinada quantidade acumulada desse stock. Nesse momento pode ser já tarde demais, sendo os efeitos irreversíveis (por exemplo, a extinção de uma espécie, depois de ocorrer, não pode ser revertida). Por outro lado, é ainda muito difícil a previsão com acuidade da exacta relação causa-efeito entre emissão poluente e dano resultante, agravada pelo enorme hiato temporal que pode existir entre

medida em que, se no caso de externalidades estáticas será relativamente simples a sua quantificação, a previsão dos danos totais que lhe podem ser associados e, portanto, alguma determinação de um valor monetário para esses danos, já nos casos das segundas essa é uma tarefa muito mais complexa, cujos resultados serão sempre aproximações de um valor monetário de uma estimativa de dano que, por sua vez, depende de escolhas subjectivas (de quem realiza os estudos).

Por fim, podemos classificar as externalidades de acordo com a origem e destinatários desses efeitos externos. Assim, podemos ter na origem os consumidores ou os produtores, podendo os efeitos afectar igualmente consumidores ou produtores (ou ambos).

Assim, as *externalidades consumidor-consumidor* serão aquelas provocadas durante o consumo de um determinado bem que afectam o nível de satisfação de outro consumidor, que afectam a sua função de utilidade<sup>60</sup>.

Será o caso de dois vizinhos, um dos quais, A, toca saxofone e pratica bastante e o outro, B, não gosta de música, apreciando antes o silêncio. Sempre que A toca em casa, B consegue ouvi-lo.

Por sua vez, por externalidades produtor-produtor referem-se os efeitos que a produção de um bem pode ter na fronteira de possibilidades de produção de outro<sup>61</sup>.

Imaginemos o caso de duas indústrias, uma lavandaria e uma indústria de aço, ambas localizadas nas margens de um mesmo rio. Na ausência de qualquer externalidade, qualquer uma das duas pode maximizar a sua produção, sendo esta independente da produção da outra. Todavia, tal pode não acontecer – tal será o caso se a indústria de aço realizar descargas de produtos químicos nas águas do rio, produtos esses que irão comprometer a produção de roupa lavada da lavandaria (que por hipótese utiliza a água do mesmo rio para lavar a roupa e está situada a jusante da empresa poluidora).

Esta situação pode ser representada na seguinte figura:

Fig pag 93 Kolstad

---

causa e efeito - daí que o autor as caracterize como “externalidades no tempo”, por contraposição aos bens públicos globais, que serão “externalidades no espaço”, mas com o mesmo “problema de Westfália”.

<sup>60</sup> Em termos formais podemos representá-las como originando uma função no consumidor que sofre esses efeitos externos do tipo:  $U_A(X_A, Y_A, X_B)$ .

<sup>61</sup> Em termos formais,  $X(K_X, L_X, Y)$ .

Como podemos observar, na ausência de externalidades a produção das duas empresas é totalmente independente uma da outra (situação I). Todavia, se a poluição dificultar a lavagem da roupa, vemos como o aumento da produção de aço vai fazer com que a produção da lavanderia diminua. Esse efeito externo pode ser relativamente pequeno, como no caso II, ou pode ser suficientemente forte para gerar uma não convexidade nas combinações produtivas possíveis<sup>62</sup>, como o representado no caso III.

De qualquer forma, temos sempre a função de produção da lavanderia afectada por uma variável (no caso a poluição da água do rio) que é determinada por outro produtor.

Em terceiro lugar, falamos de externalidades produtor-consumidor(es), aquelas provocadas pelos produtores na utilidade dos consumidores<sup>63</sup>, que correspondem à imagem que todos temos da poluição como fonte de danos para a população em geral.

Mantendo o exemplo da indústria de aço que polui o rio, podemos encontrar externalidades deste terceiro tipo: de facto, se esse rio é utilizado pela população de uma localidade vizinha para banhos no Verão, a poluição do mesmo vai afectar o nível de utilidade dos banhistas.

Esses efeitos externos são representados na seguinte figura:

Fig pag 94 Kolstad

Na figura estão representadas duas curvas de indiferença dos utilizadores do rio. Como podemos ver, a poluição do rio diminui a sua utilidade, sendo necessárias quantidades cada vez maiores de outros bens<sup>64</sup> para manter o seu nível de utilidade total idêntico. Isto até um determinado ponto, a partir do qual o rio está tão poluído que não é pura e

---

<sup>62</sup> Embora a questão das não convexidades na produção seja extremamente importante nomeadamente pelos problemas que coloca ao funcionamento do próprio sistema dos preços (dado que, aos vários preços possíveis, não haverá uma equivalência entre as quantidades que os consumidores desejam comprar e as quantidades que produtores desejam vender), não trataremos no presente trabalho tal problemática. Como nota, diremos apenas que a convexidade pressupõe que a linha recta traçada entre qualquer dos pontos de uma curva de situe inteiramente dentro dessa mesma curva, o que não é, como podemos ver, o que se passa no exemplo III.

A importância da questão levou Bator a basear a sua classificação de externalidades na existência de não convexidades – é essa a característica das chamadas externalidades técnicas, que se distinguiriam das de propriedade e das relativas a bens públicos. Cfr. Bator 1958, 363 e ss.

Para um aprofundamento da questão ver, entre outros, Baumol e Oates 1988, Acocella 1998, 96 e ss.

<sup>63</sup> Em termos formais:  $U^A(X^A, Y^A, X)$ .

<sup>64</sup> Laffont refere, a propósito do mesmo exemplo, que os banhos em água mais poluída implicam um consumo adicional de vitaminas (Laffont 1994, 8). Não pondo em causa o possível efeito das vitaminas na saúde dos banhistas, pensamos podemos alargar bastante o leque de bens cujo consumo deve aumentar para manter o nível de utilidade dos indivíduos – esses bens podem não estar, de todo, relacionados com a saúde...

simplesmente possível nadar nele. A partir desse ponto temos uma externalidade geradora de não convexidade no consumo<sup>65</sup>.

De qualquer modo, o que todos estes tipos de efeitos externos têm em comum é que a acção de um agente provoca efeitos no nível de utilidade/produção de outro(s), efeitos esses que não são tomados em consideração pelo seu produtor.

### 3.3. O óptimo social na presença de externalidades

Vimos até agora como a presença de externalidades afecta a eficiência dos mercados. Centrando a presente análise nos casos de externalidades negativas, essa ineficiência ocorre porque o agente gerador das mesmas não toma em consideração os custos acrescidos provocados noutros agentes, o que faz com que os custos marginais totais não se equiparem: os custos marginais considerados são os custos privados e não os custos marginais sociais, superiores àqueles.

Como pode, então, ser conseguida a eficiência dos mercados?

A teoria económica define, como vimos, uma solução como eficiente se ela maximiza os benefícios líquidos para a sociedade, sendo o benefício líquido dado pelo total de benefícios menos o total dos custos. Essa maximização dá-se, nos termos dos teoremas da economia do bem-estar e nos seus pressupostos, pelo preço de equilíbrio em mercados perfeitamente concorrenciais.

Vimos atrás a regra que determina essa eficiência: a equiparação de custos marginais com benefícios marginais, o que, em concorrência perfeita, equivale a dizer que a máxima eficiência se consegue pelo preço de equilíbrio entre procura (que representa o benefício marginal agregado) e oferta (que representa, por sua vez, os custos totais marginais).

Sendo certo que um dos pressupostos de que partimos atrás não se verifica agora, nomeadamente a inexistência de externalidades, a verdade é que se verifica que essa regra vale igualmente na presença de externalidades, sendo a questão agora apenas a consideração dos custos marginais totais (privados e externos). Quer dizer, a eficiência

---

<sup>65</sup> Não convexidade da curva de indiferença significa que a recta que liga dois pontos da mesma curva não se localiza totalmente acima desta, como acontece no caso da zona mais à direita das curvas representadas. Relativamente à questão das não convexidades, veja-se nota 50 supra.

do mercado atinge-se pela *internalização*<sup>66</sup> dessas externalidades negativas, pela consideração no mercado da totalidade dos custos que uma determinada acção provoca em termos sociais. Será, então, tarefa dos economistas a construção de uma nova curva dos custos marginais, ajustada à existência de externalidades negativas (ou, no caso de externalidades positivas, uma nova curva de benefícios marginais).

Podemos ver como essa internalização de externalidades sociais aumenta o bem-estar geral através de uma figura:

Que a nova situação de equilíbrio conduz a um ganho de bem-estar em termos líquidos pode ser demonstrado com uma outra figura:

Figura Just et al pag 530

Na figura temos representadas algumas curvas de custos: MPC, que representa o custo marginal privado; MEC, que representa o custo externo marginal<sup>67</sup> e MSC que, como indicado, representa os custos marginais sociais (a soma dos custos marginais privados e externos). Para além disso, vemos igualmente representada uma curva da procura típica, isto é, de inclinação negativa, que indica que as quantidades procuradas variam em sentido inverso aos preços.

Sem qualquer intervenção para eliminar a externalidade, os produtores irão produzir a quantidade  $q_0$ , que irão vender ao preço  $p_0$ . Sabemos, no entanto, que esse equilíbrio não é de primeiro óptimo, não corresponde ao máximo de eficiência na medida em que, não considerando a totalidade dos custos, não iguala custos marginais com benefícios marginais. Os custos externos de uma tal situação são-nos dados pela área  $k + h$ .

Ao preço  $p_0$ , o óptimo social é dado pela igualdade entre custos sociais marginais e preço, isto é, pela quantidade  $q_1$ . Não será, todavia, esse o equilíbrio de mercado: nesse nível a quantidade que os compradores pretendem comprar é inferior à quantidade que os produtores oferecem. O próprio funcionamento do mercado fará, contudo, com que se encontre uma nova posição de equilíbrio: a quantidade  $q_2$  vendida ao preço  $p_2$ . De

---

<sup>66</sup> Para um tratamento detalhado da internalização de externalidades positivas (utilizando o famoso exemplo de Meade da produção de maçãs e mel) ver Bator 1958, 358 e ss.

<sup>67</sup> Em rigor, a curva dos custos marginais externos não começará, porém, em 0: na verdade, o meio ambiente possui, em regra, a chamada "capacidade de assimilação" que faz com que consiga "internalizar" alguma poluição. Por facilidade de exposição ignoramos no caso a questão. Para um tratamento mais pormenorizado, ver, por exemplo, Turner, Pearce e Bateman 1994, 75 e 147 e ss.

Além disso, saliente-se ainda a importância da consideração dos *custos sociais totais com políticas de abate de poluição*, que serão tendencialmente inferiores aos custos sem qualquer abate. Para desenvolvimentos ver Juste t al 2004, 532 ou Tietenberg 2000, capítulo 15.

facto, esse é o preço que iguala custos e benefícios marginais sociais sendo, então, o preço de equilíbrio ótimo.

Como podemos demonstrar que esse equilíbrio tem efeitos líquidos positivos no bem-estar social? Teremos que averiguar quais os efeitos dessa alteração nos vários agentes<sup>68</sup>.

Os produtores ficam beneficiados: os seus custos de produção diminuem pelas áreas  $g+h$ ; as suas receitas, por seu turno, diminuem por efeito da diminuição da produção (e vendas) e aumentam por efeito do aumento do preço. A diminuição é dada pelas áreas  $f+g+h$ ; o aumento de receitas é dado pelas áreas  $a+b$ . Em termos líquidos, os produtores aumentam os seus ganhos numa área igual a  $a+b-f$ .

Por seu turno, os consumidores perdem o equivalente às áreas  $a+b+c$  como resultado da diminuição no consumo e aumento do preço. As áreas  $a+b$  são, então, transferência dos consumidores para os produtores.

Mas os consumidores são, igualmente, afectados pelos efeitos externos. Nessa medida, eles ganham com a eliminação da poluição o equivalente à área  $h$ .

Em termos líquidos, temos, então, que o resultado para a sociedade em geral corresponde à diferença entre as áreas  $h-c-f$ , que corresponde, por sua vez, à área  $m$  (uma vez que, por construção,  $h=c+f+m$ <sup>69</sup>). Quer dizer, a internalização da dita externalidade (a consideração dos seus custos pelo mercado) tem um efeito de bem-estar líquido positivo. Este será, então, um movimento de Pareto<sup>70</sup>.

Note-se, no entanto, que, como vimos anteriormente, o ótimo da Pareto não tem qualquer juízo em termos de equidade: quer dizer, se bem que a sociedade como um todo vê o seu bem-estar melhorar, isso não quer dizer que alguns indivíduos não sejam prejudicados. A avaliação das consequências sociais das medidas que garantem esse máximo de eficiência terá que ser realizada pelo decisor político, que pode, em última análise, escolher um outro modo de agir se entender que as consequências seriam inaceitáveis.

---

<sup>68</sup> Na presente análise, e por facilidade de exposição, vamos assumir a correspondência entre a curva da procura  $D$  e a curva da procura compensada. Trataremos, todavia, a questão da curva da procura compensada em ....

<sup>69</sup> Cfr. Just et al 2004, 531.

<sup>70</sup> Em rigor é um movimento potencial de Pareto, na medida em que, como vimos, embora o resultado líquido seja positivo, há quem ganhe e há quem perca com o mesmo.



Mas então uma importante conclusão é inevitável: mesmo em caso de externalidades ambientais negativas (poluição) a teoria económica diz-nos que a solução óptima do ponto de vista da eficiente alocação de recursos não é a eliminação completa dessa externalidade, mas antes uma redução da sua produção para quantidades “óptimas”.

Introduzir citação da Alexandra Aragão que está na tese da Rute Saraiva.

Veremos, contudo, como, pelo menos em determinadas situações, se impõe abandonar o critério da eficiência económica<sup>71</sup>.

### 3.4. As dificuldades da definição do óptimo social

A verdade é que, mesmo em análises de equilíbrio parcial<sup>72</sup>, a definição, na prática, do “ótimo de poluição” revela-se muito problemática. Esta dificuldade justifica, aliás, que a maioria dos objectivos de redução de emissões sejam baseados em resultados que são reconhecidamente aproximações de um óptimo teórico inidentificável na prática.

Uma primeira e evidente dificuldade resulta dos dados que é necessário recolher para construir as funções de oferta e procura. De facto, é necessário conhecer, com detalhe, a disponibilidade a pagar dos consumidores, que determina a curva da procura, e as funções de custos dos produtores, nomeadamente os custos marginais, que determinam a oferta. A esta dificuldade, comum a qualquer análise de equilíbrio parcial, temos, no entanto, que adicionar uma outra: é que não basta conhecer estas duas funções, temos igualmente que conhecer duas outras: a dos custos sociais das externalidades (de forma a conhecer o custo social marginal dos efeitos externos em causa), por um lado, e a dos custos de abate da poluição por parte das empresas, por outro<sup>73</sup>.

Deixemos, por ora, a primeira questão, que teremos oportunidade de cuidar no ponto... e centremo-nos na segunda: a verdade é que o modelo utilizado há pouco é, na realidade, simplificado. De facto, o óptimo de produção deve ser determinado tendo em

---

<sup>71</sup> Remeter para capítulo da tese.

<sup>72</sup> Sendo as análises de equilíbrio geral muito mais complexas mesmo em situações de mercados ideais, encontramos poucos exemplos na literatura de análises deste tipo que incluam externalidades. Exemplo podem ser encontrados em Baumol e Oates 1988 ou Cornes e Sandler 1996.

Cornes, R. and Sandler, T. (1996) *The Theory of Externalities, Public Goods and Club Goods*, 2nd edition. Cambridge University Press, Cambridge.

<sup>73</sup> Para uma análise dos custos que a assimetria informativa do Estado acarreta e das suas consequências quanto à capacidade de uma concreta configuração das funções referidas ver Saraiva 2012, 669.

conta os custos marginais totais (privados e sociais) incluindo os custos de abate da poluição. De outra forma não faria, aliás, sentido: se há tecnologias de abate de poluição, tornando os custos externos menores, a verdade é que as mesmas aumentam os custos marginais privados. Ora o equilíbrio deve ser encontrado entre essas duas curvas (de custos e de benefícios) ajustadas com os efeitos da introdução das referidas tecnologias. O nível eficiente de poluição é, assim, aquele que minimiza a soma dos custos de abate e custos sociais da mesma<sup>74</sup>.

Tendo em conta que os mercados reais, se são caracterizados pela presença de externalidades, não o são menos pela ausência de perfeita informação, a recolha destes dados é uma tarefa praticamente impossível na prática. São, assim, utilizadas funções que representam uma aproximação da realidade, mais ou menos conseguida em função da maior ou menor opacidade nos mercados.

Todavia, estamos até aqui a pressupor funções convexas. Ora a verdade é que, quer os danos, quer os custos de abate da poluição, podem apresentar não-convexidades o que implica poder não existir um único ponto equimarginal<sup>75</sup>. Relativamente aos custos de abate, um exemplo dessa não convexidade é dado pelos casos de irreversibilidade que tenderão para zero atingido esse ponto<sup>76</sup>.

Em suma, quer devido às dificuldades criadas pela insuficiência de informação, quer pelas colocadas pela própria complexidade dos fenómenos naturais, o estabelecimento de um objectivo de poluição ao nível do óptimo da máxima eficiência económica será, as mais das vezes, um ponto de referência, que servirá como orientador de tentativas práticas de aproximação de valores considerados como razoáveis.

Por outro lado, a verdade é que os decisores políticos têm normalmente objectivos para além da eficiência económica. Como referimos, o nível de máxima eficiência só por mero acaso coincidirá com a concepção de equidade adoptada.

O que justifica que, normalmente, os objectivos fixados pelos decisores (decisores políticos ou agências ambientais) não correspondam ao máximo de eficiência: os

---

<sup>74</sup> Para uma descrição de alguns métodos de estimar os custos de abate num determinado sector, divididos entre “bottom up” (que somam os custos dos diversos tipo de tecnologias possíveis nesse sector por cada uma das indústrias) e “top down” (recorrendo a modelos construídos com base em variáveis pré-determinadas através de uma análise econométrica) e modelos mistos ver Perman et al 2003, 189.

<sup>75</sup> Para desenvolvimentos ver Perman et al 2003, 189 e ss.

<sup>76</sup> Saraiva 2012, 666.

standards ambientais são determinados em função de um conjunto de objectivos, entre os quais se inclui a eficiência económica mas também a equidade e justiça<sup>77</sup>.

Fala-se, a este propósito, na necessidade de definição como critério do standard a implementar, no conceito de *sustentabilidade* ou *desenvolvimento sustentável*, visto como um verdadeiro *jus cogens*. Este critério, certamente mais completo do que o da mera eficiência económica na medida em que, para além de considerações económicas, inclui igualmente preocupações de justiça distributiva intra e intergeracional, não tem, contudo, uma densificação unânime. Abstraindo, por ora, de eventuais divergências relativamente à operacionalização do critério<sup>78</sup>, apresenta-se como definição possível, comum a todas as variantes, a ideia de um desenvolvimento que “satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”<sup>79</sup>. No extremo, o próprio conceito de sustentabilidade a longo prazo, conjugado com a ausência de informação e o problema da irreversibilidade, pode mesmo justificar a aplicação do princípio da precaução em matéria ambiental e, concomitantemente, aconselhar como standard a eliminação total do comportamento em causa.

Assim, sendo as considerações económicas importantes, elas não são decisivas na definição dos standards. Esta perspectiva não implica, todavia, reduzir a importância dos argumentos económicos. De facto, quando, pela complexidade dos problemas e questões envolvendo irreversibilidades, risco e danos futuros, os standards devam ser determinados com base num compromisso político apoiado em dados científicos, a análise económica pode e deve identificar os melhores meios para atingir esses objectivos<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Para não referir outros eventuais objectivos e factores que influenciam a decisão e que se prendem com a influência de “determinados sectores que não apenas jogam com a informação e comunicação da informação ao decisor político como procuram garantir a captação de renda”. Saraiva 2012, 670.

<sup>78</sup> Para uma perspectiva das várias gradações entre uma “weak” uma “strong sustainability” ver, por exemplo, van den Bergh 2010, 2047-2052 ou Pearce et al 2006, 237 e ss.

Demonstrando a dificuldade na definição do “ótimo” de redução de emissões no contexto das alterações climáticas, Ackerman et al 2009.

**ACKERMAN**, Frank [et al.] (2009). *The Economics of 350: The Benefits and Costs of Climate Stabilization, Economics for Equity and the Environment*.

<sup>79</sup> Adoptamos a definição do conhecido “Relatório Brundtland”, produzido para as Nações Unidas em 1987 e que introduziu definitivamente o tema da necessidade de repensar o modelo de desenvolvimento actual.

<sup>80</sup>

Ackerman 2007, 23 e ss, desenvolvendo o argumento, defendem que os custos das emissões devem ser determinados pelo próprio objectivo definido, invertendo a lógica das análises de custo-benefício. Os custos seriam, assim, os custos de mitigação mais caros. No mesmo sentido, Ackerman e Gallagher defendem que os mecanismos económicos de mercado são úteis como meio para atingir um fim pré-determinado, mas não como “blueprint” para a definição desse fim.

Quer dizer, os instrumentos de mercado podem e devem ser utilizados para promover os objectivos ambientais pré-definidos, sempre que se demonstre que, relativamente ao modelo tradicional de comando e controlo, são mais eficientes – essa escolha é uma questão pragmática, dependendo a resposta do tipo de problema ambiental em causa.

Outra coisa é os mecanismos de mercado servirem como “blueprint”, como referência para os próprios objectivos a prosseguir – aqui, segundo os autores, não há espaço para pragmatismo ou pluralismo de estratégia política. Para esta perspectiva, basta “definir correctamente os preços” para que o mercado atinja, automaticamente, a maior eficiência possível, quer dizer, o nível óptimo de poluição. Na base desta confiança nos mercados estão, como vimos, os teoremas básicos da economia do bem-estar cuja verificação os autores contestam, defendendo antes que “the equilibrium of a market economy is not necessarily an ideal outcome, either in theory or in practice”<sup>81</sup>.

Não servindo, então, o mercado como modo de definição dos objectivos ambientais, os autores defendem que existem situações em que seja apropriado “escolher os preços errados” (“getting the prices wrong”).

Por cinco motivos principais:

Primeiro: prevenção de danos irreversíveis e de grandes dimensões (os agentes não se comportam sempre como maximizadores de utilidade; os mercados apenas garantem que as empresas que o não façam serão, a prazo, expulsas do mercado. Os instrumentos económicos recorrem muitas vezes a métodos de tentativa e erro na determinação do montante de incentivo necessário. Esse tipo de risco não pode ser admitido em casos de danos especialmente graves e irreversíveis, como a questão do depósito de lixo com níveis elevados de radioactividade ou a manutenção de uma espécie)

Segundo: danos que se verificam num futuro longínquo

---

<sup>81</sup> Ackerman e Gallagher 2000, 6.

Terceiro: os bens ambientais têm um valor que não é monetizável (críticas aos métodos de monetização, especialmente à avaliação contingente; os preços são estabelecidos independentemente das quantidades, ora no caso de emissões poluentes com efeito de stock o seu valor depende muito dessa quantidade; os autores invocam objecções éticas, filosóficas e religiosas à monetização da vida humana ou outra)

Quarto: mercados voláteis podem levar a uma alocação de recursos ineficiente (o facto de os preços variarem muito cria ineficiência porque não permite a criação de incentivos claros aos agentes)

Quinto: “if it’s not broken, don’t fix it” – se o modelo de comendo e controlo está a resultar não há motivos para alterar a política. Em certos casos eles são mais eficazes do que os instrumentos de mercado. Estas duas estratégias oferecem benefícios diversos: o mercado maximiza a escolha do consumidor e cria incentivos à minimização de custos; o governo pode fornecer bens públicos, minimizar custos de transacção e criar um standard transparente de justiça.

Conclusão: os instrumentos de mercado são adequados quando há risco diminuto de danos irreversíveis, os efeitos mais relevantes se verificam a curto prazo, não existem questões éticas ou filosóficas, os preços não são excessivamente voláteis e a regulação tradicional é cara ou ineficaz (o que acontece especialmente nos casos de tecnologias complexas e em constante evolução com uma incidência territorial diferenciada – aqui as assimetrias de informação justificam o uso de instrumentos de mercado).

Não pensamos, porém, que tal tenha ou sequer deva ser o caso: a forma como se avaliam os custos pode manter os pressupostos da teoria económica, diminuindo apenas a “rigidez” da análise económica relativamente aos objectivos a definir.

#### 4. A internalização das externalidades

##### 4.1. O conceito de internalização de externalidades, rationale económico

Sendo inegáveis as dificuldades e debilidades de qualquer tentativa de definição de um “ótimo de poluição”, é igualmente certo que, na impossibilidade de se atingir a poluição zero, um qualquer objectivo deve ser definido.

Crêterios para aferir os instrumentos de política ambiental: eficácia, eficiência, equidade, proporcionalidade (na sua dimensão de necessidade, adequa o e não excessividade), flexibilidade, custos de informa o e administrativos, aceitabilidade político-institucional e dimensão comportamental (capacidade de , através de incentivos est ticos ou dinâmicos, alterar condutas) – em suma a sua viabilidade. Dias Soares 2001, 221.

Assim, a política ambiental dos Estados ocidentais nas últimas décadas inclui exemplos de centenas de programas, legisla o e regulamenta o que procuram implementar na prática a prossecu o de objectivos, de standards ambientais. Esses standards podem, como vimos, ser baseados numa lógica de pura eficiência económica, mas a análise da prática demonstra que, na maioria das vezes, embora a lógica do óptimo de eficiente esteja presente, outras considera es motivam igualmente a determina o desses objectivos.

De qualquer modo, identificado um objectivo de despolui o, cabe aos decisores políticos a defini o dos meios para o alcançar, a defini o dos instrumentos de política ambiental para atingir os standards definidos. Ora os instrumentos ao dispor do decisor político são, hoje em dia, muitíssimo variados. De facto, e após um período inicial em que a política ambiental se operacionalizava sobretudo pela via da imposi o administrativa de standards, limites de produ o e técnicas de produ o e de abate da mesma (que são já muito variados), os últimos trinta anos viram a aplica o na prática de outro tipo de instrumentos, mais flexíveis, que, não impondo condutas específicas aos agentes, antes procuram incentivar determinados comportamentos pretendidos pelo recurso aos mesmos mecanismos que induzem, em primeiro lugar, a própria produ o em excesso de externalidades ambientais negativas – os mecanismos de mercado e a racionalidade económica dos agentes que operam no mesmo - a maximiza o de resultados com a minimiza o de custos. Estamos a referir-nos   clássica classifica o que divide os instrumentos de política ambiental entre as imposi es administrativas tradicionais e os novos “instrumentos de mercado”.

Estando muito para além do objectivo do presente trabalho uma análise exaustiva aos vários instrumentos de política ambiental existentes, não podemos, no entanto, deixar de referir os mais relevantes, as suas principais características e as vantagens e inconvenientes que tipicamente se atribuem aos mesmos. A inten o será enquadrar o

leitor para a análise do instrumento que, esse sim, é nosso tema central – o uso da contratação pública como instrumento de política ambiental.

#### 4.2. Classificação dos instrumentos de internalização

#### 4.3. Alguns instrumentos em particular

##### 4.3.1. Instrumentos de “command and control”

##### 4.3.2. Instrumentos de mercado

Ganharam força durante a década de 90 do século passado, muito por influência de artigos e conferências enquadrados no chamado “projecto 88” (1988-91)<sup>82</sup>, que incentivou muitos indivíduos e grupos do próprio movimento ambientalista a reconhecer as vantagens da utilização de instrumentos dos próprios mercados para a prossecução de políticas ambientais.

Veremos o funcionamento dos mecanismos tipicamente assumidos como “de mercado”.

##### 4.3.2.1. Fusão entre produtor e sujeito passivo de externalidades

No caso das chamadas externalidades produtor-produtor existe, teoricamente, uma forma simples de realizar esta internalização.

Por facilidade de exposição, vamos assumir uma economia com apenas dois produtores: uma fábrica de papel (A) e uma lavandaria (B). Ambos estão situados nas margens de um rio, localizando-se a lavandaria a jusante da fábrica de papel. A fábrica de papel emite efluentes líquidos que poluem o rio; por sua vez, a lavandaria utiliza a água do rio nas lavagens. É claro que a poluição da água vai afectar a produção de (roupa lavada de) B. Assim, a função de produção de B depende da produção de A.

A internalização da externalidade seria conseguida se as duas empresas se fundissem numa só (por fusão, aquisição ou qualquer outro modo): de facto, se fosse uma só empresa o empresário tomaria em consideração os custos que a sua unidade A provoca na sua unidade B, já que os resultados são consolidados. Para maximizar os lucros, o

---

<sup>82</sup> Stavins et al 1988, 1991.

empresário tenderia então a igualar custos marginais com benefícios marginais, o que resulta, como vimos, numa situação de eficiência<sup>83</sup>.

#### 4.3.2.2. Impostos ambientais

Consideremos, no caso, uma externalidade com origem num produtor que afecta dois consumidores<sup>84</sup>, de forma a podermos analisar uma externalidade com as características de bem público (isto é, em que não existe rivalidade e excluibilidade no consumo).

Nestes casos, será necessária uma intervenção do estado no sentido de limitar a produção da dita externalidade, nomeadamente através de alguma agência governamental. Existindo vários mecanismos de limitar a produção de emissões poluentes, o mais óbvio dos quais a sua pura e simples proibição, analisaremos, contudo, um mecanismo que utiliza ainda o mercado como veículo de actuação – o imposto ambiental.

Por facilidade de exposição, utilizaremos uma análise de equilíbrio parcial, que pode ser representada da seguinte forma:

Figura Perman et al pag 141

A curva PMC representa o custo marginal privado da empresa poluidora. Como é sabido, é este custo marginal que vai servir de referência a esta para a determinação das quantidades que está disposta a oferecer aos vários preços possíveis. Por outras palavras, é este custo que determina a curva da oferta.

Vimos anteriormente que o custo externo marginal é dado pelo montante que cada consumidor afectado pela externalidade está disposto a pagar para evitar a produção de cada unidade de poluição a mais. Como, no caso, temos dois consumidores afectados, teríamos que somar os custos marginais externos dos dois. Este será o custo marginal externo total (não representado por nenhuma curva no gráfico).

A curva SMC representa, por sua vez, o custo marginal social. Este custo social obtém-se pela soma do custo marginal privado (PMC) com os custos marginais externos (MEC). É o custo que cada unidade a mais do bem Y tem para a sociedade no seu

<sup>83</sup> Note-se, no entanto, que esta fusão não seria provável: como os próprios autores indicam, as fusões têm sentido quando os lucros conjuntos são superiores à soma dos lucros individuais, o que não seria, seguramente, o caso. Cfr. Perman et al 2003, 140.

<sup>84</sup> A utilização de apenas dois consumidores será apenas por facilidade de exposição, devendo o leitor ter presente que “dois” pode representar uma infinidade de consumidores, como será o caso da maior parte das poluições atmosféricas, por exemplo.



conjunto. Podemos verificar que esta curva é mais inclinada do que a PMC por influência da inclinação da MEC.

Como sabemos, nos mercados estão reflectidos apenas os custos privados. A empresa não reflecte na sua oferta custos que não suporta efectivamente; por sua vez, quem suporta os custos não pode exigir uma compensação ao produtor-poluidor. Nestes termos, o equilíbrio de mercado atingir-se-á, sem intervenção estatal, com a produção em  $Y_0$  e preço  $P_Y$ .

Esta não é, todavia, uma solução eficiente, na medida em que não estão considerados todos os custos daquela produção (privados e sociais). A empresa está a produzir demasiada quantidade do bem. A solução passaria pela redução da produção até ao ponto de igualdade entre os custos marginais totais e o preço, isto é, até  $Y^*$ .

A solução para este tipo de situação foi dada por Pigou em ...<sup>85</sup>: através de um imposto sobre a produção de cada unidade produzida pelo produtor-poluidor, que aumente os seus custos marginais de forma a integrar os custos externos que provoca nos consumidores. O resultado da introdução de um imposto do tipo está representado na figura pela curva PMCT, que representa o custo marginal de empresa acrescido do imposto.

Como podemos igualmente observar na figura, para calcular o imposto basta retirar ao custo marginal social (verificado ao nível de produção eficiente de  $Y$ ) o custo marginal da empresa (a esse mesmo nível). Mas então, teremos que concluir que o imposto é igual ao custo marginal externo (MEC). Mas não ao custo marginal externo em qualquer nível de produção: na verdade, o imposto terá que ser determinado de acordo com o *custo social ao nível óptimo de produção* (e não ao nível inicial, anterior à correcção)<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Inserir referência.

<sup>86</sup> Referindo-se o custo social a este óptimo de produção, estes impostos podem, porém, incidir sobre todas as quantidades produzidas pelo produtor, mesmo aquelas anteriores à “quantidade óptima de poluição” ou, em alternativa, apenas sobre as quantidades produzidas para além desse “óptimo”. Esta questão, introduzida por Pezzey que distingue entre “standard” e “extended polluter pays principle”, implica uma tomada de posição quanto a uma outra mais profunda e que se prende com a atribuição de um direito de poluir ou de um direito a um ambiente sem poluição, sendo que, nas palavras do próprio, “any choice between standard and extended ppp, either generally or case by case, can bem ade on political, not economic grounds” (Pezzey 1988, 194). Para uma descrição dos vários níveis possíveis de internalização de custos enquadráveis no referido princípio, ver Dias Soares 2011, 43 e ss.

Pezzey 1988, J., “Market Mechanisms of Pollution Control: Polluter pays, economic and practical aspects”, in Turner R. K. (ed.), *Sustainable Environmental Management: Principles and Practices*, Belhaven Press, Londres.

Saliente-se ainda que, caso existam tecnologias que permitam diminuir a produção dessa externalidade não diminuindo a produção (equipamentos de filtragem ou mesmo diferentes técnicas produtivas), este imposto deve incidir, não sobre a produção do bem principal das empresas poluidoras<sup>87</sup>, mas sim sobre o volume de emissões poluentes emitidas por cada uma das empresas. De facto, só assim se conseguirá manter o incentivo às empresas para investir nesses equipamentos/tecnologias.

Será, por outro lado, o custo social das externalidades que determina o imposto a pagar mesmo numa situação de mais do que um poluidor, cada qual com custos marginais de produção (e de abate de poluição) próprios. É esta característica, de resto, uma das principais vantagens dos impostos ambientais: eles cumprem o chamado *cost-minimization theorem*<sup>88</sup>, garantindo a eficiência na própria diminuição das externalidades, na medida em que parificam os custos marginais de abate na sociedade. A outra grande vantagem prende-se com o incentivo que os mesmos garantem à inovação tecnológica, que em tecnologias de abate da poluição, quer em diferentes tecnologias de produção, menos poluidoras.

Será, todavia, conveniente salientar uma questão: falando nós, é certo, em imposto ambiental relativamente a uma enorme variedade de realidades e figuras jurídicas com diferentes construções, a verdade é que este não é um instrumento de política fiscal, sendo os seus objectivos e os princípios aplicáveis bastante diversos. Salientemos, para o presente efeito, que uma das principais características deste “imposto” é o seu objectivo regulatório. Na verdade, e como condição da sua própria eficácia, o seu montante deve ser determinado tendo em conta objectivos muito específicos e puramente ambientais - os de reduzir ou transformar determinados

---

Defendendo uma interpretação lata do princípio do poluidor pagador, Alexandra Aragão aceita, porém, que o mesmo implica que “o que o poluidor deve pagar são os custos das medidas necessárias para se conformar com os padrões de qualidade do ambiente vigentes (...) Na realidade, quanto mais próximo estiver do limiar da admissibilidade tal como ele for definido pelos poderes públicos, menores serão as necessidades de prevenção, e menos terá que pagar”. Note-se, porém, que a autora entende que esse limiar da admissibilidade deve ser referido ao limiar ecológico e não ao limiar económico. Cfr. Aragão 1997, 159.

Para uma análise das potenciais desvantagens e consequências económicas do alargamento da incidência do imposto a todas as emissões ver Saraiva 2012, 931.

<sup>87</sup> Tal como, de resto, não deve incidir sobre os factores de produção utilizados por essas empresas, a menos que seja demonstrado que a externalidade se deve unicamente à utilização desse factor em concreto e que a mesma varia na mesma proporção da utilização do dito factor.

<sup>88</sup> Nas palavras de Baumol e Oates, o teorema demonstra que os impostos ambientais são “under appropriate conditions, the least-cost method for the achievement of those targets”. Baumol e Oates 1988, 164.

comportamentos/actividades poluidoras; não devem, então ser considerados dentro desta classificação impostos que, sendo embora relacionados com a poluição, são construídos com vista à prossecução de outros objectivos, nomeadamente a obtenção de receitas fiscais<sup>89</sup>.

Compreende-se, então, a importância da determinação deste custo social que, como vimos, corresponde àquilo que os prejudicados com a poluição (externalidade) estariam dispostas a pagar para a redução de mais uma unidade da mesma ao nível de eficiência pré-determinado. A sua utilização na construção do sistema concreto de imposto define, como vimos, a própria caracterização do mesmo.

Todavia, a valorização monetária da externalidade em causa<sup>90</sup> envolve uma tripla dificuldade: por um lado, a definição desse nível óptimo; por outro lado, a identificação do valor monetário de disponibilidade a pagar, nesse nível, para a eliminação de cada unidade marginal de poluição e, finalmente, a necessidade de consideração dos efeitos sobre a própria economia da devolução ao mercado dos montantes arrecadados pelo imposto em causa (o que, por sua vez, depende de uma estimativa do mesmo que se baseia na elasticidade preço do bem em causa). Não cuidando o presente trabalho da última questão, trataremos as duas primeiras dificuldades no ponto ....

Saliente-se, por agora, que é esta dupla dificuldade que justifica, em primeiro lugar, que os impostos não devem ser utilizados em casos de poluição difusa ou mesmo nos casos de grande variedade de emissões poluentes (devidos aos enormes custos administrativos envolvidos) e, em segundo lugar, justifica igualmente propostas “mitigadas” de impostos ambientais, que alargam o fundamento económico da própria tributação ambiental, procurando outras justificações para o mesmo, nomeadamente o princípio do poluidor-pagador<sup>91</sup>, a teoria dos mínimos custos de diminuição da poluição e a teoria do duplo benefício dos impostos ambientais<sup>92</sup>. Cada uma destas justificações implica um diverso entendimento da própria função do imposto, dos objectivos que serve e,

---

<sup>89</sup> Sobre a divergência entre “environmental taxes” e “environmentally-related taxes” ver Soares 2011, 11. Soares, 2011, Cláudia Dias, “The design features of environmental taxes”, tese de Doutoramento, London School of Economics.

<sup>90</sup> Ou, de forma mais rigorosa, dos danos provocados nos receptores considerados pela externalidade em causa.

<sup>91</sup> Que, sendo um princípio geral de direito, encontra as suas raízes na ideia da internalização dos custos com vista a uma maior eficiência na alocação de recursos a nível mundial (princípio 16 da “Declaração do Rio” de 1992).

<sup>92</sup> Dias Soares 2012, 35.

consequentemente, da forma como o mesmo é desenhado. Em última análise, implica uma base de incidência e um montante muito diverso de imposto. Não é menos certo, todavia, que na base de todas elas está uma e a mesma ideia – a correcção dos mecanismos de mercado que, funcionando livremente, não conduzem ao melhor resultado.

De facto, e perante as dificuldades de implementação prática de um imposto pigouviano, alguns autores avançam com soluções mais pragmáticas, de impostos com objectivos ambientais que, todavia, não correspondem totalmente à correcção das externalidades proposta por aquele autor, isto é, que não internalizam a totalidade das externalidades produzidas (e, nessa medida, não garantem o óptimo paretiano). Foi este, de resto, o caminho seguido pela maioria dos Estados que implementaram impostos ambientais na prática.

Fala-se, então, no chamado “imposto ambiental regulador”<sup>93</sup> relativamente aos impostos que, mais do que procurar o óptimo de eficiência económica que o imposto pigouviano garante (dificilmente determinável na prática), são encarados como um incentivo às empresas no sentido da diminuição das suas emissões. Face à dificuldade de determinação da medida exacta dos custos totais das externalidades no ponto de máxima eficiência, as autoridades avançaram para sistemas dinâmicos que, partindo de um objectivo de redução de emissões definido politicamente como desejável/aceitável, procuram atingi-lo pelo estabelecimento de taxas de imposto *ajustadas em função da própria evolução*, nos mercados, *desse nível de emissões*<sup>94</sup>. É, então, um sistema de “navegação à vista”, no qual o legislador admite ajustar a taxa em função dos efeitos verificados. A denominação “regulador” advém do facto de a intenção do imposto ser agora, mais do que a internalização das externalidades, a obtenção de um objectivo pré-determinado em termos de alteração de comportamentos no mercado. Nesse sentido, a “taxa óptima” é, não a que garante a internalização, mas a que consegue obter os efeitos de protecção ambiental pretendidos.

Esta diferente perspectiva relativamente ao modo de determinação da taxa faz com que uma das vantagens atribuídas a estes impostos reguladores seja o facto de eles não

---

<sup>93</sup> Para mais desenvolvimentos sobre este tipo de impostos ver Dias Soares 2001, 404 e ss e 2011, 10 e ss, onde a autora claramente os inclui na categoria dos “impostos ambientais”.

<sup>94</sup> Este sistema de ajustamentos sucessivos foi proposto inicialmente por Baumol e Oates, 1971, 43-46 e 1988, 162-163.

estarem sujeitos os testes das análises de custo-benefício. De facto, não pretendendo os mesmos reflectir os custos sociais das externalidades, permitem uma inclusão em discursos mais afastados da análise económica tradicional, que afastam a necessidade (motivada numa verdadeira impossibilidade prática) de converter todas as variáveis a valores monetários<sup>95</sup>. Não podemos, todavia, deixar de salientar que o facto de as taxas concretas não serem determinadas em função de um qualquer danos social monetarizado, não significa, porém que se esteja, de facto, a evitar rejeitar qualquer ideia de monetarização: na verdade, o imposto reflectirá, necessariamente, um valor monetário, um quantum em dinheiro que os poluidores terão que pagar. Podemos argumentar que esse valor monetário não “paga” os danos causados pela externalidade em causa, mas não é menos certo que o seu pagamento “legitima” o poluidor na sua actividade. Em suma, o facto de esta taxa não ser determinada com o objectivo de internalizar a externalidade não invalida que o seu efeito desejado seja o mesmo que o de um imposto pigouviano típico, isto é, o incentivo aos agentes do mercado para reduzir as externalidades para um ponto pré-definido como óptimo; a única diferença é que, enquanto o imposto pigouviano procura fazer com base na “análise económica clássica”, o imposto regulador parte de um “óptimo de poluição” definido em termos mais gerais de benefício para a sociedade<sup>96</sup> e aceita a taxa a fixar como sendo a que se revelar necessária para atingir o objectivo.

Note-se, todavia, que, como bem salienta Cláudia Dias Soares, o facto de o óptimo de poluição poder ser determinado em função de um conjunto de objectivos que é mais do que a mera eficiência económica, a verdade é que não podem ser considerados “impostos ambientais” aqueles que, apesar de tecnicamente bem desenhados e adequados a atingir o objectivo, partem de um objectivo esse sim errado, como pode ser um qualquer standard ambiental que reflecta o compromisso político possível mas que não evite, de facto, os danos ambientais<sup>97</sup>.

É igualmente a dificuldade de determinação de um valor monetário preciso para emissões poluentes também elas precisas que justifica, por outro lado, e contra a própria

---

<sup>95</sup> Dias Soares 2011, 15 e ss.

<sup>96</sup> O que, neste aspecto, aproxima este tipo de impostos dos instrumentos de “command and control”.

<sup>97</sup> Que nesse sentido afirma que “environmental tax design cannot be the mere application of environmental economics to environmental objectives politically decided. In environmental taxation the objectives and the design have to abide by environmental criteria rather than political compromises”. Dias Soares 2011, 16.

lógica económica do imposto pigouviano, a adopção de impostos que incidem sobre a produção dos bens principais e não sobre as externalidades (indesejadas pelo próprio produtor dos bens), nomeadamente em situações nas quais a produção do bem principal indicia com segurança a produção de emissões poluentes, sendo, no entanto, a sua identificação precisa particularmente difícil. Esta opção, não respondendo à exigência do óptimo paretiano, realiza, ainda assim, da melhor forma possível os objectivos ambientais em causa minimizando simultaneamente os efeitos económicos negativos de uma qualquer intervenção pública nos mercados<sup>98</sup>.

Não correspondendo ao máximo de eficiência económica, este tipo de impostos é, todavia, ainda justificados economicamente: não sendo possível a determinação da “taxa óptima”, ainda assim é necessário garantir que o sistema de preços fornece aos consumidores uma ideia aproximada do valor (que, neste caso, inclui igualmente o “desvalor” social) real dos bens que consome. Quando o mecanismo dos preços não garante a informação completa, cabe ao estado, por via dos impostos, alterar os preços relativos dos bens por forma a que a procura no mercado seja, efectivamente, guiada pelas características dos produtos<sup>99</sup>. Note-se, no entanto, que, neste caso, a redução de emissões se fará apenas pela diminuição nas quantidades produzidas (o aumento do preço do bem faz diminuir as quantidades procuradas) e não pelo investimento em tecnologias de abate ou tecnologias de produção menos poluentes, uma vez que, para as empresas, continuará a ser mais barato manter o *status quo* actual. Além disso, este tipo de impostos não garante, como vimos, o equilíbrio equimarginal entre as empresas poluentes. A sua eficácia como instrumento de política ambiental depende, assim, da existência de produtos sucedâneos no mercado que possam substituir aqueles por forma a que a procura agregada dos produtos mais contaminantes diminua significativamente. Além disso, os argumentos que salientam os possíveis efeitos negativos dos impostos ambientais saem reforçados quando a opção é pela incidência sobre os bens principais<sup>100</sup>: de facto, qualquer imposto ambiental tem um efeito de interacção fiscal, funcionando como um imposto sobre o trabalho e capital, na medida em que aumenta os

---

<sup>98</sup> Dias Soares 2001, 409 e ss, que conclui, todavia, pela ineficiência geral deste tipo de impostos, só admissíveis em situações muito concretas.

<sup>99</sup> Dias Soares, 2001, 410.

<sup>100</sup> Para o desenvolvimento dos efeitos negativos dos impostos ambientais, quer em termos de justiça distributiva, quer em termos do crescimento económico e, nessa medida, do bem-estar das populações veja-se Saraiva 2012, 932-936.

custos de produção. Esse aumento dos custos levará as empresas a uma de duas hipóteses: ou, perante uma procura elástica, diminuem a sua oferta, o que corresponderá a um aumento do desemprego dos factores e um aumento dos custos de abatimento; ou, perante uma procura inelástica, repercutem esse custo adicional nos consumidores, que acabarão por pagar eles próprios o imposto, agora repartido, não segundo um critério de justiça (re)distributiva, pelas necessidades de consumo de cada um<sup>101</sup>. O reconhecimento que a protecção ambiental não se faz sem que alguém suporte os seus custos, sejam, como salienta Rute Saraiva, os consumidores ou os detentores dos factores de produção, torna mais relevante a identificação dos custos que essas medidas evitam (os custos sociais das externalidades) e que os justificam economicamente.

Este tipo de impostos deve, assim, ser evitado sempre que possível. Ao contrário, os critérios de eficiência económica e eficácia deste tipo de instrumentos indicam que os mesmos devem ser construídos de modo a estarem o mais possível relacionados com as emissões poluentes, por forma a que o montante efectivamente pago esteja o mais proporcional possível com os danos provocados<sup>102</sup>. Se não for possível identificar de forma segura a fonte das emissões poluidoras, deve ser utilizada uma proxy. Por vezes, como é o caso das emissões de veículos terrestres, a verdade é que se torna mais fácil condicionar a diminuição das emissões poluentes através da utilização destas últimas, na medida em que essas emissões dependem, para além do tipo de tecnologia utilizada pelo veículo, do tipo de combustível, mas igualmente dos quilómetros percorridos e do próprio tipo de condução efectuada. Um imposto sobre os combustíveis (que deve variar em função das quantidades consumidas e não de eventuais variações do preço dos mesmos) será, então, uma proxy para o montante de emissões em causa. Sendo o objectivo aproximar tanto quanto possível o imposto pago dos danos causados, por um lado, e incentivar alterações de comportamentos e hábitos de consumo, por outro, justifica-se igualmente que, na presença de tecnologias de abate de poluição, a sua

---

<sup>101</sup> Pense-se no imposto sobre os combustíveis (que servirá de exemplo apenas por incidir sobre bens de procura inelástica, não discutindo a questão da sua caracterização ou não como imposto ambiental): paga mais imposto quem consome mais combustível, mas esse maior consumo não está, de todo, relacionado com a capacidade contributiva dos indivíduos, afectando muito mais os consumidores com baixos rendimentos mas que necessitam da viatura para o seu trabalho porque, por exemplo, não podem pagar uma habitação no centro da cidade.

<sup>102</sup> Para uma análise crítica da maioria dos sistemas de impostos energéticos, nomeadamente aqueles que visando a redução de emissões específicas, aplicam uma mesma taxa a diversas actividades geradoras das mesmas, como é o caso da Directiva 2003/96/CE, ver Dias Soares 2011, 21 e ss.

utilização seja considerada aquando do desenho do sistema de tributação ambiental em causa, pela previsão de exceções ou reduções na taxa.

Saliente-se, por último, uma outra dificuldade associada à implementação, na prática, de impostos ambientais: as externalidades são, na maioria dos casos, uma das distorções presentes no mercado, coexistindo com outro tipo de falhas dos mesmos, como pode ser o caso da presença de monopólios<sup>103</sup>. Em casos de distorções múltiplas<sup>104</sup>, e como salienta a teoria do segundo óptimo, o instrumento mais eficiente para corrigir uma distorção pode não ser aconselhável<sup>105</sup>. De facto se, por exemplo, se verificar a presenças de externalidades negativas num mercado de monopólio a internalização dessas externalidades (através de imposto ou do mercado de licenças) mantendo o monopólio (ou a eliminação do monopólio mantendo as externalidades) afastará esse mercado da eficiência económica, que só será garantida pela intervenção que corrija as duas distorções simultaneamente. Todavia, e na ausência de capacidade das autoridades com competências na área ambiental para regularem os mecanismos monopolistas, são necessárias as chamadas “políticas de segundo-óptimo”, que muitas vezes implicam a aplicação de taxas de impostos diversas para empresas com o mesmo tipo de efeitos externos (mas com elasticidade preço da procura que se lhes dirige diversa)<sup>106</sup>.

Saliente-se, por fim, que este tipo de instrumento, como, aliás, todos os que se baseiam nos mecanismos de mercado para induzir comportamentos, não serão os mais indicados em casos de presença de fortes irreversibilidades ou grande risco e incerteza relativamente aos potenciais efeitos danosos – em tais casos revelar-se-á sempre preferível o recurso a instrumentos de auctoritas que, impondo comportamentos, atingem os efeitos pretendidos de forma mais segura<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> Saraiva 2012, 669, Dias Soares 211, 15.

<sup>104</sup> Note-se que estamos a falar de várias distorções num mesmo mercado e não de distorções em mercados relacionados. Nestes últimos casos, e ao contrário do que acontece dos primeiros, a imposição de impostos ambientais pode até ter vantagens acrescidas – é a conhecida hipótese do duplo benefício dos impostos ambientais. Para desenvolvimentos ver Dias Soares 2001, 531; Juste t al 2004, 539, Bohm 1997, Killinger 2000 (International Environmental Externalities and the Double Dividend), Bovenberg e Goulder 2002. (Bovenberg e Goulder 2002, A. e L. H., “Environmental taxation and Regulation” in Auerbach e Feldstein (eds), *Handbook of Public Economics*, Volume 3, Nova Iorque, Elsevier North-Holland)

<sup>105</sup> Buchanan 1969.

<sup>106</sup> Para um desenvolvimento nos caso de externalidades em mercados monopolistas ver, por exemplo, Perman et al 2003, 142 e ss ou Juste t al 2004, 533 e ss.

<sup>107</sup> Dias Soares 2011, 15.



#### 4.3.2.3. O teorema de Coase

A curva MB representa o benefício marginal que A retira de cada hora a mais que pratica saxofone ; a curva MEC representa o custo externo marginal que cada hora a mais de barulho provoca em B. Como se pode verificar, ambos podem ser medidos em unidades monetárias<sup>108</sup>.

Desta forma, se existisse compensação, A estaria disposto a pagar os valores representados pela sua curva de benefício marginal (seria essa a sua disponibilidade a pagar), ao passo que B estaria disposto a receber as quantias representadas pela sua curva de custos externos marginais<sup>109</sup>. Como podemos observar, *se existisse pagamento*, A tocaria as horas definidas em M\*, o ponto a partir do qual o que ele está disposto a pagar por mais uma hora é inferior ao valor que B exige para aceitar mais uma hora de ruído – o mercado conseguiria, desta forma, um equilíbrio eficiente, na medida em que benefícios e custos marginais se equiparam.

Definimos, todavia, externalidades como situações nas quais não existe essa compensação. Então, não tendo A que pagar qualquer quantia a B, ele tocará o seu saxofone até ao ponto Mo. Quais os efeitos desta situação sobre A e B? A terá um benefício total dado pela soma das áreas dos triângulos a, b e d, ao passo que os custos suportados por B corresponderão à soma das áreas b,d e c.

Não sendo este um resultado eficiente, a solução para o problema parece óbvia: se o problema é que B não pode “cobrar” a A pelo ruído que este faz, bastaria o estado, com a sua auctoritas, definir como direito de propriedade de A um ambiente sem poluição sonora, dando-lhe, assim, a possibilidade de o fazer. Esta solução daria aos dois indivíduos a possibilidade de chegarem a um acordo de compensação pecuniária, solução essa que corresponderia, como vimos, ao equilíbrio eficiente de mercado.

Esta solução, aparentemente óbvia, corresponde ao chamado Teorema de Coase<sup>110</sup>, ou a metade do mesmo: de facto, o teorema demonstra que um resultado igualmente eficiente

---

<sup>108</sup> Veremos de que forma essa medição é possível em remeter para capítulo e ponto respectivo.

<sup>109</sup> Seria a sua disponibilidade a pagar para A não tocar ou a sua disponibilidade em aceitar que A tocasse?

<sup>110</sup> Coase 1960, trabalho que valeria ao autor o prémio Nobel. O exemplo de Coase foi, como é conhecido, diverso do apresentado supra: o artigo trata a questão da regulação dos direitos de transmissão radiofónica, argumentando o autor que a eficiência seria atingida pelo estabelecimento de direitos de propriedade sobre as várias frequências, deixando as emissoras privadas negociar entre elas os direitos de transmissão. A mais eficiente estaria disposta a pagar uma quantia considerada aceitável pela menos eficiente, ainda que esta última detivesse os direitos de propriedade. Note-se, no entanto,

seria conseguido se os direitos de propriedade fossem atribuídos a A, fazendo, nesse caso, B pagar a A para este se abstrair de tocar saxofone. B pagaria a A até  $M^*$ , ponto a partir do qual o que B está disposto a pagar a A para este não tocar é inferior ao benefício que A retira do treino, é inferior à disponibilidade em aceitar de A.

Note-se, no entanto, que este exemplo assume um pressuposto dificilmente verificável: que as curvas MB e MEC não se alteram com a alteração de rendimentos. Ora a verdade é que os gostos, as preferências se alteram com o aumento do rendimento. Sendo assim, teríamos que admitir que, caso A pagasse a B para poder tocar, a curva MEC de B se alterasse, quer dizer, a sua disponibilidade a pagar para não ouvir música se alterasse (neste caso, aumentasse), ao passo que, caso B pagasse a A para esta não tocar, a curva MB de A se alterasse.

Todavia, mesmo afastando este pressuposto, a conclusão principal manter-se-ia: os resultados obtidos após a negociação, embora diversos de  $M^*$ , seriam sempre eficientes, na medida em que corresponderiam ao ponto de equilíbrio equimarginal, independentemente da distribuição inicial dos direitos de propriedade.

Uma última nota final deve, no entanto, ser feita: o facto de a eficiência não ser afectada com a distribuição inicial dos direitos de propriedade, não quer dizer que os resultados sejam indiferentes. Na verdade, e como vimos para os vários óptimos de Pareto, a eficiência não está aqui relacionada com a igualdade na distribuição do rendimento e da riqueza e o facto é que esta última será inevitavelmente alterada com as várias opções. Como vimos, atribuir os direitos de propriedade a A ou a B, sendo indiferente do ponto de vista da eficiência, não o será seguramente em termos de repartição de rendimentos. O teorema de Coase, como solução de eficiência, não nos dá, todavia, um critério para esta questão.

## 5. Conclusão

---

que foi o próprio Ronald Coase que admitiu que o teorema partia de alguns pressupostos, nomeadamente um, mais importante: a inexistência (ou não relevância) de custos de transacção.



## CAPÍTULO II

### OS CRITÉRIOS AMBIENTAIS NAS COMPRAS PÚBLICAS

1. Introdução
2. O conceito de compras públicas ecológicas
3. Possíveis classificações

A enorme diversidade de formas de enquadramento de objectivos ambientais nos procedimentos de contratação pública torna inevitável o recurso a alguma forma de categorização para o enquadramento das mesmas.

Todavia, essa mesma diversidade torna difícil uma única classificação. Podemos, assim, encontrar na literatura vários tipos de classificações possíveis para os critérios ambientais, variando em função do critério determinante da mesma. Por outro lado, os vários tipos de critérios encontrados não constituem, as mais das vezes, linhas claras de separação entre realidades totalmente distintas, antes se entrecruzando mutuamente e dificultando, com isso, qualquer análise, quer jurídica, quer económica.

Uma das classificações mais utilizadas é a que distingue os critérios segundo a fase do procedimento de adjudicação em que são utilizados. Nestes termos, teremos critérios incluídos aquando da definição do objecto do contrato, os definidos juntamente com condições de selecção de candidatos e condições de exclusão dos mesmos, os que são exigidos enquanto especificações técnicas ou condições de execução dos contratos e, por fim, os definidos enquanto critérios de adjudicação.

Esta classificação, muito útil em termos de sistematização porque aproximada da forma como o próprio procedimento de contratação se desenvolve, tem, todavia, algumas limitações do ponto de vista analítico, na medida em que o seu critério não se refere a características intrínsecas das considerações ambientais, mas apenas ao modo e à fase contratual em que as mesmas são incluídas.

Estas limitações justificam que, sendo essa a classificação que utilizaremos no terceiro capítulo do presente trabalho, procuremos, aqui, dar conta de outras possíveis classificações que possam servir de ferramenta de enquadramento dos vários tipos encontrados nesse mesmo capítulo.

Não podemos, em primeiro lugar, deixar de referir a taxonomia proposta por Arrowsmith<sup>111</sup> que obedece a dois critérios<sup>112</sup>: *i*) a limitação das condições exigidas a critérios legais universalmente aplicáveis ou, ao contrário, a imposição de condutas ou condições para além do legalmente exigido; *ii*) o confinamento de tais condições ao contrato em questão ou a existência de exigências para além do contrato em causa.

Assim, relativamente à primeira classificação, a autora distingue entre políticas limitadas a assegurar o cumprimento de normas gerais, aplicáveis a todas as empresas ou, pelo menos, a todas as empresas em situações comparáveis e políticas que promovem benefícios ambientais (ou sociais) e que vão além dos assegurados pelo cumprimento das disposições legais em vigor na matéria.

Quanto ao primeiro tipo de políticas, reconduzem-se sobretudo à obrigatoriedade de cumprimento de normas a cujo desrespeito estão associadas sanções (criminais ou outras) para além das aplicadas no caso específico do contrato em causa (por exemplo, pela exclusão do concorrente em causa do concurso). Exclui, assim, cláusulas relativas a obrigações legais cuja aplicação se restringe aos mercados públicos (na medida em que não se aplicam a todas as empresas em situações comparáveis, mas apenas às que concorram efectivamente), bem como políticas que imponham o respeito por normas a que não correspondam obrigações legais de direito nacional do estado membro em causa, como acontece, por exemplo, convenções da Organização Mundial do Trabalho relativas a condições de trabalho que não tenham sido transpostas para direito nacional. Dizendo respeito a obrigações legais, parece que a sua inclusão nos contratos públicos pode ser, da alguma forma, redundante. A autora justifica, contudo, porque tal não é necessariamente o caso: em primeiro lugar, para claramente dissociar as entidades públicas de qualquer comportamento ilegal, criando, simultaneamente, um exemplo para a sociedade; em segundo lugar, porque os contratos públicos podem servir de

---

<sup>111</sup> Capítulo 3, “A taxonomy of horizontal policies in public procurement”, em Arrowsmith e Kunzlik 2009, 108-146.

<sup>112</sup> Na realidade os autores definem três critérios de classificação e tratamento, mas o terceiro é o já referido anteriormente e que se refere ao mecanismo adoptado para a sua implementação.

mecanismo de controlo e aplicação da legislação em vigor, assegurando o cumprimento da mesma e criando mecanismos adicionais de penalização de comportamentos ilegais; em terceiro lugar, estas condições podem ter objectivos equitativos, eliminando eventuais vantagens que empresas não cumpridoras possam ter relativamente àquelas que cumprem os requisitos legais; por fim, elas asseguram que os fundos públicos não suportam de forma alguma empresas que desrespeitam a lei.

O seu carácter geral e abstracto faz com que a inclusão de critérios deste tipo seja admitida pela legislação europeia, e particularmente pelas directivas na matéria, mesmo em casos em que os mesmos vão além do objecto do contrato em questão, constituindo, assim, uma excepção à regra da necessária ligação ao objecto do contrato de todos os critérios e condições admissíveis<sup>113</sup>.

A verdade, porém, é que não é neste tipo de critérios que pensamos quando nos referimos às compras públicas ecológicas: de facto, na base do conceito está a ideia de que as entidades adjudicantes podem (e, eventualmente, devem) impor às empresas que queiram com elas contratar condições mais favoráveis em termos de impactes ambientais do que as impostas pela legislação geral em matéria ambiental de direito nacional, que sempre seriam de aplicação e cumprimento obrigatório.

Enquadrando este tipo de critérios como “regulação pelos contratos”, a autora justifica a sua utilização com um duplo argumento: por um lado, de modo a assegurar que as entidades adjudicantes se associam aos mais altos padrões ambientais, servindo de exemplo aos demais agentes económicos; por outro lado, devido à maior efectividade de tais critérios enquadrados nas compras públicas do que através do seu sancionamento por via penal ou administrativa.

Arrowsmith utiliza, todavia, uma segunda classificação das chamadas “políticas horizontais”: as que se restringem à execução do contrato em causa e as que vão para além do mesmo. Como a própria autora adverte, esta classificação entrecruza-se com a primeira.

Restringindo-se à execução do contrato, salientam-se três subcategorias: a decisão de comprar ou não; a decisão *do que* comprar; e as políticas implementadas por outros mecanismos (que, por sua vez, podem dizer respeito aos efeitos dos produtos, serviços

---

<sup>113</sup> Como é exemplo a exclusão de concorrentes com condenações criminais anteriores, mas igualmente pela violação de regras de direito ambiental, conforme o artigo ..... Analisaremos a questão no ponto ...

ou obras aquando do seu consumo, aos impactos da produção ou entrega dos produtos ou serviços, aos impactos da destruição dos mesmos e, por último, à mão-de-obra utilizada).

Por sua vez, as políticas que abrangem aspectos não incluídos na execução do contrato podem subdividir-se entre as que tentam regular o comportamento do negócio geral dos concorrentes, as que pretendem proteger concorrentes com determinadas características (conhecidas por “set-asides”) e as que procuram, através dos contratos públicos, garantir determinados benefícios para a comunidade em geral não relacionados com a aquisição especificamente em causa (os chamados “offsets”).

Limitando de forma mais acentuada o acesso aos mercados, este tipo de políticas será mais dificilmente admissível pela legislação europeia, nomeadamente directivas, em vigor.

Todavia, e como a própria autora salienta, a taxonomia apresentada não se reflecte directamente no posicionamento do legislador europeu relativamente à admissibilidade de tais políticas. Servindo enquanto enquadramento sistematizador, a mesma não permite tirar, à partida, conclusões acerca da legalidade das mesmas à luz do direito europeu.

A taxonomia apresentada, como qualquer classificação, apresenta um enquadramento das várias facetas da realidade em apreço (ao considerações ambientais nas compras públicas) sob um determinado ponto de vista que salienta a perspectivação face às normas legais obrigatórias, por um lado, e à sua incidência, por outro.

Tendo o presente trabalho o objectivo de, em primeiro lugar, demonstrar a inclusão das considerações ambientais nos objectivos de eficiência dos mercado públicos em geral e dos próprios contratos em particular, salientaremos seguidamente duas outras classificações que, partindo de uma análise mais económica, nos permitem encontrar semelhanças e contrastes entre essas várias formas de incluir a componente ambiental no conceito de eficiência dos mercados públicos. Essas duas classificações baseiam-se em outros tantos critérios: a economicidade da compra, aqui entendida no seu sentido restrito de “mais caro” ou “mais barato”, por um lado, e os efeitos sobre a concorrência/o mercado, por outro.

### 3.1. Critérios “win-win” e critérios “win-lose”

Uma outra possível classificação prende-se com os efeitos *financeiros* da aplicação de critérios ambientais, aqui entendidos no seu mais vasto conceito possível, para o orçamento da entidade adjudicante. Nesta base, distinguem-se os critérios “win-win”, aqueles em que, para além do menor impacte ambiental, se consegue uma poupança para a entidade adjudicante e os critérios “win-lose”, que englobam os casos onde esse menor impacte ambiental se consegue à custos de um aumento dos custos<sup>114</sup>.

Esta classificação, aparentemente simples, implica, no entanto, um correcto tratamento de alguns conceitos, nomeadamente o da abrangência orçamental em causa e do horizonte temporal de referência. Veremos como, para cada um dos tipos considerados, o enquadramento destas duas questões se revelará decisivo.

Não podemos, contudo, deixar de salientar um ponto prévio: em causa está, como a designação indica, um critério exclusivamente financeiro – o aumento dos custos para a entidade adjudicante. Quer isto dizer que a componente ambiental não é enquadrada pela presente classificação, que simplesmente *assume* o menor impacte ambiental implícito nos critérios.

Esta perspectiva acrítica na matéria deve, todavia, ser salientada. Na verdade, o facto de uma entidade adjudicante utilizar um determinado critério que envolve um determinado impacte ambiental de um produto ou serviço não implica necessariamente que o resultado dessa compra vai ser no sentido de um menor impacte ambiental – apenas significa que terá um menor impacte naquele específico critério. Ora a verdade é que os bens e serviços têm uma multiplicidade de impactes sobre a natureza, derivados de outros tantos tipos de emissões aos mesmos associados (quer na fase de produção, quer na fase de uso ou reciclagem). O que significa que o bem ou serviço adquirido pode ter, efectivamente, um menor impacte no critério estabelecido e, no entanto, ter um maior impacte global do que outros bens do mesmo tipo porque tem maiores impactes noutros critérios não relevados pela entidade adjudicante. E, então, poderíamos, ter critérios

---

<sup>114</sup> Marron 2003.



“lose-win”, quer dizer, com menores custos financeiros mas com maiores impactes ambientais globais<sup>115</sup>.

Como teremos oportunidade de salientar no ponto ... sobre o tratamento da metodologia dos custos do ciclo de vida”, esta é uma escolha da entidade adjudicante que tem nesta matéria alguma margem de liberdade decisória; de um ponto de vista normativo, no entanto, não podemos deixar de salientar desde já a importância que reveste a correcta definição dos impactes a considerar, evitando o mais possível o chamado “burden shifting”.

Assumiremos, portanto, e para já, que o primeiro termo da expressão será sempre “win”.

### 3.1.1. Critérios “win-win”

Este é um tipo de critérios (ou políticas, se desenhados em termos gerais pela entidade adjudicante ou a um nível central) vulgarmente apelidados como “oportunidades”<sup>116</sup>. Nesse caso, trata-se de identificar oportunidades de melhorar *simultaneamente* a componente ambiental das compras públicas e o próprio custo das mesmas. Quer dizer, identificar áreas onde, através de melhorias nos próprios quadros institucionais e nos comportamentos decisórios das entidades adjudicantes, se consigam identificar falhas que, supridas, aumentam a performance dos contratos públicos a nível ecológico e financeiro.

De salientar, então, que estas “oportunidades” surgem normalmente associadas a falhas das instituições e das políticas em causa que, por algum motivo, não conseguem realizar da melhor forma o objectivo último da actividade adjudicatória (a melhor qualidade possível ao menor custo possível), sendo possível obter, com menos recursos, mais qualidade (neste caso qualidade ambiental dos bens ou serviços). O que justificaria, em todo o caso e mesmo na ausência de referência à componente ambiental das compras, a sua eliminação.

Não sendo embora o tema do presente trabalho a averiguação de potenciais falhas do próprio quadro institucional e de funcionamento das entidades adjudicantes, não

---

<sup>115</sup> É claro que a definição de maior ou menor implica sempre um termo de comparação e, nessa medida, pode ser “calibrado” mediante a escolha do mesmo. Assim, mesmo um critério que releve os impactes menos importantes poderá ser melhor do que o *status quo ante*, isto é, a compra de bens ou serviços “castanhos”.

<sup>116</sup> Marron 2003, 81.

podemos deixar de referir, ainda que de forma breve, as que têm maiores implicações na matéria que tratamos, reflectindo-se directamente na forma como os critérios ambientais eventualmente estabelecidos podem (ou devem) ser classificados em termos financeiros. Os principais pontos em questão são, então, orçamentais, mais especificamente o modo como os diversos sistemas de controle orçamental aplicados na prática prevêm o tratamento de algumas questões. Que são, fundamentalmente, duas<sup>117</sup>: por um lado, o modo como são contabilizados os custos de capital, os custos operacionais e os custos de fim de vida (caso não sejam incluídos nos custos operacionais); por outro lado, o enquadramento temporal dos orçamentos e a eventual existência de alguma flexibilidade temporal nos mesmos.

Não entrando na questão específica dos métodos contabilísticos mais adequados para incentivar a consideração do custo total do bem ou serviço em causa e, nessa medida, potenciadores da inclusão de considerações ambientais na tomada de decisão, tomaremos o exemplo para evidenciar o que podemos designar de “boas práticas” que devem orientar as entidades adjudicantes aquando da definição dos cadernos de encargos.

Em primeiro lugar, a definição do que é considerado “custo” deve ser o mais abrangente possível, incluindo não só os chamados custos de capital (os custos de aquisição dos bens) mas igualmente os seus custos operacionais e, dentro destes, os custos da sua recolha e reciclagem.

O que significa que, caso a entidade responsável pela compra seja diversa da responsável pelos demais custos inerentes à utilização do bem, elas devem ser consideradas uma só para efeitos de determinação dos custos a considerar no contrato. Isto é, o âmbito subjectivo dos custos a considerar deve ser o mais abrangente possível, de forma a permitir incluir a enquadramento “from cradle to grave”.

---

<sup>117</sup> Embora Johnstone et al. 2003, 99 refiram cinco pontos potencialmente problemáticos, e retirando a responsabilização das chefias pelas decisões relativas aos contratos públicos, claramente fora do âmbito do presente trabalho, as outras quatro podem reconduzir-se aos dois grandes tipos identificados no texto.

Johnstone, Nick, Katrin Erdlenbruch and Kaspar Müller (2003), “The Implications of Budget Systems for the Environmental Characteristics of Public Procurement”, Chapter 4 in *The Environmental Performance of Public Procurement: Issues of Policy Coherence*, OECD, Paris., disponível em [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/environment/the-environmental-performance-of-public-procurement/the-implications-of-budget-systems-for-the-environmental-characteristics-of-public-procurement\\_9789264101562-6-en#page6](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/environment/the-environmental-performance-of-public-procurement/the-implications-of-budget-systems-for-the-environmental-characteristics-of-public-procurement_9789264101562-6-en#page6)

Por outro lado, e igualmente importante, também o âmbito temporal dos custos deve ser alargado. Este segundo requisito é, aliás, condição de verificação do primeiro: na verdade, poucos serão os casos em que se consiga a incorporação de custos de aquisição, operacionais e de reciclagem se tal aquisição for apenas enquadrável no orçamento do ano da compra. Será, assim, recomendável que o horizonte temporal enquadrado corresponda ao período de vida útil do bem ou da prestação do serviço em causa. Desta forma, os custos futuros serão sempre tomados em consideração pela entidade adjudicante. É certo que, devido à necessidade de aplicação de taxas de desconto do futuro, eles valerão menos do que os que se verifiquem num momento mais próximo; todavia, e contrariamente ao que acontece com os custos ambientais futuros das externalidades ambientais, que podem verificar-se de forma mais acentuada num futuro longínquo, a verdade é que esse desconto não será na larga maioria dos casos muito acentuado, dado o período relativamente curto de vida útil dos bens tipicamente adquiridos pelas entidades adjudicantes (salvo, eventualmente, o caso de edifícios e construções; note-se, no entanto, que, mesmo nestes casos, o horizonte temporal a enquadrar em termos de custos não se compara com o relativo, por exemplo, às alterações climáticas).

Por outro lado, não podemos deixar de notar que os custos futuros que aqui referimos não são os custos sociais futuros (os custos ambientais futuros das externalidades) e sim os custos privados futuros, os custos que a própria entidade adjudicante (ou a entidade que utilizará o fornecimento, serviço ou obra em causa, que para o presente efeito se deve considerar de forma idêntica) suportará.

O que impõe salientar um ponto muito importante: se é certo que o correcto enquadramento do que deve ser entendido como “custos” permite identificar muitas situações em que os critérios ambientais resultam numa poupança efectiva para a entidade adjudicante, não é menos verdade que essa correcta consideração dos custos financeiros não corresponderá sempre a uma escolha que tome em devida consideração os aspectos ambientais em causa. Assim, e por exemplo, a correcta consideração do horizonte temporal dos custos justificará a compra de um equipamento de ar condicionado que, embora mais inicialmente mais caro, resulta, devido à sua maior eficiência energética, numa poupança quando considerados igualmente os custos operacionais, o mesmo não acontecerá em todos os casos. Pode igualmente acontecer

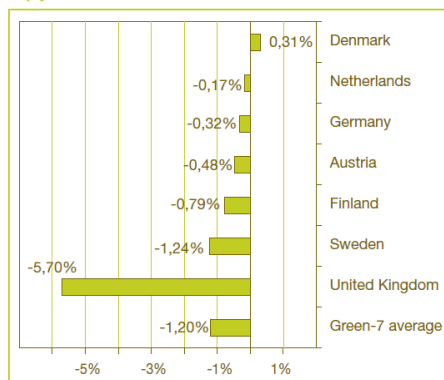
que um produto “verde” tenha um custo de capital menor, isto é, tenha um preço mais baixo, e custos operacionais maiores do que os seus “concorrentes” com maiores impactes ambientais; nesse caso, a consideração do custo total do produto levará à opção pelo menos sustentável<sup>118</sup>.

Esta constatação não serve de forma alguma para afastar essas recomendações, que se impõem em todos os casos, independentemente da consideração ou não dos impactes ambientais dos bens e serviços em causa. Não se pretende tão pouco diminuir de alguma forma a importância da presente classificação – ela serve, no mínimo, para afastar a ideia muitas vezes pré-concebida de que os produtos “verdes” são mais caros do que os ditos “normais”, o que não é, por si só, pouco.

Esta categorização está, de resto, na base da maioria dos estudos encomendados pela Comissão Europeia relativos aos efeitos da introdução de considerações ambientais nas compras públicas, sendo evidente a tentativa de salientar a faceta “win-win” das compras públicas ecológicas.

De facto, os mais recentes estudos apontam para uma redução de cerca de 1,2% nos custos totais das compras públicas ecológicas a partir da análise de dados relativos a cinco países europeus.

Figure 6.2: Financial impact of GPP in the Green-7. Negative numbers imply reductions in costs and positive numbers imply increases in costs.

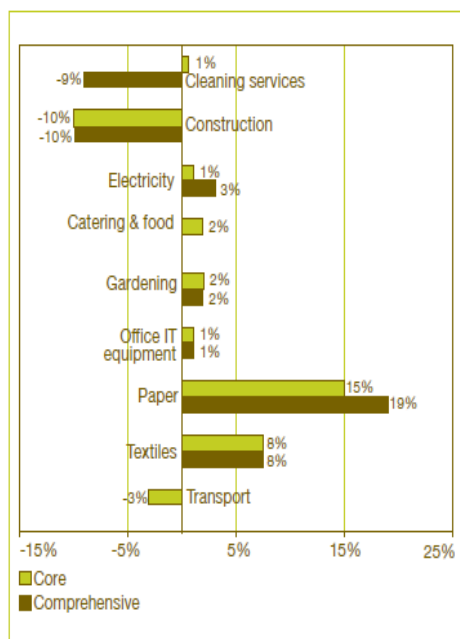


Fonte: PricewaterCoopers A 2006, 62.

<sup>118</sup> Era esse o caso de um contrato para alcatifas: a solução mais ecológica (alcatifa feita a partir de produtos reciclados) era mais barata, mas, como tinha uma resistência menor, os custos operacionais eram maiores, já que teria que ser substituída com maior regularidade. A consideração dos custos totais levaria à opção pela alcatifa convencional, com maior impacte ambiental. Cfr. Johnstone et al 2003, 132.

Há que salientar, todavia, que, contrariamente ao que parece transparecer, os mesmos não significam que na maioria dos casos as compras públicas ecológicas tenham um menor custo financeiro total. De facto, o que se verifica é uma enorme diversidade quando comparamos o comportamento por grupo de produtos<sup>119</sup>:

Figure 3.3: Average financial impact of GPP per functional unit. Negative numbers imply cost reductions and positive numbers imply costs increases.



Fonte PricewaterCoopers 2009, 28.

Das nove categorias de produtos estudadas, apenas em três a introdução dos critérios ambientais disponibilizados e sugeridos pela Comissão Europeia resulta numa clara redução dos custos totais, sendo que nos restantes ela resultará em custos acrescidos<sup>120</sup>.

A justificação para a redução dos custos a nível global justifica-se, então, pelo peso de uma especial categoria de produtos no total das compras públicas – a construção<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> Disponível num outro documento do mesmo estudo.

<sup>120</sup> Note-se ainda que a percentagem dos custos se refere a “unidades funcionais” e não a unidades de produto. Este ajuste resulta importante em categorias de produtos como os de limpeza: o estudo refere-se a serviços de limpeza porque inclui no custo total o custo da mão-de-obra do serviço de limpeza, bastante significativo no total dos custos. A diferença percentual de preços dos produtos será, então bastante superior à indicada.

<sup>121</sup> Como se verifica, o que varia mais significativamente são os ganhos financeiros na categoria construções (que representa mais de metade do total do valor dos mercados públicos nos países em análise), na qual os dois países estão em níveis bastante distintos de aplicação dos critérios recomendados.

Esta explicação resulta clara pela análise das figuras relativas aos impactes financeiros por categoria de produto por país. Salientamos os dois países nos extremos: o com maiores reduções de custos (Reino Unido) e o com menores ganhos (Dinamarca).

Figure 6.4: Financial impact of GPP in Denmark. Negative numbers imply reductions in costs and positive numbers imply increases in costs.

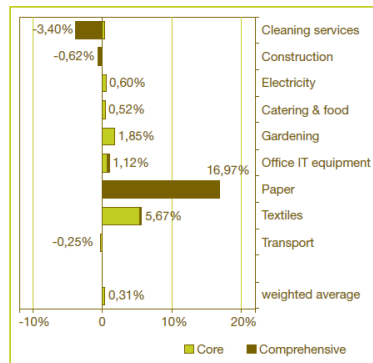
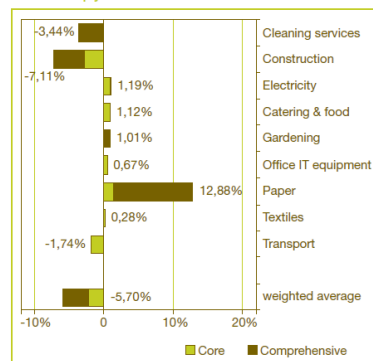


Figure 6.9: Financial impact of GPP in the United Kingdom. Negative numbers imply reductions in costs and positive numbers imply increases in costs.



Fonte: PricewaterCoopers A 2009, 64 e 67.

Figure 4.4: Overall scores product group construction

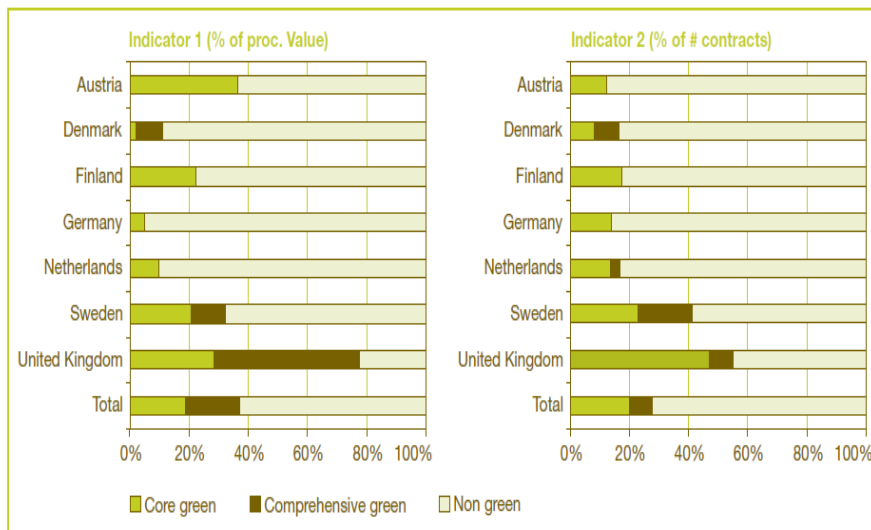


Table 4.4: Percentage of organisations complying with a green criterion for product group construction

Figure 4.4: Overall scores product group construction

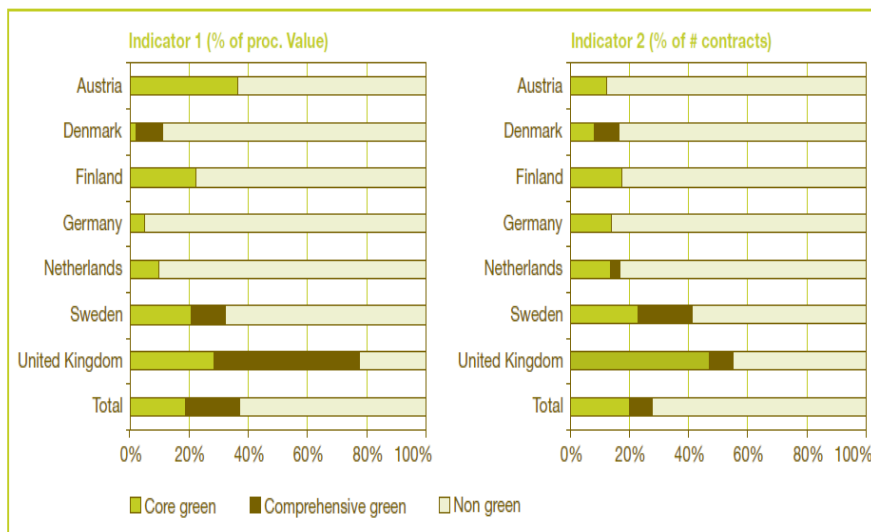


Table 4.4: Percentage of organisations complying with a green criterion for product group construction

Parece, assim, que, excepto nos sectores dos transportes, dos serviços de limpeza e da construção, a introdução de considerações ambientais tais como sejam os critérios indicados pela própria Comissão Europeia para cada uma das diferentes categorias de produtos, aumentando os custos, não é um critério “win-win”. De facto, se defendermos, como a Comissão parece por vezes defender, que os interesses que a

entidade adjudicante pode tomar em considerações são apenas os seus, chegaremos a uma tal conclusão.

Tal não é, todavia, a perspectiva correcta.

Devemos salientar o carácter redutor desta perspectiva, que cai no mesmo “erro” que leva os mercados a falharem, a ideia de que todos os custos em causa se reflectem, em última análise, em preços de um qualquer bem. Ora isso acontecerá apenas nos casos em que os impactes ambientais negativos estejam associados ao uso de recursos que, esses sim, têm preço de mercado (dos quais o mais relevante é o dos impactes derivados do consumo energético dos produtos – electricidade ou qualquer combustível, por exemplo). Na medida em que nos custos totais de um determinado bem os custos operacionais com maior peso sejam os associados aos seus consumos energéticos, a consideração desses consumos resultará, normalmente, num critério win-win. Todavia, essa consideração não reflecte os verdadeiros impactes ambientais globais dos produtos, especialmente no caso de produtos cujos maiores impactes são originados durante a sua produção (e não os que decorrem da sua utilização).

Procurámos, todavia, no primeiro capítulo evidenciar em que medida as externalidades ambientais são uma falha de mercado *precisamente porque não são reflectidas nos preços* para, seguidamente, salientar que a correcção das mesmas se fará necessariamente pela introdução de um qualquer mecanismo (com maior ou menor intervenção estatal) que *internalize* esse custo, quer dizer, que o torne perceptível para os agentes económicos. Ora essa internalização não se identifica com a consideração dos custos financeiros resultantes dos consumos dos bens. De facto, e a menos que sobre esses bens recaia já um imposto ambiental<sup>122</sup>, os seus preços reflectem apenas o seu custo privado, e não o seu custo social. A consideração dos custos totais dos bens assim compreendida não operacionaliza, ainda, essa internalização dos custos sociais totais.

---

<sup>122</sup> Embora se deva salientar que em muitos países as entidades adjudicantes estão isentas do seu pagamento, o que pode, de novo, justificar a introdução do seu valor nos “custos”. Cfr. Johnstone et al 2003. Para uma consulta aos tipos de isenções a impostos ambientais por país ver base de dados da OCDE disponível em [http://www2.oecd.org/ecoinst/queries/QueryResult\\_5.aspx?Key=5773e60f-2f59-462b-849a-d677615e89fd&QryCtx=4&QryFlag=3](http://www2.oecd.org/ecoinst/queries/QueryResult_5.aspx?Key=5773e60f-2f59-462b-849a-d677615e89fd&QryCtx=4&QryFlag=3) (último acesso em 30-11-2015).



### 3.1.2. Critérios “lose-win”

Vimos como, em certos casos, podemos encontrar uma identidade de resultados entre preocupações ambientais e preocupações orçamentais das entidades adjudicantes – salvaguardar o interesse orçamental da entidade adjudicante, isto é, garantir a minimização de recursos públicos utilizados para a satisfação de uma determinada necessidade implicará igualmente realizar escolhas mais favoráveis do ponto de vista ambiental.

Essa identidade de resultados não é, todavia, garantida, sendo vários os casos em que a prossecução dos interesses financeiros da entidade adjudicante não assegura, por si só, uma escolha ambientalmente preferível<sup>123</sup>.

Se é certo que a consideração dos custos do ciclo de vida do produto tal como entendidos tradicionalmente (não compreendendo as externalidades) deve ser sempre considerado um critério win-win, não é menos certo que essa “ganho”, esse menor impacte ambiental do fornecimento, serviço ou obra em causa serão um resultado instrumental, acessório do objectivo principal que será a economicidade do mesmo – se o custo do ciclo de vida será sempre um critério win-win, ele não garantirá todavia sempre a sustentabilidade ambiental da decisão adjudicatória.

Quer isto dizer que, caso a entidade adjudicante tenha de facto interesse em considerar o impacte ambiental no seu processo de contratação de um fornecimento, serviço ou obra, é necessário que essa consideração seja identificada de forma diferenciada das motivações financeiras que implicam a consideração da totalidade dos custos do ciclo de vida do produto.

É necessário, portanto, que a entidade adjudicante esteja *disposta* a pagar mais por contrapartida a uma maior qualidade ambiental dos fornecimentos, serviços ou obras em causa. Na medida em que critérios que operacionalizem esta disposição implicarão que se aceitem custos acrescidos, são designados por “lose-win” – custos acrescidos para um ganho em termos de qualidade ambiental.

Ora, sendo nestes casos de custos acrescidos para as entidades adjudicantes que a hipótese de introdução de considerações ambientais nos procedimentos de contratação pública levanta maiores questões<sup>124</sup>, ela será inevitável na maioria dos casos.

---

<sup>123</sup> E nesse sentido se deve reconhecer que “win-win of the sort described above can get us part of the way toward improved environmental performance of public authorities, but they can never get us all the way”. Cfr. Cfr. Johnstone et al 2003, 137.

Antes de analisarmos mais detalhadamente a ponderação entre custos e benefícios a realizar, devemos salientar um ponto prévio, relativo às diferentes formas de a operacionalizar.

Contrariamente à ideia segundo a qual a introdução desta disponibilidade a pagar passa pela introdução de atributos qualitativos (no caso, menor impacte ambiental) nos critérios de adjudicação, devemos salientar que ela pode ser introduzida pela entidade adjudicante em qualquer fase do procedimento pré-contratual, desde a definição do objecto do contrato, passando pelos critérios de selecção de candidatos e especificações técnicas até às condições de execução (incluindo, como é claro, os critérios de adjudicação). Na medida em que em todas as fases a entidade imponha exigências adicionais em matéria de sustentabilidade ambiental aos concorrentes ela está a aceitar pagar algo a mais por essas exigências adicionais.

A diferença é que, enquanto nos critérios de adjudicação a entidade indica quanto é que está disposta a pagar a mais, em todas as demais fases esse “prémio” a pagar está implícito na sua decisão, sendo bastante mais difícil a sua verificação.

Sendo assim, da mesma forma como a entidade adjudicante paga mais se incluir nos atributos determinadas emissões poluentes (pontuando as propostas que apresentem produtos com determinados níveis, mais baixos, dos mesmos ou incluindo os custos ambientais dessas emissões no custo de vida ambiental do produto), ela pagará igualmente mais se incluir esses limites de emissões nas especificações técnicas, podendo mesmo acontecer que o acréscimo de custos seja maior neste último caso, como teremos oportunidade de analisar no ponto

#### 3.1.2.1. Cálculo dos custos e benefícios, dimensão temporal e de âmbito subjectivo relevante

A introdução de considerações ambientais nos contratos públicos envolve não raras vezes um custo acrescido para a entidade adjudicante. Esse custo acrescido reflectirá, todavia, a maior qualidade ambiental dos fornecimento, serviços e obras em causa.

O caminho a percorrer é, então, não tanto o de minimizar custos mas o de garantir uma melhor relação entre custos e objectivos visados e, nesse sentido, utilizar uma abordagem de custo-eficácia (procurar a melhor relação entre os custos acrescidos e os

---

<sup>124</sup> Cfr. Marron 2003.

resultados obtidos) – passar de uma lógica de atribuição ao “moins disant” para uma outra que procura determinar o “mieux disant”.

Ora esse desiderato pode ser prosseguido de duas formas: ou se determina o nível de qualidade ambiental desejado (através, por exemplo, de especificações técnicas ou de condições de execução) e se adjudica o contrato à proposta que apresente o menor preço (ou custo); ou se determina o valor que a entidade adjudicante está disposta a pagar por um determinado nível de qualidade ambiental (ou o valor por unidade de qualidade ambiental), caso em que se adjudicará o contrato à proposta que melhor realize esta relação custo-qualidade, o que pode ser feito, por sua vez, de duas formas na fase de adjudicação – pela adjudicação à proposta com o menor custo do ciclo de vida ambiental ou pela adjudicação à proposta com a melhor relação qualidade-preço. Veremos com mais detalhe as duas possibilidades no ponto ....

De qualquer forma, sempre teremos que considerar que essa maior qualidade ambiental representa um valor que a entidade adjudicante está disposta a pagar. O que nos remete, necessariamente, para a questão da determinação desse valor que, como veremos melhor, está longe de ter um tratamento unânime pela teoria económica.

Para além da determinação do valor, há ainda uma outra questão não despicienda: saber qual o interesse que a entidade adjudicante pode relevar na determinação dessa disponibilidade a pagar. De facto, esta é uma problemática de raiz económica cuja resposta tem, todavia, enormes repercussões jurídicas.

Vimos já que relativamente aos critérios win-win que, no caso de adjudicação do contrato e utilização do objecto do mesmo por entidades diversas, o interesse a salvaguardar deve ser entendido como um único, devendo ser a adjudicação feita com base no custo total mais baixo. Vimos igualmente que ainda nesta categoria o interesse financeiro não deve ser aferido numa base anual, antes privilegiando a consideração do período de vida útil do fornecimento, serviço ou obra em causa.

Em caso de critérios lose-win, devemos ainda determinar um outro ponto: o interesse a proteger é o da entidade pública adjudicante ou o da comunidade em geral?

Esta questão, respondida agora claramente pelas directivas de 2014, esteve, no entanto, na base de uma das mais importantes controvérsias dos últimos anos na matéria: a de saber até que ponto era necessária a ligação ao objecto do contrato. Era o pressuposto de que os interesses a prosseguir pela entidade adjudicante são apenas os seus que

justificava o entendimento da Comissão de impor que as exigências relativas ao processo de produção dos bens a fornecer se concretizasse, de alguma forma, nas suas características (físicas ou funcionais).

Com a referência para o ciclo de vida do produto, as directivas assumem claramente que as entidades adjudicantes podem integrar nos objectivos a prosseguir (e, nessa medida, podem estar dispostas a pagar) impactes ambientais dos produtos que não se reflectam directamente nas características dos fornecimentos, serviços e obras a adjudicar, isto é, que as incluam na sua função de utilidade. Quer dizer, as directivas assumem que as entidades adjudicantes podem estar dispostas a pagar pela redução de todas as externalidades ambientais negativas que, por definição, são custos sociais não sendo, como tal, por si suportados<sup>125</sup>.

Fica, assim, claro que as entidades adjudicantes podem incluir considerações em matéria ambiental que se relacionem com qualquer fase do ciclo de vida dos produtos, quer elas façam ou não parte da sua substância material.

O que inclui dois grandes tipos de impactes ambientais, que podem agora ser considerados nos procedimentos pré-contratuais: aqueles que decorrem da utilização do fornecimento, serviço ou obra a adjudicar (e que, portanto, podem ser atribuídos à actividade da entidade adjudicante), quer resultem ou não num sobrecusto financeiro (para além dos que identificam critérios win-win, igualmente os que não aumentem o custo operacional mas que, não obstante, tenham impactes ambientais negativos sobre a saúde humana ou o meio ambiente, como é o caso de determinadas substâncias utilizadas nos produtos de limpeza) e os que, resultantes de uma qualquer fase do processo de produção dos mesmos (a montante, portanto, do contrato público), podem assim designar-se “incorporados” nos mesmos, mesmo que não influenciem as características físicas ou funcionais do fornecimento, serviço ou obra (por exemplo, os níveis de emissões atmosféricas de gases com efeito estufa originadas durante o próprio processo de produção do bem ou serviço em causa que em nada afectam as suas características, como as decorrentes do tipo de queimadores ou combustível utilizado).

---

<sup>125</sup> De facto, essa tensão entre entendimentos diversos foi notória no próprio processo de negociação do texto final das directivas, sendo de salientar a importância que o Parlamento Europeu assumiu na introdução do nº 3 do artigo 67.º que clarifica que serão considerados ligados ao objecto do contrato critérios relativos a qualquer fase do ciclo de vida, independentemente de fazerem ou não parte da sua substância material.

Além disso, fica igualmente claro que esses custos sociais, externalidades negativas, mesmo quando associados ao consumo de determinados bens escassos para os quais existe um preço de mercado, podem ser avaliados de forma autónoma. Quer dizer, os impactes ambientais negativos resultantes, por exemplo, do consumo de combustível dos veículos terrestres podem ser avaliados de forma independente do cálculo, para efeitos de custos operacionais, dos consumos efectivos dos mesmos: os consumos de energia são calculados multiplicando o número de quilómetros pelo consumo de combustível por quilómetro<sup>126</sup>, sendo que valor é o menor valor do custo da gasolina ou gasóleo antes de impostos<sup>127</sup>. Esse valor vai influenciar o custo operacional e, nessa medida, será sempre um critério win-win. Para além dele, todavia, as entidades adjudicantes devem ainda considerar o valor monetário do dano ambiental provocado por esse consumo (o impacto ambiental desse consumo), que será determinado multiplicando as várias emissões dele resultantes<sup>128</sup> por um valor monetário que reflecte essa externalidade. É essa, de resto, a abordagem imposta pela Directiva 2009/33 relativa aos veículos, que indica os valores monetários a considerar por unidade de emissão dos diferentes poluentes.

É igualmente essa a perspectiva assumida na Directiva 2012/27/EU relativa à eficiência energética que, impondo no seu artigo 6.º “que as administrações centrais adquiram apenas produtos, serviços e edifícios com um elevado desempenho em termos de eficiência energética”, reconhece todavia que essa obrigação pode ser afastada quando se revele que os consumos energéticos não constituem o principal impacte ambiental do fornecimento, serviço ou obra em causa. Nesses casos estaremos perante a não verificação de um dos (cinco) requisitos que o mesmo artigo estabelece: a maior

---

<sup>126</sup> Que, por sua vez, é determinado de forma directa no caso de veículos eléctricos e utilizando os factores de conversão indicados no anexo da mesma directiva no caso de utilização dos diversos combustíveis (gasóleo, gasolina, biogás, biodiesel, etc).

<sup>127</sup> Esta preocupação do legislador prende-se, como vimos, com a necessidade de assegurar que não existe uma “dupla contabilização” dessas externalidades, partindo do pressuposto que o imposto a realiza já.

Esta opção, de ignorar a eventual internalização por via de impostos e construir um método específico para as adjudicações públicas é justificada por dois argumentos: por um lado, a diversidade de impostos a nível comunitário, por outro lado, o facto de em muitos países as entidades adjudicantes estarem isentas deste pagamento. Uma terceira eventual explicação será a falta de confiança do legislador europeu na forma como os diferentes estados membros realizam esta internalização pela via tributária... Em texto principal.

<sup>128</sup> CO<sub>2</sub>, NO<sub>x</sub>, NMHC e partículas.

sustentabilidade<sup>129</sup>. Para além disso, o facto de as entidades adjudicantes estarem obrigadas a garantir a eficiência energética dos produtos, serviços e edifícios, isso não quer dizer que elas estejam obrigadas, ou sequer aconselhadas, a adjudicar os contratos à proposta com um custo total (incluindo a eficiência energética) mais baixo (o que significaria adjudicar os contratos aos produtos pertencentes às classes mais baixas de certificação energética). De facto, e como o considerando 15 salienta, as entidades adjudicantes (e todos os operadores de mercado) são incentivados a “desempenhar um papel exemplar no que respeita à eficiência energética”, o que significa poder não adjudicar o contrato ao produto com o menor custo do ciclo de vida (aferido da forma tradicional).

O que tem como consequência duas importantes conclusões: por um lado, as entidades adjudicante podem considerar de forma autónoma os impactes ambientais negativos associados aos fornecimentos, serviços ou obras a adjudicar, independentemente do preço de mercado dos bens a cuja utilização esses impactes estão associados (o que, valendo no caso dos consumos de combustíveis, vale igualmente para o caso de todos os demais consumos, como a água, por exemplo); por outro lado, elas podem igualmente realizar uma internalização autónoma da eventualmente já feita pela via dos impostos, desde que desconsiderem, no custo “financeiro”, o valor desses impostos no preço dos bens.

### 3.1.2.2. Ponderação custos-benefícios e valores ambientais absolutos

Vimos no capítulo I como os mercados não atingem a máxima eficiência na presença de externalidades ambientais negativas, sendo que o equilíbrio que se estabelece naturalmente se realiza a um nível de produção acima do desejável e com um preço abaixo do que garante a máxima eficiência.

---

<sup>129</sup> Nos termos do artigo 6.º, essa obrigação existe “na medida em que seja coerente com uma boa relação custo-eficácia, viabilidade económica, maior sustentabilidade, adequação técnica e condições de concorrência suficientes”. A verificação dessas condições é, então, pressuposto da existência da obrigação para as entidades adjudicantes.

A Comissão divulgou, em simultâneo com o texto da Directiva, várias “guidance notices” relativas à interpretação da mesma, uma das quais especificamente relativa ao artigo 6.º, na qual se admite expressamente a possibilidade de afastamento desta obrigação nos casos de não verificação de um deles. Cfr. Commission Staff Working Paper 2013, *Guidance note on Directive 2012/27/EU on energy efficiency, amending Directives 2009/125/EC and 2010/30/EC, and repealing Directives 2004/8/EC and 2006/32/EC, Article 6: Purchasing by public bodies*, SWD(2013) 446 final, 10 e ss.

O reconhecimento dessa ineficiência justifica a intervenção do Estado no sentido de eliminar essas falhas de mercado. Uma qualquer intervenção nesse sentido implica, todavia, o conhecimento de uma multiplicidade de variáveis, algumas de difícil determinação, como os custos sociais marginais ou os custos marginais de adaptação das várias empresas que operam nesses mercados, o que torna a tarefa de definição do ponto ótimo de poluição particularmente exigente se não mesmo impossível.

Por outro lado, não é menos certo que o próprio conceito de “ponto ótimo de poluição” é bastante controverso – o ponto ótimo seria o ponto de poluição zero, ou pelo menos, o ponto que reflecta a capacidade de assimilação do meio ambiente.

A definição dos objectivos de redução de poluição é, assim, mais do que uma tarefa para a ciência económica, uma competência política.

É claro que o Estado pode utilizar a sua autoridade para impor determinados comportamentos aos privados em matéria ambiental – eles fá-lo-ão através dos chamados instrumentos de command and control. Definidos os níveis máximos de impactes admitidos, todos os produtores de externalidades terão que adaptar os seus processo de produção para os atingir; os custos de adaptação serão, pela lógica do mercado, incorporados nos preços dos bens, sendo que acabam por ser transferidos para os consumidores.

Todavia, face à especial sensibilidade da matéria, os Estados utilizam igualmente outro tipo de instrumentos, não coercivos, para procurar essa redução de impactes negativos pretendida. Um exemplo são os instrumentos que procuram eliminar as imperfeições de informação, fazendo com que os consumidores finais tomem conhecimento dessas externalidades dos bens, na esperança que os mesmos incorporem esses custos sociais nas suas funções de utilidade dos bens, isto é, que incluam a qualidade ambiental dos bens nos factores que determinam a sua disponibilidade a pagar pelos mesmos.

Em matéria de contratos públicos, não são igualmente muito diversas as opções que se colocam à entidade adjudicante: elas podem optar entre i) definir o nível mínimo de sustentabilidade do bem que aceitam através das especificações técnicas, dos critérios de selecção ou das condições de execução; ou ii) definir quanto estão dispostas a pagar a mais por um determinado aumento na qualidade ambiental (ou, noutra perspectiva, por uma determinada diminuição das externalidades negativas).

Como salientámos já, em ambos os casos elas estarão a aceitar um determinado valor monetário para a qualidade ambiental; a única diferença é que, enquanto na primeira opção a entidade se dispõe a pagar o preço mais baixo que resultar da concorrência entre as empresas do mercado (qualquer que este se venha a revelar), no segundo ela define, à partida, quanto está disposta a pagar (que pode ser um valor fixo ou uma função do preço e/ou do nível de qualidade ambiental).

Não tendo, à partida, as entidades adjudicantes uma função de utilidade própria, a determinação dessa disponibilidade a pagar deve ter por referência um valor que reflecta o custo social da externalidade ou o benefício social da redução da mesma. Não ignorando a particular dificuldade de uma tal determinação do que podemos designar de “valor da qualidade ambiental”, resulta, todavia, claro que a introdução de um tal valor monetário na sua disponibilidade a pagar é, do ponto de vista económico, não muito diverso do que se procura atingir nos mercados privados pela eliminação das assimetrias de informação.

A forma como a entidade define esse valor depende, por sua vez, da opção que realizar relativamente à forma de eliminação da falha de mercado: ou opta por definir o nível mínimo de qualidade ambiental que exige e aceita o preço que resultar do mercado (ainda que este reflecta os sobrecustos de adaptação das empresas concorrentes), ou determina o valor monetário da externalidade (o que está disposto a pagar por cada redução da externalidade) e adjudica o contrato à melhor proposta.

Quer dizer, ou define a qualidade ambiental como um valor absoluto, não comensurável, ou o procura determinar, quantificar em termos monetários.

Devem salientar-se, a este propósito, dois pontos: em primeiro lugar, em ambos os casos se assume um valor para a qualidade ambiental em questão – a diferença é que no primeiro caso o valor é implícito enquanto no segundo esse valor será explícito; em segundo lugar, e eventualmente mais importante, em ambos os casos se assume uma natureza compensatória.

Esta última conclusão é particularmente relevante na medida em que salienta que a entidade adjudicante realiza essa compensação entre preço e qualidade ambiental quer introduza esta última nos critérios de adjudicação quer o faça através de especificações técnicas. É certo que neste último caso essa compensação não é explícita, deliberada,



antes é feita na própria decisão dos níveis mínimos que decide exigir<sup>130</sup>, mas esse facto não invalida que se deva reconhecer a presença de uma lógica compensatória.

#### Tipos de Custos

Custos financeiros derivados do uso de determinados produtos/tecnologias com menores impactes

- benefícios em termos de menores impactes ambientais dos produtos. Quais os impactes:

1. no processo de produção do bem: - que se materializam na substância do mesmo

- que não se materializam em nenhuma característica do bem

Na fase de uso do bem:

- que se reflectem na redução de custos operacionais

- que não se reflectem de nenhuma forma em custos financeiros

- sempre que se use o custo do ciclo de vida simples, o critério deve ser considerado win-win

- o critério só é lose-win se se incluírem as externalidades

- esta não é a única forma de introdução de critérios lose-win, nem sequer a mais frequente: sempre que a entidade especifique determinadas qualidades ambientais requeridas, esse critério é lose-win, na medida em que se aceita pagar algo mais por essa qualidade a mais. A questão é que nestes casos o valor monetário que a entidade aceita pagar é implícito na sua decisão (remeter para livro de 2007 quando fala das críticas às análises custo-benefício e para os instrumentos de mercado, nomeadamente os que procuram lidar com as assimetrias de informação enquanto falhas de mercado.

---

<sup>130</sup> A entidade adjudicante, tal como todos os consumidores, acaba por utilizar esta lógica da compensação quando decide *o que comprar*, na medida em que aceita que essas características exigidas implicarão um custo financeiro mais elevado, custo esse que implicará que deixa de poder utilizar esses recursos para a satisfação de uma outra qualquer necessidade. Cfr. Keohane e Olmstead 2007, 48.

For an interesting discussion of benefit-cost analysis as applied to the environment, see “Cost-Benefit Analysis: An Ethical Critique,” by Steven Kelman, with replies by James DeLong, Robert Solow, Gerard Butters, John Calfee, and Pauline Ippolito. *AEI Journal on Government and Social Regulation* (January/February 1981): 33–40. Reprinted in Robert N. Stavins, ed., *Economics of the Environment: Selected Readings*, 5th ed. (New York: Norton, 2005), 260–275.

“Cost-benefit analysis is needed only when society must give up some of one good thing in order to get more of another good thing. . . . The underlying rationale of cost-benefit analysis is that the cost of the good thing to be obtained is precisely the good thing that must or will be given up to obtain it”. Solow 1981, resposta ao artigo de Kelman crítico à análise custo benefício publicado no *AEI Journal on Government and Social Regulation*, 33-40 (tenho o artigo em críticos a análise custo-benefício)

a mesma coisa quando a entidade decide incluir essas qualidades ambientais nos critérios de adjudicação: ela estará sempre a definir um valor (implícito) monetário que está disposta a pagar por essa qualidade.

então a questão está em como definir esse valor. Ora a teoria económica ensina que a internalização deve ser feita tomando por base os custos marginais da poluição, cuja curva é construída com base na curva de procura desses mesmos bens/qualidades ambientais. Retornaremos à questão no ponto .... Quando tratarmos o valor dos bens ambientais.

por outro lado não podemos esquecer dois aspectos: por um lado, os fundos públicos não são ilimitados (remeter para artigo em francês que fala nisto); por outro lado, há ainda a questão de alguns países excluïrem as entidades adjudicantes do pagamento de impostos ambientais.

### 3.2. Classificação segundo os efeitos sobre a concorrência e eficiência nos mercados

Uma outra classificação possível das várias formas de introdução de considerações ambientais nos procedimentos pré-contratuais é aquela que se refere aos efeitos sobre a concorrência nesses mercados.

A lógica de regulamentação das compras públicas, quer a nível nacional, quer a nível europeu, passa por assegurar que os procedimentos chamam aos mercados o maior número possível de concorrentes, assim se garantindo, a nível nacional, a economicidade dos mesmos e, a nível europeu, o funcionamento do mercado interno. Quer dizer, confiando na lógica de mercado nos termos da qual quanto maior concorrência entre os ofertantes maior a eficiência dos mercados e, nessa medida, o maior bem-estar das populações, procura-se chamar aos mercados públicos o maior número de concorrentes para com isso melhorar as condições de aquisição da entidade adjudicante e, simultaneamente, aumentar a eficiência dos mercados como um todo.

Essa concorrência entre os vários operadores nos mercados, por vezes denominada “contestabilidade” dos mesmos é, como vimos no primeiro capítulo, uma das condições necessárias para o funcionamento da “mão invisível” que os torna mecanismos de garantia da alocação eficiente de recursos. Na verdade, é ela que permite que nos

mercados públicos o mecanismo dos preços funcione no sentido de indicar ao comprador a escassez e reflectir os verdadeiros custos de produção.

Salientámos no primeiro capítulo que nos mercados públicos, tal como nos privados, são típicas as chamadas imperfeições de mercado que os afastam da máxima eficiência na alocação de recursos. Os mercados públicos, porém, são igualmente caracterizados por imperfeições de mercado específicas destes mercados. Quer dizer, nestes mercados às falhas típicas de qualquer mercado juntam-se outras, específicas. Daí que uma das mais importantes teorias económicas aplicadas aos mercados públicos é a chamada teoria da agência, que reconhece a existência de duas entidades do lado do comprador: o principal, ou estado em sentido lato, representado pelos políticos, e os agentes, o aparelho burocrático, aqui representado pelas várias entidades adjudicantes.

Para além das específicas questões relacionadas com o problema da corrupção, a teoria da agência dá um contributo importante na explicação da chamada “tendência para a ineficiência” nas entidades públicas em geral e nos mercados públicos em particular.

De facto, aparentemente os objectivos de uma qualquer entidade adjudicante seriam, à primeira vista, o de maximizar ao máximo os resultados pretendidos minimizando os custos de modo a que essa poupança pudesse ser utilizada para outras necessidades. Todavia, a realidade mostra que nem sempre assim é, existindo regularmente uma discrepância entre os objectivos do estado como um todo e das entidades adjudicantes em particular<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> Isto por vários motivos: i) as ineficiências podem reduzir o “lucro” do principal, mas nem por isso afectam os interesses do agente, nomeadamente a sua remuneração. De facto, é muito raro a ineficiência dar lugar ao fecho do departamento ou a sanções aos agentes encarregues dos procedimentos de contratação pública.; ii) além disso, e uma vez que quem dispõe de informação sobre o mercado é o agente e não o principal, este terá uma tarefa dificultada na identificação dessas ineficiências; iii) por fim, é ainda relevante o facto de ser muito difícil encontrar nestes contratos, especialmente nos mais elaborados, um termo de comparação que sirva de referência em termos de eficiência.

Consequentemente, o que temos muitas vezes são procedimentos de contratação em que o agente, ou não se interessa por questões de eficiência ou, tendo esta em perspectiva, ainda assim coloca outros interesses acima deste, como sejam o de manter o orçamento do seu departamento (fazer remissão para teorias que falam disto – na tese de mestrado tenho), orçamento esse que determina o prestígio do agente. Um relatório sobre o governo Canadano revela mesmo “a climate on the Federal Public service which placed a premium on devising new and ingenious ways of increasing departmental budgets”. MCLACHLAN 1985, 357.

MCLACHLAN 1985, “Discriminatory Public Procurement , Economic Integraton and the Role of the Bureaucracy”, in *Journal of Common Market Studies*, 23, 357, 362.

É certo que nem sempre o agente descuida o interesse público; todavia, a verdade é que, mesmo prosseguindo o interesse público, os agentes podem colocar a eficiência em causa. É o caso quando se perde a noção de custo/benefício, de maximização de resultados com minimização de meios. Ora isto acontece com muitos agentes públicos que confundem a melhor compra com a compra do melhor produto, muitas vezes o mais caro. Aqui a eficiência é posta em causa com especificações técnicas mais exigentes do que as necessidades da entidade, o que aumentará os encargos com o contrato em questão.

É claro que não podemos dizer que nas empresas privadas não existe ineficiência. Pelo contrário, vários estudos apontam precisamente no sentido de salientar a diminuta diferença de eficiência entre organizações públicas e privadas. Saliente-se, a título de exemplo, o trabalho de Boardman e Vining<sup>132</sup>.

Todavia, esses estudos têm em comum entre si o facto de estudarem empresas privadas que actuam em mercados de concorrência imperfeita, em que existe um grande poder de mercado de tipo monopolista<sup>133</sup>. Ora o facto é que quando Boardman e Vining procuram comparar a actuação de público e privado em mercados competitivos, os resultados são algo diversos, apontando para diferenças significativas a nível de performance.

De facto, o que caracteriza de igual forma os mercados públicos e os mercados privados de concorrência imperfeita é a necessidade de assegurar a introdução de contestabilidade ou concorrência entre diferentes operadores<sup>134</sup>.

Para além dos problemas de agência, os mercados públicos estão igualmente limitados por uma outra imperfeição de mercado – as falhas de informação (tratadas igualmente pela teoria da agência, agora perspectivando a entidade adjudicante como o principal e

---

<sup>132</sup> BOARDMAN E VINING 1989, "Ownership and Performance in Competitive Environments: a Comparison of the Performance of Private, Mixed and State-Owned Enterprises", in *Journal of Law and Economics*, 1.

<sup>133</sup> Ver igualmente BRONKERS 1996, "The position of Privatised Utilities under WTO and EC Procurement Rules", in *Legal Issues of European Integration* 145.

Esta semelhança de comportamentos entre público e privado em casos de mercados pouco competitivos faz questionar sobre a racionalidade económica da regulação dos mercados públicos em mercados já regulados, como o caso dos monopólios naturais.

<sup>134</sup> Daí que Trepte conclua que "Procurement regulation does not, therefore, introduce into the public sector private sector methods of procurement. Rather, it introduces mechanisms by which similar results may be achieved in the markedly different organizational structure of the public sector". Cfr. Trepte 2004, 82.

os concorrentes enquanto agentes). Os mercados não são perfeitamente transparentes e a informação não chega dos ofertantes a todos os compradores.

Num mercado perfeito, o preço de equilíbrio de mercado é o que garante, *ex ante*, a máxima eficiência na alocação de recursos<sup>135</sup>; esse preço de equilíbrio exige, todavia, que o mecanismo dos preços funcione de forma perfeita, o que pressupõe a transparência.

Para além do problema da informação, há ainda que referir que um determinado preço de equilíbrio apenas reflecte oferta e procura num preciso momento temporal. Ora os mercados são, pela sua própria natureza, dinâmicos. Daí que “the nature of economic competition is not ‘equilibrium’ but a perpetual state of change”<sup>136</sup>.

De facto, mesmo nos mercados concorrenciais, não existirá um único preço de equilíbrio, sendo antes provável uma concorrência de preços entre os vários produtores. Esta concorrência pode dever-se a inúmeros factores – os preços serão diferentes caso se trate de venda a retalho ou por grosso, consoante o tipo de serviços fornecidos, em função de própria eficiência do produtor em si (um produtor menos eficiente pode não conseguir praticar os preços que um outro apresenta ao mercado; por outro lado, um produtor muito eficiente pode mesmo oferecer preços abaixo dos custos de produção numa tentativa de enfraquecer ainda mais a concorrência), indústrias protegidas ou que beneficiem de subsídios podem manter os preços artificialmente baixos, etc. de todo o modo, a concorrência pelo preço é possível precisamente porque, na ausência de concorrência perfeita, não existe um preço de equilíbrio estável.

Na ausência de informação perfeita, a identificação do melhor preço de mercado requer, pois, um método de procura, de recolha de informação<sup>137</sup>.

Solicitar o preço a um único ofertante não será, como se compreende, o melhor, uma vez que, em primeiro lugar, é impossível saber qual o produtor mais eficiente e, em segundo lugar porque este, mesmo sendo o mais eficiente, sabendo que não tem concorrência, tenderá a aumentar o preço proposto.

---

<sup>135</sup> “The ‘marvel’ of the price system is its efficiency in communicating information ‘in a system in which the knowledge of the relevant facts is dispersed among many people’

<sup>136</sup> SCHUMPETER 1934, *The Theory of Economic Development*, Cambridge, Harvard University Press.

<sup>137</sup> “Competition is a process whereby knowledge (in economic terms, knowledge about prices, for example) is communicated. To treat it as if this knowledge was already available is to make a nonsense of the whole notion of competition. It is equally nonsensical to judge the results of competition against some preconception of what results from that competition ‘ought’ to have been”. Cfr. Trepte 2004, 86.

É do interesse do comprador alargar ao máximo o leque de concorrentes. Todavia, isto não é igualmente compatível com a abordagem directa a cada um deles, dados os custos acrescidos que acarretaria.

O mais normal nos mercados públicos (como nos privados) é, no entanto, que o preço não seja o único factor relevante em termos de decisão.

Nestes casos, os problemas de informação estendem-se a outras características do produto/serviço, para além do preço. São normalmente identificados dois problemas de informação deste tipo: *moral hazard* e *adverse selection*.<sup>138</sup>

*Moral hazard* refere-se aquelas informações que apenas os concorrentes possuem sobre as suas empresas e que afectam os seus custos ou a qualidade dos seus produtos. Da facto, a ineficiência não é exclusiva dos entes públicos, existindo igualmente muitos privados ineficientes. A sua permanência no mercado depende da capacidade que tenham para não revelar essa ineficiência.

*Adverse Selection* diz respeito, por sua vez, àquelas situações em que os concorrentes têm acesso a mais informações sobre o mercado relevante do que o comprador (seja privado ou público). Essas informações podem, por exemplo, dizer respeito às mais recentes tecnologias existentes no mercado. Em mercados de produtos tecnologicamente mais avançados, essa assimetria de informação pode ser muito relevante, funcionando como uma vantagem para os concorrentes mesmo em mercados de monopólio próximos deste. De facto, ainda que o comprador (neste caso entidade adjudicante) saiba mais sobre as necessidades do ponto de vista da procura, os concorrentes saberão normalmente muito mais do que este relativamente às tecnologias disponíveis para satisfazer essas necessidades<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> Laffont e Tirole A Theory of Incentives in Procurement and Regulation, MIT, capítulo 11

<sup>139</sup> Um outro manifestação da *adverse selection* é conhecida por 'winner's curse', sendo um exemplo de escola que põe em causa a ideia aparentemente atraente de que quanto maior concorrência mais baixo o preço conseguido.

O exemplo mais conhecido é o do concurso para atribuição de direitos de exploração de uma reserva de petróleo. Os concorrentes, não sabendo com exactidão as reservas em causa, têm que fazer estimativas. Uns subvalorizarão as reservas, enquanto outros as sobrevalorizarão. Ganhará quem oferecer um preço maior. Pode, no entanto, acontecer que o preço foi oferecido com base numa sobrevalorização do exacto valor da reserva, caso em que o concorrente que ganha a concessão acaba por ter prejuízo com a mesma...

No contexto das compras públicas, a variante desconhecida é o exacto custo da obra, no caso, por exemplo, de um concurso para empreitada de obra pública. Ganhará quem subvalorizar os custos, podendo, caso o erro seja assinalável, ter prejuízo com o contrato. Num concurso público, e com medo desta 'maldição do vencedor', é possível que todos os concorrentes sejam muito cautelosos em termos

A concorrência diminui a capacidade dos vendedores extraírem rendas dos adjudicantes, mantendo os preços artificialmente altos.

Na presença de moral hazard, quando os concorrentes não sabem os custos de produção uns dos outros, a concorrência faz com que cada um apresente uma proposta o mais baixa possível dado o seu nível de custos. A escolha será, então, feita em função da eficiência.

Em situações de adverse selection, como os casos de produtos complexos dos quais os fornecedores detêm o monopólio da informação, a concorrência diminui o incentivo que os concorrentes têm de aproveitar essa assimetria de informação em seu benefício.

Mais uma vez se revela essencial a introdução de concorrência nos mercados de forma a garantir que, sabendo da concorrência dos outros, cada ofertante no mercado tenha que ajustar a sua proposta aos níveis mais baixos possível. Só assim se conseguirá garantir que as propostas não apresentam preços demasiado elevados e, simultaneamente, que ganhará o concurso o ofertante mais eficiente (com custos mais baixos e melhor relação qualidade/preço)<sup>140</sup>.

Por outro lado, essa abertura dos procedimentos aos concorrentes é uma exigência dos princípios gerais de direito (nacionais e europeus), nomeadamente do princípio da igualdade, que impõe que não se excluam potenciais concorrentes de forma arbitrária e da própria ideia de concorrência que se impõe em todos os mercados, incluindo os mercados públicos.

Assumindo que o maior número possível de concorrentes é, simultaneamente, um imperativo legal e um objectivo do interesse das próprias entidades adjudicantes, faz

---

de estimativa de custos, preferindo propôr valores mais altos e perder o concurso do que enganar-se e ter prejuízos. Hong e Shum 2002, "increasing Competition and the Winner's Curse: Evidence from Procurement", in *Review of Economic Studies*, 69, 871-898 chegam à conclusão que, em certos tipos de contratos públicos, os concursos públicos podem levar a propostas mais altas precisamente devido a este efeito.

<sup>140</sup> É claro que isto pressupõe que o adjudicante se obriga a adjudicar ao preço mais baixo (ou à proposta que melhor satisfaça os critérios de adjudicação previamente definidos), mesmo que isso implique, ocasionalmente, algum sacrifício do interesse público (porque, por exemplo, no decorrer do concurso alguém apresentou uma proposta até melhor, mas que o adjudicante não anteviu como possível e que, por isso mesmo, não corresponde aos critérios pré-definidos) – é a chamada "commitment theory". Para desenvolvimentos ver Trepte 2004, 94 e ss, McAfee e McMillan 1987 ou Schelling 1960.

McAfee e McMillan 1987, "Auctions and Bidding", *Journal of Economic Literature*, 25, 699-703

Schelling 1960, "The Strategy of Conflict", Harvard University Press, 22

sentido que se procure classificar as várias formas pelas quais as entidades adjudicantes podem introduzir considerações ambientais nos procedimentos pré-contratuais em função dos efeitos sobre essa abertura à concorrência que cada uma implica.

Note-se que não estamos neste ponto a tratar dos vários tipos de procedimento admitidos, isto é, não assumimos uma perspectiva formal na presente classificação, antes procuramos uma categorização substancial – independentemente do tipo de procedimento (concurso público ou concurso limitado, por exemplo), centraremos a nossa atenção no modo como a entidade adjudicante introduz as qualidades ambientais que definiu como relevantes no procedimento e nos efeitos que essa escolha produzem na abertura<sup>141</sup> do mercado em causa.

Essa classificação distingue dois grandes tipos de instrumentos: os que eliminam concorrentes potenciais e os que o não fazem, permitindo a maior abertura possível à mesma.

### 3.2.1. Critérios que afastam concorrentes dos mercados

Os mercados públicos, tal como os privados, são caracterizados por assimetrias de informação que distorcem o funcionamento do mecanismo dos preços. A regulação destes mercados visa, então, assegurar formas de transmissão de informação entre operadores de mercado e entidades adjudicantes que, eliminando ou minimizando essas falhas, respeitem simultaneamente os princípios de direito nesta matéria, em particular o da igualdade e não discriminação.

O preço não é, todavia, a única informação relevante no mercado. Pelo contrário, além da concorrência no preço, os concorrentes concorrem ainda com as características dos produtos que oferecem (a homogeneidade dos produtos é outra das características da concorrência perfeita que raramente se verifica na realidade).

Quer isto dizer que, mesmo existindo perfeita informação sobre os preços de mercado, a decisão apenas com base nestes resultaria na aquisição de produtos de pior qualidade/pior serviço.

De facto, aquilo que se pede à entidade adjudicante não é que compre o mais barato no mercado, mas o bem com melhor relação qualidade/preço, o melhor ‘value for money’.

---

<sup>141</sup> O termo “abertura de mercado” é, deste modo, aqui utilizado de forma diversa da utilizada pela Comissão Europeia, que normalmente o associa ao número de anúncios de concurso público publicados, isto é, àquela perspectiva formal que salientámos não assumir.



Mais uma vez, no entanto, se coloca o problema da assimetria de informação – o comprador não conhece todas as características dos bens que existem no mercado capazes de satisfazer (ainda que de forma diversa) a sua necessidade.

Essa recolha de informação não pode (nem deve), todavia, ser feita mediante a abordagem directa a diferentes fornecedores, que colocaria mais problemas à entidade adjudicante do que soluções na medida em que toda a informação tem que processada de forma a ser possível uma avaliação das propostas. Ora a questão da avaliação é um tema sensível nos mercados públicos. É claro que toda a avaliação é, por natureza, subjectiva. Mas essa subjectividade, como referimos anteriormente, não é bem vista pelo regulador, nomeadamente pelos problemas salientados pela teoria da agência. E o problema coloca-se porque, por um lado, o agente tem que conhecer a informação relativa aos produtos de forma a conseguir processá-la e tomar a melhor decisão possível mas, por outro lado, ele tem que estar de alguma forma limitado nessa sua acção de modo a que não possa utilizar essa informação de que dispõe para prosseguir interesses diversos daqueles que o principal determina.

A primeira tarefa do agente é definir a sua necessidade e, conseqüentemente, o bem/serviço que a satisfaz. Isto é geralmente passado para o procedimento de contratação pela definição das especificações técnicas solicitadas. As especificações técnicas são, então, o conjunto de características do produto/serviço solicitado que definem o que a entidade adjudicante pretende em termos de satisfação das suas necessidades. Elas serão objectiváveis se forem feitas em termos meramente funcionais, isto é, em vez de definir especificamente o produto ou o design, determinam a função que esse produto/serviço necessita cumprir. Esta definição de ‘tarefas’ que o produto é capaz de cumprir objectiva as propostas dos vários concorrentes, na medida em que, para serem aceites, todas as devem cumprir.

A definição da necessidade a satisfazer determina, assim, o objecto do contrato. Ora nessa necessidade a satisfazer podem ser incluídas considerações ambientais, isto é, a entidade adjudicante pode incluir na sua função de utilidade a minimização dos impactes ambientais negativos dos fornecimentos, serviços e obras que irá adjudicar.

A entidade adjudicante pode, então, definir, logo nas especificações técnicas, qual o nível mínimo de desempenho ambiental que aceitará; pode igualmente definir, no caso de contratos de serviços ou obras, o modo como esse contrato deverá ser executado,

exigindo, enquanto critério de selecção de candidatos, que o concorrente demonstre capacidade de cumprir esses requisitos mínimos. Esta é, de resto, a forma mais comum de inclusão de considerações ambientais nos contratos públicos a nível europeu.

Na medida em que defina, como especificações técnicas ou critérios de selecção dos candidatos, essas qualidades ambientais que deseja ver reflectidas nas propostas a apresentar pelos concorrentes, a entidade estará, todavia, a eliminar determinados concorrentes – aqueles cujos produtos, serviços ou obras não cumpram os requisitos definidos.

Recorrendo a um exemplo muito simples, a entidade adjudicante pode definir que quer adquirir mobiliário de escritório feito a partir de madeira produzida de forma sustentável. Nessa medida, todos os operadores de mercado que não produzam mobiliário a partir de madeira sustentável ficarão excluídos, à partida, desse mercado.

Deve notar-se, todavia, que o facto de a entidade adjudicante estar a diminuir o número de concorrentes potenciais ao mercado em causa não coloca necessariamente em causa nem o valor da defesa da concorrência nos mercados nem o princípio da igualdade de tratamento. Como teremos oportunidade de analisar no capítulo III, a igualdade de tratamento exige “apenas” que se trate de igual forma situações ou operadores em idênticas circunstâncias. Ora o facto de não produzirem mobiliário a partir de madeira sustentável coloca os operadores numa situação diversa dos que o fazem, diversidade que justifica a desigualdade de tratamento.

Na realidade, as entidades adjudicantes, perante a enorme diversidade de produtos no mercado, tendem a delimitar o campo de abertura à concorrência através das especificações técnicas, que funcionam muitas vezes como exigências mínimas que permitem uma uniformidade das propostas relativamente a determinados aspectos qualitativos definidos como essenciais.

No caso das considerações em matéria ambiental, e dada a complexidade da matéria e diversidade de soluções, é igualmente muito comum que as entidades adjudicantes o façam recorrendo a determinados critérios pré-estabelecidos por uma entidade terceira, quer dizer, por referência a certificados ou standards que normalizam os diferentes graus de impacte ambiental dos produtos e serviços.

É, aliás, no sentido de auxiliar as entidades adjudicantes na definição desses requisitos que a própria Comissão Europeia decidiu em 2008<sup>142</sup>, iniciar o processo de definição dos chamados critérios comuns para as compras públicas ecológicas. Actualmente estão definidos critérios comuns para cerca de 21 tipos de produtos e serviços tão diversos como os produtos e serviços de limpeza, a construção, o mobiliário ou o material de escritório<sup>143</sup>. Em quase todos os casos se optou por utilizar uma mesma metodologia: definir determinados critérios tidos como “critérios base”, que representam os mínimos a exigir em matéria ambiental, e “critérios alargados”, que podem ser utilizados pelas entidades adjudicantes que desejem um maior grau de sustentabilidade nos seus contratos. Em ambos os casos se identificam critérios a incluir enquanto especificações técnicas e como critérios de adjudicação.

O objectivo é disponibilizar uma ferramenta às entidades adjudicantes que, por um lado, facilite a tarefa daquelas que, querendo introduzir considerações ambientais nos seus contratos, não disponham de meios ou conhecimentos para identificar os impactes mais relevantes de cada produtos ou serviço e, por outro lado, contribua para alguma uniformização de critérios a nível europeu.

Note-se, no entanto, que tal uniformização não é obrigatória: defendendo a Comissão Europeia as suas vantagens, nomeadamente em termos de incentivos claros aos mercados, as entidades adjudicantes podem sempre optar por utilizar critérios diversos dos aí recomendados ou, utilizando os mesmos critérios, conferir-lhe uma importância diversa no total dos atributos ambientais exigidos<sup>144</sup>.

De qualquer modo, e independentemente do grau de uniformização nos critérios utilizados, o certo é que, por esta via, a entidade adjudicante, além de, como vimos, operacionalizar a intenção de redução do impacte ambiental (da sua actividade ou, de

---

<sup>142</sup> Comissão Europeia 2008, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Contratos públicos para um ambiente melhor”, COM(2008)400 final.

<sup>143</sup> A lista de todos os critérios desenvolvidos está disponível em [http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu\\_gpp\\_criteria\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm)

<sup>144</sup> Realçando as vantagens de uma estrutura de decisão descentralizada que permite uma melhor adequação dos critérios requeridos às especificidades locais ou regionais e, nesse sentido, potencia a internalização dos verdadeiros custos sociais dos impactes ambientais, melhorando a eficiência, Brannlund et al 2010, artigo apresentado na 4ª International Public Procurement Conference, disponível em <http://www.ippa.org/IPPC4/Proceedings/07GreenProcurement/Paper7-1.pdf> ou, mais recentemente, Brannlund et al 2015, 19, disponível em [https://www.researchgate.net/publication/255634323\\_How\\_to\\_Approach\\_Green\\_Public\\_Procurement\\_as\\_a\\_Policy\\_Tool\\_Cost-efficiency\\_and\\_Competition\\_Considerations](https://www.researchgate.net/publication/255634323_How_to_Approach_Green_Public_Procurement_as_a_Policy_Tool_Cost-efficiency_and_Competition_Considerations)

forma mais abrangente, de todo o ciclo de vida dos produtos e serviços que adquire) através de um instrumento de tipo command and control ou administrativo, o faz reduzindo a concorrência no mercado das empresas que se lhe dirigem, o que pode originar alguns sobrecustos, independentes daqueles que ela aceita já suportar pela qualidade ambiental que decide pagar. Na verdade, esses sobrecustos derivam, não da maior qualidade do produto ou serviço, mas apenas da diminuição da concorrência entre as empresas no mercado.

Embora esta seja uma questão ainda relativamente pouco explorada, alguns estudos apontam para que esses efeitos sobre a concorrência podem, de facto existir, mas não se verificam necessariamente, dependendo do tipo de mercado e da homogeneidade da estrutura de custos (em especial dos chamados custos de ajustamento) entre os diferentes ofertantes do mercado.

Partindo de um modelo que pressupõe que todas as empresas existentes no mercado produzem produtos “castanhos” (isto é, produtos que não cumprem ainda todas as exigências definidas pela entidade adjudicante) e que as compras públicas ecológicas fornecem incentivos no mercado para todos os potenciais concorrentes e não apenas para aquele a quem o contrato é adjudicado<sup>145</sup>, Lundberg et al<sup>146</sup> concluem que a maior exigência dos requisitos ambientais conduzirá ao aumento da probabilidade de mais empresas decidirem não entrar no mercado público “verde” criado por uma entidade adjudicante. De facto, sendo a decisão de alterar ou não o processo produtivo (por forma a poder oferecer a qualidade ambiental requerida) dependente da relação entre os custos de ajustamento e a probabilidade de ganhar o contrato de cada empresa, o mais provável é que empresas com elevados custos de ajustamento decidam pura e simplesmente não concorrer ao contrato em questão, diminuindo desta forma o número de concorrentes.

---

<sup>145</sup> Este será o chamado efeito transformação das compras públicas ecológicas, diverso da perspectiva assumida por Marron 1997, que analisa o chamado efeito substituição das compras públicas ecológicas. Para uma análise da diferença entre as chamadas políticas de *transformação* e políticas de *substituição* e defendendo que estas últimas são um tipo das primeiras, ver Lundberg et al 2015. (Is environmental policy by pp effective?)

<sup>146</sup> Lundberg S, Marklund P-O, Strömbäck E (2012) Objective Effectiveness of Green Public Procurement. IPPC, the 5th International Public Procurement Conference, 17–19 August, Seattle. IPPA: International Public Procurement Association, pp 1145–1174, disponível em <http://www.ippa.org/IPPC5/Proceedings/Part5/PAPER5-2.pdf> (último acesso em 8-12-2015).

Nota: no mesmo site em <http://www.ippa.org/IPPC4/Proceedings/07GreenProcurement/Paper7-1.pdf> está disponível a versão de 2010 do artigo do Brannlund Lundberg e Marklund, Assessment of GPP as a policy tool: cost- efficiency and competition considerations, que eles publicaram mais tarde na Environmental economics (sem a parte da concorrência).

Essa diminuição da concorrência entre as empresas levará, por sua vez, ao aumento dos preços no mercado.

Por outro lado, esta conclusão coloca igualmente em questão a ideia segundo a qual as compras públicas ecológicas funcionam como um incentivo a que um maior número de empresas opte por oferecer ao mercado produtos com menores impactos ambientais. Está em causa, então, a chamada “eficácia objectiva” de tais políticas (por oposição à relação custo-eficácia analisada em Lundberg et al 2009) que se refere à forma como uma determinada política ambiental contribui para a obtenção dos objectivos definidos. Pro exemplo, apesar de os impostos ambientais terem uma melhor relação custo-eficácia, eles não têm, todavia, um impacto directo e certo no ambiente (dadas as insuficiências informacionais, as taxas são muitas vezes estabelecidas através de um processo gradual de ajuste das mesmas em função das respostas dos mercados).

É que o que diferencia os investimentos em produtos e serviços com menores impactos ambientais é o facto de conduzirem ao aumento dos custos de produção das empresas. Ora quando as entidades adjudicantes determinam o específico processo de produção exigido ou os montantes máximos de emissões aceites, por exemplo, elas estão a impor um ajustamento às empresas que queiram concorrer.

De forma diversa do que acontece com os demais instrumentos de tipo command and control (e mesmo com os ditos de mercado), as compras públicas ecológicas são facultativas para os operadores de mercado: eles têm a liberdade de assumir esse aumento de custos e concorrer ao mercado ou, ao contrário, manter a tecnologia de que dispõem e não concorrer.

Admitindo que as diferentes empresas têm estruturas de custos diversos e custos de ajustamento para o nível ambiental exigido diversos, Lundberg et al demonstram que, embora o preço mínimo de equilíbrio varie de produtor para produtor, existe no mercado um limite máximo em termos de valor das propostas, acima do qual a probabilidade de ganhar o concurso é zero<sup>147</sup>.

Esse limite funciona, então, como um limite aos custos de ajustamento que as empresas estarão dispostas a aceitar para poder entrar no mercado. Perante um limite máximo

---

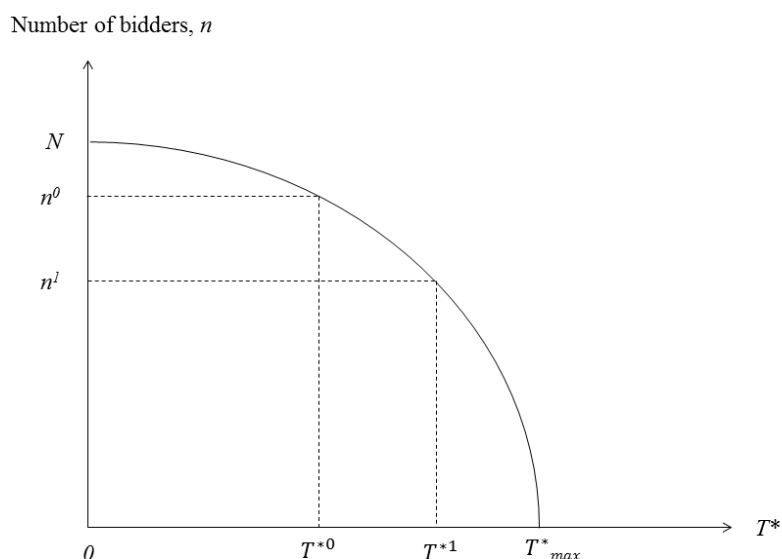
<sup>147</sup> O modelo apresentado tem como pressupostos a heterogeneidade dos potenciais concorrentes, informação incompleta por parte da entidade adjudicante acerca dos custos de ajustamento dos mesmos (só conhecidos pelos próprios), custos de ajustamento convexos em relação à origem e ausência de outro instrumento de política ambiental no mercado. Cfr. Lundberg et al 2012 , 1166.

único para todas as empresas, é normal que aquelas com custos de ajustamento mais elevados (porque, por exemplo, utilizam ainda uma tecnologia com elevados impactes ambientais por comparação aos seus concorrentes) não tenham incentivo para se adaptarem, decidindo não apresentar propostas. Quer isto dizer que quanto menores os impactes ambientais dos produtos e serviços dos potenciais concorrentes, maior a probabilidade de decisão de não entrada no mercado – só os produtores que têm já produtos ou serviços com maior qualidade ambiental têm um forte incentivo a apresentar propostas, na medida em que a probabilidade de ganhar o contrato é igualmente maior.

Os efeitos específicos sobre a concorrência e os preços dependerão, então, do número de produtores no mercado que apresentam já produtos com as características requeridas ou próximos delas.

De qualquer modo, a introdução de especificações técnicas com o objectivo de transformação da estrutura produtiva nos mercados, isto é, de incentivar os produtores a adaptarem os seus processos produtivos com vista à minimização dos impactes ambientais, será tanto maior quanto menor o número de produtores que decide não participar no mercado.

Por outro lado, os autores analisam ainda a relação entre o nível de exigência ambiental nas especificações técnicas e as decisões de entrada, isto é, as decisões de investimentos em produtos ou tecnologias verdes, chegando à conclusão que quanto maior a exigência menor o número de concorrentes que apresentam propostas. Podemos ver esta relação numa figura:



Fonte: Lundberg et al 2012, 1165.

No eixo vertical está representado o número de participantes no mercado; o eixo horizontal representa o nível de exigência definido pela entidade adjudicante. Como se verifica, a curva representa uma relação inversa entre as variáveis: quanto maior a exigência menor o número de participantes, isto é, maior o número de potenciais concorrentes que decide não entrar no mercado e, como tal, não ajustar a sua produção a melhores níveis ambientais.

Como se pode observar, o aumento da exigência provocará um efeito de tipo “crowding-out”: quanto maior a exigência das especificações técnicas menor o número de participantes no mercado público e menor a quantidade total de redução de impactes ambientais por via de uma política de transformação<sup>148</sup>. Esta consequência aparentemente paradoxal tem duas explicações fundamentais: por um lado, o facto de os custos marginais de ajustamento aumentarem a uma taxa crescente<sup>149</sup>; por outro lado, e

<sup>148</sup> Deve, no entanto, salientar-se que os próprios autores assumem que a conclusão da ineficácia relativamente aos objectivos das compras públicas ecológicas pode alterar-se se considerada uma perspectiva dinâmica dos mercados, nomeadamente os efeitos sobre as reduções de impactes de políticas de compras públicas que, no tempo, vão aumentando o nível de exigências mínimas requerido. Cfr. Lundberg et al 2012, 1169. No mesmo sentido e admitindo que “GPP as a signaling system in which the potential brown suppliers can distribute the necessary adjustments and investment costs over more than one period could increase the number of suppliers participating in the procurement process” Lundberg et al 2005, 16.

<sup>149</sup> Este é, como vimos, um pressuposto do modelo utilizado. O mesmo não é, todavia, decisivo para o resultado final: mesmo que os custos marginais de ajustamento aumentem a uma taxa constante o efeito de “crowding out” verificar-se-á sempre. Custos marginais de ajustamento decrescentes não

de forma mais importante, porque o aumento dos níveis de exigência aumenta a vantagem relativa das empresas cujos produtos ou serviços têm já menores impactos ambientais.

De qualquer modo, e independentemente dos efeitos sobre a redução total de emissões conseguida, o incentivo à entrada de novas entradas no mercado de “verdes” funcionará como um incentivo ao aumento da oferta desses produtos e, por efeito transformação, poderá ter um efeito a nível dos preços relativos de produtos “verdes” e “castanhos”, baixando o preço de mercado dos primeiros e aumentando o preço destes últimos<sup>150</sup> o que, do ponto de vista do interesse financeiro das entidades adjudicantes será positivo<sup>151</sup>. Veremos no ponto 5.3, no entanto, como o efeito substituição (mais forte em mercados onde existem já várias empresas que cumprem os requisitos mínimos exigidos) pode anular esta tendência de alteração de preços, sendo o efeito global dependente do tipo de mercado em questão, especificamente do peso das compras públicas no mesmo.

Note-se, finalmente, que a definição de requisitos mínimos em matéria ambiental não tem necessariamente um efeito negativo em termos de número de concorrentes nos mercados públicos: se certos potenciais concorrentes decidem não entrar no mercado devido aos elevados custos de ajustamento, não é menos verdade que essa definição pode levar a que outros potenciais concorrentes, que disponham já de produtos com menores impactos ambientais mas que não entrariam num mercado de produtos “castanhos” uma vez que não poderiam concorrer em preço, decidam entrar no mercado em causa.

O número final de concorrentes efectivos vai depender, portanto, das decisões de entrada de empresas, sendo que o ideal é a construção de exigências que potenciem o número de firmas “verdes” que decide entrar no mercado e minimizem o número de empresas “castanhas” que decide não entrar no mesmo.

---

serão verosímeis (se assim fosse todas as empresas teriam já ajustados a sua produção). Cfr. Lundberg et al 2012, 1167.

<sup>150</sup> Cfr. Lundberg et al 2015, 13.

<sup>151</sup> Note-se, todavia, que o mesmo não se pode concluir relativamente ao efeito sobre o bem-estar geral, uma vez que este ganho para os consumidores de produtos verdes implicará uma perda para os consumidores de produtos “castanhos” e para as próprias empresas. Cfr. Lundberg et al 2015, 13.



### 3.2.1.1. *Standards* técnicos e *standards* de performance

Os instrumentos de command and control são criticados pela teoria económica porque não promovem a relação custo-eficácia da política ao nível do conjunto das empresas no mercado. A regulação justifica-se essencialmente por razões extra-económicas (Rute Saraiva, 679, remetendo para Baumol e Oates 1971, 42-54) Ver tb Figueiredo Dias e C. Dias Soares (há motivos que justificam os instrumentos ditos de comando), Goulder e Parry 2008, 158 e ss, que assinalam ainda o facto de estes standards tornarem os impactes ou as emissões permitidas “gratuitas”.

É claro que no âmbito dos mercados públicos não estamos perante verdadeiros instrumentos de comando, na medida em que, como vimos, mesmo que as entidades adjudicantes definam (ou sejam obrigadas a definir) níveis de exigência ambiental mínimos, os potenciais concorrentes não são nunca obrigados a ajustar a sua produção para esses níveis, podendo optar por não entrar no mercado.

De qualquer modo, vimos como os efeitos económicos da definição da qualidade ambiental como condição obrigatória para entrada no mercado (quer em termos de critérios de selecção, quer de especificações técnicas, quer de condições de execução dos contratos) a aproximam mais dos instrumentos impositivos do que daqueles ditos de mercado.

Há, todavia, que salientar um ponto adicional relativamente a esta hipótese: na verdade, não é indiferente a forma como esses requisitos mínimos são definidos. Pelo contrário, os efeitos sobre a eficiência dos mercados são diversos consoante sejam utilizados standards técnicos ou standards de performance.

Sendo os standards normalmente utilizados como instrumentos de regulação impositiva ou de comando, eles podem igualmente ser utilizados no âmbito dos contratos públicos. Falamos aqui, como é natural, da referência dos cadernos de encargos para normas, certificações ou rótulos ecológicos não impositivos, que definem normalizações para produtos ou serviços com menores impactes ambientais. As suas definições, quando introduzidas pelas entidades adjudicantes, constituirão verdadeiras imposições para cada um dos mercados criados por cada procedimento pré-contratual.

Ora esses instrumentos, não obrigatórios nos mercados privados mas que se tornam obrigatórios em cada um dos mercados públicos onde sejam utilizados, podem

enquadrar a classificação normalmente utilizada para os instrumentos de comando: especificações técnicas ou especificações de performance.

A diferença conceptual entre as duas é intuitiva: enquanto os standards técnicos definem de forma pormenorizada como as empresas se devem adaptar para assegurar o seu cumprimento (definindo métodos de produção, produtos cuja utilização é aceite e que não podem ser utilizados ou os próprios processos tecnológicos de diminuição ou abate das emissões, como filtros a utilizar), já os standards de performance definem apenas o máximo de impactes admitido ou, quando mais pormenorizados, o máximo de emissões que as empresas devem cumprir, deixando a estas últimas liberdade para a definição da forma como vão atingir esse objectivo definido<sup>152</sup>.

Essa liberdade que é deixada às empresas faz com que os mecanismos de mercado sejam menos limitados e, nessa medida, os efeitos negativos que todos os instrumentos impositivos têm sobre a eficiência sejam menores no caso da utilização destes últimos.

Em primeiro lugar, os standards de performance, na medida em que deixam uma margem de liberdade às empresas sobre a forma como vão adaptar a sua produção tendo em vista a redução de impactes ambientais negativos ou de emissões de determinadas categorias de poluentes, permitem-lhe escolher a forma que revele o melhor custo-eficácia para cada uma delas<sup>153</sup>.

Em segundo lugar, e eventualmente de forma mais relevante em termos de efeitos de longo prazo na própria capacidade de crescimento económico, a utilização de standards técnicos tem ainda uma grande limitação em termos de eficiência.

Concorrência não é apenas número de concorrentes. Como Galbraith salientava, “A market is workably competitive if, among other things, there is a *progressive technology*, [and] the passing on to consumers of the results of this progressiveness in the form of lower prices, larger output”<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> Nas palavras de Coglianese et al 2002, “A performance standard specifies the outcome required but leaves the concrete measures to achieve that outcome up to the discretion of the regulated entity. In contrast to a design standard or a technology-based standard that specifies exactly how to achieve compliance, a performance standard sets a general goal and lets each regulated entity decide how to meet it”. Cfr. Coglianese et al 2002, 4.

<sup>153</sup> Com bastante veemência, salientam Olmstead et al 2007 que “technology standards are generally not cost-effective because they do not even minimize costs at the level of an individual polluter!” Cfr. Olmstead et al 2007, 158.

Esta observação é unânime em todos os autores que analisam a presente categorização. Cfr. Goodstein e Polasky 2013, 303 e ss, Coglianese et al 2002, 6, Goulder e Parry 2008, 158,

<sup>154</sup> Mason 1949, *apud* Galbraith 1993, 58.

De facto, é hoje reconhecido que os mercados concorrenciais, ainda que imperfeitos, para além de assegurarem preços mais baixos e maior quantidade produzida, introduzem ainda a inovação nos mercados, um dos factores determinantes no crescimento económico e no bem-estar das populações<sup>155</sup>. Em matéria ambiental, é precisamente na inovação que os autores mais optimistas depositam esperanças relativamente à possibilidade de crescimento económico sustentável<sup>156</sup>.

Devemos, então, diferenciar, nos critérios que eliminam concorrentes, os que estimulam a inovação e os que o não fazem.

Note-se que não estamos, de momento, a tratar a questão das compras públicas de inovação: não nos referiremos aos contratos públicos pelos quais as entidades adjudicantes, não encontrando no mercado produtos que satisfaçam a sua necessidade (ou que, satisfazendo, não o façam da melhor forma possível), colocam esse “desafio” ao mercado<sup>157</sup>. A categorização é, então feita, em função dos efeitos sobre a inovação da forma como as entidades definem as exigências mínimas em termos de qualidade ambiental.

Ora os standards tecnológicos limitam essa capacidade de desenvolvimentos tecnológicos que aumentem a eficiência (também ambiental) da alocação de bens que se verifica nos mercados. A definição precisa do que é necessário fazer para cumprir os requisitos impostos (neste caso impostos pela entidade adjudicante e não em termos gerais) significa que as empresas não só não têm incentivo para desenvolver tecnologias diversas com melhor relação custo-eficácia, como tenham, na realidade, um incentivo para não o fazer<sup>158</sup>.

---

Galbraith, J. K. (1993/1952) *American Capitalism: the concept of countervailing power*, Transaction Publishers, New Brunswick e Londres, 8ª edição

<sup>155</sup> Para uma análise dos benefícios da inovação ver por todos Almeida 2004.

<sup>156</sup> Introduzir referência do capítulo anterior.

<sup>157</sup> Esta questão, um dos principais objectivos da revisão das directivas que regulam os mercados públicos na europa, é há muito centro de grande interesse pela literatura económica. Para uma das primeiras análises detalhadas na matéria ver Caldwell et al 2004; desenvolvendo os conceitos principais e propondo uma taxonomia, Hommen e Rolfstam 2009, “Public Procurement and Innovation: Towards a Taxonomy”, *Journal of Public Purchasing*, vol. 9, nº 1, 17-56; para o tratamento específico das políticas públicas de estímulo à investigação e desenvolvimento Goulder e Parry 2008, 167 e ss.

<sup>158</sup> Como acontecerá, por exemplo se a empresa tem mais do que uma unidade de produção, e algumas delas não possuem capacidade para se adaptarem a essa nova tecnologia – a empresa não a revelará para evitar que ela venha a ser imposta de forma generalizada, obrigando à adaptação de unidades produtivas que cumpram, até então, os critérios definidos. Cfr. Goodstein e Olasky 2013, 304.

Se os standards de performance são, em regra, preferíveis, a verdade é que por vezes a utilização de standards técnicos revela-se mais fácil. Há determinadas categorias de produtos que contêm substâncias que não devem ser utilizadas. Esse será um standard técnico admissível. Por outro lado, a determinação de standards de performance pode acarretar custos de transacção muito mais elevados, o que justificará a utilização de standards técnicos já existentes e de acesso mais fácil quer às entidades adjudicantes quer aos operadores de mercado.

Para mais limitações dos standards de performance ver Coglianesi.

Apreciação crítica: não são, normalmente, as entidades adjudicantes que definem as específicas características exigidas e também não são elas que definem os standards existentes. As principais limitações dos standards de performance prendem-se precisamente na dificuldade da sua determinação. Evitando essa dificuldades, poder-se-á avançar que as entidades adjudicantes devem, sempre que possível utilizar como referência um standard de performance (ou que imponha sobretudo exigências de performance – a verdade é que a maioria das normalizações existentes utilizam simultaneamente estes dois tipos de exigências).

### 3.2.2. Critérios que não eliminam concorrentes

## 4. Vantagens atribuídas às compras públicas ecológicas

### 4.1.Redução de Custos

### 4.2.Criação de mercado para novos produtos

### 4.3.Influência no comportamento de privados

### 4.4.O Estado deve “dar o exemplo”

### 4.5.Aumento da eficiência económica (mesmo pagando mais)

## 5. Principais problemas económicos da utilização de critérios ambientais

### 5.1. O risco de “proteccionismo verde”

### 5.2. A redução artificial dos mercados públicos – problemas de concorrência

#### 5.2.1. Os seus vários graus

#### 5.2.2. Formas de minimização de restrições à concorrência: variantes

#### 5.2.3. A importância da definição de “mercado relevante”

### 5.3. A resposta dos mercados privados – problemas de eficácia dos critérios

### 5.4. A determinação do valor monetário dos bens ambientais

#### 5.4.1. O “valor da natureza” e os tipos de valor

Como é sabido, a dita “mainstream economics” entende a economia como uma ciência de escolhas – escolhas entre usos alternativos de bens que servem diversas necessidades.

Todo o objecto da ciência económica são, então, os “bens”, aqui entendidos no sentido económico de bens ou serviços.

Ora também a Natureza é vista como um bem, ou como um conjunto de bens, consoante se entenda a Natureza como um todo que fornece vários serviços básicos à nossa existência, ou os diferentes bens naturais que, explorados pelo Homem, servem directa ou indirectamente as necessidades humanas.

Este é precisamente o primeiro ponto que necessita algum desenvolvimento – para qualquer estudo sobre o seu valor, precisamos de uma perspectiva sobre quais os bens prestados pela Natureza.

É claro que é à Natureza que se vão explorar as matérias-primas, transformadas depois pelo processo produtivo em produto final. É igualmente a Natureza que fornece a energia necessária a esse processo produtivo. Temos então, a natureza como fornecedora de recursos.

Mas a Natureza fornece também serviços directamente, desde logo o mais essencial – é ela que assegura a própria existência humana através do ar que respiramos. Fala-se, a este propósito, dos serviços prestados pelos diversos ecossistemas (desde os ecossistemas específicos, como a floresta amazónica, ao ecossistema global chamado planeta Terra).

Igualmente importante, mas muitas vezes esquecida, é a função de depósito de resíduos que a Natureza desempenha nas nossas sociedades. De facto, o Homem é um ser produtor, mas toda a produção gera resíduos. Ora esses resíduos são inevitavelmente “devolvidos” à Natureza<sup>159</sup>. Uma das características dos ecossistemas é a capacidade de reciclar esses resíduos, transformando-os em algo que pode ser reintroduzido no sistema natural<sup>160</sup>.

Diversas, portanto, podem ser as categorizações nesta matéria. Ficamo-nos no presente texto pela avançada por PERMAN<sup>161</sup> que distingue quatro categorias de serviços prestados pela Natureza: matérias-primas para a indústria; bens de consumo para as famílias; serviços que asseguram a própria existência humana; serviços de depósito de resíduos derivados da produção.

Ora, se não será difícil encontrar o valor das diversas matérias-primas, que desde logo, estando no mercado, têm, na sua maioria, preços, tarefa bem mais árdua é valorizar estes outros serviços, mais gerais, embora muitas vezes mais essenciais, prestados pelos ecossistemas.

Para além da dificuldade em medir o valor destes outros serviços mais gerais, outro problema se coloca relativamente ao seu valor, mesmo relativamente a bens directamente utilizados pelas famílias/empresas – muitos deles são exemplos mais ou

---

<sup>159</sup> Fala-se, a este propósito, da segunda lei da termodinâmica, segundo a qual na Natureza nada é destruído, apenas transformado, o que equivale a dizer que em todos os processos produtivos os *inputs* são iguais aos *outputs*.

Para mais desenvolvimentos acerca das leis da termodinâmica e da problemática da economia circular ver, por todos, PEARCE E PURNER, 1995, 57 e ss, FABER, MANSTETTEN e PROOPS 1996, 75 e ss, HERRERO, 1997, 272 e ss ou RUTH 1999, 855 e ss.

<sup>160</sup> O problema é que esta capacidade de assimilação da Natureza é também ela limitada, sendo que, se os resíduos enviados de volta à Natureza forem superiores à sua capacidade de assimilação, é a própria existência humana futura que está ameaçada. Este é, a par com a questão dos recursos não renováveis, o principal problema do chamado “desenvolvimento sustentado”, sendo que as diferentes respostas que se encontram definem as perspectivas, mais optimistas ou pessimistas, nesta matéria. A este respeito, ver PEARCE 1998, 69 e ss; PEARCE e TURNER, 1995, 73 e ss; TIETENBERG 2003, 5 e ss.

<sup>161</sup> PERMAN, MCGILVRAY E COMMON, 2003, 400 e ss.

menos típicos dos chamados bens públicos, bens que, sendo não rivais e inexcluíveis, não podem, por definição, estar no mercado e não têm, por isso, preço.

Então, se temos vários tipos de bens fornecidos, temos, desde logo, que aceitar que temos vários tipos de valores a considerar. O que coloca a primeira grande questão: quais os tipos de valores que devemos considerar para encontrar o valor de um determinado bem da Natureza?

Fala-se, a este propósito, do chamado Valor Económico Total (VET) de um qualquer bem ambiental, que incorpora os seus valores de uso e de não-uso.

Dentro dos valores de uso, encontramos os de uso directo, como sejam as reservas de peixes para os pescadores, e os de uso indirecto, em que se incluem aqueles serviços prestados pela Natureza que, não servindo directamente as famílias/empresas, possibilitam a sua existência (por exemplo, a função da floresta amazónica na manutenção dos níveis de oxigénio no planeta). Mas encontramos igualmente os chamados “valores opção”, que reflectem o desejo de muitos indivíduos em não utilizar um bem no presente para o manter disponível para um uso futuro, directo ou indirecto<sup>162</sup>.

Integra igualmente o Valor Económico Total o chamado valor de não-uso, de existência ou intrínseco<sup>163</sup>. De facto, os bens ambientais têm um valor que não está, pura e

---

<sup>162</sup> O valor opção está, assim, ligado a uma outra problemática em matéria ambiental: a questão da incerteza quanto ao futuro. De facto, os indivíduos, adversos ao risco, encaram o futuro em matéria ambiental com bastante cepticismo. Este facto, aliado à incerteza quanto às utilizações futuras, ainda desconhecidas, dos diversos bens fornecidos pela Natureza, faz com que o valor opção da maioria dos bens seja positivo (os indivíduos estão dispostos a pagar para terem acesso aos bens no futuro porque não sabem a quantidade do mesmo que estará disponível e porque não sabem quais as utilizações que no futuro poderão ser feitas do mesmo).

A este respeito ver, por exemplo, PEARCE e TURNER, 1995, 173 e ss

Note-se que alguns autores, com Tietenberg, optam por considerar o valor opção como uma terceira sub-categoria de valor, a par das de uso e não-uso. Ver TIETENBERG 2003, 37 ou TIETENBERG e LEWIS 1009, 37 e ss.

Entendemos, porém que, estando o valor opção sempre ligado ao uso, se bem que por outros e no futuro, de um bem, ele deve ser incluído na categoria dos valores de uso.

<sup>163</sup> Refira-se que, relativamente a este valor, as diversas correntes de pensamento se dividem: enquanto uns entendem que existe um valor intrínseco em todas as coisas, que não está relacionado de nenhuma forma com os seres humanos, e que continuaria a existir mesmo se não existissem seres humanos (perspectiva da ecologia económica), os autores da dita “mainstream” nesta área defendem a existência de um valor de não-uso *relacionado* com os seres humanos (dentro, portanto, da perspectiva utilitarista antropocêntrica que assumem): o valor existe porque os seres humanos o atribuem. As raízes desta atribuição podem ser as mais variadas, do altruísmo referido por alguns autores ligado aos motivos legado e doação, à construção dogmática mais notória na área que corresponde ao conceito desenvolvido por Amartya Sen de “sympathy”.

simplesmente, ligado a nenhum uso, directo ou indirecto, actual ou futuro, conhecido ou potencial do mesmo bem. Como o nome revela, o bem tem valor (os indivíduos valoram-no) pelo simples facto de existir.

Dentro dos valores de não uso, alguns autores distinguem ainda entre valor legado e valor de existência, reflectindo o primeiro o desejo dos indivíduos de garantir às gerações futuras a fruição real ou potencial de determinados bens<sup>164</sup>. Parece-nos<sup>165</sup>, no entanto, que este valor legado se encontra já englobado no que definimos valor de opção, enquanto valor de opção de uso futuro.

Podemos, então sintetizar da seguinte forma:

Valor económico total = valor de uso + valor de existência

Sendo que

Valor de uso = valor de uso directo + valor de uso indirecto + valor de opção (de uso futuro + legado)

Sendo que o objectivo será, sempre, chegar o mais próximo possível do valor económico total, o simples facto de termos estes diferentes tipos de valores alerta-nos para uma outra dificuldade da tarefa (a par com a inexistência de mercado para muitos deles): se o valor de uso será relativamente fácil de determinar, já o valor de não uso se revelará mais ou menos difícil consoante as técnicas utilizadas, sendo que, não raras vezes, algumas metodologias se revelam incapazes de o determinar.

Dentro da dita “economia do ambiente”<sup>166</sup> as técnicas para quantificar os valores dos bens ambientais subdividem-se em dois grandes tipos: as que recorrem à teoria do consumidor maximizador de utilidades, construindo o raciocínio com base em curvas de

---

Para uma análise mais pormenorizada do conceito de “valor de existência” e dos problemas da sua valorização, ver SHESHETER e FREEMAN 1994, 171 e ss ou CUMMINGS e HARRISON 1995.

<sup>164</sup> Ver, por exemplo, TURNER, PEARCE e BATEMAN 1994.

<sup>165</sup> Seguindo, nesta matéria, entre outros autores, PERMAN e outros, 2003.

<sup>166</sup> Assim entendida por oposição à auto-denominada “economia ecológica”, uma corrente que, começando por ser largamente residual, tem vindo a ganhar importância nas últimas décadas, sendo mesmo de questionar qual das duas, de um ponto de vista puramente dogmático, terá mais relevância (isto uma vez que o peso ao nível de influência sobre as decisões políticas está ainda na dita “mainstream”).



procura e as que, não utilizando esta ferramenta, tentam aproximações ao valor dos bens de outros modos, não fornecendo, todavia, valores monetários precisos acerca dos diversos bens e não fornecendo, como tal, qualquer medida de aumento ou diminuição de bem-estar que sirva de base à análise custo-benefícios tipicamente almejada pelos economistas da “economia do bem-estar”. Centraremos, por isso, a nossa atenção no presente artigo nas primeiras.

#### 5.4.2. Teoria geral do valor

##### 5.4.2.1. Do valor dos bens em geral

Antes, porém, de olharmos para cada uma das metodologias em particular, tentaremos uma primeira abordagem às bases teóricas da teoria do valor dos bens sobre as quais assentam<sup>167</sup>.

Na base de todo o pensamento utilitarista está, como é sabido, o conceito de utilidade. Um bem é útil para um indivíduo quando tem a capacidade, real ou presumida, de satisfazer necessidades. O conceito é, então, subjectivo: um bem pode ser muito útil para um indivíduo e nada ou pouco para outro<sup>168</sup>.

Mas esta é um a perspectiva que não se caracteriza apenas pelo seu utilitarismo, sendo igualmente definida como “marginalista”, isto porque elabora a maioria dos seus raciocínios económicos com base nesta perspectiva – do bem que está “na margem”, aquele que irá satisfazer em último lugar a mesma necessidade ou, em caso de necessidades diferentes, a menos relevante.

Ora, devido à lei da utilidade decrescente, sabemos que a utilidade marginal, aquela do bem que está na margem, vai diminuindo à medida que acrescentamos doses sucessivas de um determinado bem, o que significa que a curva da utilidade marginal será sempre uma curva descendente ou de inclinação negativa.

---

<sup>167</sup> Desta teoria trata a generalidade da literatura sobre microeconomia. Para um tratamento mais específico do tema na problemática dos bens ambientais, ver por todos, PERMAN e outros, 2003, 409 e ss; HANLEY E SPASH, 1993, 26 e ss ou JOHANSSON 1999, 747 e ss.

<sup>168</sup> Refira-se que podemos falar de dois tipos de utilidade: a utilidade cardinal, que procura atribuir valores de utilidade concretos a cada bem isolado (medidos pela unidade denominada “útil”), e a utilidade ordinal, a mais utilizada dada a demonstrada impossibilidade de construção da primeira relativamente aos bens mais comuns, que pretende apenas relacionar preferências de bens, uns relativamente aos outros, e assim construir de uma forma alternativa curvas da procura.

O “Homo Oeconomicus” proposto por estes autores adequará o seu comportamento ao chamado princípio da igualdade das utilidades marginais: um consumidor com rendimento fixo, sendo conhecidos os preços de mercado dos bens, atingirá a máxima satisfação quando a utilidade marginal da última unidade monetária despendida em cada bem for exactamente igual à utilidade marginal da última unidade monetária despendida em qualquer outro bem.

Mas, então, percebemos que uma qualquer alteração no preço dos bens resultará numa alteração das quantidades procuradas – se o preço se altera, o equilíbrio marginal também se altera, tendo o indivíduo que procurar um novo equilíbrio. Aqui está uma das explicações para o facto de a curva da procura tem uma inclinação negativa<sup>169</sup>.

Ora é precisamente a partir da curva da procura que encontramos o valor económico dos bens. De facto, dado o “paradoxo do valor” evidenciado já por Smith, não podemos relacionar o valor económico dos bens com o seu preço, uma vez que este depende da utilidade marginal dos mesmos. Temos de recorrer ao conceito de excedente do consumidor: a utilidade adicional que os consumidores obtêm do bem para além da que pagam pelo preço, em termos gráficos a área entre a curva da procura e a recta do preço de mercado.

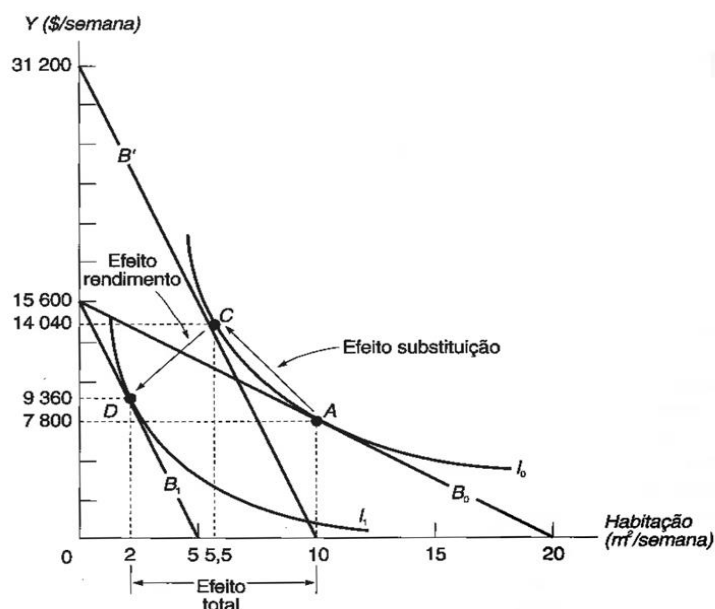
Todavia, dadas as dificuldades encontradas com a teoria da utilidade cardinal, os autores encontraram uma outra forma de construir curvas da procura, com base na teoria da utilidade ordinal, através das chamadas curvas de indiferença.

Estas curvas representam combinações de consumo de dois bens que, do ponto de vista do consumidor, lhe dão exactamente o mesmo grau de utilidade. Elas são côncavas em relação à origem porque as taxas marginais de substituição são diferentes consoante a quantidade de um e outro bem de que dispomos.

Vejamos como pode ser medida a alteração no nível de utilidade sentido por uma alteração do preço:

---

<sup>169</sup> Outra são os chamados efeito substituição e efeito rendimento, que trataremos à frente.



Fonte: Frank 1994, 113.

Por efeito substituição e efeito rendimento a sua curva de indiferença desloca-se para um ponto mais afastado da origem, o que significa um maior nível de bem-estar, que pode ser quantificado.

No caso vemos como uma alteração do preço de um bem como a habitação, digamos o seu aumento, provoca um efeito total de redução da procura de 10 para 2.

Todavia, sabemos que uma parte dessa alteração se deve facto de o constrangimento de rendimento do indivíduo se ter alterado com o aumento do preço (de  $B^0$  para  $B_1$ ). Para calcularmos o efeito que essa alteração no rendimento teve devemos traçar uma nova curva  $B'$ , paralela ao novo orçamento  $B_1$ , tangente à curva de indiferença inicial. Esse ponto de tangência  $C$  dá-nos a medida de rendimento que o consumidor precisaria para, com os novos preços da habitação, se manter na curva de indiferença original. Quer dizer, o ponto onde ele estaria se não fosse o efeito rendimento.

Qual a importância desta decomposição?

Parece que, para determinar o valor de um qualquer bem, incluindo um bem ambiental, apenas temos que determinar a sua curva de procura.

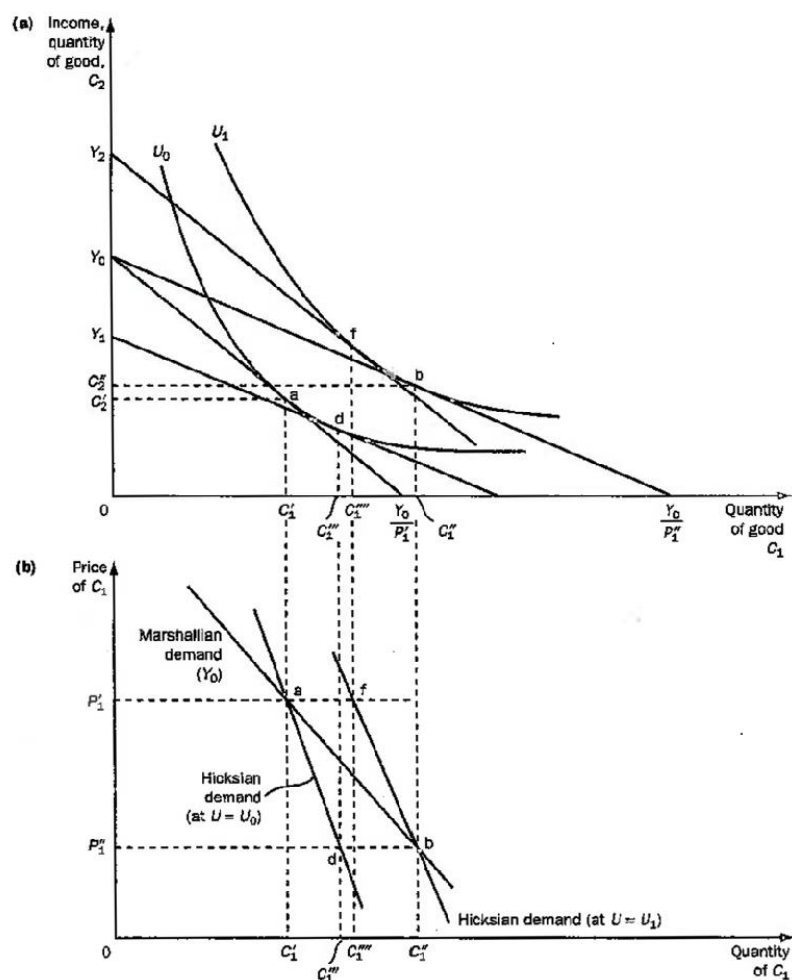
Porém, tal não acontece exactamente assim em todos os casos por duas ordens de razões: primeiro, porque, tal como referimos, a maioria dos bens ambientais são bens públicos cujo consumo, como tal, não é determinado pelo indivíduo, não sendo, por

isso, possível traçar a sua curva de procura; depois porque a típica curva da procura traçada dá-nos a medida monetária da alteração de utilidade para um indivíduo perante uma alteração de preços apenas se todos os pressupostos se verificarem, sendo um deles que a sua utilidade marginal de rendimento seja constante, o que dificilmente ocorrerá na vida real.

Daí que se tenha procurado encontrar outra forma de chegar à alteração na utilidade total dos indivíduos perante uma alteração de preços independentemente do efeito rendimento da procura, para eliminar o supra mencionado problema.

A resposta é a chamada curva da procura compensada, que nos indica quanto é que os compradores comprariam se fossem completamente compensados pelo efeito rendimento da alteração do preço.

Em termos gráficos:



Fonte: PERMAN e outros 2003, 406

Vemos aqui representados os efeitos sobre a utilidade do indivíduo de uma subida e uma descida do preço do mesmo bem.

Há duas medidas monetárias para determinar a variação de utilidade compensando o efeito rendimento:

- variação compensatória (VC), aquela variação no rendimento que compensaria a alteração do preço e a
- variação equivalente (VE), a variação do rendimento que, a dar-se, seria equivalente à causada por uma alteração do preço

No presente exemplo gráfico VC é o montante  $Y_0 - Y_1$ , medindo a alteração da curva de indiferença de  $U_0$  para  $U_1$  ao preço depois da alteração.

Já VE será o montante  $Y_2 - Y_0$ , medindo a alteração na curva de indiferença de  $U_0$  para  $U_1$  ao nível de preços inicial.

Do primeiro gráfico podemos construir o segundo, onde estão em relevo as curvas da procura compensadas daquele bem, normalmente mais inclinadas do que a curva não compensada<sup>170</sup>.

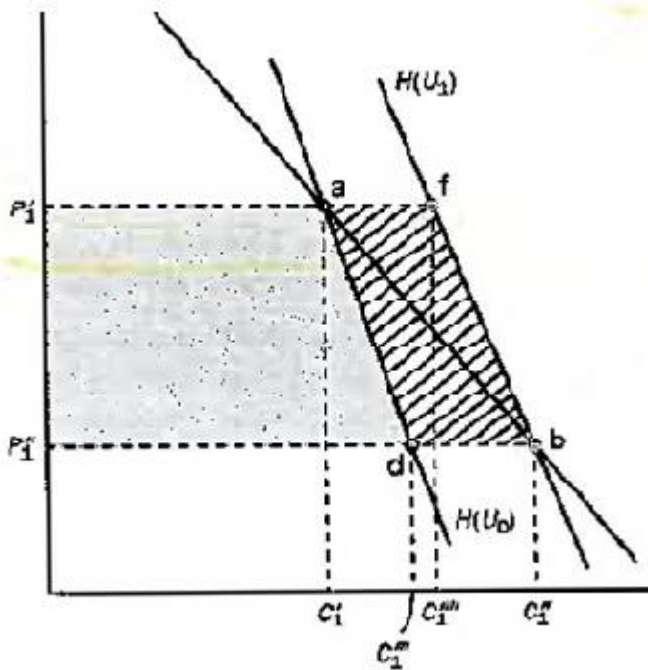
Se o preço sobe, as quantidades procuradas variam de b para a. Esta alteração comporta um efeito rendimento f-a e um efeito substituição b-f.

Se o preço desce, as quantidades procuradas aumentam de a para b, com um subjacente efeito rendimento d-b e um efeito substituição a-d.

Será mais simples a seguinte representação:

---

<sup>170</sup> Tal não acontecerá para os chamados bens inferiores ou não sensíveis ao preço, em que o efeito rendimento opera em sentido inverso ao efeito substituição (dando origem, no limite, ao chamado paradoxo de Giffen). A este respeito ver, por exemplo, FRANK 1994, 110 e ss.



Fonte: PERMAN e outros 2003, 407

Estando representadas as três medidas de valor monetário das alterações de utilidade provocadas por uma alteração nos preços:

VC é representada pela área a tracejado;

VE é representada pela soma das áreas a tracejado e sombreado;

O excedente do consumidor (EC) com uma curva da procura não compensada é representado pela área a sombreado mais parte da área a tracejado (apenas o triângulo  $abd$ ).

Temos, então que, normalmente para uma redução do preço:

$$VC < EC < VE$$

Na literatura são normalmente utilizados dois conceitos de medida monetária de alteração da utilidade por uma alteração do preço: a disponibilidade em pagar (DP) e a disponibilidade para aceitar (DA).

Enquanto a primeira mede quanto é que o indivíduo estaria disposto a pagar para não ter essa alteração, a segunda dá-nos o valor que o mesmo indivíduo exigiria para aceitar essa alteração.

Em termos gerais podemos dizer que a disposição a pagar se identifica com a variação compensatória perante uma diminuição de preço e com a variação equivalente em caso

de aumento do mesmo, enquanto a disponibilidade para aceitar se identifica com a variação equivalente quando o preço diminui e com a variação compensatória quando o mesmo aumenta.

Ora esta relação permite-nos tirar conclusões acerca da relação entre o excedente do consumidor e as outras medidas monetárias, mais precisas, para um aumento e para uma diminuição dos preços, que veremos essenciais aquando da aplicação dos diferentes métodos da cálculo do valor dos bens ambientais.

Quando o preço diminui

$$DP < EC < DA$$

Quando o preço aumenta

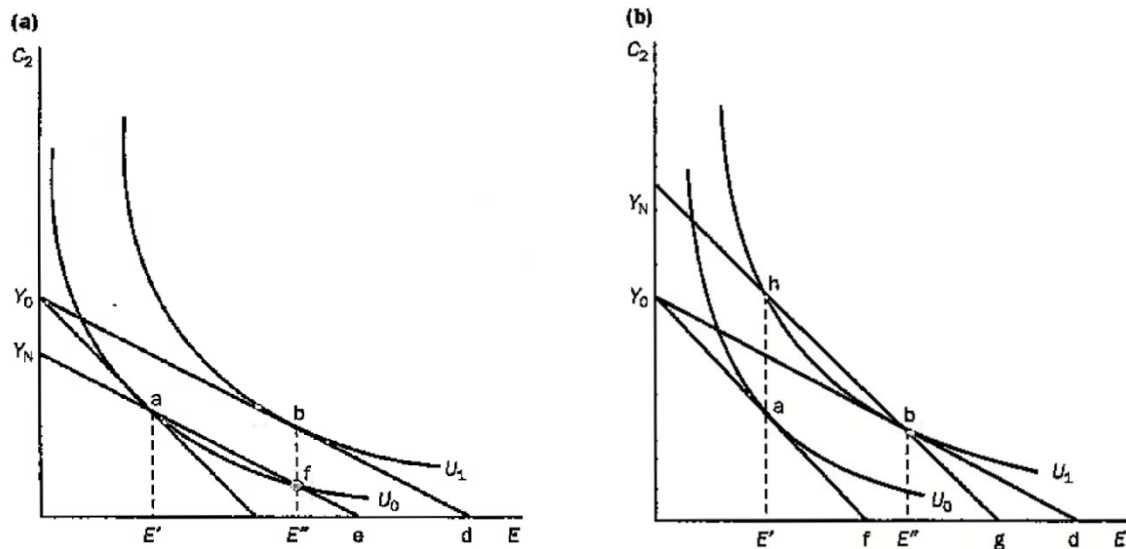
$$DP > EC > DA$$

#### 5.4.2.2. Do valor dos bens ambientais em particular

Temos estado, no entanto, até agora a falar de medidas monetárias de valor para bens comuns, que têm mercado e, portanto uma curva da procura.

Sabemos já que os bens ambientais são, na sua maioria, atípicos: por um lado são muitas vezes bens públicos, sendo impossível traçar a sua curva da procura; por outro lado, mesmo que sejam bens que estejam no mercado e tenham uma curva da procura, devemos computar para o seu valor económico total os valores de opção e não uso, que não são fornecidos pelo mercado.

Suponhamos que estamos a tentar medir as variações na utilidade dos indivíduos por um aumento no fornecimento de um qualquer bem ambiental que tem a característica de ser público. A grande diferença é que o indivíduo não poderia modelar a sua procura independentemente. O que representa algumas alterações de raciocínio, representadas da seguinte forma em termos gráficos:



Fonte: PERMAN e outros 2003, 408

Assumindo um aumento no montante da provisão do bem E decidido pelas autoridades competentes, podemos trata-lo como se uma descida do preço se tratasse.

Podemos medir em termos monetários esta alteração por duas medidas, paralelas às anteriormente referidas VC e VE:

Aumento compensatório, no exemplo em análise medido por b-f, que reflecte o montante monetário que, se perdido pelo indivíduo aquando do aumento da provisão do bem, o colocaria no mesmo nível de utilidade (que corresponde, em geral, à disponibilidade para pagar).

Aumento equivalente, no exemplo medido por h-a, ou seja, o montante monetário que, se dado ao indivíduo sem o aumento da provisão do bem, o deixaria ao nível de utilidade correspondente ao do aumento da quantidade do bem (correspondente, por sua vez, à disponibilidade para receber).

Todavia, não podemos manter o paralelismo relativamente às conclusões acerca das dimensões relativas de aumentos compensatório e equivalente e excedente do consumidor. De facto, se até há pouco tempo se entendia que esse paralelismo era possível e, então, a partir de uma curva da procura não compensada, seria possível ter uma ideia de grandeza do excedente do consumidor e disponibilidade para pagar e receber, foi demonstrado que tal não é possível.

O que significa que não podemos, sem um risco de incerteza considerável, tentar aproximações àquelas medidas monetárias de perda/ganho de utilidade face a uma



alteração da quantidade de um qualquer bem ambiental a partir da típica curva da procura.

O que parece despiciendo, uma vez que, como dissemos, uma das características destes bens é precisamente o facto de ser impossível traçar relativamente a eles uma qualquer curva da procura.

Todavia, essa não é uma impossibilidade absoluta, como veremos seguidamente, ao analisar os métodos de avaliação indirectos, que procuram precisamente construir essas curvas através de dados existentes. O que vem aumentar a importância do argumento supra desenvolvido...

#### 5.4.3. Métodos de avaliação monetária de bens ambientais

##### 5.4.3.1. Métodos indirectos

Os métodos indirectos procuram eliciar preferências a partir da informação baseada na observação do mundo real. Quer dizer, obter valores monetários de alteração da utilidade de um bem ambiental a partir do comportamento dos consumidores quanto a um outro bem, não ambiental, para o qual existe um mercado.

Entende-se que as preferências do consumidor relativamente ao bem ambiental são reflectidas no seu comportamento relativamente a outros bens, não ambientais, ao qual aquele está de alguma forma ligado (numa relação de alguma complementaridade).

Antes, porém, de tentarmos uma análise mais profunda dos principais métodos indirectos, o método dos custos de viagem e o método dos preços hedónicos, chamaremos a atenção para um problema de que enfermam ambos e que se prende com o que acabámos de concluir no ponto anterior.

A ideia básica destes métodos é de que há uma relação entre a quantidade do bem ambiental fornecido e as quantidades procuradas do outro bem. Seguiremos seguidamente o exemplo de PERMAN<sup>171</sup> que relaciona qualidade da água de um rio e número de licenças de pesca diárias compradas.

Teríamos, neste caso, uma função procura de dias de pesca em que ambos os bens são valorados, com a diferença de os consumidores não poderem escolher o nível de

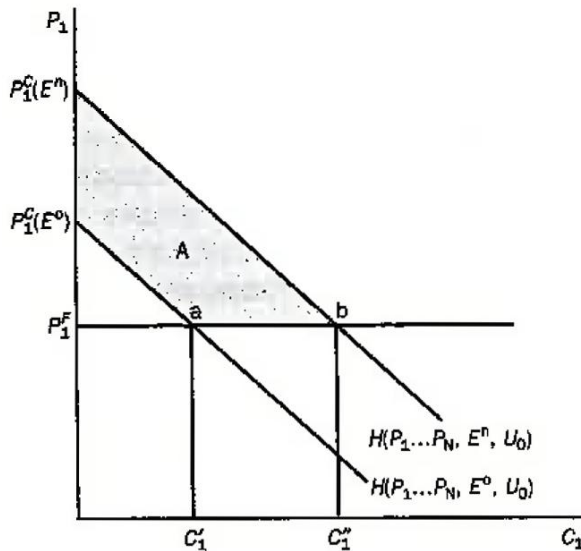
---

<sup>171</sup> PERMAN e outros, 2003, 409 e ss.

qualidade da água, por contraste com a possibilidade de escolha de quantidade de licenças adquiridas.

Tal como vimos anteriormente, uma alteração em E, o bem ambiental, causará um efeito no número de licenças compradas.

Em termos gráficos,



Fonte: PERMAN e outros 2003, 410

Um aumento da qualidade da água de Eo para E' conduzirá a um aumento no número de licenças compradas  $C'1 - C''1$ .

A área a sombreado corresponde ao valor monetário dado pelo conceito de variação compensatória (VC). Sabemos, no entanto, que o conceito que mede o valor monetário dos bens “sem mercado” é o de aumento compensatório.

É, no entanto, possível afirmar que a área a sombreado corresponderá igualmente a AC se duas condições se verificarem: se o bem com mercado não for essencial e se os dois bens forem complementares de tal modo que, em caso de não consumo do bem C, a utilidade do indivíduo não é afectada por variações na qualidade do bem E (vemos como esta segunda condição será de difícil aplicação, uma vez que, como vimos, os bens ambientais apresentarem valores para os indivíduos que em nada estão relacionados com o uso que fazem ou poderão fazer dos mesmos).

Admitindo, todavia, que as duas condições se mantêm, resta-nos ainda um problema: calcular A.

O que alguns autores procuram fazer é, partindo de uma curva da procura não compensada de C, inferir as alterações no excedente do consumidor provocadas por uma alteração na qualidade de E. Se o excedente do consumidor de comportasse relativamente a AC como vimos para VC, dado que EC e VC são próximos, teríamos, assim, uma medida mais ou menos aproximada de um valor monetário para a alteração na utilidade provocada por uma alteração na qualidade de E.

Tal não é, contudo, o caso! Daí que, como salienta Perman, “usar uma alteração no excedente do consumidor induzida pela qualidade de um bem ambiental como estimativa de AC ou AE envolve erros dos quais desconhecemos a dimensão ou sequer o sentido”<sup>172</sup>.

#### 5.4.3.1.1. Método do custo de viagens

Desenvolvendo as chamadas funções de produção familiar, que realçam o facto de muitos indivíduos valorizarem, não os bens que compram individualmente, mas os bens que resultarão da sua transformação<sup>173</sup>, o método dos custos de viagem relaciona o valor de determinados bens/locais recreativos com os custos que os indivíduos suportam para deles usufruírem<sup>174</sup>.

Entende-se que os custos inerentes a estas “experiências recreativas” são, principalmente, de dois tipos: preço da entrada (se existir) e custo da viagem. Dentro do custo da viagem deve incluir-se, além dos custos directos como o combustível ou a alimentação, o custo do tempo (veremos como este é um dos problemas com que os autores que tentam aplicar este método se deparam).

Com estes pressupostos, é possível, então, a partir de dados recolhidos em questionários conduzidos aos visitantes do local (normalmente centenas de questionários são utilizados), construir uma função da procura destes bens<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> Traduzido nosso, dada a utilização, no original, de siglas dos conceitos em Inglês não correspondentes às ora utilizadas. PERMAN 2003, 410.

<sup>173</sup> O exemplo clássico será o do bolo: o indivíduo compra farinha, ovos, manteiga, etc, não porque os valoriza em si, mas porque pretende fazer um bolo. O bolo será, assim, o bem valorizado. Para uma perspectiva crítica ver, por exemplo, POLLAK E WACHTER 1975.

<sup>174</sup> Tendo a lógica deste método sido desenvolvida nos inícios do século passada por Harold Hotelling, encontramos actualmente inúmeros exemplos de estudos realizados, sobretudo nos Estados Unidos e Inglaterra, maioritariamente direccionados a determinar o valor monetário de parques naturais ou reservas ecológicas.

<sup>175</sup> Encontramos basicamente dois modelos básicos de funções: o que se centra nas respostas dos indivíduos para criar funções independentes, e o que parte de uma perspectiva geográfica, encontrando

A partir destes dados os autores constroem curvas da procura, procurando identificar nelas o excedente do consumidor individual (ou, em alternativa, por zona). Encontrado este valor monetário individual, utilizam-se técnicas de agregação para determinar um valor total<sup>176</sup> do bem em questão.

Conseguimos, dito isto, identificar desde já alguns problemas claros nesta abordagem: em primeiro lugar, saliente-se que as curvas de procura traçadas não são curvas reais – são construções de curvas hipotéticas determinadas através da aplicação de uma função construída por quem as conduz aos resultados de facto obtidos com as respostas. O que introduz, no mínimo, alguma subjectividade aos resultados.

Em segundo lugar, cabe realçar que estas técnicas não nos dão valores monetários para uma alteração da qualidade do bem ambiental em causa. Para tal seria necessário aplicar o método dos preços hedónicos aos resultados obtidos. O que soma, aos problemas do presente método, os que realçaremos no ponto subsequente a respeito daquele outro.

Finalmente, o método apresenta uma série de dificuldades práticas de cuja resolução dependerá a acuidade dos resultados. Destas realçaremos cinco:

A primeira, porventura mais importante porque igualmente mais desafiante do ponto de vista teórico, prende-se com a determinação do custo do tempo. Dissemos que uma das componentes do custo da viagem é o custo do tempo nela despendido. O problema que se coloca é, então, o de encontrar uma medida do custo do tempo.

O problema é que o tempo despendido nestas viagens pode ser ou não alternativo ao tempo de trabalho. Se for, será pacífico determinar o rendimento do trabalho como uma boa medida para o tempo. Todavia, sabemos que o tempo de trabalho dos indivíduos está limitado legalmente – se não por outras razões, pelo menos por esta temos que admitir que a escolha alternativa para ocupar o tempo da viagem pode não ser o trabalho. Então o custo de oportunidade deverá ser medido pelo valor marginal dessas outras actividades.

Apesar de inúmeras tentativas para encontrar uma medida para o tempo, quer através da sua relação com o rendimento do trabalho, quer através de técnicas de avaliação directas, a verdade é que não existe ainda um consenso nesta matéria.

---

uma função procura por zona pré-definida normalmente em função da distância até ao local em causa, mas que toma em linha de conta outras variáveis como os níveis de rendimento (CLAWSON E KNETSCH 1966).

<sup>176</sup> Valor total aqui no sentido de referente a todos os indivíduos e não no sentido de valor económico total referido *supra*, que sabemos não ser fornecido pelos métodos indirectos.

Duas abordagens são, então, possíveis: ou se opta por uma qualquer metodologia de medição do factor tempo, incorrendo nos riscos da sua incerteza, ou se opta por o eliminar da análise, aceitando os erros decorrentes de se trabalhar com base em custos de viagem sub-avaliados, o que resultará numa curva da procura mais elástica e influenciará o cálculo dos benefícios num movimento descendente<sup>177</sup>.

O segundo problema prende-se com o facto de, para alguns visitantes do local em questão, aquela ser apenas “uma paragem” de uma viagem com mais destinos e objectivos. Neste caso, apenas alguns dos seus custos de viagem devem ser tomados em conta. Mas quais?

De novo duas hipóteses: ou se pergunta aos inquiridos qual a importância relativa de cada uma dessas visitas ou, pura e simplesmente, se excluem estas pessoas aquando da construção das curvas de procura, mantendo-se o seu número apenas para efeitos de agregação (o que supõe que valoram o bem em concreto de uma forma não diversa dos demais visitantes). Mais uma vez estamos perante uma questão cuja resposta vai depender da sensibilidade subjectiva de quem está a desenvolver a análise.

Muito próximo desta análise está um terceiro problema: como computar os custos de viagens de pessoas que estão na zona do bem em questão de férias e que aproveitam um dia para ir ao local? Devem ser utilizados apenas os custos da viagem desse dia ou uma parte dos custos das férias? Se a resposta for pela segunda hipótese, que parte?

Podemos vislumbrar, aqui, para além das duas soluções possíveis anteriores uma terceira: apenas imputar os custos do dia em causa, mas sabemos que também esta trará distorções aos resultados obtidos, pois nada nos diz que a existência do bem em questão naquela zona não foi um dos motivos para a escolha do local de férias.

Em quarto lugar, convém referir que o próprio cálculo dos custos de viagem não se apresenta sem problemas. De facto, autores há que optaram por incluir aqui apenas despesas com combustível, mas a maioria concorda que há outras variáveis a ter em causa, como a deterioração do veículo ou os gastos com alimentação.

Facilmente se compreenderá que a opção por um ou outro modelo implica necessariamente resultados muito diferentes do ponto de vista do excedente do

---

<sup>177</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a presente questão ver, por todos, HANLEY e SPASH 1998; GARROD e WILLIS 1999; PERMAN 2003.

consumidor<sup>178</sup>. Aparentemente quanto mais completos forem os dados tomados em conta, mais preciso será o resultado, mas a verdade é que a inclusão de outro tipo de custos implica problemas adicionais cujos efeitos nos resultados podem ser ainda mais gravosos do que os da sua não inclusão (por exemplo, os custos com alimentação variarão de indivíduo para indivíduo, em função, não da valoração que fazem do bem ambiental objecto do estudo, mas das suas valorações de refeições e dos seus rendimentos).

Por último, mas não menos relevante, levanta-se o problema da forma funcional a adoptar, isto é, da forma algébrica a assumir para a relação entre as variáveis dependentes e independentes. Ora, perante as hipóteses possíveis, não há consenso sobre qual a adequada, sendo certo, no entanto, que os resultados serão muito diversos consoante o tipo de função utilizada<sup>179</sup>.

Resultante de todas estas dificuldades, não será de estranhar que alguns autores afirmem que “the *best* we can expect (from TCM applications that use researcher-assigned visitation costs estimates) is ordinally measurable welfare estimates”<sup>180</sup>.

Ora esta não é uma crítica de somenos importância: de facto, o que se coloca em causa é a própria capacidade deste método para fornecer valores monetários concretos de bens ambientais, valores esses que possam ser utilizados em, por exemplo, análises de custo-benefício de um qualquer projecto para a área.

Mesmo que se entenda que esta é uma crítica demasiado dura, certo será ter que se admitir que os resultados de avaliações feitas com este método serão *aproximativos* e normalmente *sub-avaliados*.

#### 5.4.3.1.2. Método dos preços hedónicos

Utilizando igualmente técnicas de avaliação indirectas, este método tem por base a teoria do valor desenvolvida por Lancaster e seguida por alguns outros autores a partir

---

<sup>178</sup> HANLEY realizou esta comparação utilizando, para um estudo sobre a mesma floresta, as duas hipóteses, tendo chegado a resultados tão diversos como 402.023 libras por ano quando incluídos todos os custos contra 170.744 libras quando tomado em conta apenas o custo do gasóleo (*apud* HANLEY e SPASH 1998, 88).

Para outros exemplos de comparações entre resultados ver GARROD e WILLIS 1999, 70 e ss.

<sup>179</sup> Não permitindo a especificidade do tema o seu tratamento, para mais desenvolvimentos, nomeadamente das diferenças de resultados possíveis, ver, por exemplo, HANLEY e SPASH 1998, 90; GARROD e WILLIS 1999, 64 ou PERMAN 2003, 414 e ss.

<sup>180</sup> *Apud* PERMAN 2003, 417.

da segunda metade do século passado, segundo a qual a utilidade para um indivíduo de um determinado bem ou serviço é baseado nas características ou atributos que esse bem ou serviço possui.

Aceitando certos pressupostos<sup>181</sup>, é possível individualizar os efeitos que uma alteração na quantidade de uma dessas características afecta a utilidade total sentida pelo indivíduo e, logicamente, a sua procura desse bem, diferenciando o preço unitário do bem pela quantidade de cada uma dessas características.

O exemplo mais comum de utilização deste método relaciona certas qualidades ambientais como a pureza do ar ou o silêncio com o preço da habitação. O pressuposto é, então, o de que, no valor das casas, as pessoas reflectem as suas preferências por uma série de atributos, que vão desde a dimensão à localização, passando pelo tipo de vizinhança, mas também pelas chamadas “qualidades ambientais” da zona (é ou não perto de um ponto emissor de poluição atmosférica como uma indústria ou de um aeroporto, por exemplo).

O método desenvolve-se em duas etapas: a determinação da função hedónica do preço do bem e, seguidamente, a construção de uma curva da procura para a variável ambiental objecto de análise.

Na primeira fase determina-se a relação entre o preço e as diferentes características tidas em conta. O elenco destas é determinante: se alguma característica que os indivíduos valorem não constar do mesmo, os dados finais da avaliação ficarão seriamente comprometidos. Como o resultado de uma introdução no modelo de características não valorizadas pelos indivíduos é considerado de menores efeitos negativos, será recomendável a elaboração de uma listagem o mais extensa possível.

Coloca-se aqui, todavia, o primeiro desafio a este modelo: a escolha do tipo de função. Tal como anteriormente, desta escolha dependerão em muito os resultados, e a verdade é que também não existe uma resposta única – aceitando que essa relação não será linear, depende da sensibilidade subjectiva de quem está a elaborar a análise a escolha da função em específico.

---

<sup>181</sup> Para além dos assumidos pela teoria do valor em geral, o método de preços hedónicos baseia-se em outros dois pressupostos: que a taxa marginal de substituição entre dois bens é independente das quantidades de outros bens e que se a procura de um bem é zero, então a taxa marginal de disposição a pagar pelo outro bem é igualmente zero (isto é, que se o indivíduo não consome o primeiro, alterações na quantidade/qualidade do segundo não terão qualquer efeito na sua utilidade total). Para mais desenvolvimentos ver, por exemplo, HANLEY e SPASH 1998, 75.

Tendo a relação entre o preço e as características consideradas, isola-se a característica ambiental objecto de estudo, obtendo a relação entre o preço e o bem ambiental. Fazendo depois uma análise na margem, podemos, aceitando o pressuposto do comportamento do consumidor maximizador de utilidades, encontrar a relação entre ganho marginal no bem ambiental e custo marginal associado.

Na segunda fase o objectivo é a construção de uma curva da procura do bem ambiental. É claro que, recolhidos e tratados os dados dos inquéritos realizados, se os indivíduos tivessem preferências idênticas, da agregação dos dados resultaria uma curva (típica) da procura. Tal não é, todavia, o caso. Mais: se assumirmos que, à medida que a qualidade ambiental melhora, o preço aumenta a uma taxa decrescente, os resultados serão, normalmente, uma curva da procura mais próxima da horizontal, com um excedente do consumidor maior do que o de uma curva típica da procura<sup>182</sup>.

Salienta-se, então, um segundo problema, já que “most empirical studies merely approximate the increase in consumer surplus from the area under the curve AB”<sup>183</sup>.

Para além desta segunda dificuldade que, como se viu, pode ser, ao menos parcialmente, resolvida, cumpre ainda registar algumas outras que configuram outras tantas críticas feitas à utilização de valores resultados de estudos que utilizam este método.

Desde logo a que realça que muitas das variáveis incluídas na função do preço poderem estar muito correlacionadas, o que dificulta o seu tratamento estatístico isolado (por exemplo, a proximidade de uma fábrica reduzirá o nível de qualidade do ar, bem como aumentará o ruído)<sup>184</sup>.

Por outro lado, é sempre necessária alguma segmentação de mercado do bem principal cujo preço é conhecido, procurando encontrar um segmento o mais homogêneo possível, para que a função do preço determinada seja o mais realista possível. No exemplo do mercado de habitação será normal uma segmentação por localização, nível

---

<sup>182</sup> Tal deve-se ao facto de as curvas de indiferença dos consumidores variarem de acordo com uma série de outros factores, que influenciam as suas preferências relativamente à qualidade ambiental. Daí que, para eliminar esta distorção nos resultados, ter-se-ia que apurar de que forma essas outras variáveis, como sejam o rendimento familiar ou a própria estrutura das famílias, influenciam essa disposição marginal a pagar pelos bens ambientais. O que, como se compreende dada a imensidão de dados e variáveis a tratar, se afigura como tarefa hercúlea omitida pela maior parte dos estudos realizados.

<sup>183</sup> Cfr. HANLEY e SPASH 1998, 90.

<sup>184</sup> Para uma análise mais pormenorizada do problema da correlação entre variáveis (especialmente entre variáveis ambientais), bem como um elenco das diferentes tentativas por parte de diversos autores de o minimizar, ver GARROD e WILLIS 1999, 107 e ss.



de preço por metro quadrado, tipo de população abrangente, etc, mas é claro que esta é uma definição que cabe ao responsável pelo estudo, que incorpora dificuldades acrescidas ao nível da recolha de dados.

Em terceiro lugar, tal como todas os modelos económicos, também este só resistirá se os pressupostos que assume se verificarem, a saber, a perfeita informação dos indivíduos acerca das qualidades ambientais de todos os locais onde pensam adquirir habitação, a possibilidade de todos os compradores efectivamente maximizarem a sua utilidade e o equilíbrio do mercado da habitação em estudo. Não é, contudo, fácil admitir a verificação *qua tale* de todos estes pressupostos – porque a perfeita informação não existe nestes mercados, porque os indivíduos não conseguem, muitas vezes, maximizar totalmente a sua utilidade simplesmente porque não há, na realidade, casas que conjuguem completamente todos os seus requisitos, porque o equilíbrio de mercado, a existir, não será seguramente permanente.

Por último, se é verdade que diferentes níveis de qualidade ambiental existentes afectam os preços dos bens, não é menos verdade que a relação se verifica igualmente com os níveis *esperados* de qualidade ambiental no futuro. Por exemplo, os preços da habitação numa zona com muito ruído devido à proximidade de um aeroporto podem não descer devido à expectativa da construção de um novo aeroporto numa zona diferente e desactivação do existente. Os resultados de um estudo recorrendo ao método dos preços hedónicos não reflectirão, neste caso, as verdadeiras preferências individuais.

Saliente-se, aliás, que este problema se insere num outro mais alargado, que se prende com a maior adequação do método dos preços hedónicos para medir, *ex post*, os benefícios resultantes de uma determinada alteração na quantidade/qualidade de bens ambientais existentes do que para prever *ex ante* uma quantificação valorativa dos efeitos sobre a utilidade total das populações de uma determinada medida pública que implique alterações nesses mesmos bens ambientais, já que “the environmental effects resulting from various policy designations are only likely to become fully apparent over a number of decades. Thus, while an hedonic price function may be used to estimate the environmental benefits provided to local residents by an area as it exists today, it cannot

reliably predict the benefits which will be generated by future improvements because those improvements will have the effect of shifting the existing function”<sup>185</sup>.

#### 5.4.3.2. Métodos directos – a avaliação contingente

Estes métodos procuram, como o próprio nome indica, saber directamente dos indivíduos os valores dos bens. Para isso recorrem à técnica mais óbvia – perguntar-lhes. Baseiam-se, assim, em questionários realizados aos indivíduos que procuram determinar qual o valor que estes atribuem aos bens, normalmente bens ambientais sem preço nos mercados<sup>186</sup>.

Esta é uma técnica cujas origens remontam também elas à segunda década do século passado, mas onde temos assistido, fruto de trabalho por parte dos seus defensores, a sucessivos avanços no sentido da sua maior acuidade e objectividade, que permitem que seja hoje generalizado o seu uso, especialmente para determinados tipos de bens<sup>187</sup>.

É que, como referimos, os métodos ditos “directos” são a única forma de ter um valor monetário do dito valor de não-uso e de existência dos bens<sup>188</sup>, valores esses que não são dados pelos métodos de avaliação indirecta que, como vimos, se centram no seu valor de uso.

Ora, dependendo do relevo que for dado a estes outros tipos de valores dos bens ambientais (sendo certo que não será difícil admitir que, pelo menos para alguns, aqueles não serão despreciados), assim termos a importância que pode assumir este tipo de metodologia.

---

<sup>185</sup> Cfr. GARROD e WILLIS 1999, 117.

<sup>186</sup> Embora, refira-se, tenham já sido realizados estudos recorrendo a estes métodos relativos a bens com mercado. Trataram-se, todavia, na sua maioria de estudos que pretendiam avaliar, mais do que o bem em questão, o próprio método em si (comparando os resultados com aqueles a que se chega pelos preços).

<sup>187</sup> Para uma perspectiva das origens e evolução do método da avaliação contingente ver, por todos, PORTNEY 1994.

<sup>188</sup> Pressionada pelos recorrentes diferendos que chegavam a tribunal, e no seguimento do acidente com o navio petrolífero Exxon Valdez, a National Oceanic and Atmospheric Administration (NOAA) reuniu um painel de peritos para avaliar a capacidade de um destes métodos em particular, a avaliação contingente, para determinar o chamado valor de não-uso. A conclusão foi positiva, tendo o dito painel produzido um relatório, ainda hoje utilizado e citado pela larga maioria da literatura, em que recomenda as melhores práticas para que esses estudos possam produzir resultados aceitáveis.

Sendo certo que existem outros métodos de avaliação directa, sem dúvida que o mais desenvolvido teoricamente e mais generalizado na prática é o chamado método da avaliação contingente, pelo que centraremos nele a nossa atenção.

Como dissemos, trata-se, de uma forma simples, de perguntar a vários indivíduos em quanto valoram um determinado bem, recolher os dados e extrapolar os resultados para a população. O principal problema é, todavia, que, se o bem em causa não tem mercado nem preço, os indivíduos não estarão familiarizados com o processo de realizar operações valorativas sobre o mesmo, não sendo, portanto, fácil a resposta à questão “quanto vale, para si, este determinado aumento na quantidade de um certo bem ambiental?”.

Daí que esta “simplicidade” de perguntar aos indivíduos seja apenas aparente, envolvendo, pelo contrário, estes estudos uma complexa e importante parte de preparação e tratamento dos dados.

O método desenvolve-se em seis fases<sup>189</sup>: em primeiro lugar, a determinação do mercado hipotético. Ora esta construção requer a definição de uma série de parâmetros – qual, em concreto, o bem, qual a alteração programada cuja ocorrência dará lugar a um aumento/diminuição da quantidade do bem em questão, quem a vai realizar, como será o seu financiamento, quem deverá pagar, que tipo de fiscalização ocorrerá... Toda esta informação será depois compilada e explicada aos indivíduos objecto do estudo e serve para que os mesmos possam formar o seu juízo sem assimetrias de informação (no fundo, trata-se de tentar criar um dos pressupostos dos mercados de concorrência – a informação perfeita).

A segunda fase será a realização dos inquéritos, de preferência por entrevistadores que realizam o contacto pessoal com os indivíduos num ambiente tanto quanto possível livre de pressões externas<sup>190</sup>.

Recolhidos os dados, será necessário calcular a média (ou mediana) da valoração monetária da utilidade resultante daquela alteração da quantidade do bem.

---

<sup>189</sup> Alguns autores salientam apenas cinco fases ou mesmo menos (ver, por exemplo, GARROD e WILLIS 1999, 131 ou PEARCE e MORAN, 1994, 76). Por uma questão de clareza de exposição optámos por seguir, neste ponto, as classificações mais desagregadoras. Cfr. HANLEY e SPASH, 1998, 54.

<sup>190</sup> É hoje aceite que muitas das deficiências de alguns estudos que se revelaram completamente desfasados da realidade vinham, precisamente, de uma insuficiente determinação do mercado hipotético associada a inquéritos realizados por telefone ou, quando muito, pessoalmente à entrada de centros comerciais.

Ao que se seguirá a determinação das chamadas “bid curves”, que mais não são do que a determinação da função dos valores resultados dos inquéritos relativamente a algumas variáveis, como a idade, o nível de rendimento ou o grau de alfabetização dos entrevistados.

Estas funções auxiliarão na fase seguinte, a de agregação dos resultados por forma a conseguir um número único, o total do valor daquela alteração da quantidade do bem para a população em questão.

Por fim, qualquer estudo com algum grau de rigor procurará testar os resultados, quer a nível teórico, quer com outros dados existentes acerca de bens ou hipóteses semelhantes que possam servir de referência.

Como percebemos, esta não é uma tarefa simples, estando, pelo contrário, longe da simplicidade.

Trataremos, assim, as principais dificuldades associadas ao presente método, que se associam a outras tantas críticas, procurando, sempre que possível, ilustrar os desenvolvimentos teóricos no sentido da sua minimização.

Será, em primeiro lugar, de realçar a importância que deve ser dada a algumas regras básicas relativamente ao modo como os questionários devem ser elaborados e conduzidos.

Em primeiro lugar, é importante criar as condições o mais parecidas possível com os mercados existentes, de modo a que as pessoas encontrem, pelo menos parcialmente, alguns pontos de ligação com aquilo a que já estão habituadas – decidir, perante um produto concreto a um preço determinado, se compram ou não. Para tal será necessário, desde logo, tentar que o objecto a valorar seja o mais definido possível. Por exemplo, em vez de perguntar pelo valor do ar puro, perguntar qual o valor de uma redução na qualidade do ar, evidenciando os efeitos da mesma de modo a que as pessoas possuam o maior nível de informação possível.

Relacionada com esta maior aproximação possível aos mercados reais está também a justificação que muitos autores encontram para preferir a utilização de questões de escolha discreta ou *dicotómica*, isto é, aquelas em que se pergunta se a pessoa está disposta a pagar um determinado valor para ter acesso ao bem (ou à melhoria na

qualidade do mesmo)<sup>191</sup>.

Depois, será necessário que a realização dos inquéritos seja pessoal, de preferência em local calmo onde os entrevistados não estejam sujeitos a pressões exteriores. É de realçar a importância da capacidade do entrevistador passar a maior quantidade de informação possível, por forma a que, aquando das respostas, os indivíduos estejam o mais (e melhor) informados possível acerca do mercado (o bem em causa, as consequências da alteração do mesmo, o modo de financiamento e de realização do mesmo...). É que, tal como nos mercados reais, os problemas de assimetria de informação também se fazem sentir em mercados contingentes, estando demonstrado que, quanto maior a informação disponível, mais próximas da realidade estarão as respostas.

Por fim, autores há, como HANEMANN<sup>192</sup>, que defendem ser da maior importância uma conversa final com os entrevistados, procurando esclarecer os motivos das suas escolhas. Ela não só ajudará a perceber a acuidade das mesmas como será importante em termos de verificação do próprio estudo em si.

O método da avaliação contingente não é, contudo, isento de críticas. Pelo contrário: sendo provavelmente o que promete fornecer dados mais interessantes, na medida em que valora o que muitos consideram não ser susceptível de valorização (o valor de não uso ou intrínseco), é, sem dúvida, o que mais vivos debates académicos tem propiciado o leitor nos últimos anos.

Dado o intuito do presente trabalho, salientaremos as principais críticas que ao presente método têm sido dirigidas, apresentando igualmente alguns argumentos de resposta às mesmas. Dividiremo-las, por razões de clareza de exposição, em dois tipos: as que

---

<sup>191</sup> De facto, existe uma outra possibilidade de questionários – as questões contínuas ou em aberto, em que não se coloca nenhum preço pré-estabelecido, antes se questiona os indivíduos directamente sobre o valor máximo que estariam dispostos a pagar pelo bem. Todavia, para além de mais afastados da realidade dos mercados actuais, este tipo de questão origina maiores problemas a nível de veracidade das respostas, contendo maiores estímulos a comportamentos estratégicos por parte dos entrevistados. A este respeito ver, por exemplo, HANEMANN, 1994, 23 e ss, PEARCE e MORAN, 1994, 77 e ss, HANLEY e SPASH, 1993, 62 e ss ou FOSTER, BAKER e HARLEY, 1998, 35 e ss.

Defendendo claramente o modelo dicotómico baseando as conclusões num estudo concreto de avaliação contingente em que se pretende medir as alterações da disponibilidade a pagar consoante o tipo de questionários, cfr. BATEMAN et al, 1995, 161.

Para uma análise mais completa das vantagens e desvantagens de cada tipo de questão bem como de forma de questionário (jogo de apostas e cartão de pagamento) ver por todos VENKATACHALAM, 2003, 105 e ss.

<sup>192</sup> Cfr. HANEMANN, 1994, 24

resultam do facto de o presente método se basear em questionários realizados a indivíduos e as que opõem os resultados obtidos à teoria económica convencional<sup>193</sup>.

Porque são baseados em questionários que, como vimos, na melhor das hipóteses são realizados através de um entrevista pessoal com os indivíduos, os resultados destes estudos estarão sujeitos a problemas derivados da própria linguística e da diferente interpretação que sujeitos diferentes fazem de um mesmo referente. Por exemplo, não é indiferente utilizar a palavra “permitem” ou a expressão “não proibem”, assim como poderá induzir respostas num determinado sentido se se optar por mencionar que tal bem será conseguido através de aumento de impostos em vez de referir o aumento do preço a aceitar. Por outro lado, é igualmente sabido que a ordem pela qual se colocam as questões não é indiferente para o resultado. Por fim, temos que aceitar que alguma subjectividade será igualmente introduzida pelo entrevistador, que poderá “orientar” a informação prestada.

É claro que mesmo os mais vigorosos defensores da avaliação contingente reconhecem alguns problemas de uniformidade de informação e contextualização nos testes que realizam. Apenas entendem que tais dificuldades não são diversas das que temos em todos os estudos baseados na inter-relação humana, que se realiza, sobretudo, pela linguagem, oral ou escrita, com mediação de um terceiro. Se há problemas que podem ser evitados pela escolha cuidada das palavras ou expressões a utilizar e pela formação dada aos entrevistadores ou por técnicas simples como não manter a ordem dos factores nos inquéritos realizados, não se conseguirá nunca eliminar toda a subjectividade. Ela poderá, quando muito, ser aferida utilizando um questionário final, mas nunca suprimida. Tal como, de resto, referem, se não poderá suprimir dos testes utilizando técnicas indirectas.

Mais profunda é a crítica que afirma que, porque se referem a bens que não estão no mercado e, por isso, não têm preço, estes testes constroem eles próprios os valores desses bens, simplesmente porque os indivíduos também não possuem um valor determinado para os mesmos. A questão aqui colocada é precisamente o centro de toda a teoria da escolha racional e tem a ver com como se constroem as preferências. De facto, se admitirmos que estas são resultado de uma “arrumação” feita por cada um de

---

<sup>193</sup> Seguimos, na classificação, a proposta de Hanemann no seu artigo de 1994. Cfr. HANEMANN, 1994, 26 e ss.

nós de diferentes alternativas, baseando cada escolha no recurso a essa “base de dados”, podemos ter um problema quando se coloca um indivíduo perante uma questão totalmente nova para a qual ele não encontra um paralelo no seu esquema mental pré-estabelecido. As respostas, dizem alguns autores, serão, no mínimo, aleatórias e não poderão nunca ser a base para encontrar um valor para os bens.

Essa não é, todavia, a perspectiva a que os mais recentes avanços no campo das neurociências nos conduzem: pelo contrário, os indivíduos realizarão, na maioria das ocasiões, uma construção *na hora da decisão* sobre as suas preferências de forma a maximizar utilidades<sup>194</sup>. Quer dizer, na maioria das ocasiões já não é utilizado qualquer referencial aquando da decisão económica de comprar ou não, consumir ou não. O que significa que não será uma novidade ter que o fazer para um bem novo, sem mercado (até porque, salientam os autores, nas sociedades desenvolvidas que conhecemos, as pessoas estão habituadas a ter novos bens todos os dias que preenchem necessidades que nem elas sabiam que tinham, bens esses que têm que valorar...)<sup>195</sup>.

Em terceiro lugar, refere Hanemann a crítica segundo a qual as pessoas não estão habituadas a atribuir um valor aos bens ambientais, pelo que não se sentirão seguras. Ao que replica o próprio autor que, levado ao extremo, poderíamos defender igualmente que as pessoas não estão treinadas para votar<sup>196</sup> ...

Há, como referimos, outro tipo de críticas à utilização de dados resultados de testes de avaliação contingente para a definição de políticas públicas ambientais. Prendem-se, na sua essência, com visões pré-determinadas da teoria económica e dos resultados expectáveis para valores dos bens em questão.

Uma primeira crítica radica na própria essência do que os testes de valoração contingente querem atingir – o valor de não-uso ou de existência dos bens. Nas palavras de Milgrom, para que valores de existência dos bens ambientais pudessem ser aceites em análises custo-benefício “it would be necessary for people’s individual existence values to reflect only their own personal economic motives and not altruistic motives, or sense of duty, or moral obligation”<sup>197</sup>, o que não é, no entender do autor, possível.

---

<sup>194</sup> O que vem realçar ainda mais a importância do contexto em que a entrevista é realizada, do tempo que os entrevistados dispõem para reflectir e, eventualmente, expor as suas dúvidas, especialmente em casos de bens com os quais não estejam muito familiarizados. Cfr. McMILLAN, HANLEY e LIENHOOP, 2006.

<sup>195</sup> Para uma análise mais detalhada ver, além de HANEMANN, 1994, VEISTEN, 2007, 208

<sup>196</sup> Cfr. HANEMANN, 1994, 29

<sup>197</sup> Apud HANEMANN, 1994, 33

Isto porque, para alguns autores, a teoria económica assenta na premissa do indivíduo egoísta, no sentido de valorar apenas os *seus* interesses. O altruísmo está, para estes, fora do campo de estudo da ciência económica. São os defensores da dita economia neo-clássica na sua face mais pura.

É, contudo, possível encontrar formas de compatibilizar análises custo-benefício com a ideia que os indivíduos, relativamente a alguns bens, nomeadamente ambientais, podem não ser motivados *apenas* por interesses egoístas. Hanemann<sup>198</sup> avança com a ideia do *altruísmo paternalista* no sentido de o indivíduo retirar utilidade de alguém usufruir de um bem ou, no caso, retirar utilidade de um aumento na quantidade/qualidade de um bem ambiental – será inegável que, nesse caso, esse indivíduo estará em condições de dar um valor a essa utilidade que retira da mera existência do bem.

Ora podemos recolher do pensamento de um dos mais conhecidos críticos da economia neo-liberal um conceito que ajudará a defesa da avaliação contingente – o próprio Sen defende que o cidadão terá, como consumidor, um comportamento egoísta mas, enquanto membro da sociedade, será por vezes imbuído de motivos altruístas. Ora a economia trata, em muitas das suas áreas, comportamentos que envolvem os indivíduos *enquanto cidadãos* e não como meros consumidores.

Mais substantiva é, sem dúvida, a questão de qual dos conceitos económicos que vimos no ponto 2.1 *supra* que serve de medida para o valor dos bens deve ser utilizado: a disponibilidade em pagar (DP) ou a disponibilidade em aceitar (DA).

Como tivemos oportunidade de referir, estes conceitos que, à partida, parecem dever ser idênticos, não o são na realidade: está demonstrado empiricamente que, normalmente, a DA é superior à DP. Numerosos autores têm dedicado os seus estudos à análise destes dois conceitos<sup>199</sup> e a verdade é que não existe ainda consenso sobre qual o correcto em situações de avaliação contingente. Para efeitos do presente estudo, assumiremos que, dada a sua maior proximidade às situações de mercado real com as quais o presente método se quer aproximar, deverá ser adoptado o conceito de disponibilidade a pagar, perguntado aos entrevistados quanto estariam dispostos a pagar por um determinado acréscimo do bem em causa (e não quanto exigiriam receber para aceitar uma certa redução do mesmo bem).

---

<sup>198</sup> HANEMANN, 1994.

<sup>199</sup> Para uma descrição pormenorizada das possíveis razões teóricas avançadas para esta discrepância de valores, ver VENKATACHALAM, 2003, 92 e ss; HANLEY e SPASH, 1993, 62 e ss.



Por último, são de assinalar algumas das mais frequentes fontes de erro de alguns estudos de avaliação contingente que se prendem com o facto de, alegadamente, os resultados não se revelarem verosímeis quando consideramos um conjunto ou, pior ainda, uma sequência de bens. São os chamados efeitos de “embedding” e “sequencing”.

Pelo termo “embedding”, que poderemos traduzir como “efeito de integração”, referem-se as situações em que os resultados variam sensivelmente consoante se valora um determinado bem isoladamente ou integrado num grupo maior de bens do mesmo tipo. Por exemplo, o valor atribuído a um determinado lago será superior se for avaliado isoladamente do que se o mesmo lago estiver incluído num estudo que abarque todos os lagos de uma determinada zona.

Estes “erros” nos resultados poderão ser explicados por vários motivos, desde a própria teoria da utilidade marginal decrescente, até questões que se prendem com a psicologia humana.

Todavia, os defensores do método da avaliação contingente apresentam-nos como, na sua maioria, omissões e falta de rigor científico na própria preparação dos estudos nos quais os mesmos se verificam<sup>200</sup>.

O mesmo argumento é, sem surpresas, utilizado para rebater o outro efeito apontado como causa de erros nos resultados de alguns estudos de avaliação contingente – o efeito de sequência<sup>201</sup>.

Foi demonstrado por alguns estudos que os resultados variam consoante a ordem utilizada num determinado grupo de bens heterogéneos (por exemplo, atribuição de valores à população de baleias, pinguins e focas). Esta discrepância de valores foi explicada por alguns autores pelos efeitos substituição e rendimento que estão na base da lei da procura<sup>202</sup>.

Outros, todavia, defendem que a mesma se deve a um défice de familiaridade que os entrevistados têm com os bens em causa<sup>203</sup>, défice esse que pode e deve ser minorado com uma cuidada preparação da informação a prestar pelo entrevistador. Por outro lado,

---

<sup>200</sup> Desenvolvendo esta teoria, VENKATACHALAM, 2003, 96, HANEMANN, 1994, 34.

<sup>201</sup> Para mais desenvolvimentos ver VENKATACHALAM, 2003, 102, HANEMANN, 1994, 34.

<sup>202</sup> E então seria possível, através da introdução destes efeitos nos modelos de função que agrega as respostas, eliminá-los.

<sup>203</sup> Segundo os mesmos autores, essa divergência de valores é praticamente eliminada quando estão em causa as ditas “commodities”.

podem ser utilizadas algumas técnicas simples como pedir, no fim da entrevista, aos indivíduos que revejam os valores ou tentar, através de algumas perguntas simples, aferir a presença de tal efeito.

Mais uma vez se salienta a importância da preparação do estudo e, sobretudo, da quantidade e qualidade de informação prestada aos indivíduos.

#### 5.4.4. Outras formas de determinação do valor monetário – os custos de reposição

#### 5.4.5. Apreciação crítica

Determinar o valor de um qualquer bem é uma tarefa que tem ocupado os economistas desde há séculos. Num diferente entendimento acerca da teoria do valor dos bens radica, aliás, uma das grandes divergências que marca a oposição entre as duas grandes correntes de pensamento ainda hoje – a escola clássico-marxista por oposição à escola marginalista.

Esta última tem, contudo, dominado o mundo ao nível, quer académico, quer, e sobretudo, prático.

Com efeito, todos estamos habituados a pensar o valor dos bens como o seu preço de mercado, baseado na oferta e procura e, sobretudo, na sua maior ou menor escassez.

Não será, portanto, estranho que, ao procurar determinar o valor dos bens ambientais, os economistas tenham recorrido aos seus quadros de análise tradicionais, quer dizer, de cálculo marginalista e com uma visão marcadamente antropocêntrica.

Tal é suficiente para uma primeira nota: de facto, não podemos nunca perder de vista que os modelos que visitámos no presente trabalho têm na sua base uma determinada perspectiva, e, como tal, estarão sujeitos às mesmas críticas que se apontem àquela.

Não surpreenderá se afirmarmos que provavelmente de todas as críticas a mais sensível será precisamente a que se foca na perspectiva antropocêntrica – de facto, muitos autores há que afirmam que, pura e simplesmente, não podemos reduzir o valor dos bens ambientais ao valor que eles têm para o Homem. Por nossa parte, não indo tão longe, podemos reconhecer alguma acuidade naquelas outras chamadas de atenção para o facto de fazermos depender o valor destes bens ao valor que os indivíduos, hoje, lhes conferem. De facto, não está aqui em causa o seu valor para o Homem, mas apenas a

capacidade desse mesmo Homem para, com os conhecimentos que tem e o quadro mental que lhe conhecemos enquanto consumidor habituado a “apreçar” bens, determinar o valor da própria Natureza.

Por outro lado, resulta igualmente evidente da exposição que, embora o possamos dizer para todos os outros bens, ganha aqui maior sentido a expressão “construção de valores”. De facto, se, de algum modo, todos os valores dos bens são construídos, parece claro que os valores a que chegamos pela utilização dos métodos que ora analisados são eles mesmos *resultado de uma construção*. O que é particularmente relevante e não deve deixar de ser tomado em consideração aquando da sua utilização futura, seja qual for o fim.

Em terceiro lugar, não podemos deixar de salientar o facto de, nesse processo de construção de valores referido, não poder deixar de estar presente uma vertente claramente subjectiva. É claro que podemos dizer que todo o valor é subjectivo, na medida em que a utilidade é também ela subjectiva. Acontece que a esta subjectividade acresce neste caso uma outra: a das escolhas que inexoravelmente terão que ser feitas por quem conduz os testes com vista à determinação de um qualquer valor de um bem ambiental. Salientámo-lo, aliás, aquando da análise de cada um dos métodos em particular. Também este facto não pode deixar de ser tido em conta.

Querirá isto dizer que estes estudos não têm qualquer utilidade, que não podemos pensar em atribuir um valor aos bens ambientais porque isso não é possível ou sequer desejável?

Não pensamos que seja essa a posição mais razoável.

Por um lado, não podemos, numa sociedade que baseia as suas decisões em valores monetários e procura tudo mensurar afirmar, pura e simplesmente, a incomensurabilidade dos bens ambientais. Pensamos que tal posição, mais do que zelar pela sua defesa, poria em grave perigo tudo o que já se conseguiu em termos de consciencialização da população em geral e dos decisores em particular acerca da importância da preservação desses mesmos bens. É claro que poderão existir tentativas de utilização abusiva desses valores, nomeadamente no sentido da sua mercantilização. Esse é, no entanto, um risco que somos forçados a assumir se queremos tornar operacionais determinadas políticas de protecção e preservação dos mesmos. Risco que, repetimos, sendo necessário, torna ainda mais premente o estudo e implementação de

regras concretas no que concerne à possibilidade de utilização dos resultados monetários encontrados para determinados fins, que, isso sim, deve ser considerado inaceitável (por exemplo, a sua utilização com vista à mercantilização dos bens em apreço).

Por outro lado, não podemos igualmente afirmar que os valores que estes métodos nos podem fornecer sejam de todo afastados da realidade, completamente inaceitáveis.

Cabe salientar uma diferença entre os tipos de métodos em análise, nomeadamente a incapacidade dos métodos de avaliação indirecta em fornecer um valor que inclua o chamado valor de existência dos bens, por oposição aos de avaliação directa, em especial a avaliação contingente que, como vimos, o consegue. Esta pode ser uma questão importante se o que se pretende é um valor o mais aproximado possível do valor total e que, em caso de erro, o mesmo seja por excesso, como pensamos dever ser. Posto isto e, repetimos, dentro do quadro de raciocínio em que se situam (a teoria subjectivo-marginalista), os valores a que chegamos não serão irrealistas (isto, claro, desde que os estudos sejam conduzidos de uma forma séria e profissional). Serão eles “valores de mercado” para bens ambientais, “cotações” para os mesmos? É claro que não, mas também não podemos esquecer que estes não são bens “no mercado”, e que, ao invés, o mercado não funciona (nem deve funcionar) para estes bens.

Do que se trata, então, é de, mais do que encontrar um valor para os bens ambientais, procurar encontrar referentes orientadores da tomada de decisão política, que permitam evidenciar de uma forma, ainda que não precisa, o mais simples e directa possível a valoração monetária das consequências ambientais de uma qualquer decisão política.

Aceitando, então, a ideia de procurar um referente valorativo para este tipo de bens, não podemos deixar de salientar as críticas atrás apontadas a cada um dos métodos. De facto, vimos como todos eles apresentam as suas próprias vantagens e limitações, não sendo de estranhar que, por vezes, se possa tentar uma abordagem “multifacetada”, no sentido da utilização de dois ou mais dos métodos que analisámos por forma a consolidar e verificar resultados.

Ackerman 2002, Pricing the Priceless,

O autor faz uma crítica às análises de custo-benefício com basicamente quatro argumentos:

Em primeiro lugar, as actuais metodologias de monetarização do valor dos bens sem mercado constroem valores errados e implausíveis (porque não existem “pessoas estatísticas”; porque as pessoas se preocupam umas com as outras e o chamado “valor de existência” não reflecte isso; porque comprar é diferente de votar (remete aqui para Sagoff<sup>204</sup>, Sen<sup>205</sup> e Richardson<sup>206</sup>); porque os números não reflectem todas as variáveis determinantes, como acontece quando pensamos em riscos numericamente idênticos que devem ser tratados de forma diversa pelo regulador; porque, como a construção destes valores monetários envolve inúmeros estudos e é caro, são muitas vezes aproveitados valores de outros estudos que não fazem qualquer tipo de sentido;).

Em segundo lugar, o desconto do futuro trivializa danos futuros e não encara a irreversibilidade de certos danos (não se pode utilizar a lógica de quando compramos um computador – quanto mais adiar melhor o computador que se consegue comprar com o mm orçamento: os problemas ambientais envolvem por vezes irreversibilidades que só podem ser enfrentadas pelo princípio da precaução<sup>207</sup>, princípio esse que as análises CBA não conseguem modular; as futuras gerações têm que contar; o desconto do futuro inviabiliza quase sempre os programas de protecção ambiental face a outros que têm os seus benefícios num prazo mais curto; também nesta questão temos que distinguir a diferença de comportamento entre consumidores e cidadãos, mesmo em

---

<sup>204</sup> In a classic example of this distinction, the philosopher Mark Sagoff found that his students, in their role as citizens, opposed commercial ski development in a nearby wilderness area, but, in their role as consumers, would plan to go skiing there if the development were built  
MARK SAGOFF, *THE ECONOMY OF THE EARTH: PHILOSOPHY, LAW, AND THE ENVIRONMENT* 50-53 (1988)

<sup>205</sup> if your willingness to pay for a large-scale public initiative is independent of what others are paying, then you probably have not understood the nature of the problem

Amartya Sen, *The Discipline of Cost-Benefit Analysis*, 29 J. LEGAL STUD. 931, 949 (2000)

<sup>206</sup> Henry Richardson argues that reliance on the cost-benefit standard forecloses the process of democratic deliberation that is necessary for intelligent decision making

Henry S. Richardson, *The Stupidity of the Cost-Benefit Standard*, 29 J. LEGAL STUD. 971, 986-89 (2000).

On the importance of allowing preference change in response to deliberation, see also Cass R. Sunstein, *Preferences and Politics*, 20 PHIL. & PUB. AFF. 3 (1991).

<sup>207</sup> Remete para Baumol 1968, W. J., “On the Social Rate of Discount”, in *American Economic Review*, 58, 788-801

There are important externalities and investments of the public goods variety which cry for special attention. Irreversibilities constitute a prime example. If we poison our soil so that never again will it be the same, if

we destroy the Grand Canyon and turn it into a hydroelectric plant, we give up assets which like Goldsmith's bold peasantry, " . . . their country's pride, when once destroy'd can never be supplied." All the wealth and

resources of future generations will not suffice to restore them .'

relação à taxa de desconto: enquanto consumidores podemos não poupar mas já como cidadãos defendemos a Segurança Social, por exemplo)

Em terceiro lugar, o uso de valores monetários agregados não permite incluir critérios de justiça ou moralidade, exacerbando antes as desigualdades (o que importa é que os benefícios sejam em valor superior aos custos, não importando quem os paga e quem os recebe; mas o problema tem raízes mais profundas: na medida em que os valores são determinados pela “disponibilidade a pagar”, é normal que estudos que envolvam comunidades com maiores rendimentos apresentem valores de danos ambientais superiores aos resultantes do mesmo tipo de dano em comunidades com menores rendimentos<sup>208</sup>)

Em quarto lugar, os próprio processo de análise CBA é “value-laden” (orientado por valores) e, como tal, não é objectivo nem transparente. Envolve uma série de opções metodológicas que são tudo menos objectivas – por exemplo, considerar os indivíduos enquanto consumidores ou insistir em descontar o futuro (que reflecte um julgamento acerca da natureza dos riscos ambientais e da própria responsabilidade da geração presente face às gerações futuras. Além disso, assenta numa série de aproximações, simplificações e estimativas que são tudo menos objectivas e que podem resultar em valores muito diversos<sup>209</sup>. Por último, as análises cba não são transparentes: dada a complexidade e tecnicidade dos temas poucos são os indivíduos que realmente podem averiguar da razoabilidade dos pressupostos assumidos.

Conclusão: as análises cba têm muitas falhas. E há alternativas: a regulação é uma delas - quer seja com base tecnológica (exigindo os melhores métodos disponíveis para diminuição da poluição) quer seja com base na performance (que, exigindo uma noção dos custos para a determinação do nível de poluição a especificar, não depende nesta lógica de compensação) – mas os mercados de licenças de poluição são outra.

É claro que é possível exigir análises cba para a determinação do nível óptimos de poluição, mas a verdade é que tal não é absolutamente necessário, podendo os mesmos resultar de um processo de compromisso político.

---

<sup>208</sup> “Cost-benefit methods should not be blamed for existing patterns of environmental injustice; we suspect that pollution is typically dumped on the poor without waiting for formal analysis. Still, cost-benefit analysis rationalizes and reinforces the problem (...).It is hard to see this as part of an economically

optimal or politically objective method of decision making.” Ackerman 2002, 1575.

<sup>209</sup> Cass R. Sunstein, *The Arithmetic of Arsenic*, 90 GEO. L.J. (forthcoming 2002)

Um último exemplo é a regulação de informação, com base no “direito à informação” dos cidadãos sobre os riscos que os seus comportamentos implicam e que lhes permite, em última análise, tomar decisões pessoais acerca dos mesmos.

Muitas vezes são utilizados os argumentos a favor da regulação por performance ou dos mercados de licenças de emissões para justificar as cba, mas a verdade é que os *objectivos* destes instrumentos são definidos por políticos com legitimidade democrática, sendo apenas os *meios* de alcançar tais objectivos definidos com relação aos custos<sup>210</sup>.

Economic analysis has had its successes and made its contributions; it has taught us a great deal over the years about how we can most efficiently and cheaply reach a given environmental goal. It has taught us relatively little, however, about what our environmental goals should be. Ackerman 2002, 1583.

## 6. A questão do custo-eficácia das políticas de compras públicas ecológicas

---

<sup>210</sup> “But both technology-based and incentive-based regulation take their *goals* from elected representatives rather than from economic analysts, even though the *means* adopted by these regulatory strategies are strongly influenced by attention to costs. The current style of cost-benefit analysis, however, purports to set the *ends*, not just the means, of environmental policy, and that is where its aspirations amount to arrogance.”, Ackerman 2002, 1583.

## CAPÍTULO III

### O QUADRO REGULATÓRIO COMUNITÁRIO

#### 1. Introdução

Foram aprovadas em 2015 as novas directivas europeias que regem os procedimentos de contratação pública. A regulação da matéria por via de directivas tem já, no entanto, várias décadas desde o primeiro pacote legislativo da década de 70 do século passado, a que se seguiram várias “revisões”, mais ou menos profundas, do normativo europeu.

Uma das novidades anunciadas deste novo pacote legislativo foi, precisamente, visar a incrementação do uso estratégico da contratação pública com o fim de prosseguir os objectivos da estratégia Europa 2020, que visa um “crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”. Os critérios ambientais enquadram-se, naturalmente, nesta orientação, trazendo as novas directivas algumas novidades no sentido de um alargamento das possibilidades conferidas às entidades adjudicantes que desejem incluir preocupações ambientais nas suas escolhas de contratação pública.

Antes, porém, de analisarmos mais pormenorizadamente o normativo de direito secundário europeu, as directivas, não podemos deixar de salientar o seu enquadramento no direito europeu em geral, e nos Tratados em particular. Não sendo o âmbito do presente trabalho uma análise detalhada na matéria, procuraremos ainda assim destacar os aspectos mais relevantes e que permitirão perspectivar de melhor forma a análise subsequente das normas das directivas relevantes na matéria em apreço.

Assim, e em primeiro lugar, saliente-se que a matéria dos mercados públicos não é regulada ou sequer referida em parte alguma dos Tratados. Esta ausência de referência expressa, se levanta, por um lado, alguma perplexidade, pode, por outro lado, encontrar algumas justificações.

Assim, e em primeiro lugar, é por vezes invocado que nos primórdios da construção europeia não era previsível que os mercados públicos assumissem a importância e dimensão que têm hoje em dia. Esta justificação, aceitável para esses primeiros anos de



construção comunitária, não parece colher actualmente, especialmente tendo em vista as várias alterações aos Tratados que foram sempre, nessa medida, oportunidades perdidas<sup>211</sup>.

Essa ausência é igualmente justificada com a especial complexidade da matéria que, envolvendo directamente a liberdade de actuação dos entes públicos, tem implicações que perpassam todos os níveis de governo a nível nacional e todos (ou quase todos) os sectores económicos, agravadas por sistemas jurídicos distintos. Não obstante, e se bem que possamos concordar com os argumentos de especial complexidade da matéria, que envolve, em última análise, a própria soberania dos Estados, não podemos deixar de salientar que essa complexidade não implicou que o ordenamento jurídico (ainda) comunitário deixasse de regular a matéria: ao contrário, as primeiras directivas são ainda da década de setenta que, se não pode ser incluída no conceito de “primórdios”, não deixa de se enquadrar numa fase bastante inicial do projecto europeu. Essa regulação específica da matéria por normas de direito secundário foi-se desenvolvendo e acentuando, havendo quem sugira mesmo um carácter harmonizador às directivas actuais<sup>212</sup>.

O próprio conceito de Tratado é algumas vezes invocado como argumento justificativo: os tratados destinam-se a traçar os objectivos e princípios gerais, a estrutura e as relações entre as várias instituições comunitárias, por um lado, e as instituições comunitárias e os Estados, por outro, não sendo o *locus* apropriado para a regulamentação detalhada de matérias específicas como a contratação pública. Acompanhando ainda Cláudia Viana, não podemos deixar de salientar que, se a argumentação se admite relativamente ao Tratado CE, o mesmo não acontece relativamente a outros, como o de Maastricht e Amsterdão, cujos conteúdos vão muito para além daqueles típicos de um tratado-quadro.

Melhor justificação encontraremos na avançada pela própria autora, que defende ser precisamente a especial importância da matéria em causa o motivo da sua não inclusão no texto dos tratados, inviabilizada por Estados que não quiseram nunca abrir mão da

---

<sup>211</sup> Introduzir Cláudia Viana

<sup>212</sup> Note-se que a questão do eventual carácter harmonizador das directivas era já levantada relativamente ao normativo de 2004. Sobre o tema e manifestando a sua posição contrária a tais argumentos ver Arrowsmith.

ferramenta intervencionista e proteccionista que a contratação pública sempre representou.

Essa não inclusão nos textos dos tratados não implica, no entanto, que estes não se apliquem na matéria, em especial os princípios neles vertidos. Pelo contrário, é hoje consensualmente admitido que o *corpus iuris* europeu relativo aos procedimentos de contratação pública encontra os seus alicerces precisamente no Tratado, subordinado aos princípios que dele decorrem e cuja interpretação deve ser feita em conformidade com os mesmos<sup>213</sup>.

Na complexidade que caracteriza o quadro normativo actual, marcado por uma pluralidade de sistemas normativos, assume particular importância a questão da forma como se relacionam os diversos escalões normativos e, conseqüentemente, dos princípios cuja mobilização essa heterogeneidade normativa reclama.

Todavia, e como bem ensina Castanheira Neves<sup>214</sup>, também os princípios são caracterizados por uma heterogeneidade substancial, que nos obriga a aceitar diferentes intencionalidades normativo-axiológicas entre princípios *normativos suprapositivos*, princípios *transpositivos* e princípios *positivos*.

Quanto aos primeiros, os princípios normativos *proprio sensu*, eles são os fundamentos de sentido do próprio direito, sendo nessa medida “conformadores de autênticos “princípios de justiça””<sup>215</sup>. Os princípios transpositivos, por sua vez, conferem sentido aos vários domínios jurídicos. Por último, os princípios positivos, que são aqueles consagrados (expressa ou implicitamente) no sistema jurídico.

Aos dois primeiros, estando ou não consagrados no direito positivo<sup>216</sup>, estão igualmente subordinados todos os poderes públicos, nacionais ou europeus a partir do momento em

---

<sup>213</sup> No sentido de que os princípios (normativos) não cumprem uma função “subsidiária”, isto é, não são mobilizáveis apenas quando não exista um critério objectivo expresso no sistema jurídico, Fernando José BRONZE, 2006, 641 e, especialmente quanto à interpretação das normas conforme aos princípios, 644 e ss. Sobre esta última questão igualmente Castanheira Neves 1993, 188 e ss. (Metodologia Jurídica, in Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, Coimbra Editora)

<sup>214</sup> Cf. Castanheira NEVES, 125 e ss., «A Unidade do Sistema Jurídico: O Seu Problema e o Seu Sentido», in: *Digesta.*, vol. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 175 e ss., e *Apontamentos Complementares de Teoria do Direito*, polic., Coimbra, s.d., p. 50; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 627 e ss. – Autores que seguiremos de perto, no que tange à caracterização dos princípios normativos.

<sup>215</sup> Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 627.

<sup>216</sup> Pela classificação também de Castanheira Neves entre princípios escritos e não escritos. Castanheira Neves,

que sejam considerados princípios *de* direito e *do* sistema jurídico (nacional ou europeu) pelo pensamento jurídico e, especificamente, a jurisprudência judicial<sup>217</sup>.

Assim, do facto de as directivas incluírem dois artigos relativos aos princípios da contratação pública não decorre que os demais princípios de direito europeu se não lhes apliquem. Pelo contrário, e no seguimento de uma construção jurisprudencial firme do Tribunal de Justiça, os procedimentos de contratação pública estão igualmente sujeitos a todos os princípios (normativos) de direito europeu. Com efeito, se em 1986 Pescatore escrevia que, a nível europeu, os princípios relevavam como “*peu de chose (...) où in peut mettre tout et son contraire*”<sup>218</sup>, foi precisamente a partir dessa década que o tratamento doutrinário e jurisprudencial dos princípios comunitários se desenvolveu, sendo hoje um tema incontornável de direito europeu<sup>219</sup>.

## 2. Os três níveis de regulação comunitária

### 2.1. Os princípios fundadores e a competência dos órgãos comunitários

Com uma terminologia diversa, mas seguindo o conceito *supra* exposto, refere-se Bogdandy aos “princípios fundadores” da União, em cuja intenção axiológico-normativa se funda a ordem legal da mesma e que representam o seu quadro normativo de referência<sup>220</sup>.

A este respeito, salienta-se, por um lado, a importância do princípio do Estado de Direito enquanto conformador da unidade europeia, fundamental na trajetória de integração a que temos assistido e, por outro lado, do princípio do efeito útil na sua vertente de concretizador do primeiro. De facto, e contrariamente ao que acontece nas ordens jurídicas nacionais em que o Estado de Direito assume um carácter de restrição

---

<sup>217</sup> Fernando José BRONZE, *Lições*,. 641.

<sup>218</sup> P Pescatore, “Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire”, in Pescatore (ed), *Études de droit communautaire européen 1962-2007* (2008), 691. É uma reflexão um pouco ambígua.

<sup>219</sup> Essa importância é visível no tratamento específico dado aos princípios por todas as obras gerais de direito europeu. Introduzir referências de manuais e livros de direito europeu nacionais e estrangeiros.

<sup>220</sup> Nesta perspectiva o autor, evitando designá-los por princípios constitucionais, aponta para seu carácter constitucional. Bogdandy 2010, 21 e ss.

Relativamente aos demais princípios de direito comunitário, o autor salienta que são concretizações dos princípios estruturantes, retirando o seu carácter constitucional dos mesmos. Acrescento o elenco que refere (no qual se insere a proporcionalidade).

da autoridade, a nível europeu, e através precisamente do princípio do efeito útil, aquele é a base constitutiva da autoridade da ordem jurídica comunitária relativamente aos Estados membros. A partir dele se desenvolvem conceitos (também eles princípios) como o da autonomia do direito comunitário, do efeito directo das normas comunitárias, do primado do direito comunitário e da sua aplicação uniforme pelas entidades nacionais.

O princípio do Estado de Direito está igualmente na base do chamado primado do Tratado, que resulta numa hierarquização estrita de todas as normas comunitárias àquele. Não sendo esta a norma no direito internacional, deve salientar-se o papel decisivo que a corte do Luxemburgo teve na afirmação do “princípio da legalidade” assim entendido<sup>221</sup>. Este será o princípio da legalidade negativa.

Além disso, o princípio da legalidade positiva ou “princípio da competência atribuída” impõe que cada norma de direito secundário tem que ter a sua base no Tratado<sup>222</sup>. Para assegurar a efectividade deste princípio, o Tratado de Maastricht introduziu os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade.

O princípio da legalidade, na sua vertente positiva e negativa, é igualmente central em matéria de direito europeu da contratação pública. Com efeito, do princípio da legalidade positiva resulta que todos os actos normativos de direito europeu se devem fundamentar em competências atribuídas pelos Tratados. As directivas relativas aos procedimentos de contratação pública referem expressamente os artigos artigo 53, nº 1, e os artigos 62º e 114º. O facto de encontrarem o fundamento na construção e desenvolvimento do mercado interno serve, como veremos, de argumento ao entendimento que defende que a prossecução do mercado interno é o único objectivo das mesmas.

Por outro lado, especial importância assume igualmente o tipo de competência em causa. Se em caso de competência exclusiva os estados membros estão impedidos de legislar na matéria, na maioria dos casos os poderes são partilhados entre União e Estados membros. Ora o mercado interno é precisamente um caso de competência partilhada<sup>223</sup>, mais especificamente uma competência *concorrente*<sup>224</sup> – os estados

---

<sup>221</sup> Cfr. Bogdandy 2010, 33 e ss.

<sup>222</sup> Para desenvolvimentos ver Bogdandy 2010, 21 e ss ou, analisando o modelo de distribuição de competências europeu por contraposição ao americano, Bogdandy e Bast 2010, 275 e ss.

<sup>223</sup> Tal como, de resto, a matéria ambiental (artigo 4º, nº 2).

membros podem actuar desde que a União não o tenha feito já ou, quando o tenha feito, não seja a regulação europeia de forma a eliminar qualquer margem de liberdade dos Estados membros. Nos demais casos de regulação mais pormenorizada, e por efeito de preempção, os Estados membros perdem o direito de exercer a sua competência numa matéria para a qual tinham, à partida, competência, dando a competência partilhada lugar a uma verdadeira *competência exclusiva secundária* conferida, não por natureza, mas *pelo exercício*<sup>225</sup>.

Em matéria de contratação pública, e na medida em que as directivas expressamente referem o artigo 114º, relativo à aproximação de legislações que tenham por objectivo o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno, podemos estar, em determinados casos, perante uma verdadeira harmonização que esvazia os poderes dos Estados membros na matéria. A este respeito, assumem especial relevância os acórdãos *Tobacco Advertising*<sup>226</sup>, nos quais o Tribunal de Justiça limitou o âmbito de aplicação do então artigo 95º EC (actual 114º TFEU) aos casos nos quais as proibições decorrentes das liberdades de circulação não sejam suficientes para assegurar o funcionamento do mercado interno, sendo necessária a introdução de regras europeias que realizem a ponderação de interesses entre considerações de interesse público geral (saúde pública ou defesa do consumidor) e o exercício das liberdades fundamentais. Neste sentido, colhem os argumentos segundo os quais as regras do mercado interno podem justificar a harmonização de regras (nomeadamente de contratação pública) quando esteja em causa a eliminação de distorções na concorrência provocadas pela diversidade regulatória e não, como seria o caso, para eliminar o peso para os concorrentes de ter que lidar com essa diversidade; além disso, a justificação da harmonização nessas condições equivaleria a retirar poder regulatório aos Estados membros<sup>227</sup> (como sublinhado pelo Advogado-Geral Fennelly no segundo

---

<sup>224</sup> Seguindo de perto Bogdandy e Bast que distinguem, dentro das competências partilhadas, os casos de poderes *concorrentes, paralelos e não-regulatórios*. Cfr. Bogdandy e Bast 2010, 290.

<sup>225</sup> Costa Cabral 2015, "A Teoria do Federalismo Financeiro", 2ª ed, Coimbra, Almedina.

<sup>226</sup> Inserir referência

<sup>227</sup> No mesmo sentido Arrowsmith 2014, ????

juízo<sup>228</sup>). Nessa medida, uma eventual intenção harmonizadora das directivas terá que passar o crivo jurisprudencial definido<sup>229</sup>.

Segundo este entendimento, as directivas não impõem procedimentos de contratação uniformes, representando antes um quadro nos limites do qual os Estados membros são livres de implementar as suas próprias políticas de contratação pública. Isto pode ser verificado pela análise das regras relativas aos procedimentos de avaliação de propostas. As directivas deixam alguma margem de liberdade aos Estados para definir que tipo de procedimentos serão permitidos caso a caso, deixando que seja cada Estado membro a avaliar as vantagens e inconvenientes de cada tipo de procedimento para cada tipo contratual (por exemplo, o valor dado à transparência em face de objectivos de economicidade, nomeadamente pela consideração dos custos de transacção envolvidos e do seu peso na economia contratual em causa).

Esta natureza enquadradora das directivas significa igualmente que os Estados adoptam muitas vezes regras procedimentais que vão muito para além das exigidas pelo direito europeu. Essas regras podem conter requisitos mais exigentes do que os das directivas (que se referem a standards mínimos, nesse sentido).

Não pondo em causa a natureza enquadradora das directivas, a evolução das mesmas (quer pela revisão do texto legal, quer por evoluções jurisprudenciais) vem sendo, todavia, no sentido de diminuir essa margem de conformação deixada aos estados membros na sua transposição para os ordenamentos jurídicos nacionais precisamente através de uma regulação cada vez mais detalhada que, a pretexto da flexibilização e segurança jurídica, define exactamente as possibilidades que se apresentam às entidades adjudicantes.

Assim, e nos termos das conclusões do Advogado geral Stix-Hackl no caso Sintesi, os Estados só podem impor limites processuais mais estritos do que os das directivas caso estas o permitam. Este argumento foi utilizado para justificar que os Estados membros não podem impor às entidades adjudicantes que utilizem o critério do preço mais baixo na avaliação das propostas, na medida em que as directivas expressamente permitem

---

<sup>228</sup> Inserir referência

<sup>229</sup> Esse entendimento é, de resto, partilhado pela Comissão Europeia e pelo Conselho. Cfr. Comissão 1985, "Compelling the Internal Market: White paper to the Council" COM (1985) 310 final, nºs 13 e 64 e Council Resolution on a new approach to technical harmonization and standards" (1985) OJ C136, 1. VER EM PORTUGUÊS

que as entidades escolham o critério que pretendem utilizar – preço mais baixo ou proposta economicamente mais vantajosa.

Esta posição coloca limitações sérias à margem de actuação dos legisladores nacionais. Todavia, e como Arrowsmith salienta<sup>230</sup>, o Tribunal, embora tenha entendido que tal regra nacional não era conforme ao direito europeu, não alinhou com o argumento do Advogado Geral em toda a linha, não chegando a afirmar o princípio geral de que os Estados membros não podem impor regras procedimentais mais estritas do que as consagradas nas directivas.

A mesma autora reconhece, no entanto, que, embora as directivas mantenham a sua característica enquadradora, a verdade é que a liberdade deixada aos Estados membros para a definição da sua própria política de compras públicas nacional tem diminuído substancialmente a cada revisão do normativo europeu<sup>231</sup> que prevê um cada vez maior detalhe na regulação da matéria, “ocupando” muito do espaço de densificação e definição legal que tradicionalmente pertencia aos estados membros. As directivas, na medida em que são cada vez mais dirigidas directamente às entidades adjudicantes, eliminam, nessa exacta medida, a margem de que os estados membros dispunham nessa mediação (entre directivas e entidades adjudicantes).

Essa liberdade diminuirá ainda mais com as directivas de 2014 se e na medida em que, como alguns autores defendem, estas contêm obrigações de transparência, não apenas para garantir a não discriminação e a eliminação de barreiras à entrada nos mercados públicos, mas também para replicar nestes a concorrência dos mercados privados, encontrando neste último objectivo a justificação para a necessidade de harmonização total. Embora defendendo que esta não é a melhor leitura das directivas de 2014, a autora admite que a mesma prevaleça, o que permitirá uma interpretação das mesmas que limite ainda mais a liberdade nacional de regulação na matéria, uma vez que a regulação com este objectivo é muito mais vasta do que aquela intencionada apenas com objectivos de transparência.

Mais à frente a autora refere que algumas das provisões legais que se afirmam para aumentar a flexibilidade, resultam, afinal, numa restrição da liberdade dos Estados membros para conformarem os seus regimes nacionais, na medida em que introduzem

---

<sup>230</sup> Arrowsmith 2014, ???

<sup>231</sup> Arrowsmith 2014, ???, ou Arrowsmith 2006, “The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: from Framework to Common Code?”, *Public Contract Law Journal*, 35, 337.

possibilidades que, deixadas às entidades adjudicantes, não podem ser afastadas pelos legisladores nacionais e, nessa medida, “shifting the balance previously struck between transparency and national discretion”. Esta é uma outra questão (ou um outro aspecto da mesma questão): as directivas aplicam-se a quem – estados membros ou entidades adjudicantes?

Este caso não se deve confundir, contudo, com o de regras de harmonização que determinem standards mínimos, em cujos casos não se entende poder existir uma preempção, uma vez que tais poderes devem ser entendidos como poderes *paralelos*. Sendo definidos standards mínimos, os Estados podem aplicar regras mais rigorosas do que as aí estabelecidas *desde que tal actuação não viole as liberdades de circulação*<sup>232</sup>. Tal será o caso, por exemplo, de algumas regras que, com base no artigo 192º TFUE, definem standards mínimos em matéria ambiental<sup>233</sup>.

A questão das competências relaciona-se com uma outra que não podemos deixar de referir, ainda que de forma necessariamente sucinta – a da constituição económica europeia. De facto, e na medida em que remetem para o mercado interno enquanto fundamento, as directivas entram no âmbito da chamada questão dos sistemas económicos<sup>234</sup>.

O traço fundamental do direito comunitário é a decisão no sentido de uma economia de mercado aberta caracterizada pela livre concorrência<sup>235</sup>, decisão essa equipada com uma série de garantias legais que fornecem um quadro de controlo às instâncias judiciais nacionais e comunitárias. Ao mesmo tempo, tanto as instituições europeias como os estados nacionais mantêm uma série de importantes competências em matéria de política económica, o que lhes confere uma importante influência nos processos económicos. Desta dualidade deriva a designação “mixed constitution”<sup>236</sup>.

Como salienta Hatje<sup>237</sup>, esta escolha por uma economia de mercado com livre concorrência refere-se, *materialmente*, às condições de funcionamento de uma

---

<sup>232</sup> Esta obrigação implicará, no entanto, que esses standards mínimos se transformem de facto em verdadeira harmonização total em muitos casos. Cfr. Bogdandy e Bast 2010, 295.

<sup>233</sup> NO MESMO SENTIDO Kunzlik 2013, Green Public Procurement—European Law, Environmental Standards and ‘What To Buy’ Decisions

<sup>234</sup> Euken e Porto.

<sup>235</sup> Artigos 119º e 120º TFEU. Note-se, no entanto, que o artigo 3º n. 3 refere, como objectivo da União, uma “economia *social* de mercado”.

<sup>236</sup> Remete para Poiães Maduro, 160.

<sup>237</sup> Hatje 2010, 594 e ss.



economia de mercado caracterizada pela concorrência controlada. Independentemente das possíveis variações entre sistemas, são traços comuns a liberdade económica, a coordenação pela concorrência da oferta e da procura e a liberdade de acesso aos mercados.

*Estruturalmente*, esta decisão justifica a proibição de mudança de sistema para uma economia de direcção central. Mas ela justifica igualmente que qualquer intervenção pública que limite essa liberdade económica é vista como uma excepção à regra, carenciada de justificação de acordo com o standard da proporcionalidade.

Por seu turno, a economia de mercado é garantida por uma série de princípios justificáveis, dos quais podemos salientar o da autonomia privada enquanto base do sistema económico, por um lado, e o da coordenação da alocação dos bens através dos (e nos) mercados, por outro lado. Essa coordenação será realizada pela concorrência, que assume desta forma o papel de instrumento de coordenação.

Assim, se o primeiro princípio implica a salvaguarda da liberdade de acção dos agentes económicos e a igualdade de direitos dos mesmos, o segundo *exige* a redução das barreiras existentes nos mercados. É nessa medida que as liberdades de circulação fazem parte da constituição económica da União. Elas supõem o fim das barreiras económicas, o que é condição para a unificação política. Essas liberdades proíbem igualmente qualquer actividade, pública ou privada, que limite actividades transfronteiriças a menos que essa actividade tenha uma justificação legal. A interpretação do Tribunal de Justiça das liberdades de circulação enquanto proibições a restrições ao comércio aumentou consideravelmente o campo de aplicação da constituição económica – uma interferência com essas liberdades fundamentais existe sempre que uma medida as afecte de facto ou potencialmente, directa ou indirectamente, devendo ser justificada nos termos legais<sup>238</sup>.

Nem os “mandatory requirements” do Acórdão Cassis de Dijon, nem os “selling arrangements” do ac. Keck são suficientes para evitar que todas as medidas regulatórias nacionais sejam obrigadas a uma legitimação em face do standard das liberdades fundamentais<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> Salientando a importância das liberdades fundamentais enquanto proibições às restrições ao comércio, Everling 2010, 701

<sup>239</sup> Poiães Maduro, 78.

Todavia, o facto de a constituição basear a coordenação da actividade económica realizada pelos mercados numa concorrência livre não quer dizer que aos estados esteja vedada qualquer intervenção nos mercados. Pelo contrário, um sistema de concorrência livre e sem distorções pode ser ameaçado por vários motivos (défices de informação, monopólios naturais ou externalidades negativas, por exemplo). Essas *falhas de mercado*, que colocam em risco a eficiente alocação de recursos, só podem ser eliminadas por via de intervenção pública que, se bem concebida e implementada<sup>240</sup>, não constitui um mecanismo estranho à constituição económica europeia, sendo antes uma das competências das instituições europeias e dos estados membros<sup>241</sup>.

As instituições europeias e os estados membros podem, assim, interferir nos mercados por vários motivos, quer limitando, quer promovendo a livre concorrência.

Na verdade, o quadro legal contém, por um lado, um princípio obrigatório de economia de mercado e as correspondentes garantias e, por outro lado, uma variedade de objectivos políticos e respectivas competências que correspondem à área de discricionariedade e liberdade de acção de política económica.

Ora os objectivos principais da Comunidade estão estipulados no artigo 3º TUE, nos quais, para além da referência ao mercado interno<sup>242</sup>, se inclui igualmente o elevado nível de protecção e a melhoria da qualidade ambiental.

Na realidade, a política ambiental ganhou importância pela integração da protecção ambiental nos objectivos do artigo 3º TUE e pelas crossover clauses do artigo 11º TFEU. Desta forma, prosseguem igualmente objectivos principais da União todas as medidas de política económica que, eliminando falhas de mercado, visem contribuir para a protecção da qualidade ambiental. Como regras orientadoras desta política encontramos o princípio do poluidor pagador e o princípio do desenvolvimento sustentável.

---

<sup>240</sup> Hatje 2010, 603.

<sup>241</sup> Salientando a “constitutional parity between the protection of economic freedom and market-correcting intervention” ver Scharpf 1996, 18.  
Scharpf 1996, “Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States”, in Marks, Scharpf, Schmitter e Streeck (eds), *Governance in the European Union*, Sage Publications, Londres

<sup>242</sup> Embora esteja expressamente previsto o estabelecimento do mercado interno, alguns autores advertem para o facto de não se poder considerar este como objectivo da União, mas apenas um instrumento, a par da união monetária, para a prossecução dos objectivos referidos no artigo. Cfr. Hatje 2010, 603.

Por outro lado, e nos termos do artigo 288º TFUE, as competências comunitárias na matéria permitem qualquer forma de legislação secundária, acrescidas dos poderes conferidos pelo artigo 11º.

Como exemplo, saliente-se que a Comissão tem baseado nesse artigo 11º TFUE algumas excepções às proibições em matéria de concorrência previstas no artigo 101º TFUE com fundamento precisamente na protecção do ambiente (como foi o caso da decisão da Comissão CECED<sup>243</sup>, na qual a Comissão, perante um acordo entre os principais fabricantes de electrodomésticos belgas no sentido da criação de normas relativas à redução de consumos energéticos dos mesmos, que configurava claramente um caso de cartel, entendeu que os ganhos advindos da redução de externalidades ambientais negativas eram maiores do que as perdas em termos de bem estar geral resultantes dessa restrição à concorrência, viabilizando nesses termos o referido acordo). Por outro lado, elas podem igualmente assumir algum impacto nos mercados, limitando mesmo algumas liberdades – pense-se no efeito sobre a liberdade de estabelecimento da obrigatoriedade de avaliação de impacte ambiental de algumas actividades.

Saliente-se ainda que os próprios princípios em matéria de direito do ambiente podem ter efeitos não despididos em termos de liberdades fundamentais (económicas, claro), especialmente em casos (como o Alemão) em que os limites do princípio da precaução conferem direitos subjectivos, podendo ser opostos em tribunal pelos particulares<sup>244</sup>.

Tendo embora competência na matéria, o direito europeu não regula, todavia, completamente a matéria ambiental, deixando ainda alguma margem de liberdade para legislação nacional. Como é natural, as normas nacionais terão que cumprir as exigências dos princípios europeus em matéria ambiental. Todavia, essas normas podem ainda assim colidir com objectivos europeus em matérias diversas, nomeadamente, e no caso das compras públicas, o da integração dos mercados (e, eventualmente, da concorrência). Segundo Kraemer<sup>245</sup>, esta é uma situação que, não obstante a competência europeia nas duas matérias, pode igualmente ser incluída na categoria de *conflitos diagonais*<sup>246</sup> de normas, para cuja resolução o Tribunal tem convocado

---

<sup>243</sup> Decisão da Comissão de 24 de Janeiro de 1999, 2000/475/CE, CECED, publicada no Jornal Oficial nº L 187 de 26/07/2000 p. 0047 – 0054.

<sup>244</sup> Cfr. Hatje 2010, 608.

<sup>245</sup> Kraemer 2011, 151 e ss.

<sup>246</sup> Tradicionalmente os conflitos diagonais surgem quando uma norma nacional em matéria que não é da competência da União colida com o direito europeu em matéria diversa (normalmente as liberdades

mecanismos procedimentais<sup>247</sup> e, em última instância, o princípio da proporcionalidade<sup>248</sup>.

Não podemos, no entanto, deixar de salientar que o que vimos de referir não implica assumir uma oposição entre defesa do ambiente e economia: com efeito, tal antagonismo não existe do ponto de vista da constituição económica europeia que, ao contrário, pressupõe como um dos objectivos fundamentais o “desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado (...) e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente” (artigo 3º TUE). Deste modo, a política económica europeia inclui legitimamente o objectivo da internalização das externalidades negativas causadas pela utilização do bem “natureza”, através da obrigação de pagamento pelas mesmas por parte dos seus causadores<sup>249</sup>.

Ainda relativamente à política ambiental, há que reconhecer que, se por um lado a imposição de uma economia de mercado tem como consequência negativa a proibição de intervenções públicas (da União ou dos Estados membros) como regra<sup>250</sup>, por outro lado esta imposição tem igualmente como consequência positiva a protecção do princípio da alocação eficiente de recursos<sup>251</sup>, ideia que, como vimos no primeiro capítulo, implica (ou mesmo exige) que se internalize o máximo de externalidades, nomeadamente ambientais, possível.

---

de circulação ou o direito da concorrência), sendo, por isso, muitas vezes apelidados de conflitos de competências. Para mais desenvolvimentos ver por todos Kraemer 2011.

<sup>247</sup> Como o utilizado no Acórdão Concordia Bus através da exigência de uma ligação directa ao objecto do contrato como solução para o conflito entre exigências em matéria de protecção do ambiente e imperativos de construção do mercado interno, em especial a igualdade de tratamento entre operadores económicos. Cfr. Kraemer 2012.

<sup>248</sup> Acórdão *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft contra LIBRO Handelsgesellschaft mbH*, proc. C-531/07 de 30 de Abril de 2009, em especial parágrafo onde o Tribunal sublinha que “a protecção do livro enquanto bem cultural pode ser considerada uma exigência imperativa de interesse público, susceptível de justificar medidas restritivas da livre circulação de mercadorias, desde que tais medidas sejam apropriadas para alcançar o objectivo fixado e não vão além do que é necessário para o alcançar”.

<sup>249</sup> Cfr. Hatje 2010, 608.

<sup>250</sup> Regra essa que permite excepções desde que devidamente justificadas.

<sup>251</sup> Deve ser, contudo, reconhecida a especial dificuldade que o controlo judicial da mesma apresentar. No mesmo sentido, Hatje 2010, 619.

## 2.2. Os princípios do Tratado

Se, como vimos supra, a positivação dos princípios normativos não é, de todo, condição da sua vigência no ordenamento jurídico nacional e europeu, não podemos contudo afirmar que esta é totalmente indiferente. De facto, e mesmo afastando os pressupostos positivistas, sempre teremos que reconhecer que a positivação concreta releva enquanto concretização possível do princípio que corresponde a uma determinada opção político-legislativa<sup>252</sup>, desempenhando a norma uma “função desoneradora”<sup>253</sup> para o intérprete. Por outro lado, não podemos ignorar a importância dos princípios para a própria interpretação das normas – seguindo a “interpretação das normas conforme os princípios”<sup>254</sup> deve preferir-se a interpretação das normas que melhor se harmonize aos princípios (normativos) às mesmas subjacentes. O que significa, em matéria de regulação dos procedimentos de contratação pública, que também as normas concretas das directivas deverão ser interpretadas em função dos princípios que as fundamentam. Encontrando, como vimos, as directivas a sua base legal a construção do mercado interno (objectivo que integra preocupações de eficiência económica às quais as questões ambientais não são alheias), o conjunto de princípios específicos na matéria aplicar-se-á, naturalmente, à contratação pública. O que assume as duas consequências assinaladas: a aplicabilidade desses princípios relativamente a todos os casos concretos que se afigurem como juridicamente relevantes<sup>255</sup>, e não apenas no âmbito de aplicação das directivas, por um lado, e a necessária convocação dos mesmos aquando da interpretação das normas das directivas e, nos termos do primado do direito da União Europeia sobre o direito nacional, dos próprios diplomas nacionais na matéria<sup>256</sup>, por outro.

Fazer ponto novo ou deixar espaço entre parágrafos

---

<sup>252</sup> Nesse sentido e para mais desenvolvimentos Linhares 2009, 100 e ss. (Introdução ao Direito, Sumários desenvolvidos)

<sup>253</sup> Moniz 2015, Ana Raquel, pag 7 (at: actualizar quando a revista sair).

<sup>254</sup> Ver nota 2

<sup>255</sup> Nas palavras de Pinto Bronze, a todas as “controvérsias em que se não virem adequadamente cumpridas as pertinentemente intervenientes e pré-compreendidas (mas, por sua mediação, constituídas) exigências densificadoras da juridicidade vigente” Bronze 2006, 634.

<sup>256</sup> Para desenvolvimentos ver por todos Moniz 2012, 310 e ss. (Moniz 2012, Ana Raquel, *A Recusa de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez: Contributo para a Teoria dos Regulamentos*, Coimbra, Almedina).

Não cuidando de momento da segunda consequência, que desenvolveremos aquando da análise das normas concretas em causa, não podemos deixar de referir algumas notas, ainda que necessariamente sumárias, relativamente à primeira – a do carácter irradiante do direito europeu em geral e dos princípios aplicáveis à contratação em particular.

Com efeito, os princípios directamente relacionados com a construção do mercado interno, nomeadamente as liberdades de circulação, a igualdade de tratamento, a obrigação de transparência e a garantia de abertura à concorrência são aplicáveis a casos de contratação pública *excluídos do âmbito de aplicação das directivas*<sup>257</sup>, quer porque respeitantes a procedimentos não regulados nas mesmas<sup>258</sup>, quer porque relativos a contratos diversos dos aí regulados<sup>259</sup>, quer, por último, porque abaixo dos limiares quantitativos nelas estabelecidos<sup>260</sup>.

<sup>257</sup> Esta é já uma posição unânime na jurisprudência e doutrina europeias, construída muito pelo esforço sistematizador e integrador do Tribunal de Justiça, que desde o marco do Acórdão *Storebaelt* em 1993, assinalou o necessário respeito pelos princípios do Tratado pelas entidades adjudicatárias europeias, independentemente da aplicação *in casu* das directivas.

Acórdão *Comissão das Comunidades Europeias/Dinamarca (Storebaelt)*, de 22.06.1993, P. C-243/89

Em termos doutrinários a literatura é vastíssima, limitando-nos a salientar algumas obras Moniz 2015, ver página qdo sair,

A lista bibliográfica é enorme...

S. Arrowsmith, "The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: from Framework to Common Code?" (2006) 35 P.C.L.J. 337; E. Pijnacker Hordijk and M. Meulenbelt, "A Bridge Too Far: Why the European Commission's Attempts to Construct an Obligation to Tender outside the Scope of the Public Procurement Directives should be Dismissed" (2005) 14 P.P.L.R. 123; F. Neumayr, "Value for Money v. Equal Treatment: the Relationship between the Seemingly Overriding National Rationale for Regulating Public Procurement and the Fundamental EC Principle of Equal Treatment" (2002) 22 P.P.L.R. 215; P. Braun, "A Matter of Principle(s)—The Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives" (2000) 9 P.P.L.R. 39; A. Brown, "Seeing Through Transparency: the European Court's Case Law on the requirement to Advertise Public Contracts and Concessions under the EC Treaty" (2007) 16 P.P.L.R. 1; B. Drijber and H. Stergiou, "Public Procurement Law and Internal Market Law" (2009) 46 C.M.L. Rev. 85; M. Trybus, "Public Procurement in European Union Internal Market Law" in R. Nogueuou and U. Stelkens (eds), *Comparative Law on Public Contracts (Brussels: Bruylant, 2010)*. Bibliografia principal.

<sup>258</sup> Como, no caso do acórdão *Pressetext*, onde se alargam as obrigações decorrentes do princípio da igualdade dos concorrentes e da obrigação de concorrência para além dos procedimentos de formação dos contratos, proibindo que modificações dos contratos durante o seu período de vigência impliquem *alterações substanciais* aos mesmos, quer dizer, introduzam "condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite". Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH/República da Áustria, APA-OTS Originaltext-Service GmbH e APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, de 19.06.2006, P. C-454/06, parágrafo 35.

<sup>259</sup> Cujo exemplo paradigmático é o da aplicação, no acórdão *Telaustria*, dos princípios aos contratos de concessão (relativamente aos quais só em 2014 foi aprovada disciplina normativa europeia pela Directiva 23/2014/EU). Cfr. Acórdãos *Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH/Telekom Austria AG*, de 07.12.2000, P. C-324/98, parágrafo 60; *Conorzio Aziende Metano (Coname)/Comune di Cingia de' Botti*, de 21.07.2005, P. 231/06, parágrafo 16; *Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen e Stadtwerke*

Este entendimento é tanto mais relevante na medida em que ultrapassa a visão “tradicional” segundo a qual apenas as directivas impunham obrigações específicas às entidades adjudicantes (e aos Estados membros relativamente à sua transposição), decorrendo dos princípios dos Tratados apenas proibições ou seja, regras “negativas”<sup>261</sup>. Ancorada neste entendimento jurisprudencial, procurou a Comissão clarificar a matéria numa Comunicação Interpretativa<sup>262</sup> onde claramente indica que devem ser sempre respeitados a livre circulação de mercadorias, o direito de estabelecimento, a livre prestação de serviços e os princípios da não-discriminação e da igualdade de tratamento, da transparência, da proporcionalidade e do reconhecimento mútuo<sup>263</sup>. De forma mais particular, a Comissão precisa algumas obrigações específicas que decorrem da aplicação destes princípios.

Em primeiro lugar, “os princípios de igualdade de tratamento e de não-discriminação implicam uma obrigação de *transparência* que consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de *publicidade* adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos”<sup>264</sup>, permitindo que uma empresa de outro Estado membro tenha acesso às informações relevantes da intenção de contratar por parte da entidade em causa<sup>265</sup> de forma a poder formular uma decisão de participação ou não. Não impondo qualquer forma de publicitação específica, a referida Comunicação enumera algumas possibilidades consideradas adequadas.

---

*Brixen AG*, de 13.10.2005, P. C-458/03, parágrafo 46; *ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Saiano*, de 17.07.2008, P. C-347/06, parágrafo 58.

<sup>260</sup> Cfr. Acórdão *Comissão das Comunidades Europeias/República Francesa*, de 20.10.2005, P. C-264/03, parágrafos 32 e ss.

Este entendimento foi já sufragado entre nós pelo Tribunal de Contas. Cfr. Acórdão 23/2011 – 14/07, 1ª Secção/PL no processo 1809/2010-UAT 1 que negou o visto a um contrato de empreitada de obras públicas do Hospital Garcia da Horta precedido de procedimento de consulta ao mercado, por violação dos princípios da igualdade, transparência e concorrência.

<sup>261</sup> De Mars 2013.

<sup>262</sup> *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos* 2006/C 179/02, in: *JO*, n.º C 179, 01.08.2006 ou, relativamente à aplicação em casos de parcerias público-privadas e concessões, *Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*, COM(2004) 327 final, de 30.04.2004; *Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas*, 2008/C 91/02, in: *JO*, n.º C 91.

<sup>263</sup> *Comunicação Interpretativa...*, pag 2.

<sup>264</sup> *Comunicação Interpretativa...*, pag 3.

<sup>265</sup> *Comunicação Interpretativa...*, pag 5.

Em segundo lugar, e relativamente à própria adjudicação do contrato, a Comissão recorre ao acórdão *Telaustria* para sustentar que o grau de publicidade imposto visa igualmente permitir “o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação (...) por forma a permitir condições de concorrência equitativas para todos os operadores económicos interessados no contrato”<sup>266</sup>. A garantia de *condições equitativas* implica o alargamento das regras tipificadas nas directivas, ainda que de forma suavizada, para as restantes fases do procedimento, com o objectivo de evitar qualquer forma de discriminação (directa ou indirecta) entre concorrentes (quer na definição do objecto do contrato, quer por eventuais exigências relativas à admissão de concorrentes, quer pelos prazos fixados). De salientar que essas exigências se alargam à própria decisão de adjudicação do contrato, que deve respeitar os princípios da não discriminação e igualdade de tratamento.

Este “ímpeto expansivo” do direito europeu não foi, todavia, isento de críticas. Em primeiro lugar, pelos Estados membros, relutantes em ver restringida a sua competência legislativa nos casos fora do âmbito das directivas<sup>267</sup>. Mas igualmente por alguma doutrina, que cedo salientou os perigos de uma concretização dos princípios dos Tratados pelas regras concretas das normas de direito secundário.

De facto, o entendimento jurisprudencial na matéria poderia levar, em última análise, a um alargamento do próprio campo de aplicação das directivas, ou pelo menos de algum do seu conteúdo normativo, para além do pretendido pelo legislador. Tal seria o caso se se entendesse que, mesmo não abrangidos pelas directivas, os restantes contratos sempre teriam que se conformar com as regras procedimentais nelas fixadas, na medida em que estas eram as concretizações das exigências derivadas dos princípios de direito primário.

---

<sup>266</sup> *Idem*.

<sup>267</sup> Saliente-se, a propósito, o pedido de anulação da referida Comunicação Interpretativa interposto pela Alemanha (e secundado pela França, Áustria, Polónia, Países Baixos, Grécia, Reino Unido, Irlanda e pelo próprio Parlamento Europeu) no Tribunal Central, pedido esse que não teve, no entanto, provimento. Pelo contrário, o Tribunal reiterou a posição anterior no sentido da obrigatoriedade *geral* de procedimentos transparentes e não discriminatórios, determinando que a referida Comunicação da Comissão apenas concretiza a ideia já sedimentada jurisprudencialmente, não envolvendo a criação de *obrigações novas*. Cfr. Acórdão «República Federal da Alemanha/Comissão Europeia», de 20.05.2010, P. T-258/06, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80961&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=171304>



A este propósito falam Treumer e Werlauff de uma “alavancagem”<sup>268</sup> do direito secundário, nomeadamente das normas das directivas, que, ao invés de moldadas pelos princípios dos Tratados, serviriam de referente na concretização do conteúdo desses princípios de direito primário, influenciando de forma decisiva a sua substância e desenvolvimento.

Não foi este, todavia, o percurso do Tribunal de Justiça que, em acórdãos mais recentes, vem “temperar” com alguma dose de maleabilidade em função do caso concreto as regras exigíveis. Exemplo paradigmático é o da obrigação de transparência, relativamente à qual o Tribunal salientou já que pode ser cumprida de várias formas, dependendo do interesse económico do contrato em causa, sendo da competência das autoridades nacionais a definição do modo como, em cada caso, essa obrigação deve ser cumprida<sup>269</sup>. No mesmo sentido, e de forma eventualmente mais explícita, o acórdão *Strong Segurança*<sup>270</sup> expressamente refere que aos contratos não incluídos no âmbito das directivas não são aplicáveis as regras das mesmas.

Note-se, no entanto, que, se este entendimento jurisprudencial responde de forma positiva às questões suscitadas sobre a metodologia de concretização dos princípios de direito europeu, ela abre caminho a uma outra crítica, relativa aos problemas de certeza e segurança jurídicas que tal opção levanta, nomeadamente na definição das regras específicas que cada contrato não abrangido pelas directivas, mas relativamente ao qual se apliquem os referidos princípios há-de cumprir<sup>271</sup>.

Por outro lado, e no mesmo sentido de suavizar as exigências decorrentes do direito primário, o Tribunal teve oportunidade já de concretizar de forma mais aprofundada o âmbito de aplicação dos próprios princípios europeus, lembrando que estes apenas se aplicam a situações que possam afectar o comércio entre os estados membros, revelando um interesse transfronteiriço certo.

Deve, todavia, notar-se que, embora o Tribunal tenha já dado indícios de que esse interesse transfronteiriço pode ser aferido relativamente, por exemplo, ao valor do

---

<sup>268</sup> “Leverage principle” na expressão dos autores. Treumer e Werlauff 2012. No mesmo sentido, embora com terminologia diversa, Brown 2010.

<sup>269</sup> Acórdão *Conorzio Aziende Metano (Coname) contra Cingia de’ Botti* proc. C-231/03, de 21 de Julho de 2005, parágrafos 20 e 21.

<sup>270</sup> Acórdão *Strong Segurança SA contra Município de Sintra, Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança* proc. C-95/10, de 17 de Março de 2011.

<sup>271</sup> Cfr. De Mars 2013 ou Treumer e Werlauff 2012.

contrato<sup>272</sup>, a verdade é que o mesmo Tribunal salientou mais recentemente, num caso de concessão em que não tinha sido publicado qualquer aviso sobre a intenção de contratar, que o mero facto de essa concessão não ser susceptível de gerar receitas líquidas significativas *não justifica essa falta de transparência*, na medida em que sempre seria possível imaginar que empresas situadas em outros Estados membros poderiam estar interessadas no contrato, mesmo sem receitas significativas, com o intuito de entrar no mercado em causa<sup>273</sup>. A ser assim, mesmo um contrato de reduzido valor pode ser considerado de interesse transfronteiriço, pois sempre se pode imaginar que é possível que uma empresa situada noutro Estado membro nele esteja interessada, *não pelo contrato em si, mas por motivos de estratégia empresarial*<sup>274</sup>.

Este entendimento, aliado à aplicação directa que o Tribunal faz do direito primário para além do estatuído no direito secundário<sup>275</sup>, torna verosímil<sup>276</sup>, ou, pelo menos, não impossível, que, no futuro, a corte do Luxemburgo venha a considerar ilegais todos os procedimentos permitidos por legislação nacional sem qualquer transparência porque contrários aos princípios da igualdade de tratamento e transparência europeus (desde que, claro, revelem um interesse transfronteiriço na acepção acima descrita).

<sup>272</sup> Cfr. Acórdão Coname, parágrafo 20

<sup>273</sup> Cfr. Acórdão *Comune di Ancona contra Regione Marche* proc. C-388/12, de 14 de Novembro de 2013, parágrafo 51

<sup>274</sup> Para uma análise mais aprofundada (embora não totalmente actualizada) da questão do interesse transfronteiriço directo ver Risvig Hansen 2012, em especial o capítulo 6 ou, de forma mais sumária, Dragos e Vornicu 2015.

Risvig Hansen 2012, Carina, *Contracts not covered, or not fully covered, by the Public Sector Directive*, Copenhagen, Djof Publishing

Dragos e Vornicu 2015, Dacian e Roxana, "Public Procurement below thresholds in the European Union", *EPPPL*, 3, 187-206.

<sup>275</sup> Ver, a respeito, o paradigmático caso do acórdão *Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG.*, proc. C-555/07 de 19 de Janeiro de 2010 que, embora não sendo relativo a contratação pública, declara contrária ao direito europeu legislação nacional Alemã na medida em que não salvaguarda os princípios de direito europeu aplicáveis (no caso, o princípio da não discriminação em razão da idade), determinando a obrigatoriedade da aplicação directa desses princípios pelos tribunais nacionais – "A este respeito, há que sublinhar que a necessidade de garantir a plena eficácia do princípio geral da não discriminação em razão da idade, como concretizado pela Directiva 2000/78, implica que, perante uma disposição nacional abrangida pelo direito da União, que o juiz nacional considere ser *incompatível com o referido princípio* e em relação à qual não seja possível uma interpretação conforme com este princípio, o juiz nacional não aplique essa disposição, não podendo ser obrigado nem impedido de submeter ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial" (sublinhado nosso, cfr. parágrafo 53).

<sup>276</sup> Defendendo esse entendimento, Graells ele disse na conferência do Porto mas não encontro nada escrito...

As próprias directivas indicam, como dissemos, um conjunto de “princípios da contratação” em que as mesmas se baseiam e que devem enquadrar o intérprete das mesmas. Assim, o artigo 18.º consagra expressamente, no seu nº 1, a igualdade de tratamento e não discriminação, a transparência, a proporcionalidade e, embora de forma menos clara, a concorrência.

Estes princípios constituem, para mais, verdadeiras traves mestras de toda a construção do direito europeu, cujo sentido e concretização foram sendo sucessivamente construídos pelo Tribunal de Justiça, num caminho indispensável para a própria evolução do mesmo.

Não sendo objectivo do presente trabalho a análise específica de cada um dos princípios referido, não podemos, no entanto, deixar de sublinhar algumas notas relativas a dois deles que se revelam indispensáveis para o desenvolvimento do tema em análise: o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade.

Esta escolha, deve salientar-se, não resulta de uma qualquer hierarquização de princípios. Não pretendemos afirmar qualquer ordem de importância nos mesmos, antes sublinhar alguns pontos mais relevantes relativos aos supramencionados princípios que se irão revelar determinantes para o tratamento de problemáticas relacionadas directamente com o objecto do presente trabalho que trataremos seguidamente.

De facto, é hoje assumida a possibilidade de inclusão de critérios ambientais nos procedimentos de contratação pública. No entanto, e como veremos, os limites que as directivas estabelecem a essa possibilidade (e que, de resto, correspondem, na sua maior parte, a transposições para a letra da lei de soluções jurisprudenciais firmes do Tribunal de Justiça) são estabelecidos por estes dois princípios: o da igualdade de tratamento (que se desdobra nos princípios da não discriminação e da transparência), numa primeira fase e, num segundo nível, o da proporcionalidade.

Não podemos, contudo, deixar de referir algumas notas, ainda que breves, sobre um outro princípio de direito europeu cuja inclusão enquanto princípio da contratação foi (parcialmente) clarificada com a revisão do normativo de 2014 – o princípio da concorrência.

Parece, de facto, inegável a vontade do legislador europeu em incluir este princípio nas directivas, mais especificamente no artigo relativo aos princípios da contratação, com vista à clarificação da controvérsia sobre a sua aplicabilidade em matéria de contratação

pública<sup>277</sup>. Todavia, não podemos deixar de salientar, em primeiro lugar, as diferenças que sobressaem entre a forma como o primeiro parágrafo se refere de forma directa aos demais princípios e aquela como a concorrência é tratada no segundo parágrafo do mesmo n.º 1 do artigo 18º, que refere que “os concursos não podem ser organizados no intuito (...) de reduzir artificialmente a concorrência”, estabelecendo seguidamente a presunção de que tal acontece sempre que “o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos”. Da leitura da norma parece, assim, transparecer que o legislador pretende proibir, não a redução da concorrência em si, e sim que as entidades adjudicantes organizem os procedimentos com o intuito, o objectivo, de artificialmente reduzir a concorrência. O que tem diferenças assinaláveis: um procedimento pode reduzir a concorrência sem que seja esse o objectivo da entidade adjudicante, que podia ter como objectivo, por exemplo, a redução de custos de transacção (custos de realização de um procedimento aberto e transparente com participação de um máximo número de operadores possível). Por outro lado, não podemos igualmente ignorar que os procedimentos de contratação pública visam, na sua essência, a adjudicação do contrato a um único (ou a um grupo reduzido, no caso de previsão de lotes) operador de mercado – os procedimentos de contratação são, assim, mecanismos de redução de hipotéticos candidatos até se chegar a um vencedor. Daí que o legislador fale em redução artificial da concorrência, na medida em que qualquer processo de escolha implica, inevitavelmente, um processo de escolhas sucessivas entre concorrentes até ficar um só – o vencedor.

De qualquer forma, e independentemente da expressão textual das directivas, o princípio da concorrência é indiscutivelmente um princípio geral de direito europeu, incluído na já referida constituição económica europeia.

Não tratando o presente trabalho da específica questão da relação entre direito da contratação pública e direito da concorrência, há, no entanto, algumas questões cujas respostas serão determinantes para o nosso objecto de estudo. A primeira prende-se com a própria densificação do princípio da concorrência.

---

<sup>277</sup> No sentido de admitir já a concorrência no conjunto de princípios da contratação pública europeia anteriormente à revisão de 2014, e salientando os diferentes contextos em que as mesmas procuram garantir a concorrência efectiva ou a não distorção da concorrência, justificando o seu reconhecimento pelo Tribunal de Justiça e a consequente interpretação de algumas normas à luz desse princípio, Kunzlik 2013, 337

A questão torna-se importante para o presente estudo na medida em que a densificação que por vezes é feita do princípio da concorrência no âmbito específico das compras públicas justifica a tendencial negação do chamado “uso instrumental das compras públicas”, no qual se inclui a inclusão de considerações ambientais<sup>278</sup> ..

De facto, encontramos duas posições relativamente ao conteúdo normativo do princípio da concorrência em matéria da contratação pública: por um lado, os autores que defendem que o mesmo visa garantir a igualdade de oportunidades para que todos os potenciais interessados possam de facto participar no procedimento; por outro lado, encontramos igualmente autores que aumentam o conteúdo do mesmo, reivindicando para o princípio exigências relacionadas com a eficiência económica que os mercados concorrenciais garantem, tornando o princípio da concorrência numa exigência de eficiência. É neste sentido que se situam os críticos das compras públicas ecológicas – elas violam o princípio da concorrência na medida em que colocam a eficiência em causa.

Em nosso entender, não é, todavia, em nenhuma das duas possibilidades que poderemos encontrar o verdadeiro limite normativo à liberdade das entidades adjudicantes em matéria de critérios ambientais. Vejamos porquê.

Se considerado na primeira acepção, o princípio da concorrência reconduz-se às exigências do princípio da igualdade.

O segundo entendimento, mais restritivo, não serve tão pouco de critério: como demonstrámos já, a consideração de critérios ambientais, ao contrário do que alguns autores parecem defender, não coloca em causa a eficiência dos mercados; pelo contrário, ela é condição de eficiência dos mesmos, na medida em que internaliza externalidades negativas que, essas sim, são verdadeiras falhas dos mercados. Sendo assim, procedimentos que internalizem externalidades negativas (nomeadamente ambientais) aumentam a eficiência dos mercados (daquele mercado em concreto e, porventura, dos mercados em geral).

É claro que sempre poderemos dizer que determinado critério, na medida em que não internaliza as externalidades (porque não releva as externalidades mais relevantes ou

---

<sup>278</sup> Essa argumentação é especificamente desenvolvida em relação ao direito da contratação pública europeu por Sanchez Graells, que se apresenta numa verdadeira “cruzada” pelo reconhecimento de uma vertente pró-competitiva na regulação dos mercados públicos a nível europeu e, concomitantemente, contra a utilização desses mercados como instrumento de “políticas não económicas”, nomeadamente ambientais. Cfr. Graells 2014.

porque o faz de forma incorrecta), gera ineficiências. Esse critério será, então, ilegal. Mas não apenas porque viola o princípio da concorrência, antes porque viola igualmente um outro princípio – o da igualdade de tratamento.

No primeiro sentido, mais restrito, e seguindo Pedro Gonçalves<sup>279</sup>, é sublinhada a importância do princípio ou valor da concorrência enquanto garante que aos operadores do mercado (a todos) é dada a oportunidade de concorrer a cada um dos mercados que se realiza mediante um procedimento de adjudicação. Assim, na medida em que em cada procedimento atribui uma vantagem económica ao concorrente com quem vier a ser outorgado o contrato, é necessário sempre assegurar que todos os possíveis interessados tenham uma oportunidade de concorrer a essa vantagem. O valor da concorrência exige, então, que seja garantida uma *igualdade de oportunidades*, “de chances”, a todos os possíveis interessados no contrato em causa.

Essa igualdade de oportunidades requer, naturalmente, algumas condições: que todos os operadores potencialmente interessados tenham *conhecimento* dessa oportunidade de vantagem económica atribuída pelo Estado; que todos tenham *iguais condições de acesso* e, enquanto participantes no procedimento, *iguais condições de tratamento*<sup>280</sup>.

É esta igualdade de oportunidade no acesso aos mercados e igualdade de tratamento durante todo o procedimento que constituem a exigência de uma *concorrência efectiva* que o Tribunal de Justiça tem salientado ser obrigação das entidades adjudicantes<sup>281</sup>.

A ideia, seguindo Pedro Gonçalves e C Viana, é que o princípio central é o da igualdade, sendo que os restantes (não discriminação, transparência e concorrência) são decorrentes daquele, são instrumentais para a sua realização.

É certo que esta não é uma tese unânime, havendo quem defenda que é o princípio da concorrência que confere unidade de sentido às várias soluções das directivas, na medida em que é a concorrência o objectivo último das directivas europeias e, por conseguinte, das diferentes legislações nacionais que as transpõem<sup>282</sup>.

---

<sup>279</sup> Gonçalves 2013, 386 e ss.

<sup>280</sup> Gonçalves 2013,388.

<sup>281</sup> Sobre esta exigência de concorrência efectiva no mercado pronunciou-se o Tribunal de Justiça em vários acórdãos, em todos resultando clara a obrigação

<sup>282</sup> Moniz, Ana Raquel, 2015, ???; Medeiros 2008, 3.

Medeiros 2008, Rui, “Âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à Luz do Princípio da Concorrência”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, maio/junho

Todavia, não negando embora a cada vez maior importância que o princípio da concorrência assume no direito europeu, entendemos que não é este o princípio que estabelece os limites da liberdade das entidades adjudicantes (e dos estados membros na transposição das mesmas) relativamente à inclusão de critérios ambientais – estes podem restringir a concorrência naquele mercado concreto que se realiza mediante um determinado procedimento, mas a condição da sua validade em face do direito europeu há-de referir-se à questão de saber se eles violam ou não o princípio da igualdade e, em caso afirmativo, se essa restrição da igualdade, se essa discriminação, é ou não proporcional aos objectivos que visam realizar.

Nestes termos, estarão as entidades adjudicantes proibidas de (intencionalmente?) restringir de forma artificial a concorrência que existe no mercado no qual cada procedimento de contratação se insere. O valor da concorrência será, não no sentido de limitar a liberdade de acção dos operadores económicos, como acontece no direito da concorrência, mas *garante* dessa liberdade e igualdade dos mesmos em face das entidades adjudicantes.

Essa mesma conclusão decorre, aliás, da própria constituição económica europeia: reflexo de uma orientação ordo-liberal, a mesma baseia .....

Um outro entendimento do princípio da concorrência é, no entanto, possível. Com base numa perspectiva neoliberal que proclama a superioridade dos mercados e, conseqüentemente, minimiza todas as formas de intervenção pública, autores como Graells defendem que o princípio da concorrência deve ser interpretado enquanto exigência de aproximação dos mercados públicos aos mercados privados. Nesta perspectiva, a lógica é a de que a economicidade das compras públicas se identifica com o conceito de eficiência económica<sup>283</sup>. Se a eficiência é garantida pelos mecanismos de funcionamento dos mercados, a função de qualquer regulação das compras públicas há-de ser a de garantir que esses mesmos mecanismos funcionam nos mercados públicos e essa garantia é dada precisamente pelo princípio da concorrência.

#### Justificações

A concorrência é vista como condição de eficiência e esta, por sua vez, é erigida a objectivo último de todo o direito económico em geral e, por maioria de razão, também

---

<sup>283</sup> Sendo que, nesta acepção, eficiência se identifica com “value for Money”.

da regulação dos mercados públicos em particular<sup>284</sup>. Todo o direito económico deve promover um e o mesmo objectivo – a eficiência. Assim, o direito de concorrência e a regulação da contratação pública têm em comum o seu objectivo último: assegurar o funcionamento dos mercados concorrenciais por forma a possibilitar que estes, naturalmente, promovam a máxima eficiência e, em última análise, o máximo bem-estar das populações. O direito da concorrência assegura o funcionamento dos mercados limitando a liberdade dos operadores privados e, no caso das ajudas de estado, de operadores públicos; todavia, perante a inaplicabilidade do mesmo às entidades adjudicantes, deve a regulação dos mercados públicos colmatar esta lacuna legal servindo o mesmo propósito. Sendo certo que a especificidade das entidades adjudicantes enquanto operadores económicos justifica algumas *nuances* nas soluções normativas entre os dois ramos de direito, estes mantêm uma base alargada comum – assegurar o funcionamento da máxima concorrência nos mercados enquanto condição de eficiência económica.

Esta perspectiva assume, então, o direito da concorrência como referente principal da própria regulação pública. Sendo neste ramo de direito económico europeu que o conteúdo do princípio da concorrência está mais desenvolvido, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, será natural que se procure nele a densificação do princípio geral, que vale, tanto para o direito da concorrência como para o da contratação pública.

A ideia do conceito de eficiência económica enquanto objectivo e critério central do princípio da concorrência é, para esta perspectiva, confirmado pela mais recente evolução do direito da concorrência na europa: tal como a “more economic approach” reclama como critério para o direito da concorrência a eficiência, também à regulação dos mercados públicos se impõe a “importação” desta perspectiva, nomeadamente no que concerne ao próprio conteúdo e objectivos implícitos no princípio da concorrência.

---

<sup>284</sup> O próprio autor assume, aliás, uma perspectiva welfarista de análise económica do direito: “This study is based on the premise that economic law necessarily has to be developed according to the mandates of economic theory and that *efficiency considerations constitute the core of its objectives*. Consequently, it will probably result in a ‘free-market type’ study of competition in the public procurement environment.” (sublinhado nosso). Graells 2014, 21.



O direito da concorrência europeu foi, até aos finais do séc. XX, fortemente influenciado pela Escola de Friburgo, também conhecida como ordoliberal<sup>285</sup>. Os valores a proteger são, para esta perspectiva, a liberdade de iniciativa económica de todos os participantes nos mercados e a liberdade de concorrência em si própria. A liberdade surge, assim, não enquanto liberdade dos privados em face do Estado, mas enquanto o próprio fundamento da regulação pública dos mercados: o Estado deve assegurar a liberdade de todos regulando e estabelecendo os limites à liberdade de cada um. De contrário, um estado que garante a liberdade dos que restringem a concorrência limita a liberdade de concorrência dos restantes participantes do mercado. O estado tem, assim, um papel na construção da ordem do mercado, nomeadamente através de um conjunto de normas e princípios de direito cujo objectivo é orientar e controlar as condutas dos operadores nos mercados de forma a garantir essa liberdade. Ao direito da concorrência, e de acordo igualmente com o objectivo central da criação do mercado único e dos princípios dele decorrentes, caberia o controlo da acumulação de poder de mercado por determinados operadores (ou grupos) e a garantia da liberdade de acesso aos mercados europeus – a *liberdade concorrencial*<sup>286</sup>.

---

<sup>285</sup> Esta influência é hoje comumente reconhecida pela doutrina, sendo a bibliografia nesse sentido extensíssima. A título indicativo ver, por exemplo, Gerber 1998 e 2007, Chalmers 1995, Maduro 1997 e 1998 ou Weitbrecht 2008.

D. Gerber 1998, D., *Law and Competition in the Twentieth Century in Europe*, Gerber 2007, "Two Forms of Modernization in European Competition Law", in *Fordham International Law Journal*, 31, 1265.

D. Chalmers, 'The Single Market: From Prima Donna to Journeyman' in J. Shaw and G. More (eds.), *New Legal Dynamics of European Union* (Clarendon, 1995), 55-72;

M. Póiares Maduro, 'Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights' (1997) 3ELJ

Weitbrecht 2008, A., "From Freiburg to Chicago and Beyond – the first 50 Years of European Competition Law", in *European Competition Law Review*, 29, 81.

<sup>286</sup> Para desenvolvimentos acerca da perspectiva ordoliberal da liberdade económica enquanto objectivo e critério normativo na perspectiva ordoliberal ver, por exemplo, Monti 2007 ou Möschel 2001.

Giorgio Monti, *EC Competition Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2007) 23–25; W Möschel, 'Competition Policy from an Ordo Point of View' in A Peacock and H Willgerodt (eds), *German Neo-Liberals and the Social Market Economy* (London, Macmillan, 1989); W Möschel, 'The Proper Scope of Government Viewed from an Ordo Point of View: The Example of Competition Policy' (2001) *Journal of Institutional & Theoretical Economics* 3; Liza Lovdahl Gormsen, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2010); Ian Rose and Cynthia Ngwe, 'The Ordoliberal Tradition in the European Union, its Influence on Article 82 EC and the IBA's comments on the Article 82 EC Discussion Paper' (2007) 3 *Competition Law International* 8; Robert E Bloch et al, 'A Comparative Analysis of Article 82 and Section 2 of the Sherman Act' (2006) 7 *Business Law International* 136, 141; Giorgio Monti, 'The Concept of Dominance in Article 82' (2006) 2 *European Competition Journal* 31, 42

Desta forma, mais do que promover ou proteger qualquer pré-definição de eficiência económica, o objectivo do direito europeu seria a *protecção da estrutura concorrencial dos mercados, no interesse dos próprios competidores, dos clientes e dos consumidores*. Assim se explica que o critério para determinar a legalidade de determinadas práticas seja, não os seus efeitos sobre a eficiência económica nos mercados, e sim a prática de determinadas práticas que as normas da concorrência pré-definem como ilegais porque limitadoras dessa liberdade concorrencial, independentemente dos seus reais efeitos sobre os mercados em concreto.

Nos últimos 15 anos verificou-se, todavia, uma tendência no sentido de alterar o paradigma do direito da concorrência europeu, reflectindo a perspectiva americana, muito influenciada pela escola de Chicago, e pondo em questão o modelo tradicional de cunho ordoliberal. A Comissão Europeia assumiu-se como principal pólo desta transformação, perspectivada enquanto modernização, alterando a sua política de concorrência, os seus objectivos, âmbito de aplicação, critérios e limites. Nas palavras de Mario Monti, Comissário da Concorrência à data, “In making this revision, we have shifted from a legalistic based approach to an interpretation of the rules based on sound economic principles”<sup>287</sup>.

Sendo este movimento conhecido como a “more economic approach” (MEA), e embora se deva salientar que não existe uma única MEA, podemos traçar algumas características comuns às diversas abordagens “mais económicas”: por um lado e como a sua própria designação indicia, é fomentado o uso de teorias e técnicas económicas e econométricas modernas, nomeadamente da moderna economia industrial, enquanto ferramenta de trabalho da defesa da concorrência; em segundo lugar, há uma tendência para a alteração gradual da operacionalização da defesa da concorrência através de regras gerais para uma abordagem mais casuística baseada no princípio da razoabilidade (rule-of-reason); por último, é igualmente característica das diversas abordagens “mais económicas” a identificação como objectivo da política de concorrência a maximização

---

<sup>287</sup> Monti 2003.

Monti 2003, Mario, “EU Competition Policy after May 2004”, discurso proferido em Nova Iorque no Fordham Corporate Law Institute, disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release SPEECH-03-489\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-03-489_en.htm?locale=en) (último acesso em 15-10-2015).

da eficiência económica<sup>288</sup>, abandonando assim a ideia da protecção da concorrência ou da estrutura de mercado concorrencial típica do pensamento ordoliberal.

Esta alteração de paradigma resultou, no direito da concorrência, numa perspectiva de análise mais casuística: mais do que determinar se um determinado comportamento viola uma norma legal, acentua-se a importância de averiguar dos efeitos sobre a eficiência dos mercados em concreto de determinado comportamento.

Teve, igualmente, uma implicação mais profunda, de carácter mais geral: a alteração do conteúdo do próprio princípio da concorrência que deixa de proteger a estrutura da concorrência nos mercados e visa agora fundamentalmente assegurar a eficiência que resulta da verificação das condições concorrenciais.

Para alguns autores, esse novo conteúdo normativo do princípio da concorrência não pode deixar de ser incorporado no direito da contratação pública<sup>289</sup>. A regulação dos mercados públicos na europa, em especial a regulação dos procedimentos de contratação pública, deve, assim, em obediência ao princípio da concorrência (*rectius*, a *este* princípio da concorrência) e numa perspectiva “pró-competitiva”, visar a eficiência destes mercados, garantindo que as entidades adjudicantes não introduzem distorções nos mesmos (relembre-se que, na perspectiva liberal, são essas distorções as causas de ineficiências dos mercados, à partida eficientes).

Ora essa garantia não é dada pelo conceito “tradicional” do princípio da concorrência (liberdade de acesso aos mercados, não discriminação e critérios de adjudicação objectivos), sendo necessário enquadrar o próprio comportamento das entidades

---

<sup>288</sup> Note-se, contudo, que o critério de determinação dessa maior eficiência é em si mesmo problemático. De facto, se, na análise económica, a eficiência se reporta, como vimos, ao critério de Kaldor-Hicks (dada a limitação excessiva do critério Paretiano), o direito da concorrência socorre-se, por vezes, do conceito mais restritivo de *renda do consumidor* enquanto critério de validade jurídica de certas práticas, não admitindo o *trade-off* entre os ganhos em termos de eficiência e as perdas para os consumidores que as mesmas implicam. Para uma análise da admissibilidade dos dois critérios – renda do consumidor e bem-estar geral – face à ordem constitucional europeia ver Drexl 2010, 689 e ss. Com uma perspectiva mais crítica, Hatje 2010.

<sup>289</sup> “... el principio de competencia constituye la base jurídica formal para la introducción y aplicación plena de criterios de competencia en el ámbito de la contratación pública, pero la sustancia o el contenido del principio (esto es, sus requisitos e implicaciones) deben determinarse de conformidad con los principios y criterios generales del derecho comunitario de la competencia.” Graells 2013, 12, ou, de forma mais clara, “it is submitted that *the competition principle embedded in the EU public procurement directives is no more and no less than a particularisation, or specific enunciation, of the more general principle of competition in EU law*”, Graells 2015, 5.

Graells 2013, “Reflexiones críticas en torno a la disciplina del comportamiento de mercado del comprador público”, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2319952](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2319952) (último acesso em 16-10-2015).

adjudicantes nos mercados por forma a garantir que o mesmo não é susceptível de gerar distorções na eficiência (estática e dinâmica) dos mesmos<sup>290</sup>.

#### Consequências

Assim entendido, este princípio ganha um *valor jurídico autónomo*<sup>291</sup> na medida em que exige um comportamento por parte das entidades adjudicantes enquadrado no comportamento típico dos operadores privados, isto é, do consumidor (particular ou empresa) orientado pelo *princípio económico*<sup>292</sup>. O *comportamento típico do consumidor privado* será, então, em última análise, o critério relevante para aferir do respeito pelo princípio da concorrência<sup>293</sup>, que serve então para garantir que as condições de funcionamento dos mercados concorrenciais privados são *replicadas* nos mercados públicos<sup>294</sup>.

As entidades adjudicantes e os estados membros na transposição das directivas devem, nesse sentido, abster-se de introduzir incentivos aos mercados diversos dos presentes nos mercados privados, na medida em que esses incentivos vão, por um lado, afastar os mercados públicos das normais condições de concorrência nos mercados (colocando em risco a chamada “*eficiência interna*” dos mercados públicos) e, por outro lado, introduzir distorções no próprio mercado geral causadas pela repercussão nos mercados privados dos comportamentos dos ofertantes nos mercados públicos<sup>295</sup> (afectando a “*eficiência externa*” destes mercados).

Ora o principal incentivo que os consumidores passam aos mercados é a *procura*. É este o sinal que, por via do mecanismo dos preços, vai determinar o comportamento dos ofertantes – aumentando as quantidades procuradas de um determinado bem, o seu

<sup>290</sup> Graells 2014, 109.

<sup>291</sup> Expressão de Pedro Gonçalves, reconhecendo embora algumas dúvidas sobre o mesmo. Cfr. Gonçalves 2013, 394.

<sup>292</sup> Sobre o conceito e suas sub-divisões ver Nunes.

<sup>293</sup> O “market economy buyer test” proposto em Graells 2014, 466 e ss.

<sup>294</sup> O princípio exigiria, então e nas palavras do autor, “a duty to ensure that public contracts reflect normal market conditions to the maximum extent” (Graells 2010, 105), Graells 2010, Albert, “More competition-oriented public procurement to foster social welfare”, in Thai (ed.), *Towards New Horizons in Public Procurement*, Boca Raton, PrAcademic Press, 81 e ss.

<sup>295</sup> Embora se reconheça que essa “transmissão” seja tanto mais relevante quanto o peso do mercado público no mercado total. No entanto, reconhecendo que este efeito é mais relevante nos “*dependent markets*” do que nos “*commercial markets*”, o autor defende que *as regras aplicáveis devem ser as mesmas*, cujo âmbito de aplicação será, então, os designados “*publicly dominated purchasing markets*”, deixando de fora apenas os mercados onde as compras públicas representam uma pequeníssima parte do mercado total, como acontece no mercado dos bens de luxo. Graells 2014, 45 e ss.

preço tenderá a aumentar, o que, por sua vez, levará a que os ofertantes estejam dispostos a aumentar as quantidades oferecidas.

Na medida em que as entidades adjudicantes definem o tipo de bens que desejam adquirir e as suas características, elas estão a definir a sua procura no mercado. Em última análise, o respeito pelo princípio da concorrência assim definido exigirá, então, que estas se *abstenham de introduzir nessa escolha* de bens e suas características, *elementos estranhos aos normalmente procurados* nos mercados pelos consumidores privados, bem como que as mesmas não introduzam, *nos critérios de adjudicação*, elementos valorativos diversos daqueles que os operadores normais de mercado normalmente definem<sup>296</sup>.

Será esta a chamada “*dimensão negativa*”<sup>297</sup> do princípio da concorrência, que exige, por um lado, que a regulação da contratação pública não gere distorções na concorrência existente nos mercados e, por outro, que as entidades adjudicantes se abstenham de introduzir distorções na dinâmica competitiva dos mercados que ocorreria na sua ausência<sup>298</sup>.

O controlo de tais exigências ao nível das entidades adjudicantes far-se-á, para esta perspectiva, por duas vias (eventualmente simultâneas): em primeiro lugar, pela correcta interpretação das normas das directivas num sentido “pró-competitivo”, nomeadamente no que se refere à definição do objecto do contrato, às condições de participação e de exclusão de concorrentes e às especificações técnicas.

Em segundo lugar, e relativamente às matérias não totalmente reguladas pelas directivas, em especial a relativa aos critérios de adjudicação dos contratos, pelo alargamento (com as devidas adaptações) do “teste do investidor privado” habitualmente aplicado em casos de ajudas de Estado<sup>299</sup>, e que permitiria determinar se em determinado caso o comportamento da entidade adjudicante constitui ou não uma restrição à concorrência de mercado.

---

<sup>296</sup> Deve notar-se que estas não são as únicas consequências da aplicação desta perspectiva pró-competitiva à regulação da contratação pública. São, no entanto, as que afectam directamente o nosso objecto de análise e, nessa medida, são destacadas no texto. Para uma análise detalhada das mesmas, Graells 2014, em especial o capítulo IV.

<sup>297</sup> Por oposição à clássica “dimensão positiva” ou “restrita”, que proíbe as práticas proteccionistas, fomentando a integração dos mercados europeus e a participação do maior número possível de empresas nos mercados públicos. Cfr. Graells 2015, 5.

<sup>298</sup> Graells 2015, 6.

<sup>299</sup> Para desenvolvimentos e bibliografia relevante ver, por todos, Nogueira de Almeida 2012, em especial pag. 311 e ss.

De notar que todas as considerações “não económicas” (entre as quais se incluem, para estes autores, as ambientais, mas igualmente as sociais ou de inovação) que as entidades adjudicantes incluam nos contratos cairão, necessariamente, em casos de restrição à concorrência.

Enquanto restrições à concorrência, duas possibilidades são admitidas: ou, em primeiro lugar, as mesmas se integram em objectivos “não económicos” prosseguidos pela União, caso em que a sua admissibilidade se reportará ao respeito pelo normativo europeu, em especial pelas directivas aplicáveis, que deverão, no entanto, ser interpretadas de acordo com as exigências do princípio da concorrência nelas estabelecido; ou, em segundo lugar, as mesmas visam objectivos “não económicos” puramente domésticos<sup>300</sup>, sendo então necessária a aplicação de um teste de proporcionalidade estrita para aferição da sua compatibilidade com o normativo europeu, mais especificamente da necessidade e justificação das ineficiências que introduzem em face dos benefícios obtidos.

Contra esta perspectiva têm-se manifestado inúmeros autores. Salientaremos, para o objectivo do presente trabalho, os argumentos apresentados por Sue Arrowsmith e Peter Kunzlik que decorrem da linha de pensamento que os autores defendem há vários anos<sup>301</sup>, aplicada ao que apelidam de políticas ou objectivos horizontais na sua obra de 2009<sup>302</sup>.

Em 2012, parcialmente em resposta à recente publicação de Graells<sup>303</sup>, Arrowsmith<sup>304</sup> aborda especificamente a questão dos objectivos da regulação europeia das compras públicas que, segundo a autora, está na base da proposta de, pela aplicação do princípio da concorrência nesta matéria, restringir a margem de liberdade que os estados

---

<sup>300</sup> Note-se, todavia, que também nas áreas ambiental, social ou de inovação podem os objectivos visados dever ser classificados como “domésticos” sempre que os mesmos não tenham “a clear EU origin or functional equivalent” (Graells 2015, 9).

Fica o leitor, no entanto, sem uma concretização do alcance exacto da expressão “origem europeia ou equivalente funcional”. Uma possível interpretação é a que tal acontecerá no caso de medidas discricionárias. Tal não parece, contudo, ser o entendimento do autor, que nunca refere o princípio da não discriminação como critério normativo de referência, antes justificando a sua posição nos princípios da supremacia e subsidiariedade do direito europeu.

<sup>301</sup> Inserir referências

<sup>302</sup> Arrowsmith e Kunzlik (eds) 2009, em especial os artigos que correspondem aos capítulos 1, 2, 4 e 9.

<sup>303</sup> A primeira edição da obra deste autor data de 2011.

<sup>304</sup> Arrowsmith 2012, texto que, mais recentemente, segue na sua obra mais genérica de 2014 (cfr. Arrowsmith 2014, 164, nota 107).

membros e as entidades adjudicantes têm na definição das suas políticas nacionais de contratação pública, nomeadamente em matéria ambiental e social.

A autora defende que tem existido alguma confusão a respeito do(s) objectivo(s) das regras procedimentais das directivas<sup>305</sup> europeias, incluindo a questão de determinação do modo como essas regras contribuem para o mercado interno.

O objectivo principal das directivas é a promoção do mercado interno (o seu fundamento são as normas do tratado relativas ao mercado interno) e, nessa medida, a abolição das barreiras ao comércio intracomunitário. Assim, a autora salienta que as directivas sempre encontraram a sua base legal nas normas dos Tratados relativas ao estabelecimento do mercado interno, por um lado, e que é na teoria económica que justifica a criação do mercado interno que encontramos igualmente a justificação económica da regulação das compras públicas a nível europeu, por outro. Tal como nos demais mercados, também nos mercados públicos se deveriam eliminar todas as barreiras visíveis e invisíveis ao comércio, por forma a permitir que a economia europeia como um todo beneficiasse dos ganhos em termos de aumento de eficiência que essa liberalização do comércio traria. Esses ganhos chegaram a ser quantificados relativamente aos mercados públicos por um estudo encomendado pela Comissão<sup>306</sup>, que viria a ser incluído no célebre Relatório Cecchini de 1988.

O objectivo fundamental da regulação dos mercados é, então, a remoção de todas as práticas dos estados membros e das entidades adjudicantes que constituam um entrave à construção do mercado interno. Essa remoção faz-se por duas vias<sup>307</sup>: por obrigações negativas que proíbem práticas discriminatórias ou que restrinjam de alguma forma o acesso aos mercados europeus, por um lado, e por obrigações positivas que impõem regras e procedimentos específicos às entidades adjudicantes, que visam assegurar igualdade de oportunidades às empresas de outros estados membros e que as entidades adjudicantes não consigam esconder comportamentos discriminatórios.

A principal forma pela qual o mercado interno é assegurado, e o principal foco das regras procedimentais, é, para a autora, a implementação da *transparência* de forma a

---

<sup>305</sup> Que a autora apelida, de forma significativa, como “co-ordination directives”. Arrowsmith 2012 ???; 2014 156 e ss

<sup>306</sup> W.S. Atkins Management Consultants 1988, *The Cost of Non-Europe in Public Procurement*.

<sup>307</sup> Arrowsmith 2014, 155.

*assegurar a obrigação de não discriminação garantindo a possibilidade de monitorização do respeito por tal obrigação*<sup>308</sup>.

É por esse motivo que já as directivas de 2004 contêm uma provisão explícita de actuação de forma transparente, mas tal era já entendimento jurisprudencial firme por parte do Tribunal de Justiça.

O conceito de transparência, sendo complexo, contém quatro aspectos distintos<sup>309</sup>:

Em primeiro lugar, a publicidade para oportunidades de contratos, por forma a garantir que todos os interessados tenham conhecimento das oportunidades existentes nos mercados públicos em geral. Está a qui em causa a necessidade de informação nos mercados – só garantindo que o maior número possível de empresas tem conhecimento da intenção de contratar e, portanto, da criação daquele mercado específico, é que se consegue maximizar o número de potenciais concorrentes.

Em segundo lugar, a publicidade para as regras que regem cada tipo de procedimento contratual, a qual envolve, por sua vez, dois elementos - divulgar as regras gerais do sistema, como as condições para o uso de determinados procedimentos, por um lado, e divulgar as regras específicas para cada procedimento em particular, como os critérios para selecção de candidatos ou para avaliação de propostas que podem ser utilizados, por outro. Este aspecto é fundamental para garantir a não discriminação na medida em que, só quando as regras são conhecidas é que se pode verificar se foram ou não cumpridas.

Em terceiro lugar, a transparência implica ainda a tomada de decisão baseada em regras (ruled based decision making). Significa que o procedimento de adjudicação é regido por regras que limitam a margem de discricionabilidade das entidades adjudicantes. O objectivo deste aspecto é igualmente de permitir a monitorização: se a margem de liberdade é reduzida, a discriminação é mais difícil de esconder na medida em que a decisão tem que ser justificada por referência a uma série de critérios pré-definidos. Note-se que este aspecto envolve, assim, mais do que a mera obrigação de publicidade do procedimento – se assim fosse, bastaria a publicidade, sem necessidade de regras procedimentais explícitas. O objectivo aqui é igualmente de garantir o grau de transparência suficiente que permita a monitorização. É isso que justifica a limitação da

---

<sup>308</sup> Arrowsmith 2014, 164.

<sup>309</sup> Arrowsmith 2014, 165, remetendo, por sua vez, para o que a autora defendeu já em Arrowsmith, Linarelli e Wallace 2000, 72-73.



margem de liberdade das entidades adjudicantes, nomeadamente quanto aos critérios de selecção de candidatos ou de avaliação de propostas.

A quarta dimensão da transparência é a possibilidade de verificação e imposição (enforcement). As directivas contêm várias provisões destinadas a permitir a verificação do cumprimento das regras estabelecidas pelos próprios intervenientes nos procedimentos, que servem igualmente de garantia aos direitos de impugnação por via judicial dos concorrentes preteridos.

A autora admite, para além do objectivo garantia de não discriminação através de obrigações de transparência como forma de assegurar o mercado interno, que as directivas têm igualmente o objectivo de eliminar algumas restrições específicas ao acesso aos mercados, claramente definido nos considerandos.

A autora rejeita, todavia, que as directivas têm igualmente a função de *implementar nos mercados públicos um processo competitivo que replique o que se assume existir nos mercados privados*.

O argumento aqui é o de que o mercado interno só será atingido nos mercados públicos se os compradores públicos forem “eficientes” na escolha da melhor proposta: a mão invisível do mercado só conseguirá garantir a eficiência na alocação de recursos se os compradores tiverem um comportamento que cumpra os requisitos do operador normal de mercado (do homo oeconomicus), o que não está garantido no caso de operadores públicos (quer por pressões políticas, quer devido à ausência dos incentivos próprios dos mercados privados, incluindo o do lucro, que garantem o respeito pelos princípios económicos). Será, então, necessária legislação que garanta essa abordagem concorrencial por parte das próprias entidades adjudicantes.

A autora admite que esse parece ser o entendimento da Comissão<sup>310</sup> quando se refere às preocupações do regime relativas à “rational allocation of public Money through the choice of the best offer presented”<sup>311</sup>. Reconhece, por outro lado, que é esta a justificação para que muitos países incluam nos seus ordenamentos internos relativos aos procedimentos da contratação pública preocupações neste sentido, que garantem o chamado value for Money dos contratos.

---

<sup>310</sup> Igualmente Sanchez-Graells

<sup>311</sup> Comissão Europeia 2001, Comunicação interpretativa ... considerações ambientais, pag. 4.

Salienta ainda que os autores que defendem este objectivo do ordenamento comunitário invocam muitas vezes alguma jurisprudência do Tribunal de Justiça que parece indicar em tal sentido.

É o caso do acórdão *Sintesi*, no qual o Tribunal entende que os Estados Membros não podem impor como critério único de avaliação das propostas o preço mais baixo, na medida em que isso impediria as entidades adjudicantes “de optar, para cada empreitada, pelo critério mais apto para garantir a livre concorrência e, assim, para assegurar que será escolhida a melhor proposta”<sup>312</sup>.

É, eventualmente de forma mais clara, igualmente o caso de vários acórdãos<sup>313</sup> nos quais o Tribunal entende que as regras relativas aos critérios de adjudicação visam, não só assegurar a transparência, mas igualmente eliminar considerações não económicas. Parece, assim, que estas regras se relacionam com uma *função separada da transparência, a garantia da selecção da melhor proposta*.

Com o mesmo resultado se pode referir o acórdão *Slovensko*<sup>314</sup>, no qual o Tribunal interpreta a norma relativa às propostas anormalmente baixas no sentido de exigir uma apreciação de todas as propostas com preços mais baixos como forma de garantir que o value for Money é atingido evitando as propostas insustentáveis e que, provavelmente, não irão ser cumpridas.

A autora afasta, no entanto, tal entendimento, salientando que o mesmo se baseia numa série de “confusões”<sup>315</sup> por parte dos vários intervenientes.

Por um lado, salienta que a jurisprudência *Impresa Lombardini* se baseia em outra anterior que visava, não considerações não económicas qual tale, mas este tipo de considerações relacionadas com a proibição de preferências domésticas. Só no referido acórdão essas considerações foram apreciadas isoladamente pelo Tribunal que, erradamente, confundiu os conceitos<sup>316</sup>.

De facto, as normas relacionadas com os critérios de adjudicação servem igualmente o *objectivo nacional* de identificação da melhor proposta, mas, do ponto de vista do direito europeu, as mesmas encontram a sua justificação noutra objectivo, europeu, que

---

<sup>312</sup> Ac. *Sintesi*, parágrafo 40.

<sup>313</sup> por exemplo acórdão *Impresa Lombardini* C-285/99 e C-286/99, parágrafos 36 a 39, cujo teor foi mais tarde repetido pelo Tribunal em vários outros casos.

<sup>314</sup> Acórdão *Slovensko*, ....., parágrafo 38.

<sup>315</sup> Os termos utilizados são “misunderstanding” e “confusion”.

<sup>316</sup> Arrowsmith 2012, 27.

não é mais do que o de assegurar o mercado interno através da transparência e não discriminação. O facto de o direito europeu referir o value for Money apenas significa que foi intenção do legislador compatibilizar o objectivo europeu (a construção do mercado interno nas compras públicas através de garantias de transparência e não discriminação) com esse outro objectivo, de cariz puramente nacional, que é o da realização do value for Money.

Em segundo lugar, defende que prova que *o objectivo único é a transparência é o próprio objecto das directivas e as suas limitadas regras procedimentais*<sup>317</sup>: *i)* quanto às entidades abrangidas, a sua definição foi sempre feita por relação ao potencial de comportamentos discriminatórios; *ii)* as regras procedimentais dos vários pacotes legislativos não foram muito alteradas e, quando o foram, essa alteração teve como justificação o aumento da transparência; *iii)* as directivas não cobrem muitos aspectos regulados pelos normativos nacionais que não se relacionam com a transparência ou o acesso aos mercados, como por exemplo regras relativas aos procedimentos a adoptar consoante o tipo de compra.

Em terceiro lugar, argumenta que também a obrigação de analisar as propostas anormalmente baixas se justifica, não em considerações de eficiência, que obrigaria as entidades adjudicantes a analisar todas as propostas mais baixas para aferir até que ponto poderiam ser cumpridas, mas, ao contrário, na garantia que nenhuma proposta seja invalidamente afastada pelo facto de ser mais baixa, protegendo, desta forma, os concorrentes provenientes de países europeus com custos mais baixos. A norma apenas proíbe que se rejeite uma proposta anormalmente baixa sem antes ouvir o concorrente, por forma a evitar rejeições ilegais, nomeadamente de concorrentes provenientes de países com custos mais baixos<sup>318</sup>.

Por fim, conclui que a referência à “concorrência efectiva” presente nos considerandos das directivas (de 2004 e anteriores)<sup>319</sup> não significa a ideia de replicação dos mercados privados, mas apenas que a concorrência nos mercados é um objectivo último europeu, para o qual as directivas contribuem através da promoção de *aspectos específicos* dessa concorrência, como a garantia de acesso aos mercados, a eliminação da discriminação, e

---

<sup>317</sup> Arrowsmith 2012, 28.

<sup>318</sup> Arrowsmith 2012, 29 e ss.

<sup>319</sup> E que tem sido citada para defender este conceito alargado de concorrência. Ver por exemplo Sanchez-Graells, pag. 90-91.

a implementação de processos competitivos enquanto meio para garantir a transparência<sup>320</sup>. O papel da concorrência é, na regulação europeia dos mercados públicos, instrumental, na medida em que serve o objectivo da construção do mercado único através das supra mencionadas funções (acesso aos mercados, não discriminação e procedimentos transparentes).

Conclui, então, a autora que esta interpretação alargada dos objectivos das directivas no sentido de incluírem a replicação das condições dos mercados concorrenciais é errada, resultado de “misunderstanding both the scope of EU powers in relation to value for Money and the purpose (transparency) for which the relevant rules were included”<sup>321</sup> e que a mesma implica “an unjustified judicial reorientation of a detailed set of rules introduced for a more limited purpose, which is outside the legitimate bounds of judicial interpretation”<sup>322</sup>.

Em sentido semelhante ao exposto manifestou-se igualmente Peter Kunzlik em 2013<sup>323</sup>. O autor admite, todavia, algumas especificidades relativamente à posição de Arrowsmith, o que justifica que assumo a sua como uma “terceira perspectiva”.

De facto, o autor, ao contrário de Arrowsmith, admite que já as directivas de 2004 incluíam a concorrência enquanto objectivo independente, e nisso cede a Graells. Mas só nisso, manifestando em tudo o mais a sua clara oposição à perspectiva assumida por aquele autor, que apelida de seguidora do manifesto neo-liberal aplicado à contratação pública.

O autor reconhece, assim, que a concorrência é, de facto, um objectivo da contratação pública, sendo, além disso, independente do objectivo da abolição de barreiras nos mercados, tal como, de resto, o Tribunal de Justiça reconheceu já em vários acórdãos e resulta claramente do número 1 do artigo 119º TFEU, seguindo o entendimento que tivemos já oportunidade de analisar *supra* a propósito da constituição económica europeia.

Não contestando a aplicabilidade do princípio da concorrência, o autor centra a sua análise no conteúdo específico desse princípio para objectar o “argumento neo-liberal” de Graells.

---

<sup>320</sup> Arrowsmith 2012, 32 e ss.

<sup>321</sup> Arrowsmith 2012, 32

<sup>322</sup> Arrowsmith 2012, 26.

<sup>323</sup> Kunzlik 2013, cujos argumentos e raciocínio tentaremos resumir seguidamente.

Contraria primeiramente o argumento mais geral segundo o qual o objectivo da política da concorrência e do próprio direito da concorrência é a eficiência. Lançando mão da base ordo-liberal dos Tratados Europeus em geral e do direito da concorrência em particular, Kunzlik salienta que, pese embora os esforços da Comissão no sentido de uma “economização” da política de concorrência europeia, que sobressaem na forma como esta a realiza, essa viragem não é ainda certa, especialmente no que ao Tribunal de Justiça diz respeito.

A base do direito da concorrência europeu<sup>324</sup> são os valores da liberdade individual e da igualdade. São esses os valores que vigoravam aquando das primeiras directivas relativas aos procedimentos de contratação pública e é neles que a jurisprudência do Tribunal de Justiça se tem baseado desde sempre, sendo, por isso, errado assumir que o Tribunal de Justiça tenha alguma vez assumido a eficiência enquanto único ou sequer principal critério normativo do direito da concorrência<sup>325</sup>.

Assim, o princípio da concorrência a que as directivas se referem implica, não o conceito de eficiência proposto por Graells, e sim a garantia da estrutura concorrencial dos mercados, por um lado, e a igualdade de oportunidades para os concorrentes, por outro, por forma a garantir o objectivo último que será o mercado interno<sup>326</sup>. Quer isso dizer, então, que o princípio da concorrência, fundado na própria liberdade económica, não pode ser visto como fundamento para a limitação à partida da liberdade de actuação das entidades adjudicantes.

As entidades adjudicantes, são, assim, como todos os demais operadores dos mercados, protegidas na sua liberdade individual de decisão, liberdade essa que, contudo, não pode colocar em causa a ordem geral concorrencial desse mesmo mercado, protegida pelo direito da concorrência em geral e pela regulação dos mercados públicos relativamente a estes em particular. Essa protecção efective-se pelas garantias de igualdade de

---

<sup>324</sup> Que foi igualmente a base do direito anti-trust americano até à revolução neoliberal iniciada na década de setenta do século passada e que viria a ser totalmente incorporada em termos normativos dez anos mais tarde.

<sup>325</sup> Kunzlik 2013, 340, onde o autor, a propósito da determinação do sentido do princípio da concorrência nas directivas europeias que regulam os procedimentos de compras públicas, analisa extensamente o conceito de concorrência implícito no direito da concorrência europeu, defendendo a perspectiva neoliberal pela análise da doutrina e jurisprudência de ambos os lados do atlântico.

<sup>326</sup> “It ought, in fact, to be obvious that the references to ‘competition’ in the public procurement directives do indeed connote a desire to protect the structure of competition as regards public contracts, and the competitive equality of firms seeking to win such contracts, rather than a desire to advance a neoliberal ‘efficiency’ concept of competition.”. Kunzlik 2013, 343.

oportunidades no acesso ao mercado e de igualdade de tratamento de todos os participantes no mercado específico que cada entidade adjudicante cria com a sua decisão de adjudicação.

Kunzlik analisa ainda uma segunda questão, que para nós se revelará decisiva: a de determinar o exacto significado dos conceitos de eficiência e de value for Money no específico contexto dos mercados públicos.

É que, para Kunzlik, reside precisamente nesta questão uma das falhas básicas do raciocínio de Graells, que, tomando como pressuposto que a regulação das compras públicas tem como objectivo a eficiência económica, identifica seguidamente o objectivo do value for Money ou economicidade de cada contrato com a noção de eficiência (na produção e no consumo). Esse passo permite-lhe, como vimos, concluir que não se enquadram no dito objectivo de economicidade todas as considerações “não económicas” que as entidades adjudicantes introduzam nos procedimentos, quer enquanto especificações técnicas, quer, sobretudo, como critérios de adjudicação<sup>327</sup>.

Ora observa Kunzlik, que, à luz das directivas e da jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, especialmente da Acórdão Concordia, a dita economicidade de cada contrato em particular deve ser determinada *do ponto de vista da entidade adjudicante*. De facto, a noção de “oferta economicamente mais vantajosa” enquanto critério de adjudicação deve, tal como resulta claro da jurisprudência, ser determinada em função dos valores específicos da entidade adjudicante em questão, eventualmente enquadrados pelo regime regulatório nacional aplicável e pelas especificidades do mercado em concreto em causa<sup>328</sup>. O que não se reconduz ao conceito de eficiência neoliberal, antes envolve um juízo de ponderação entre todos os interesses em causa onde figuram, como é natural, interesses puramente financeiros, mas igualmente outros como qualidade, durabilidade, serviço pós-venda, bem como questões relativas à melhor forma de satisfação da necessidade em questão, à importância de assegurar a fiabilidade do contratante em relação ao cumprimento do contrato e, por último mas não menos importante, aos próprios custos de transacção envolvidos. Para além disso, Kunzlik enquadra ainda na definição da determinação do value for Money a consideração pela

---

<sup>327</sup> O que seria, na expressão do autor, “a major ideological achievement for neoliberalism” (Kunzlik 2013, 332).

<sup>328</sup> Kunzlik 2013, 346.

entidade adjudicante de eventuais benefícios para a sociedade, nos quais se incluem objectivos de política ambiental.

A incorporação do objectivo de economicidade (neste sentido de value for Money) nos objectivos da regulação europeia das compras públicas significaria, então, em última análise, passar a definição daquilo que cada entidade adjudicante pode valorar da esfera nacional para as mãos dos juízes europeus, que deveriam, assim, definir o conceito de value for Money aceitável do ponto de vista de uma determinada noção de eficiência. Ora, por essa noção de eficiência, todas as considerações “não económicas”, no sentido de afastadas do que seria o comportamento típico de um agente económico, deveriam ser afastadas do âmbito dos elementos valorativos a considerar.

Acontece, porém que, como o próprio Kunzlik bem salienta, é o próprio juiz europeu que, consistentemente, tem afastado esta perspectiva, marcando a jurisprudência dominante um outro sentido bem diverso: i) a de que a “maior vantajosidade” da oferta deve ser aferida na perspectiva da entidade adjudicante; ii) a de que os critérios de adjudicação não necessitam de estar relacionados com as características físicas finais dos bens em causa; iii) e a de que na definição do conceito de oferta economicamente mais vantajosa não se incluem apenas critérios económicos, mas igualmente outras considerações não puramente económicas (substituindo, assim, claramente a linha de jurisprudência anterior, que parecia afastar considerações não económicas, por esta outra, que define a linha da legalidade na ligação com o objecto do contrato em questão<sup>329</sup>).

Em suma, a determinação da economicidade dos contratos é um objectivo meramente nacional que, medido necessariamente em referência aos interesses da entidade adjudicante, deve ser enquadrado por regulação também ela nacional que procure essa razoável ponderação de interesses vários por forma a garantir o bom uso dos dinheiros públicos. Pretender atribuir uma determinada concepção de economicidade imposta pelas directivas europeias só é possível quando, como o próprio Graells assume, se

---

<sup>329</sup> E, assim, a expressão utilizada pelo Tribunal deixou de ser no sentido de afastar “considerações não económicas” (Cfr. Acórdão *The Queen v HM Treasury, ex parte The University of Cambridge, proc. C-380/98, parágrafo 17*) para determinar que “A coordenação comunitária dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos visa (...) afastar (...) a possibilidade de uma entidade adjudicante se deixar influenciar por considerações *alheias ao contrato em causa*” (itálico nosso. Cfr. Acórdão *Michaniki AE contra Ethniko Simvoulío Radiotileorasis and Ipourgos Epikratias, proc. C-213/07, de 16 de Dezembro de 2008, parágrafo 54, que continua, um tanto inexplicavelmente, a remeter para a referida jurisprudência ex parte University of Cambridge, Mannesmann e BFI Holding BV*).

tratam os mercados públicos europeus como que se de um mercado público doméstico se tratasse. Ora a regulação europeia dos vários mercados públicos nacionais (esses sim, domésticos) não pode nunca ser perspectivada como se uma regulação doméstica se tratasse e, nessa medida, não pode tão pouco ser tratada com base na teoria da agência, que justifica a regulação pelos parlamentos nacionais da actuação das entidades adjudicantes públicas de forma a garantir que os objectivos políticos definidos (pelo principal, neste caso o Parlamento ou Governos nacionais) são efectivamente cumpridos pelos agentes (no caso as entidades adjudicantes)<sup>330</sup>.

O princípio da concorrência segue ainda a perspectiva ordoliberal – igualdade de oportunidades. É verdade que a Comissão se preocupa com os efeitos da ausência de concorrência nos mercados e, nessa medida, com a eficiência. Mas essa eficiência não compromete a introdução de políticas ambientais

Em nosso entender, a acrescentar às posições críticas expostas, a conclusão de Graells relativa à (in)admissibilidade de considerações ambientais padece de duas outras limitações, uma relativa à hierarquização das políticas da União que apresenta e outra relativa à separação entre políticas económicas e não económicas.

Relativamente à hierarquização, e não contestando a importância que os objectivos económicos, nomeadamente da construção do mercado interno, tiveram no quadro da construção do direito europeu em geral e da contratação pública em particular, há que salientar que, por um lado, não é hoje consensual que a concorrência seja um dos objectivos principais da União e que, por outro lado, mesmo que ela seja entendida enquanto tal, essa hierarquização entre políticas desapareceu com a revisão operada pelo Tratado de Lisboa<sup>331</sup>. De facto, da análise do actual artigo 3º TUE e em especial do seu parágrafo 3 (que corresponderá, em termos funcionais, ao anterior artigo 2º TCE) o que ressalta é a intenção clara de harmonizar e integrar, nos artigos relativos aos princípios e objectivos da União, as preocupações em matéria ambiental com o objectivo de estabelecimento do mercado interno.

---

<sup>330</sup> Kunzlik 2013, 350.

<sup>331</sup> Para uma análise mais aprofundada do actual alcance da protecção da concorrência sem distorções enquanto objectivos da União após o Tratado de Lisboa, e salientando precisamente o relevo do desaparecimento de uma hierarquização de objectivos face à mais visível passagem da garantia para o Protocolo relativo ao mercado interno e concorrência, veja-se, por exemplo, Drexl 2012, 661 e ss. Num sentido mais afirmativo, referindo-se, não à garantia de concorrência sem distorções, mas à de funcionamento de uma economia de mercado e livre concorrência, Hatje 2012, 596.



Resulta, assim, claro, que o legislador europeu não só não pretendeu hierarquizar objectivos, como não assumiu como de diferente natureza a criação do mercado interno e a defesa do meio ambiente, antes definiu como objectivo precisamente que esse estabelecimento do mercado interno se faça de forma ambientalmente sustentável.

O que nos reconduz à segunda crítica. De facto, não podemos concordar com a distinção que é proposta entre objectivos económicos e objectivos “não económicos”, enquadrando nestes últimos os objectivos ambientais. Essa conclusão baseia-se numa leitura (propositadamente?) incompleta dos pressupostos da própria economia do bem-estar (remeter para Graells quando assume essa posição).

Em termos gerais, o objectivo da União tal como definido no artigo 3º TEU só pode ser entendido como integrando no próprio conceito de eficiência promovida pelo mercado interno a consideração de todos os custos, incluindo os ambientais.

Relativamente à regulação da contratação pública, e mesmo assumindo os pressupostos neo-liberais nos termos dos quais o direito económico em geral e a regulação das compras públicas em particular devem apenas visar a eficiência, o conceito de eficiência não pode ser entendido de forma restritiva e limitadora. A eficiência na alocação de bens faz-se nos mercados, sendo que o incentivo nos mercados são as quantidades procuradas. Mas o conceito fundamental é o de *utilidade*: a aptidão real ou presumida de um bem para satisfazer necessidades. Ora a utilidade é um conceito *subjectivo*. A alocação eficiente faz-se pela equiparação de utilidades marginais. Então o que está em causa é a definição da utilidade da entidade adjudicante e essa pode incluir os mais variados critérios, sem comprometer o princípio da racionalidade económica. O que se deve procurar é a maximização dessa utilidade.

Como bem salienta Trepte<sup>332</sup>, o conceito de eficiência não pode ser confundido com o de “value for Money” ou economicidade dos contratos. À referência ao objectivo de eficiência dos mercados públicos está subjacente a ideia de que, em presença de concorrência perfeita, os mercados atingem a máxima eficiência na alocação dos recursos. Mas está igualmente subjacente o reconhecimento de que não há uma posição de máxima eficiência, e sim tantas quantas a dotação inicial de recursos, por um lado, e as preferências dos consumidores, por outro. Quer dizer, uma determinada alocação será

---

<sup>332</sup> Trepte 2004, 389 e ss.

eficiente se e na medida em que a mesma corresponda às preferências dos consumidores.

De forma diversa, a economicidade ou “value for Money” refere-se à forma como os consumidores maximizam a sua utilidade, isto é, ao juízo custo/benefício que cada consumidor faz nas suas decisões de escolha (comparação entre o benefício ou utilidade marginal do consumo com o seu custo marginal) – o que recebe a mais em termos de utilidade mais do que compensa o seu custo marginal. Uma decisão cumprirá este requisito sempre que tal relação se verifique.

A especificidade nos mercados públicos é a definição da “utilidade” da entidade adjudicante. De forma diversa do que acontece nos mercados privados, as entidades adjudicantes não dispõem de utilidade própria, sendo a mesma relacionada com o interesse colectivo que as mesmas visam. Será, então, a forma como concretizam esse interesse colectivo, como o definem, que definirá igualmente a sua função de utilidade.

Mas nem o conceito de eficiência nem o de economicidade colocam em causa essa definição: estes conceitos (de teoria económica) não são impregnados de qualquer componente valorativa de justiça ou equidade – desde que cumpram o princípio da racionalidade económica, e independentemente da forma como concretizem a sua utilidade, as decisões cumprirão o critério da economicidade<sup>333</sup>.

A eficiência será assegurada na medida em que se garanta a inexistência de imperfeições de mercado, de falhas no mecanismo concorrencial. Na ausência de imperfeições, todas as decisões económicas (isto é, que cumpram o critério da economicidade) serão eficientes; pelo contrário, as imperfeições de mercado levam a que decisões económicas não sejam eficientes.

Por outro lado, e relativamente à introdução de considerações de natureza ambiental pelas entidades adjudicantes, devemos lembrar o exposto no primeiro capítulo: os impactes ambientais dos produtos são externalidades económicas negativas, que distorcem eles próprios a eficiência que naturalmente os mercados garantem. Afirmar que as entidades adjudicantes se devem abster de comportamentos diversos dos que os operadores normais dos mercados revelam significa, então, uma de duas coisas: se se

---

<sup>333</sup> “As a concept, ‘value for money’ is thus heavily contingent. It is contingent on individual preferences, on the availability of differentiated products and services and on the political and social value judgements of governments which reflect the collective will and preferences of the majority”. Cfr. Trepte 2004, 390.

entende que, tal como os normais operadores de mercado não tomam em consideração nas suas decisões os custos sociais mas apenas os custos privados, também as entidades adjudicantes se devem abster de o fazer, significa, em última análise, afirmar que devem as entidades adjudicantes manter a ineficiência gerada pelos mercados; outra alternativa é a de encarar a consideração dos custos sociais como uma possibilidade que cada agente económico tem nas suas escolhas económicas determinada pela sua função de utilidade, sendo que, quando o faz, não está a gerar qualquer ineficiência. Pelo contrário, e na medida em que essa incorporação tenha em visto a internalização dos custos sociais dessas externalidades, está a eliminar falhas de mercado e, conseqüentemente, a aumentar a eficiência<sup>334</sup>.

Não podemos, relativamente às questões ambientais, identificar concorrência com eficiência e restrições à concorrência com ineficiência. Se, em princípio, a concorrência no sentido (clássico) de o maior número possível de participantes nos mercados se identifica com a eficiência, já a concorrência no sentido de mimetização dos mercados privados pode não se identificar, especialmente se o teste dos mercados privados for entendido de forma estrita – nestes casos, a promoção da concorrência significará, na realidade, o incentivo à ineficiência dos mercados.

Relativamente à ideia de uma perspectiva mais moderna (MEA), temos que concluir que o nosso ponto vale igualmente: se o critério é a maximização do bem-estar geral, há que reconhecer que os critérios ambientais, na medida em que internalizam externalidades, o cumprem igualmente<sup>335</sup>.

Em suma, podemos concluir que, no que toca às considerações ambientais, o que está em causa não é a existência ou não do princípio da concorrência enquanto princípio da contratação pública – a concorrência era, já anteriormente à revisão de 2014, assumida pelo Tribunal de Justiça como princípio da contratação e essa perspectiva foi traduzida

---

<sup>334</sup> O mesmo admite, aliás, Trepte ao longo de várias passagens da sua obra, reconhecendo que "In case of the environment, it is possible that the price of products does not accurately reflect the costs associated with producing them, ie prices fail to take account of environmental externalities." Cfr. Trepte 2004, 365.

<sup>335</sup> E assim cumprirão as exigências que o próprio Graells assume relativamente ao que apresenta como uma exceção, referida timidamente em nota de rodapé: "However, it seems desirable to leave some room for state generated restrictions of competition that, from an aggregate perspective, generate net social gains—ie, that compensate or exceed the social losses derived from the restrictions to competition that they generate, that would then become 'instrumental'". Graells 2015, 2010.

na letra da lei pela revisão. A questão é a densificação desse princípio e, para o nosso tema, as conclusões que se extraem da sua aplicação às considerações ambientais.

Apontámos já os motivos que nos levam a aceitar que

Preferimos a ordoliberal, mas a outra não pode ser utilizada para afastar as considerações ambientais – explicar porquê.

As considerações ambientais são condição de eficiência dos contratos em particular e dos mercados em geral. A eficiência não é, portanto, o critério para a sua admissibilidade.

O critério será, quanto a nós, o princípio da igualdade e os próprios princípios de direito ambiental.

A Comissão tem já essa perspectiva – falar das divergências internas dentro da pp Comissão, que foram agora, precisamente pela MEAT, esbatidas.

É que, para lá do debate sobre os objectivos da regulação europeia das compras públicas incluïrem ou não considerações de eficiência, e mesmo admitindo que sim, sempre teremos que concluir que as considerações ambientais não constituem obstáculos a essa eficiência e por duas ordens de razão.

Por um lado porque, se se entender que o princípio da concorrência exige uma mimetização dos mercados que são eles próprios incapazes de internalizar externalidades, então teríamos que concluir que o princípio da concorrência impõe que se mantenha, não a eficiência, mas a ineficiência gerada pelos mercados (!). Parece claro que, numa área de tanta controvérsia, relativamente a este ponto chegamos facilmente a um consenso – são os próprios defensores da MEA que erigem a eficiência como objectivo último a prosseguir através do princípio da concorrência<sup>336</sup>.

Mas isso não implica que se deva necessariamente afirmar que a regulação europeia da contratação pública não tem qualquer objectivo de eficiência dos mercados. Uma análise histórica das que sempre foram as motivações da Comissão na matéria leva-nos, de resto como vimos, a uma conclusão contrária.

A eficiência dos mercados públicos, enquanto parte dos mercados totais sempre foi e continua a ser uma preocupação do legislador europeu. A questão é a densificação do conceito de eficiência.

---

<sup>336</sup> Sendo que também Graells repete esta ideia inúmeras vezes durante a sua obra.

Em nosso entender, esse conceito não é o da eficiência resultante dos clássicos teoremas da eficiência dos mercados, antes deve compreender igualmente o real e completo funcionamento dos mesmos, com as ineficiências que lhes são características. *A eficiência visada deve ser aquela que resulta do funcionamento dos mercados corrigido, sempre que necessário, das imperfeições e falhas que lhes são próprias.*

Se se entender, neste enquadramento, que o princípio da concorrência visa prosseguir a eficiência económica, não podemos ignorar que essa eficiência pressupõe a internalização das externalidades ambientais e que a introdução de considerações ambientais realiza tal desiderato, não podendo ser entendida enquanto política não económica que coloca em causa a eficiência dos mercados. Pelo contrário, essa internalização é, na realidade, uma *exigência da eficiência.*

É por este motivo que entendemos que não é o princípio da concorrência o principal critério para aferição da legalidade nesta matéria.

### 2.3.Os princípios da contratação pública nas directivas

De forma diversa do que acontece com o princípio da concorrência, as directivas referem expressamente o princípio da igualdade de tratamento como princípio da contratação (artigo...).

Avançámos já a importância que, quanto a nós, este princípio pode ter na determinação dos critérios normativos que permitem, na inexistência ou falta de clareza de certas expressões dessas mesmas directivas, encontrar a solução que melhor realize o direito no caso.

Este motivo justifica o seu tratamento mais detalhado no presente trabalho, e, simultaneamente, reduz o seu âmbito. Na verdade, não sendo nosso objecto o princípio da igualdade em direito europeu, o tratamento que daremos ao mesmo resultará, necessariamente, limitado ao seu objectivo.

Encontrando expressão legal actual no primeiro parágrafo do artigo 18.º TFUE e nos artigos 20.º e seguintes da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, já em 1980 o Tribunal de Justiça reconhecia que o princípio da igualdade de tratamento, do

qual a proibição de discriminação em razão da nacionalidade é uma dimensão específica, é um dos princípios fundamentais do direito comunitário<sup>337</sup>.

A densificação do princípio tem, todavia, conhecido uma evolução assinalável quer a nível dos textos dos tratados, quer da própria jurisprudência. Esta natureza evolutiva resultou, historicamente, no reconhecimento de várias funções ao princípio, por um lado, e num processo de emancipação do mesmo da sua base económica inicial para um verdadeiro princípio geral do direito europeu tendente à sua “constitucionalização”.

De facto, já no fim da década de noventa do século passado, passados vinte anos sobre o supra referido acórdão do Tribunal de Justiça, a ideia do valor do princípio da igualdade enquanto um dos pilares do direito europeu<sup>338</sup> se revelava, na realidade, questionável<sup>339</sup>. Salientavam-se, a propósito, três argumentos.

Em primeiro lugar, que o princípio da igualdade era relevante apenas em determinadas áreas específicas de direito europeu, não sendo, nessa medida, um princípio geral de direito. Paradigmático se revelava o caso da discriminação reversa: o direito europeu só proibía a discriminação contra nacionais de outros estados membros e não contra nacionais do estado membro em questão<sup>340</sup>. Ora, já na altura, uma explicação uma explicação avançada era precisamente o facto de o *rationale* do princípio da não discriminação ser a promoção da mobilidade e a remoção de barreiras à livre circulação de trabalhadores entre os estados membros. É certo que o princípio da cidadania europeia introduzido pelo artigo 8º TCE tinha algum potencial, mas o facto é que, até à data, o mesmo era praticamente ignorado pelos tribunais.

Em segundo lugar, motivos existiam para afirmar que a relevância do princípio teria mesmo diminuído, mesmo em áreas nas quais existia referência expressa nos Tratados.

De facto, se inicialmente os artigos 48º e 52º e 59º TCE (na numeração anterior ao Tratado de Amsterdão, que constituem os actuais 45.º, 49.º e 56.º TFUE) encontravam claramente o seu fundamento no princípio da não discriminação (as provisões relativas à

---

<sup>337</sup> Acórdão *Überchär*, de 8 de Outubro de 1980, Proc. nº 810/79, Rec. 1980, p. 2747

<sup>338</sup> Defendida, por exemplo, pela Comissão Europeia – Comunicação da Comissão sobre racismo xenofobia e anti-semitismo 1995, COM (95) 653.

<sup>339</sup> Neste sentido ver De Burca 1997, cujos argumentos seguimos de perto neste ponto.

<sup>340</sup> Mas igualmente o facto de a proibição de discriminação não abranger os nacionais de países não comunitários, de o princípio a igualdade de sexos ser aplicado selectivamente apenas relativamente às questões de igualdade no trabalho ou o caso várias normas de direito europeu que discriminavam elas próprias um determinado grupo ou classe ou que não obrigavam a proibição de discriminação por parte de legislação nacional.

liberdade de circulação de pessoas eram interpretadas no sentido de visar a eliminação de diferenças de tratamento entre nacionais e não nacionais), sendo a excepção a essa “regra” o artigo 30º, actual artigo 34.º TFUE (esta sim, uma norma com uma ratio com fundamento no afastamento das barreiras ao mercado interno, justificado no entendimento já sedimentado do Tribunal de Justiça que, desde cedo, considerou contrárias à mesma práticas não discriminatórias), a situação conheceu alterações durante esses vinte anos<sup>341</sup>.

Por um lado, medidas verdadeiramente não discriminatórias foram afastadas do campo de aplicação do artigo 30º, muito por influência da chamada jurisprudência *Keck*.

Por outro lado, a interpretação dos artigos 48º, 52º e 59º tinha evoluído de molde a incluir nos mesmos a proibição de medidas não discriminatórias, desde que constituíssem um obstáculo à livre circulação de pessoas, mercadorias ou serviços. A interpretação destes artigos aproximava-se, então, da interpretação inicial do artigo 30º: não é que o princípio da não discriminação fosse irrelevante, mas o objectivo básico dos mesmos não era simplesmente a erradicação de diferenças de tratamento em função da nacionalidade, mas antes a erradicação de quaisquer obstáculos desnecessários à mobilidade de pessoas, mercadorias e serviços.

Em terceiro lugar, e eventualmente mais relevante para o presente tema, salientava-se que o princípio não tem a mesma função nos diferentes contextos em que surge.

Eram, então, identificadas três funções do princípio da igualdade, funções essas que, pelo menos em grande parte, continuam actuais: a função instrumental, a função mediadora e a função autónoma.

No âmbito da sua *função instrumental*, o princípio é um instrumento para a prossecução de determinados objectivos europeus e, como tal, é desenhado em função dos mesmos. O exemplo mais óbvio é a função do princípio da igualdade enquanto instrumento do objectivo de integração dos mercados do Tratado. Neste âmbito integra-se o actual artigo 34º TFUE, especialmente nos termos da jurisprudência *Keck*, mas podem igualmente integrar-se as disposições relativas à liberdade de circulação de mercadorias, pessoas e serviços previstas nos artigos 45.º, 49.º e 56.º TFUE. É neste âmbito mais restrito que se identifica muitas vezes o princípio da igualdade com a não discriminação,

---

<sup>341</sup> O autor critica este diferente tratamento relativamente à liberdade de circulação de pessoas e serviços, por um lado, e mercadorias, por outro.

especialmente em razão da nacionalidade. Sendo certo que o próprio Tribunal de Justiça utiliza muitas vezes os termos de forma indiferenciada, não podemos, contudo, deixar de salientar que um e outro não se confundem. Na verdade, e como foi igualmente reconhecido inúmeras vezes pelo mesmo Tribunal, a proibição de discriminação em razão da nacionalidade é apenas um aspecto específico do princípio geral da igualdade<sup>342</sup>.

Nos termos da sua *função mediadora*, o princípio funciona como limite a regras comunitárias, como pode acontecer quando uma determinada medida é posta em causa judicialmente com fundamento na violação do princípio da igualdade, ainda que essa medida não faça parte de uma política na qual o princípio se aplique expressamente. O princípio funciona, então, não como auxílio à prossecução de objectivos europeus, mas como limite à forma como esses objectivos podem ser prosseguidos.

O princípio tem ainda uma terceira *função autónoma*, enquanto princípio geral de direito europeu. Foi esta a função que conheceu maiores desenvolvimentos nas últimas décadas, nomeadamente por um processo de alargamento e aprofundamento<sup>343</sup> do mesmo, por vezes apelidado de “constitucionalização” do princípio<sup>344</sup>.

Neste sentido, verificou-se uma evolução do próprio princípio da lógica de integração dos mercados para justificações mais autónomas, com o seu reconhecimento por parte do tribunal como um dos princípios gerais de direito europeu, fundamento para decisões judiciais com conteúdo que vai para além da intervenção mínima exigida por aquele *rationale económico*<sup>345</sup> e que assume uma especial relevância jurídica enquanto critério de legalidade de outras normas.

A verdade, porém, é que, relativamente à não discriminação com base na nacionalidade existe ainda uma relação forte com o objectivo de integração de mercados, exigindo a

---

<sup>342</sup> Para um tratamento sistemático e completo da diferenciação entre o princípio da igualdade e a proibição de não discriminação, salientando que, por vezes, o princípio da igualdade material se efectiva através da discriminação, ver por todos Martins 2010, 51 e ss.

Martins A. M. Guerra (2010). *A Igualdade e a Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia*. Coimbra, Almedina.

<sup>343</sup> É o processo de “widening and deepening” que, embora à partida se poderiam pressupor movimentos contraditórios, se vieram, afinal, a revelar reforçantes. Cfr. Bell 2011.

<sup>344</sup> O termo “constitucionalização” tinha já sido utilizado por More 1999.

<sup>345</sup> Para uma análise mais aprofundada do processo de alargamento do conteúdo do princípio da igualdade ver, por exemplo, Waddington 2003, 11.

Waddington 2003, *The expanding role of the equality principle in European Union Law*, Policy Papers (Series on Constitutional Reform of the EU) 2003/2004 (European University Institute, 2003), 11.



convocação do princípio ainda uma conexão com as liberdades de circulação. Nesta matéria, então, a função primordial do princípio da igualdade continua a ser instrumental<sup>346</sup>.

De facto, parece que, relativamente a este aspecto do princípio da igualdade, se mantém ainda preponderante o papel de *unificador de mercado*<sup>347</sup> do princípio, cuja aplicação visa restringir actos dos estados membros que possam, de alguma forma, impedir o acesso aos mercados nacionais, sem ser necessária a criação de mercados regulados de forma uniforme. Este conteúdo específico do princípio foi sendo desenvolvido pelos tribunais (de justiça e nacionais), que construíram o conceito de “direitos de acesso aos mercados” no âmbito de processos promovidos pelos próprios agentes privados<sup>348</sup>.

Saliente-se, nesta matéria, que este papel do princípio da igualdade de tratamento se enquadra na visão ordoliberal de constituição económica<sup>349</sup>, que visa fundamentalmente, como vimos, a protecção da liberdade individual e da estrutura concorrencial dos mercados na Europa.

É, pois, no quadro desta tríplice função do princípio da igualdade que nos encontramos, igualmente, em matéria de compras públicas. Ver onde é que o Kunzlik (acho que é ele) relaciona a não inclusão das externalidades com a questão de a Comissão entender que são medidas regulatórias. É que com a alteração das directivas esse argumento perde sentido. Tenho ideia que é relevante.

De facto, e por um lado, é consensual que as directivas expressamente reconhecem a aplicabilidade do princípio da igualdade com o seu conteúdo mais alargado de princípio geral do direito ou princípio “constitucional”, que visa assegurar a igualdade de tratamento independentemente da garantia de não discriminação em função da

---

<sup>346</sup> Nas palavras de Bell, “the instrumental nature of EU law on nationality discrimination tends to detach it from the familiar concepts of anti-discrimination law. (...) This contrasts starkly with the EU legislation on other forms of discrimination, such as sex and ethnic origin”. Cfr. Bell 2011, 614.

<sup>347</sup> Tradução nossa do original de Gillian More “the market-unifying role of equal treatment”. Para além deste, a autora salienta outros dois papéis atribuídos ao referido princípio da igualdade, em consonância com as funções do princípio que descrevemos: o papel *regulatório* (“the regulatory role of equal treatment”), que corresponderia à chamada “integration via intervention” e o papel *constitucional* do mesmo (“the constitutional role of equal treatment”), que vimos ter sido o campo de maiores desenvolvimentos jurisprudenciais e doutrinários na matéria nos últimos anos. Para mais desenvolvimentos acerca destes três papéis do princípio. Cfr. More 1999, 517 e ss.

<sup>348</sup> Poiares Maduro salienta a importância do papel do agente de mercado litigante no desenvolvimento e legitimação da Constituição Económica Europeia.

<sup>349</sup> Para uma perspectiva crítica, salientando a complexidade do desenho constitucional que medie os compromissos necessários entre objectivos regulatórios nacionais legítimos e a visão de um mercado supra-nacional unificado, ver More 1999, 529.

nacionalidade.

Todavia, e por outro lado, já relativamente aos contratos fora do âmbito da regulação das directivas a questão não apresenta uma resposta unânime. Cuidando o presente trabalho especialmente dos contratos no âmbito das directivas europeias, não podemos, no entanto, deixar de analisar, ainda que de forma sumária, os principais argumentos apresentados.

Estando os contratos de concessão fora do âmbito de aplicação das directivas de 2004 e dada a sua especial importância nos vários estados membros, é natural que tenha sido relativamente a estes que a questão se tenha colocado com maior acuidade.

Em 2000, antes ainda da reforma que viria a ser realizada em 2004, a Comissão publicava a *Comunicação Interpretativa sobre as Concessões em Direito Comunitário*<sup>350</sup> na qual salientava que, com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça que reconhecia o princípio da igualdade de tratamento enquanto princípio geral de direito comunitário, do qual a interdição de discriminação em função da nacionalidade é apenas uma expressão específica, todos os contratos de concessão deviam respeitar o princípio, nomeadamente na sua formulação mais alargada que exige que não se tratem de forma análoga situações diversas a menos que a diferença de tratamento se justifique por razões objectivas.

Este entendimento permitia à Comissão concluir que também nos contratos de concessão *i)* “as regras do jogo devem ser conhecidas por todos os potenciais concessionários e devem aplicar-se de igual forma a todos eles”, *ii)* “que todas as propostas sejam conformes com as prescrições do caderno de encargos”, *iii)* que as alterações às propostas iniciais não possam ser tomadas em consideração, *iv)* que “o procedimento de comparação das propostas deve pois respeitar, em todas as suas fases, tanto o princípio de igualdade de tratamento dos concorrentes como o da transparência, a fim de que todos os concorrentes disponham das mesmas possibilidades na formulação dos termos das suas propostas” e *v)* que “a escolha do ou dos candidatos deve processar-se com base em critérios objectivos (...) e de maneira objectiva”<sup>351</sup>.

Este entendimento da Comissão viria a ter suporte por parte do Tribunal de Justiça em 2005, no acórdão *Parking Brixen*, no qual o Tribunal reconhece expressamente que “o

---

<sup>350</sup> Comissão 2000, em especial ponto 3.1.1  
Comissão Europeia 2000,....., J.O.C.E. C 121/2 em 29/04/2000.

<sup>351</sup> Comissão 2000, 6 e 7.

princípio de igualdade de tratamento entre concorrentes se aplica a concessões de serviços públicos, mesmo na ausência de discriminação em razão da nacionalidade”<sup>352</sup>.

Desta forma, concretizaram a Comissão e o Tribunal uma vez mais a *vis expansiva* dos princípios de direito europeu que referimos já, agora relativamente ao princípio da igualdade de tratamento.

Tal como aconteceu relativamente à obrigação de transparência, também no que toca ao princípio da igualdade de tratamento as vozes críticas ecoaram um pouco por toda a Europa, dando lugar a uma esgrima de argumentos com sentidos diversos e justificações também elas diferentes.

Podemos, de forma um tanto redutora mas que pensamos não inexacta, reduzir as posições a dois tipos: as que apoiam o entendimento segundo o qual o princípio da igualdade de tratamento na sua fórmula mais alargada (quer dizer, na sua função instrumental e na sua função autónoma), sendo princípio geral de direito europeu, se aplica igualmente aos procedimentos de contratação não abrangidos pelas directivas, por um lado; e as que defendem, ao contrário, que não. Começemos por estes últimos argumentos, que podem, por sua vez, reconduzir-se a dois tipos.

Em primeiro lugar, o de que, embora admitindo a existência do princípio geral de igualdade de tratamento no direito europeu, salienta que as obrigações específicas que decorrem desse princípio são impostas pelas directivas<sup>353</sup>. Nessa medida, o princípio que as fundamenta decorre, não do Tratado, mas das próprias directivas, sendo, então, aplicável apenas no seu âmbito de aplicação<sup>354</sup>. O princípio geral de direito europeu teria, então, duas funções principais em matéria de contratação pública em geral: uma função auxiliar em sede de interpretação das normas existentes e de preenchimento de lacunas legais e uma função autónoma enquanto base para futuras reformas no regime legal vigente<sup>355</sup>.

---

<sup>352</sup> Acórdão Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG, de 13.10.2005, P. C-458/03, parág. 48.

<sup>353</sup> Para desenvolvimentos desta linha de argumentação ver, por exemplo, Braun 2000.

<sup>354</sup> Nesse sentido conclui Braun que “It is submitted that the assumption made by the Commission is erroneous; the positive effects of the fundamental procurement principles of equality and transparency are embodied in the directives and cannot be imported into the Treaty.” Cfr. Braun 2000, 46.

<sup>355</sup> “It is submitted that the principles may, first, operate as an invaluable aid to interpreting the detailed rules and in particular in filling the gaps between the express provisions of the directives. Another important purpose of broad principles is that they allow for flexibility where the complex and detailed rules of the directives cannot cope with the problems posed by a continually changing procurement environment”. Cfr. Braun 2000, 48.

Este argumento tem, no entanto algumas limitações, especialmente em face dos desenvolvimentos jurisprudenciais mais recentes da corte do Luxemburgo como o supra referido acórdão *Parking Brixen*. Por outro lado, o argumento sofre ainda de uma falha de sentido: na verdade, ou se admite o princípio de igualdade enquanto princípio geral de direito europeu ou não. Como a última hipótese não parece de todo defensável, então, não há como negar que, sendo um princípio geral, ele será aplicável em todas as matérias normativamente relevantes para o direito europeu, entre as quais se inclui, naturalmente, a contratação pública.

Assim, entre os que defendem uma distinção entre o princípio da igualdade enquanto princípio da contratação e enquanto princípio geral de direito, uma outra linha de argumentação tem hodiernamente mais peso. Salienta-se nesse sentido que há uma diferença entre as obrigações decorrentes do princípio da igualdade impostas pelas directivas (que garantem a igualdade de tratamento não apenas com referência à nacionalidade) e aquelas que decorrem do Tratado, nos termos do qual o princípio da igualdade se densifica em matéria de construção do mercado interno apenas nas normas que garantem a não discriminação em razão da nacionalidade, isto é, nas liberdades de circulação, que proíbem qualquer discriminação, directa ou indirecta, que possa afectar o comércio entre os estados membros<sup>356</sup>. O entendimento em sentido diverso implicaria, de resto, o esvaziamento de sentido da discussão em torno da diferença entre medidas discriminatórias (e, dentro destas, entre as directamente discriminatórias e aquelas que o são apenas indirectamente) e não discriminatórias, fazendo assentar o critério apenas na restrição do acesso aos mercados, o que não é considerado aceitável<sup>357</sup>.

Isso mesmo terá sido reconhecido pelo Tribunal de Justiça no recente acórdão *Strong Segurança*, marcando, assim, uma viragem daquele Tribunal num sentido mais ortodoxo ou menos intrusivo (tal como, de resto, vimos acontecer igualmente quanto às obrigações de transparência impostas directamente pelo Tratado).

---

<sup>356</sup> Nas palavras de Arrowsmith, “The free movement provisions do not in fact prohibit all unjustified differentiation, rather than just differentiation on nationality grounds. Whilst the CJ has recognized equal treatment as a fundamental principle of EU law, it has not stated that there is a requirement for equal treatment in all situations, as opposed to in situations covered by specific EU provisions on the grounds referred to in those specific provisions”. Cfr. Arrowsmith 2014, 263.

Ver neste sentido os argumentos desenvolvidos por Arrowsmith 2014, 262 e ss, Arrowsmith e Kunzlik 2009, 85 e ss ou, embora algo desactualizados relativamente à mais recente jurisprudência, por Krugner 2003.

<sup>357</sup> Para um desenvolvimento desta problemática no âmbito específico da contratação pública ver Arrowsmith e Kunzlik 2009, 56 e ss.

Sendo assim, o Tratado proíbe apenas as medidas directamente discriminatórias (todas) e aquelas medidas que, sendo indirectamente discriminatórias, constituam um obstáculo ao acesso aos mercados. O que deixa fora do controlo pelo juiz europeu medidas que, embora tenha um impacto mais relevante relativamente a produtos importados, não sejam passíveis de constituir um obstáculo ao acesso aos mercados – é a teoria que defende as chamadas “excluded buying decisions” que, por definirem elas próprias o mercado criado, não limitam o acesso ao mesmo, teremos oportunidade de nos debruçar com mais detalhe no ponto ....

A conclusão que se retira destes argumentos será, então, a de que em matéria de compras públicas o princípio geral da igualdade de tratamento tem apenas uma *função instrumental* enquanto garante da integração dos mercados europeus ou, dito de outra forma, assume apenas o papel de *unificador de mercado* que referimos supra.

Vimos, no entanto, atrás que este papel de unificador de mercado fundamenta um alargamento do princípio da igualdade no sentido de passar a garantir, mais do que a mera não discriminação, o livre acesso aos mercados e a não restrição do comércio entre os estados membros (integration from below). Quer dizer, a distinção que se apresenta como fundamental é menos entre medidas discriminatórias e não discriminatórias e mais entre medidas que não restringem os mercados e medidas que os restringem, devendo estas últimas encontrar uma justificação legalmente admissível nos termos do Tratado, justificação essa que poderá ser sempre sindicável pelo juiz europeu.

Não ignorando esta evolução jurisprudencial, esta perspectiva defende que é necessário que se estabeleça uma diferenciação entre as medidas (indirectamente discriminatórias ou não discriminatórias) especificamente em causa, nomeadamente entre *i*) medidas que se relacionem com a actividade de comprador da entidade adjudicante<sup>358</sup> (enquadradas como decisões de compra) que, não sendo consideradas entrave ao comércio entre os

---

<sup>358</sup> E que passam, entre outras, pela definição da necessidade a satisfazer, pela forma como a entidade adjudicante pretende ver essa necessidade satisfeita, pela definição de quais os requisitos funcionais a exigir pela entidade adjudicante, pela correspondência desses requisitos a características específicas dos produtos ou serviços a adquirir e pela própria forma como essas várias exigências funcionais são valoradas pela entidade adjudicante. Cfr. Arrowsmith 2014, 257, Kunzlik 2013 ou Arrowsmith e Kunzlik 2009....

Note-se que os autores qualificam como decisões de compra excluídas ao controlo jurisdicional porque isentas de necessidade de justificação o que (ou pelo menos uma parte) se designa habitualmente por definição do objecto do contrato, das especificações técnicas e dos critérios de adjudicação, que seriam “what to buy decisions” por oposição às “access to market decisions”. Cfr. Kunzlik 2013.

estados membros<sup>359</sup>, não necessitam de justificação e *ii*) medidas em que a mesma assuma um papel de regulador de mercado<sup>360</sup> (que se destinem a mais do que um contrato específico ou que digam respeito a exigências para além daquelas características dos produtos que possam determinar as suas características funcionais) que devem ser tratadas como qualquer outra medida de carácter regulador, necessitando, por isso, de ser justificadas<sup>361</sup>.

Há, no entanto, argumentos que podem ser convocados para fundamentar uma perspectiva diversa.

O primeiro prende-se desde logo com um ponto hoje incontroverso: o princípio da igualdade é um princípio geral de direito europeu e o seu conteúdo tem vindo a alargar-se, por um lado, e a aprofundar-se, por outro.

Se, por um lado, o alargamento tem levado à sua aplicação em domínios cada vez mais abrangentes, o seu aprofundamento fez com que se tornasse um dos chamados princípios “constitucionais” europeus, funcionando, mais do que como mero auxílio a objectivos europeus ou como limite à prossecução desses objectivos europeus (função instrumental e função mediadora), como verdadeiro objectivo autónomo que justifica acção legal do legislador europeu e que enquadra de sentido toda o normativo de direitos europeu em geral.

Salienta-se muitas vezes a este propósito a importância assumida pelo princípio da igualdade enquanto ligado à própria ideia de justiça e dignidade humana, constituindo uma dos pilares de todos os sistemas democráticos dos estados membros<sup>362</sup>. Terá sido essa importância que justificou a própria jurisprudência do Tribunal de Justiça que reconheceu o princípio da igualdade para além do específico conteúdo das normas do Tratado<sup>363</sup>, isto é, com um conteúdo supra-positivo.

---

<sup>359</sup> “Such decisions establish the market rather than restrict access to it, and thus are not hindrances to trade. Alternatively, it could be said there is no discrimination or unequal treatment, since suppliers who cannot meet a procuring entity’s functional requirements or preferences are not in a position that is comparable with the position of those who can”. Cfr Arrowsmith 2014, 257.

<sup>360</sup> Como sejam todos os critérios não relacionados com cumprimento do contrato, critérios que imponham especiais condições relativas à mão de obra a utilizar, critérios relativos aos concorrentes e, eventualmente, alguns critérios relativos à produção, entrega ou eliminação em fim de vida dos produtos a adquirir, bem como, é claro, todos os critérios que tenham motivos proteccionistas na sua base. Cfr. Arrowsmith 2014, 261.

<sup>361</sup> Arrowsmith e Kunzlik 2009, 71.

<sup>362</sup> Para uma análise das raízes históricas e culturais do princípio ver por exemplo, Tridimas 2006, 59 e ss.

<sup>363</sup> Como salienta Takis Tridimas, “Although certain provisions of the Treaty provide for the principle of equal treatment with regard to specific matters, the Court has held that the principle of equality is a

Não espanta, pois, que a densificação desse princípio se faça de forma não muito diversa a nível europeu do que a nível nacional<sup>364</sup>. Nas palavras do Advogado-Geral Jacobs, “the right to equal treatment irrespective of nationality is one of the most important rights provided for by substantive community law. Indeed it has been suggested that the entire EC Treaty is simply the principle of equal treatment for nationals ‘Writ Large’”<sup>365</sup>.

De facto, mais do que garantir um específico conteúdo da igualdade, o Tribunal de Justiça tem mantido uma posição neutra relativamente ao princípio da igualdade, que será, assim, melhor definido pela negativa, enquanto garantia de que nem as instituições comunitárias nem os Estados membros<sup>366</sup> tratarão de forma diversa situações semelhantes (ou da mesma forma situações diversas) sem uma justificação aceitável tendo em vista os objectivos legítimos dessas instituições e das autoridades nacionais<sup>367</sup>. O princípio da igualdade implica, assim, a proibição do arbítrio, a proibição da discriminação e a obrigação de diferenciação<sup>368</sup>.

Introduzir McCrudden: não distinguindo igualdade de não discriminação, identifica 4 sentidos do princípio no direito europeu: igualdade como racionalidade, como protectora de direitos, como impedimento ao estado de prejuízo/desvantagem que decorre da discriminação com fundamento em certas categorias e como promoção pro-activa da igualdade de oportunidades entre grupos particulares.

O princípio da igualdade justifica, para além disso, a própria regulação comunitária em matéria de contratação pública: na verdade, as várias directivas europeias na matéria respondem a uma necessidade de harmonização por forma a eliminar as desigualdades criadas pelas disparidades entre legislações, procedimentos e práticas nacionais com

---

general principle of law to be observed by any court of which those provisions are merely specific expressions”. Cfr. Tridimas 2006, 61. Para um desenvolvimento sobre os possíveis motivos que podem justificar este entendimento jurisprudencial ver Tridimas 1997, 215 ou 2006, 62.

Tridimas T.. “The Application of the Principle of Equality to Community Measures”. Dashwood e O’Leary (eds). *The Principle of Equal Treatment in E.C. Law*. Sweet and Maxwell, Londres

<sup>364</sup> Moniz 2015, ????

<sup>365</sup> Cfr. Jacobs 1997, 1.

Jacobs F. G. (1997) “An Introduction to the General Principle of Equality on EC Law”. Dashwood e O’Leary (eds). *The Principle of Equal Treatment in E.C. Law*. Sweet and Maxwell, Londres.

<sup>366</sup> Embora se reconheça, como é claro, que o controlo por parte do juiz europeu é diverso caso se trate de medidas de instituições europeias ou de entidades nacionais.

<sup>367</sup> Cfr. Tridimas 1997, 215; Jowell 1994, 7.

Jowell 1994. “Is Equality a Constitutional Principle?”. *Current Legal Problems*. 47, 1, 4 e ss.

<sup>368</sup> Moniz, 2015, ????

vista a garantir a igualdade de oportunidades e de tratamento entre todos os operadores potencialmente interessados em participar<sup>369</sup>.

Não se negará certamente que, em matéria de contratação pública, o princípio surge mais na sua função instrumental de garante da integração dos mercados europeus. Todavia, não será menos certo que essa integração se baseia em mais do que a mera garantia da não discriminação em razão da nacionalidade: mesmo no âmbito das suas origens mais económicas, o princípio da igualdade serve para garantir a integração dos mercados e o seu funcionamento em termos concorrenciais<sup>370</sup>. É, então (e uma vez mais) a garantia da estrutura concorrencial dos mercados que justifica que, mesmo enquanto instrumento de integração dos mercados, o princípio assuma um conteúdo para além da proibição de discriminação em razão da nacionalidade<sup>371</sup>.

Em matéria de contratação pública fora do âmbito das directivas<sup>372</sup>, e especificamente quanto à questão da inclusão de considerações ambientais no objecto do contrato, nas especificações técnicas ou nos critérios de adjudicação, não podemos, assim, afirmar peremptoriamente que não existe um princípio geral de direito europeu que as entidades adjudicantes devem respeitar sempre que o contrato seja susceptível de revelar interesse transfronteiriço<sup>373</sup>. Além disso, não nos parece tão pouco prudente, face à mais recente jurisprudência do Tribunal de Justiça, afirmar que a única diferenciação proibida é a que

---

<sup>369</sup> Para um desenvolvimento do argumento ver em especial Viana ....

<sup>370</sup> Como notava o Advogado-Geral Tesouro já em 1977, “estabelecer regras diversas para situações análogas não só se traduz numa desigualdade perante a lei, mas implica, além disso, inevitavelmente, distorções de concorrência de todo irreconciliáveis com a filosofia de fundo do mercado comum”. Cfr. Caso C-63/89, *Assurances du Crédit* contra Conselho das Comunidades Europeias e Comissão das Comunidades Europeias, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61989CC0063&qid=1447074700727&from=PT> (último acesso 9-11-2015)

<sup>371</sup> A jurisprudência do Tribunal de Justiça relativamente ao alargamento das liberdades de circulação no sentido da proibição de medidas não discriminatórias é vastíssima. Salientamos, no caso, dois acórdãos percursos no que diz respeito à liberdade de prestação de serviços: acórdão de 1991 *Stäger* no processo C-76/90, Colect. pag. 4239 e Acórdão de 1995 *Alpine Investments BV* no processo C-384/93, Colect. pag. 1167.

Note-se que este alargamento do conteúdo e alcance do princípio da igualdade é ainda mais notório quanto à liberdade de circulação de pessoas, matéria relativamente à qual é entendido que a proibição de discriminação daí resultante não tem como único objectivo o mercado interno, antes encontrando a sua motivação em considerações cujo *telos* último se encontra na manutenção da paz e estabilidade na Europa. Nesse sentido, de Búrca 1997, 27.

<sup>372</sup> Sobretudo para contratos abaixo dos limiares das mesmas, agora que a Directiva 2014/23 regula em termos expressos os procedimentos relativos a contratos de concessão.

<sup>373</sup> Como aparentemente defendido por Braun 2000, 47.



tenha por referente a nacionalidade<sup>374</sup>.

O princípio da igualdade, em conexão estreita com o princípio da concorrência, exige, pois, que os procedimentos de contratação pública realizem um chamamento aberto à concorrência, ao mercado, de todos os potenciais interessados, por um lado, e garantam a igualdade de tratamento de todos os participantes, por outro<sup>375</sup>.

É claro que, quando se admite a igualdade substantiva enquanto princípio geral de direito europeu, não significa que as entidades adjudicantes estejam proibidas ou sequer que tenham que justificar todos os elementos das suas escolhas que possam, de alguma forma, diferenciar ou eliminar concorrentes. A verdade é que é precisamente o objectivo dos procedimentos de contratação eliminar todos os concorrentes até restar só um deles, a quem o contrato é adjudicado.

Nesse aspecto, podemos dizer que quando a entidade adjudicante define o que quer comprar, isto é, define a sua necessidade e a sua função de utilidade (quais as características funcionais do bem ou serviço que deseja adquirir e qual a importância relativa que atribui a cada uma delas), está a definir o mercado e não a restringir a concorrência que nele se vai estabelecer.

Nessa medida, as entidades adjudicantes poderão definir os objectivos ambientais que desejam alcançar e as específicas características funcionais dos produtos que os asseguram. O facto de nem todas as empresas estarem em condições de cumprir tais requisitos ou de nem todas os cumprirem da mesma forma não significa uma discriminação proibida pelo direito europeu. Todavia, tal não significa que as entidades gozem de uma liberdade absoluta na definição do conteúdo específico do objecto do contrato e, principalmente, das especificações técnicas e dos critérios de adjudicação definidos: a subordinação dos estados membros e das entidades adjudicantes aos princípios gerais de direito europeu sempre exigirá o respeito pelo princípio da

---

<sup>374</sup> Na expressão de Krugner, "The principle of equality applies also in these cases. This application is, however, limited to the enunciation of non-discrimination on grounds of nationality". Cfr. Krugner 2003, 188.

<sup>375</sup> Nas palavras de Pedro Gonçalves, "A exigência de apelo à concorrência (...) em condições de igualdade decorre (...) da sua vinculação ao princípio da igualdade: a outorga de cada contrato constitui um facto único, que não se repete e, portanto, não se pode replicar para outras empresas, razão por que a "chance" de acesso ao mesmo não pode deixar de ser oferecida a todos os eventuais interessados". Cfr. Gonçalves 2013, 387.

igualdade<sup>376</sup>.

Não significa isto, é certo, fazer aplicar as regras procedimentais que garantem o respeito pelo princípio da igualdade nas directivas aos contratos não abrangidos pelas mesmas<sup>377</sup> – o caso, não será, de resto, diverso do que vimos já relativamente ao princípio da transparência. Todavia, não pode, em nosso entender, tão pouco significar que o conteúdo do princípio da igualdade tal como é reconhecido pelo Tribunal de Justiça (que, como vimos, alargou o âmbito de aplicação do mesmo para além da letra dos Tratados) deve ser, em matéria de contratação pública, reduzido a uma das suas específicas manifestações, a não discriminação em razão da nacionalidade.

Assim, e embora não estejam as entidades adjudicantes, no caso de contratos excluídos do âmbito das directivas, obrigadas a respeitar todas as regras e obrigações positivas que decorrem da legislação secundária, deverão as mesmas respeitar o princípio da igualdade na sua forma mais geral de proibição do arbítrio<sup>378</sup>. Relativamente à concretização de preocupações ambientais nos procedimentos de adjudicação, essa proibição do arbítrio exige, no mínimo, que as entidades especifiquem as características dos bens e produtos que realizam essas preocupações ambientais de forma não arbitrária, isto é, que essas especificações não sejam totalmente inadequadas para satisfazer essa necessidade.

Esta perspectiva, deve notar-se, não traz conclusões muito diversas das que sempre se poderiam retirar dos argumentos a favor das referidas “excluded buying decisions”: na verdade, em ambos os casos a introdução de critérios arbitrários deverá ser considerada contrária ao direito europeu. De facto, e tal como é reconhecido, no caso de os critérios excluírem concorrentes que apresentem produtos exactamente equivalentes em termos

---

<sup>376</sup> Com um argumento semelhante, embora relativamente a uma questão puramente nacional relativa à eventual imposição de soluções concorrenciais a contratos relativamente aos quais o CCP não se aplica, Pedro Gonçalves escreve que “não se trata de projectar para fora do âmbito do CCP os termos da incidência de um princípio nele consagrado; em vez disso, está apenas em causa retirar as devidas ilações da vinculação da Administração à Constituição e ao direito da União Europeia, e, em especial, ao princípio da igualdade e à proibição de discriminações”. Cfr. Gonçalves 2013, 444.

<sup>377</sup> Este é, de resto, o argumento seguido pelo Tribunal de Justiça no acórdão Strong Segurança, no qual o Tribunal, após reconhecer que a obrigação específica imposta pelo artigo 47.º, n.º 2 da Directiva 2004/18 não era aplicável ao contrato em questão, afirmou ainda que “Contudo, e em conformidade com a mencionada jurisprudência, *resta ainda analisar se*, no caso de um contrato com essas características revestir um interesse transfronteiriço certo, *pode decorrer da aplicação dos princípios gerais da transparência e da igualdade de tratamento uma obrigação como a prevista* no artigo 47.º, n.º 2, da Directiva 2004/18” (sublinhado nosso). Cfr. Acórdão Strong Segurança, parágrafo 38.

<sup>378</sup> Cfr. More 1999, 533.

materiais aos produtos aceites, sempre estaremos perante uma restrição ao comércio proibida nos termos do artigo 34.º TFUE.

Parece, então, que a questão é mais uma de semântica, sendo as conclusões necessariamente semelhantes: se para aquela teoria este tipo de critérios é ilegal porque configura uma restrição ao comércio, sempre poderemos salientar que ela constitui uma restrição ao comércio não permitida porque viola o princípio da igualdade. A esta conclusão chegamos igualmente pela análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça que admite a introdução de critérios ambientais nos procedimentos de contratação pública: de facto, e como salienta o Advogado-Geral Mischo no processo Concordia Bus, “resulta de jurisprudência assente que o princípio da igualdade de tratamento exige que situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de maneira idêntica, excepto se essa diferença de tratamento for objectivamente justificada” sendo que “no caso em apreço, as duas empresas só foram tratadas de maneira diferente porque não se encontravam em situações idênticas: uma delas estava em condições de propor o material pretendido e a outra não”.

O critério do respeito pelo princípio da igualdade apresenta, ademais, uma vantagem relativamente à teoria das decisões de compra excluídas, nomeadamente em relação aos critérios relativos, por exemplo, ao modo de produção dos bens (entre os quais se incluem aqueles relativos aos impactos ambientais durante a sua produção): este tipo de critérios, dificilmente enquadrável no conceito de decisão de compra excluída pode, no entanto, violar o princípio da igualdade, na medida em que discrimine com base em critérios arbitrários

De qualquer modo, o teste da justificação implica justificar porque é que se torna necessário tratar de forma diferentes coisas iguais, isto é, uma violação do princípio da igualdade no seu conteúdo mais alargado. A própria Arrowsmith e Kunzlik reconhecem isto...

O que fazem é dizer que, em certos casos, não há necessidade de fazer esse teste.

Mas também podemos ter uma outra explicação: na maioria desses casos os critérios passam o teste, na medida em que os critérios ambientais cumprem o princípio da igualdade (tratar de forma igual o que é igual...).

Depois de restringir a análise para os critérios ambientais, dizer que a questão passa,

então, não tanto por serem decisões de compra ou não, mas por violarem ou não o princípio geral da igualdade visto enquanto mera exigência de racionalidade (ver quem é que diz isto – acho que está na ficha de leitura).

Começar por explicar a evolução do próprio princípio. Em 1997 de Burca dizia que não era um pilar do direito europeu, assinalando três motivos, um dos quais a funções que o princípio serve (as duas primeiras existiam já, a última estava muito pouco desenvolvida); em 1999 Moore identifica três papéis do princípio. A constitucionalização do princípio é analisada em 2011 por Bell, que fala no seu alargamento, por um lado, e do seu aprofundamento, por outro.

A densificação do princípio da igualdade que o Tribunal faz hoje não é muito diversa da dos ordenamentos jurídicos nacionais: tratar de forma igual o que é igual...

Todavia, nas compras públicas, a questão não é, todavia, unânime: se relativamente aos contratos abrangidos pelas directivas não há dúvida de que a igualdade de tratamento encontra como referência não apenas a nacionalidade, já relativamente aos contratos não abrangidos a doutrina não é unânime

Arrowsmith, Kunzlik e Krugner dizem que o princípio do Tratado abarca só a proibição de discriminação em razão da nacionalidade

Outro autores e a Comissão Europeia entendem que a obrigação de igualdade de tratamento é mais abrangente do que a proibição de discriminação em razão da nacionalidade

Relativamente às directivas, parece certo que o princípio é abrangente. Isso é muito importante para o presente trabalho, especialmente no que se refere às especificações técnicas e aos critérios de adjudicação – se o princípio da igualdade impõe que se trate de forma igual o que é igual e de forma diversa o que não o é, parece que as entidades estarão impedidas de, quer seja por especificações técnicas, quer seja por critérios de adjudicação, tratar de forma diferente situações que o não são.

Não acho que a introdução de critérios ambientais seja uma limitação do princípio da igualdade. Se os critérios ambientais forem bem definidos, estamos a tratar de forma diversa uma realidade que também o é; o que violaria o princípio seria tratar de forma igual produtos/serviços que, na realidade, o não são (porque uns têm um maior impacto ambiental do que os outros).

Mas é muito importante que o que torna essa consideração incluída no conceito de igualdade é que aquilo que se distingue seja, de facto, distinto.

Concretamente, não podem as especificações técnicas e os critérios de adjudicação definir critérios ambientais que não correspondam a uma correcta distinção entre os produtos/serviços em causa. Por exemplo, não podem as especificações técnicas impor especificidades que não correspondam a uma diferença na performance ambiental dos produtos/bens. Isto é, não pode a justificação ambiental ser utilizada para afastar concorrentes ou dificultar a sua avaliação com base em critérios que não correspondam a uma efectiva diferença em termos de impacte ambiental dos produtos (por exemplo, escolhendo apenas algumas características ambientais, eventualmente menos significativas no impacto total do produto ou definindo algumas características como critérios de avaliação).

Esta questão está relacionada com uma outra, que é a do princípio da análise ecossistémica, que impõe que se avaliem e considerem todos os impactes, ou, pelo menos, os mais relevantes.

### 3. A revisão das directivas de 2014

#### 3.1. Enquadramento e objectivos

A pedido da Comissão, Mario Monti foi encarregue de preparar um Relatório que procurasse encontrar os pontos frágeis da construção do mercado único europeu e que propusesse algumas medidas no sentido de relançar e fortalecer este projecto basilar da construção europeia. O resultado foi o chamado Relatório Monti, publicado em Maio de 2010 que visa o que denomina por “uma nova estratégia para o mercado único”.

Identificados os problemas, o relatório estabelece uma tripla necessidade de acção: em primeiro lugar, iniciativas que visem a construção de um mercado único mais forte; em segundo lugar, medidas que promovam o consenso necessário em volta desse mercado único forte; por último, medidas que promovam esse mercado<sup>379</sup>.

---

<sup>379</sup> Monti 2010, 7.

Logo nas iniciativas propostas para o fortalecimento do mercado interno<sup>380</sup> encontramos algumas relativas ao potencial do mercado interno no sentido de fortalecer o crescimento sustentável e a transição para a eficiência energética e de gestão de recursos na economia europeia.

É aí realçada a importância da criação de um verdadeiro mercado energético interno, com vantagens claras em termos de bem-estar dos consumidores, por um lado, e garantindo a segurança e a continuidade de abastecimento energético à economia europeia como um todo, por outro. Para tal, será necessário fomentar a produção e uso de produtos e tecnologias com baixas emissões de CO<sub>2</sub>, bem como a melhoria em termos de eficiência na gestão dos recursos escassos naturais.

Para a prossecução destes objectivos, o relatório estabelece três recomendações: por um lado, regulamentação comunitária<sup>381</sup> em matéria de grandes projectos de infraestruturas<sup>382</sup> e que garanta a standarização de produtos e tecnologias “verdes”; em segundo lugar, e por forma a permitir a criação de um mercado único para os produtos “verdes”, o desenvolvimento de standards, quer relativos à avaliação da pegada ecológica dos produtos, quer no que diz respeito à eficiência energética dos mesmos; por último, a utilização proactiva da política de concorrência no sentido de criar o ambiente favorável à introdução no mercado destas mesmas tecnologias/produtos.

Seguidamente são analisadas as medidas identificadas nas consultas públicas efectuadas e que visam a garantia de um consenso político em volta do projecto de construção do mercado europeu. Nelas encontramos claramente a indicação para a integração dos “objectivos horizontais” na política de compras públicas.

De facto, após salientar que o processo de revisão das Directivas de 2004 foi, em muito, resultado de pressões, quer da sociedade em geral, quer de organizações públicas regionais ou locais dos vários Estados membros, o Relatório reconhece a necessidade de, a par com a simplificação e modernização do regime, melhor integrar objectivos ditos de “políticas horizontais”, nos quais se incluem as ambientais, na política geral de

---

<sup>380</sup> Previstas no Capítulo 2.

<sup>381</sup> A este respeito é assinalado o risco da “renacionalização” das políticas energéticas com a fragmentação pelos estados membros de programas visando a promoção da produção e consumo de energias renováveis. Cfr. Monti 2010, 48.

<sup>382</sup> Projectos esses a que deve ser garantido financiamento comunitário, sendo estimada em cerca de 50 biliões de euros a necessidade de investimento a nível europeu nos próximos dez anos. Cfr. Monti 2010, 49.

compras públicas comunitária. Os mercados públicos, até pelo peso que têm em determinados mercados concretos, revelam-se fundamentais para fomentar o desenvolvimento de novos produtos e tecnologias mais sustentáveis, com maior eficiência energética e que promovam uma mais eficiente gestão de recursos. Ao mesmo tempo que estimulando a investigação e desenvolvimento, tais políticas de compras públicas poderiam promover a coesão social e auxiliar no combate ao desemprego de longa duração em todo o território comunitário.

É, de resto, nesta área que o relatório apresenta a recomendação mais controversa: é sugerida a inclusão no texto das novas directivas de *critérios obrigatórios* para as entidades adjudicantes em matéria ambiental e social, critérios esses cuja operacionalização seria remetida para legislação secundária<sup>383</sup>. Esta hipótese seria, como veremos, estudada pelos serviços da Comissão aquando da preparação da proposta de revisão das directivas.

Simultaneamente, e ainda em 2010, a Comissão Europeia anunciou a chamada *estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*<sup>384</sup>.

Este documento pretende traçar a visão da Comissão para o que se pretende que seja a Europa na próxima década, indicando as principais limitações actuais, as potencialidades das economias europeias e as grandes linhas orientadoras da política comunitária (e nacional).

Como o próprio nome indica, procura-se relançar o crescimento da economia europeia, mas não um crescimento qualquer: ao contrário, salienta-se que o que se pretende não é um crescimento *ad hoc*, sem qualquer planeamento e estratégia, e sim um “crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”. Vemos como a Comissão perspectiva neste documento qual deve ser o rumo da economia europeia, qual o modo segundo o qual se pretende promover o crescimento. É claro que esta estratégia tem implicações transversais em toda a economia europeia, quer ao nível geográfico, quer a nível sectorial. Ela afecta todos os operadores económicos e, mais do que isso, todos os cidadãos europeus.

Esse crescimento desejado é definido por três prioridades: “desenvolver uma economia baseada no conhecimento e na inovação, promover uma economia mais eficiente em

---

<sup>383</sup> Monti 2010, 78.

<sup>384</sup> Comunicação Da Comissão, COM (2010) 2020 final, de 3 de Março de 2010.

termos de utilização dos recursos, mais ecológica e mais competitiva e fomentar uma economia com níveis elevados de emprego que assegura a coesão social e territorial”<sup>385</sup>. Salienta ainda a Comissão que estas prioridades apresentam um elevado grau de interdependência, na medida em que são verdadeiras condições de recíproca viabilidade. Com base nestas prioridades, a Comissão apresenta cinco grandes objectivos para a União em termos de emprego, investimento em I&D, alterações climáticas e política energética, escolarização dos indivíduos e redução da pobreza.

Cada uma das prioridades é seguidamente subdividida nas chamadas iniciativas emblemáticas que, vinculando simultaneamente a UE e os Estados Membros, “visam estimular os progressos no âmbito de cada tema prioritário”<sup>386</sup>.

Esta grande estratégia europeia seria depois desenvolvida para cada país, atentas as respectivas particularidades, com enquadramentos específicos, metas quantificadas e acompanhamento permanente.

A estratégia Europa 2020, que envolve igualmente o Parlamento Europeu<sup>387</sup>, foi aprovada pelo Conselho Europeu em 17 de Junho de 2010.

O desenvolvimento de uma política (concertada) em termos de compras públicas estratégicas aparece como instrumento realçado para facilitar dois dos três grandes objectivos, o crescimento inteligente e sustentável.

No quadro do chamado *crescimento inteligente*, a contratação pública é referida no âmbito da iniciativa “*uma União da inovação*”, cujo objectivo se prende com o desenvolvimento da I&D e da inovação na Europa, por forma a dotar a economia em

---

<sup>385</sup> Comissão 2010, 5.

<sup>386</sup> Comissão 2010, 5.

<sup>387</sup> Embora, como é salientado na Resolução do Parlamento Europeu de 16 de Junho de 2010, o próprio Parlamento lamente o facto de não ter tido um papel mais activo no processo de elaboração da Estratégia Europa 2020. De facto, nesse documento são apresentadas uma série de críticas a determinados aspectos da referida estratégia, quer quanto ao modo com foi definida, quer relativas a aspectos mais substanciais.

A crítica mais forte é precisamente a relativa a objectivos ambientais, entendendo o Parlamento que os objectivos definidos são claramente insuficientes. Apela-se a uma política ambiental mais vigorosa, com metas ambiciosas e que prepare a economia europeia para a necessidade de garantir a eficiência na utilização dos recursos, uma política energética integrada (relativamente ao exterior), o desenvolvimento de fontes de energia renovável e processos de produção sustentáveis.

Mas o Parlamento salienta igualmente a importância que as compras públicas têm para promover o desenvolvimento de tecnologias verdes. A este respeito, *apela às entidades comunitárias e nacionais no sentido de aproveitar todas as potencialidades que este instrumento oferece*. Cfr. Parlamento Europeu 2010, Resolução de 16 de Junho de 2010, ponto 33 disponível em versão inglesa em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2010-0223+0+DOC+PDF+V0//EN> (último acesso em 16/11/2015)



geral e as empresas em particular de meios de competir nos mercados internacionais, cada vez mais competitivos, em que, por isso, a inovação se revela cada vez mais essencial. Esse esforço passará por investimento em empresas, instituições e nas próprias pessoas. É no quadro do apoio às empresas, nomeadamente à inovação por parte das empresas, que surge a referência aos contratos públicos como exemplo de utilização das chamadas políticas de estímulo à procura<sup>388</sup>.

Os contratos públicos surgem aqui, então, como forma de as entidades públicas (comunitárias, nacionais ou regionais) garantirem um estímulo em termos de procura necessário a que as empresas se sintam encorajadas a investir em produtos/serviços inovadores<sup>389 390</sup>. Para tal será necessário, como a própria Comissão admite, encontrar um quadro regulatório que, ao mesmo tempo que garante o respeito pelos princípios fundamentais da ordem jurídica comunitária da igualdade, não discriminação e transparência, assegure ao mesmo tempo uma estabilidade do mercado e transmita segurança às empresas inovadoras. Salienta ainda a Comissão o enorme esforço que é

---

<sup>388</sup> Comissão 2010, 15.

<sup>389</sup> Saliente-se que a importância das compras públicas no reforço das capacidades inovadoras das empresas europeias é desde há muito reconhecido pela Comissão que, já em 2007, numa sua Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, realçava a importância dos chamados acordos pre-comerciais para garantir uma base sólida de I&D nas empresas europeias, apoiadas em garantias das entidades adjudicantes e, conseqüentemente, para estimular a inovação.

Esta inovação com base pública pode, posteriormente, ser “exportada” para o sector privado. São desse processo exemplo a tecnologia da Internet, o GPS ou importantes inovações na tecnologia dos semicondutores, mas são igualmente exemplos algumas importantes inovações em matéria de eficiência energética a nível dos transportes públicos. Cfr. Comissão 2007.

, *Communication from the commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and social Committee and the Committee of the regions, Pre-Commercial Procurement: Driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe*, disponível em [ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/fp7/ict/docs/pcp/pcp-brochure\\_en.pdf](ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/fp7/ict/docs/pcp/pcp-brochure_en.pdf) (último acesso em 16/11/2015).

<sup>390</sup> Diverso do referido PCP (Pre-commercial Procurement) é o chamado PPI (Public Procurement of Innovation). De facto, enquanto o primeiro diz respeito a contratos públicos em que o que se procura é precisamente a solução inovadora para uma determinada necessidade, no segundo tipo estamos a falar de contratos que visam trazer para o mercado, em escala, soluções (inovadoras) já existentes mas ainda em fase embrionária. Podemos assim dizer que um começa onde o outro termina – o PPI tem por função trazer para os mercados reais produtos inovadores (eventual, mas não necessariamente) nascidos de um processo de PCP.

A Comissão tem vários programas de co-financiamento dos dois tipos de projectos, com informações detalhadas em [http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home\\_en.html](http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home_en.html) (último acesso em 16/11/2015).

Relativamente ao PPI, saliente-se que faz parte do programa I3S, correspondendo ao compromisso 19, no qual se define como objectivo mínimo a criação de mercados públicos de produtos inovadores de, pelo menos, 10 biliões de euros anuais a nível europeu. Cfr. <http://i3s.ec.europa.eu/commitment/21.html> (último acesso em 16/11/2015).

necessário realizar nesta matéria em termos de investimento em inovação, remetendo para os números na matéria de países como os EUA ou o Japão<sup>391</sup>.

Os contratos públicos, especialmente em áreas onde os mercados públicos representam uma grande parte do mercado total, apresentam-se como um forte instrumento no sentido de uma reorientação das empresas para a a necessidade de I&D. E toda a economia beneficiará desses avanços tecnológicos, uma vez que as próprias empresas se encarregarão de, depois de desenvolvidos para satisfazer uma necessidade pública, os adaptar aos mercados privados.

De igual forma, também relativamente ao segundo grande objectivo de *crescimento sustentável* a Comissão salienta a importância que podem ter os contratos públicos no sentido de permitir à economia europeia: ganhar competitividade, em especial na chamada “economia verde” (mercado das tecnologias ecológicas que asseguram a eficiência na utilização dos recursos pela economia)<sup>392</sup>; lutar contra as alterações climáticas, reduzindo fortemente as emissões, por um lado, e explorando ao máximo as novas tecnologias maximizadoras da eficiência ambiental dos vários processos, por outro; garantir a prossecução dos seus objectivos em matéria energética, com enormes implicações ao nível ambiental, mas igualmente em termos de criação de postos de trabalho e de independência estratégica da europa nesta tão sensível matéria.

No quadro da iniciativa emblemática “*uma europa eficiente em termos de recursos*” é de novo salientada a importância dos instrumentos baseados no mercado, dos quais os contratos públicos são exemplo, ao lado do comércio de licenças de emissão, a tributação da energia ou os auxílios estatais.

A este respeito, aliás, a Comissão salienta o papel das instituições comunitárias, mas igualmente dos Estados Membros, as primeiras na definição dos quadros regulatórios adequados, os segundos na definição das políticas concretas.

Devemos, no entanto, salientar igualmente a importância dos mercados públicos como forma de potenciar os demais elementos desta iniciativa, nomeadamente: a redução das emissões de carbono no sector dos transportes, a conclusão do mercado interno de energia promovendo as fontes de energia renováveis, a transição para uma economia

---

<sup>391</sup> Por exemplo, relativamente à despesa em inovação, inferior a 2% na Europa, e que atinge os 2,6% e 3,4% nos EUA e no Japão, respectivamente

<sup>392</sup> Salienta a Comissão a este respeito que, se a Europa começou por estar na vanguarda das soluções “verdes”, a realidade é que o enorme esforço que outros países realizaram neste sector fez com que a concorrência internacional seja, também aqui, cada vez mais forte. Comissão 2010, 17.

hipocarbónica. De facto, quer directamente, na qualidade de consumidor, quer indirectamente enquanto “orientadores de mercado”, as entidades públicas adjudicantes determinam fortemente a obtenção dos referidos objectivos, sendo as suas decisões de compra determinantes.

As regras em matérias de contratos públicos são ainda referidas na segunda iniciativa emblemática “*uma política industrial para a era da globalização*” que visa o estabelecimento dos quadros da política industrial europeia. Também aqui se admite a importância do quadro regulatório dos contratos públicos, propondo-se a Comissão modernizar as regras nos mesmos. Por outro lado, igualmente neste aspecto se salienta a importância da actuação dos próprios Estados Membros, nomeadamente através dos contratos públicos para apoiar os incentivos à inovação, melhorando desta forma o ambiente empresarial para as empresas inovadoras.

Ainda em 2010 e no âmbito da estratégia Europa 2020, no Acto único para o Mercado Único<sup>393</sup>, a Comissão anunciou a realização de uma série de consultas alargadas com vista à apresentação de reformas legislativas até ao início de 2012 em vários sectores<sup>394</sup>, um dos quais as compras públicas, com vista à flexibilização de processos e à optimização destes mercados para apoiar outras políticas.

Neste enquadramento político, ao qual se juntava uma conjuntura económica marcada por constrangimentos orçamentais a nível de todos os países europeus e por um fraco crescimento económico, em 2011 é iniciado o processo de revisão das Directivas relativas aos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos em vigor com uma

---

<sup>393</sup> Comissão Europeia 2010 B.

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: *Um acto para o mercado único – Para uma economia social de mercado altamente competitiva*, COM(2010) 608, de 27.10.2010.

<sup>394</sup> De um total de 50 propostas de intervenção possíveis, foram identificados 12 sectores prioritários, entre os quais se incluem os contratos públicos. Nesta área o objectivo é o de “obter uma política equilibrada que apoie a procura de bens, serviços e obras respeitadores do ambiente, socialmente responsáveis e inovadores. Esta revisão deve igualmente proporcionar procedimentos mais simples e mais flexíveis para as entidades adjudicantes e garantir um acesso mais fácil às empresas, nomeadamente às PME”. Cfr. Comissão Europeia 2011, 19.

Comissão Europeia 2011, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: *Um acto para o mercado único, Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútuos, “Juntos para um novo crescimento”*, COM(2011) 608 final de 13.04.2011

consulta pública. Em Janeiro a Comissão lançou um inquérito público sobre o processo de revisão das directivas de 2004<sup>395</sup>.

São desde logo indicados os grandes objectivos desta revisão, por forma a poder contribuir para o relançamento da economia europeia no quadro da estratégia Europa 2020<sup>396</sup> – permitir o bom uso dos dinheiros públicos numa altura em que são particularmente escassos, ao mesmo tempo que se promove o crescimento sustentável, facilitando o acesso das PME aos contratos públicos e tornando-os um instrumento de mercado no sentido da protecção do ambiente e de standards sociais, por um lado, e do incentivo à inovação, por outro.

Desta forma, são focados quatro grandes tópicos na consulta pública: a simplificação e flexibilização de procedimentos, a melhoria do acesso aos mercados públicos por todos os operadores económicos, o combate à corrupção e favoritismo e, por último, o chamado uso estratégico dos contratos públicos, isto é, a sua utilização como instrumento de política no sentido da prossecução de outros objectivos, nomeadamente ambientais, sociais e de promoção da inovação, que analisaremos com mais detalhe.

Relativamente a este último, as questões prendiam-se com cinco aspectos: a introdução de obrigações comunitárias relativas ao próprio objecto dos contratos (obrigações “do que comprar”); o abandono da regra da necessária relação de especificações técnicas e critérios de adjudicação com o objecto dos contratos; a promoção da inovação; a introdução de um regime especial para serviços sociais e, por fim, a consideração de soluções para compras públicas transfronteiriças.

Para o presente trabalho interessam sobretudo as três primeiras. As respostas foram, sem surpresa, bastante díspares em função do tipo de grupo representado, sendo que o maior consenso é conseguido relativamente ao objectivo da promoção de inovação.

De facto, nota-se uma maior relutância, em geral, por parte dos representantes da indústria e dos próprios Estados Membros, à qual se contrapõe a enorme abertura por parte da sociedade civil e, em parte, das entidades adjudicantes.

---

<sup>395</sup> Comissão Europeia 2011 B.

Comissão Europeia 2001 B, *Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE, Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa*, COM (2011) 15, final, de 27.01.2011

<sup>396</sup> Comissão 2011 B, 2 e ss.

A maioria das respostas são, contudo, contrárias à ideia da obrigações relativas ao próprio objecto dos contratos, obrigações “do que comprar”<sup>397</sup>. Admitindo em geral a ideia da introdução de objectivos ambientais ou sociais nos contratos públicos, a maioria das respostas entende que a opção deve ser deixada aos Estados Membros para, no âmbito das suas políticas nacionais de contratação pública, definirem o alcance destes critérios e a entidade competente para a decisão da sua introdução.

Contrária é igualmente a tendência relativamente ao abandono da regra que impõe a necessidade de ligação ao objecto do contrato<sup>398</sup>. Ao invés, o que a maioria das respostas defendem é, mantendo a necessária ligação ao objecto do contrato, alargar a definição desse conceito por forma a abranger, não apenas os bens a adquirir, mas igualmente o próprio processo de produção dos mesmos.

Simultaneamente a esta consulta pública, a Comissão encomendou um conjunto de outros estudos técnicos<sup>399</sup> para a realização de uma análise geral à situação dos contratos públicos na Europa, procurando a identificação dos principais problemas e de respostas para os mesmos.

Assim, em finais de 2011 a Comissão estava em condições de apresentar uma proposta legislativa no sentido de alterar o quadro regulatório europeu em matéria de contratação

---

<sup>397</sup> De facto, apenas representantes da sociedade civil se mostraram favoráveis a esta hipótese legislativa, sendo, ao contrário, todos os demais grupos fortes opositores da mesma. Os motivos desta oposição foram vários, podendo resumir-se, todavia, ao perigo de demasiada interferência comunitária em decisões da competência dos Estados Membros, ao aumento da complexidade do normativo jurídico, a diminuição da capacidade das entidades adjudicantes conseguirem, através dos contratos públicos, assegurar a satisfação das suas necessidades ou o perigo de um aumento dos custos nos mercados públicos europeus em geral. Cfr. Comissão Europeia 2011 C.

Comissão Europeia 2011 C, *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy, Towards a more eficiente European Public Procurement Market, Synthesis of replies*, 15 e ss, disponível em [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2011/public\\_procurement/synthesis\\_document\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf) (último acesso em 16-11-2015).

<sup>398</sup> Apenas o grupo representante da sociedade civil se mostrou a favor desta possibilidade, salientando-se, no entanto, que, mesmo neste caso, o que se defende é um suavizar desta regra, por forma a dotar as entidades adjudicantes de maiores ferramentas para pressionarem o comportamento global das empresas concorrentes.

Todos os demais grupos, desde os representantes da indústria até aos académicos, se mostraram claramente contra esta abertura legislativa, salientando os perigos que encerra em matéria de garantias de concorrência nos mercados e economicidade no gasto dos dinheiros públicos. Cfr Comissão Europeia 2011 C, 16.

<sup>399</sup> Dos quais a página da Comissão Europeia relativa a publicações e estudos em matéria de contratos públicos destaca um total de oito só no ano de 2011 (disponível em [http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/studies-networks/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/studies-networks/index_en.htm)).

pública<sup>400</sup>, proposta essa acompanhada de um documento dos serviços técnicos que, depois de analisar as principais falhas da legislação em vigor e de elencar as várias opções legislativas em aberto, justifica as opções tomadas pela Comissão nas diferentes áreas<sup>401</sup>.

Apesar de reconhecer que a análise da aplicação do quadro normativo das directivas de 2004 veio já dotar os mercados públicos europeus com um elevado nível de concorrência, aumentando a transparência nos mesmos e permitindo ganhos relevantes em termos de eficiência, a Comissão vem reconhecer que existia, ainda, espaço para algumas alterações que permitiriam a melhoria da performance dos mercados, de forma a que estes beneficiassem de todas as vantagens do mercado interno.

Neste documento são identificadas três principais áreas de intervenção, cada uma delas com alguns problemas associados, problemas esses que o documento procura tratar de uma forma exhaustiva: o primeiro relacionado com os custos excessivos de alguns procedimentos e que reclama uma análise custo-benefício dos procedimentos em si, o segundo com oportunidades potenciais das compras públicas perdidas pela sociedade e o terceiro com a fragmentação que os mercados públicos europeus apresentam ainda.

A primeira questão prende-se com o reconhecimento de que o nível de custo-eficiência dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos na Europa é ainda sub-ótimo. Este elevado nível de custos prende-se com vários factores: por um lado, é reconhecida a existência de procedimentos desproporcionados face à dimensão e valor dos contratos em causa, que causam elevados custos; por outro lado, a falta de clareza do texto legal no que concerne ao âmbito de aplicação das directivas leva a que muitas entidades adjudicantes, na dúvida, optem por seguir os procedimentos das mesmas, muitas vezes mais exigentes do que o que seria desejável; em terceiro lugar, é salientado que o facto

---

<sup>400</sup> Foram três os documentos legislativos propostos: *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais*, COM(2011) 895 final, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos*, COM(2011) 896 final e *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adjudicação de contratos de concessão*, COM(2011) 897 final, todas de 20-12-2011.

<sup>401</sup> Comissão Europeia 2011 D.

Comissão Europeia 2011 D, Commission Staff working paper, *Impact assessment, Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Public Procurement and the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal sectors* SEC(2011) 1585 final, de 20-12-2011.

de muitos Estados Membros (embora não de Portugal, como aliás é reconhecido no próprio documento) não terem entidades nacionais que supervisionem os mercados públicos, dando coerência às diversas práticas nacionais ao mesmo tempo que oferecem formação e aconselhamento aos responsáveis pelas compras, não lhes permite maximizar os recursos existentes.

Em segundo lugar, constata-se que este é um campo no qual existem ainda algumas oportunidades não exploradas pela sociedade, na medida em que as regras não permitem aos diversos intervenientes fazer o melhor uso dos recursos disponíveis e tomar as melhores decisões de compra possíveis. A este respeito salienta-se o facto de o desconhecimento, por um lado, e a falta de confiança nas regras, por outro, fazerem com que muitas entidades adjudicantes não utilizem o potencial da contratação pública para atingir outros objectivos estratégicos, nomeadamente ambientais<sup>402</sup>; além disso, a rigidez das regras torna difícil às entidades adjudicantes a procura de bens ou serviços inovadores, quando os mercados públicos podiam e deviam ser um motor da inovação no quadro europeu. Por fim, reconhece-se que algum grau de aversão ao risco, nomeadamente aos riscos de litigância nos tribunais, faz com as entidades adjudicantes, na dúvida, optem por procedimentos, definições e critérios “seguros”<sup>403</sup>, o que também explica alguma da resistência ao chamado “uso estratégico dos mercados públicos”<sup>404</sup>.

Em terceiro lugar, reconhece-se que os mercados públicos nacionais são ainda bastante fechados<sup>405</sup>, em resultado de uma conjugação de factores.

---

<sup>402</sup> O estudo salienta, de entre os vários objectivos estratégicos que podem ser prosseguidos pela contratação pública, três: a sustentabilidade ambiental, o respeito por certas condições sociais e o apoio à inovação. Cfr. Comissão 2011 D, 119.

<sup>403</sup> Comparando os países mais avançados em termos de utilização estratégica dos mercados públicos com aqueles que têm menos tradição na mesma, observa-se uma diferença significativa no próprio tipo de instrumentos utilizados pelas entidades adjudicantes para a concretização desses objectivos. De facto, enquanto os primeiros se pode observar uma utilização mais ou menos equitativa de critérios de adjudicação, especificações técnicas e requisitos para capacidade técnica, seguidos de condições contratuais e do próprio objecto dos contratos, nos países com menor experiência com a introdução de objectivos diversos dos tradicionais nota-se uma clara preferência pelas especificações técnicas como forma preferencial de integração destas preocupações, sendo, por exemplo, os critérios de adjudicação muito menos utilizados com este objectivo.

Fonte: Comissão Europeia 2011 D, 121.

<sup>404</sup> Para uma explicação com base na teoria da agência deste nível de aversão ao risco superior ao que seria desejável ver Yukins 2010, 77 e ss e, em geral, Kelman 1990, 26 e ss.

<sup>405</sup> Estima-se que, no período 2006/2009, as adjudicações a empresas estrangeiras tenham representado apenas 1,6% do total de adjudicações e que o valor destes contratos tenha sido de cerca de 3,5% do total dos contratos adjudicados em igual período.

Por um lado, concorre para a fragmentação dos mercados públicos a inexistência de uma estratégia comunitária relativa à integração de objectivos estratégicos (entre os quais ambientais) nos referidos mercados. De facto, enquanto a legislação comunitária continuar a optar por deixar às autoridades nacionais e entidades adjudicantes margem de livre definição dos objectivos e metas a atingir, bem como dos instrumentos a utilizar preferencialmente pelas entidades adjudicantes, o resultado será inevitavelmente uma multiplicidade de objectivos a realizar através de outros tantos meios, gerando dificuldades às empresas que queiram operar em mercados públicos de Estados Membros diferentes. Não será estranho, nestas condições, encontrar critérios ambientais bastante diversos para o mesmo tipo de produtos de contrato para contrato. Este fenómeno poderá, em última análise, colocar em causa uma das vantagens das compras públicas ecológicas, a sua capacidade para incentivar a indústria em geral para prosseguir objectivos de aumento de eficiência ambiental – as empresas, face à diversidade de critérios ambientais encontrados nos concursos, podem chegar à conclusão que não conseguem cumprir todos, sendo, por isso, preferível utilizar os recursos disponíveis para, por exemplo, fazer baixar os preços, na esperança de, pelo menos quando os critérios ambientais sejam critérios de adjudicação, conseguir compensar os pontos a menos a nível ambiental com uma melhor pontuação a nível de preço. Por outro lado, será igualmente normal que as empresas tentem corresponder aos critérios utilizados pelo seu mercado *natural*, o mercado interno, o que contribuirá para um aumento da fragmentação dos mercados.

Em segundo lugar, é também reconhecida a existência de algumas barreiras regulatórias ou mesmo “naturais” entre os mercados. A começar pela questão da língua, existem algumas dificuldades acrescidas que fazem com que as próprias empresas, especialmente pequenas e médias, preferir nem sequer concorrer a concursos em outros Estados membros: os elevados custos de participação, as dificuldades burocráticas e a

---

As percentagens aumentam quando considerados os contratos adjudicados a susursais ou filiais de empresas não nacionais – 11,4% dos contratos representando 13,4% do seu valor.

De realçar ainda, com base no mesmo estudo, que cerca de 50% dos contratos sejam adjudicados a empresas num raio de 50 Km da entidade adjudicante. Cfr. Rambøll Management e University of Applied Sciences HTW Chu 2011, pag. 38, 39 e 80.

Rambøll Management e University of Applied Sciences HTW Chu 2011 "*Cross-border procurement above EU thresholds*", Março 2011, disponível em [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/modernising\\_rules/cross-border\\_procurement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/cross-border_procurement_en.pdf) (último acesso 16-11-2015)



inexistência de standardização de procedimentos e exigências elevam os custos de participação para níveis inoportáveis para as empresas, especialmente se considerada a probabilidade de vir a ganhar esses concursos.

Ora, como o estudo salienta, esta falta de integração dos mercados públicos tem custos de oportunidade não só para as entidades adjudicantes, mas igualmente para as empresas comunitárias e, conseqüentemente, para a eficiência geral dos mercados, como é, de resto, igualmente a conclusão do Relatório Monti.

Em suma, é reconhecido que há ainda muito a fazer em matéria de construção de um verdadeiro mercado interno nos mercados públicos comunitários. É esta tarefa que a revisão das directivas se propõe realizar – concluir aquilo que foi iniciado em 2004.

Importante nesta matéria é o reconhecimento que um dos objectivos da regulação das compras públicas é, a par da promoção da concorrência nestes mercados e da luta contra a corrupção, a possibilidade de obtenção do chamado “value for Money” (como objectivo dos estados e das entidades públicas que a regulação europeia reconhece e não pretende limitar e não, saliente-se, enquanto objectivo principal) ao mesmo tempo que se promovem os melhores resultados das compras públicas *para a sociedade em geral* (e não apenas para as entidades adjudicantes)<sup>406</sup>.

Na mesma linha se pode interpretar que os principais objectivos da revisão legislativa sejam, então, a melhoria da eficiência em termos de relação custo/benefício das normas que regulam os mercados públicos, a conclusão do processo de integração dos mercados públicos europeus e a maximização do potencial das compras públicas em termos de resultados para a sociedade em geral. A integração dos chamados “objectivos estratégicos” integra-se, como vimos, neste último objectivo e é de realçar como é a própria Comissão a reconhecer a importância de medir os ganhos a obter pelas compras públicas não apenas em termos de relação custo/benefício para a entidade adjudicante, mas igualmente tendo em conta os custos/benefícios que ocorrem para a sociedade em geral. Esta é uma alteração substancial do ponto de vista da Comissão que, como vimos, até há pouco tempo mantinha o entendimento de que, por exemplo, os critérios de adjudicação tinham de conferir uma vantagem económica para a entidade adjudicante (ponto que desenvolveremos em ...)

---

<sup>406</sup> Comissão Europeia 2011 D, 30.

É precisamente neste enquadramento que se desenvolve a maior abertura da legislação europeia relativamente à introdução de critérios ambientais: essa possibilidade visa permitir que os mercados públicos europeus se tornem mais eficientes. De facto, terá sido precisamente por considerações de eficiência que esse alargamento de possibilidades em matéria ambiental encontrou a sua justificação, pelo que temos dúvidas na afirmação peremptória de que a eficiência económica nunca foi objectivo da regulação europeia das compras públicas.

Pelo contrário, foram os motivos económicos que estiveram na base das justificações para o processo de aprofundamento do mercado interno também nos mercados públicos. De facto, e face às compreensíveis resistências por parte dos estados membros em abdicar de uma parte de parte da sua soberania numa matéria tão importante como esta, foram os argumentos económicos (que determinavam que *os benefícios desse novo quadro regulatório eram superiores aos seus custos*) que forneceram o suporte decisivo para, em 1985, se iniciar o ambicioso programa de construção do mercado único, do qual a liberalização dos mercados públicos europeus era apenas uma pequena parte.

A evidência mais conhecida dessa análise de tipo custo-benefício foi o célebre relatório Cecchini sobre *Os Custos da Não Europa*, mas igualmente importante se revelam os dados e argumentos presentes num outro relatório, incluído no projecto “os custos da não-europa”, relativo especificamente aos “custos da não-europa nos mercados públicos”<sup>407</sup>, onde se previam ganhos de até 0,5% do PIB europeu (entre 8 e 17 mil milhões de ECUs a preços de 1984).

O Parlamento Europeu publicou um estudo de 2014 com o título “Cecchini Revisited”, onde os mercados públicos continuam a ser abordados como parte importante dos ganhos potenciais do mercado interno<sup>408</sup>.

Devemos, no entanto, salientar um ponto nestes estudos: por um lado, os números apresentados referem-se aos *ganhos para a economia em geral*, aos ganhos macroeconómicos da integração dos mercados públicos e não apenas para as entidades adjudicantes; por outro lado, embora sejam referidos, não são contabilizados os ganhos

---

<sup>407</sup> Atkins Management Consultants 1988.

Atkins Management Consultants 1988, *Research on the “Costs of Non Europe”, Basic Findings, Volume 5, part A, The Costs of Non Europe in Public-Sector Procurement.*

<sup>408</sup> Parlamento Europeu 2014, “The Cost of Non-Europe in the Single Market, ‘Cecchini Revisited’, An overview of the potential economic gains of the European Single Market” (guardarei em revisão directivas, parlamento).

resultantes dos efeitos da inovação sobre o crescimento económico e os resultantes do aumento de competitividade das empresas europeias a nível internacional<sup>409</sup>.

Por último, não podemos ignorar a importância que a questão da eficiência económica assumiu no último processo de revisão das directivas<sup>410</sup>. Como vimos, essa revisão visa claramente a prossecução da chamada *Estratégia Europa 2020*, na qual são traçados os objectivos e o caminho da seguir com vista ao crescimento e desenvolvimento dos mercados e da economia europeia em geral. Esta não é uma estratégia com objectivos económicos (considerados “de primeira importância”) e objectivos “não económicos” (que seriam, nessa medida, de “segunda linha”)<sup>411</sup>. O documento é um documento de política económica que visa traçar as grandes linhas daquilo que é entendido como o futuro do crescimento económico europeu, que se reflectirá, necessariamente, na melhoria do bem-estar das populações na Europa.

Foi, assim, (também) de uma perspectiva económica que foram identificadas as áreas mais problemáticas da legislação em vigor, os problemas específicos, as suas origens e as diversas formas possíveis de os solucionar, sempre numa perspectiva de análise de custo-benefício.

Salientando a importância de tais estudos económicos, há quem avance com a ideia que as directivas operam uma alteração nos objectivos das mesmas, na medida em que agora se consagra, enquanto objectivo autónomo, o uso eficiente de fundos públicos por forma a garantir o melhor value for Money<sup>412</sup>, isto é, que passa a ser objectivo da regulação europeia a economicidade de cada contrato em particular. Esse objectivo autónomo estaria, para esta perspectiva, identificado em dois objectivos definidos no relatório de avaliação de impacte que acompanha as propostas de directivas: no segundo objectivo geral, identificado com “deliver best value for money whilst achieving the best possible

---

<sup>409</sup> Para uma análise mais aprofundada dos estudos e teoria económica subjacente, bem como das críticas que desde cedo mereceram por uma parte da doutrina económica cfr. Almeida 2004, 29-53 e 85-182 ou Rodrigues 2013, 29-93.

<sup>410</sup> A revisão das directivas em vigor foi, aliás, definido pela própria Comissão Europeia como uma das “acções prioritárias para um novo crescimento” na publicação com o título “Mercado Interno, Reverter a Crise criando do oportunidades: colocar os cidadãos e as empresas na via da prosperidade” de Novembro de 2014, disponível em [http://europa.eu/pol/singl/index\\_pt.htm](http://europa.eu/pol/singl/index_pt.htm)).

<sup>411</sup> Este é o argumento utilizado por quem se opõe à utilização de critérios ambientais com o argumento de ser o value for Money (no sentido de aumento da concorrência como fim em si mesmo) o principal objectivo da regulação comunitária nas compras públicas. Para desenvolvimentos da posição ver Graells....

<sup>412</sup> Comba 2014, 38 e ss.

procurement outcomes for society (and hence, ultimately, making the best use of taxpayer's Money)<sup>413</sup> e no primeiro objectivo específico, “improve the cost-efficiency of EU public procurement rules and procedures”<sup>414</sup>.

Não podemos, contudo, concordar com tal conclusão: na verdade, o uso eficiente dos fundos públicos sempre foi um objectivo da regulação europeia, mas o objectivo não é assegurar esse uso eficiente, e sim que assegurar que as condições para esse uso eficiente estão presentes nos mercados.

Será importante, em nosso entender, esclarecer uma confusão, que leva ao uso indiferenciado de dois conceitos que são, na realidade, distintos – eficiência dos contratos e relação custo-eficiência das regras e procedimentos impostos pela legislação europeia. Ora os dois não se confundem e nem essa confusão resulta, quer dos textos legais, quer dos seus trabalhos preparatórios. Vejamos melhor.

Relativamente à eficiência dos contratos, definido no segundo objectivo geral, não o podemos ler ignorando a frase que o introduz, que refere que a avaliação de impacto das directivas então vigentes e que fundamenta a revisão das directivas proposta “shows that the overall objectives of existing public procurement policy are still relevant” e que “they seek to: Promote EU-wide and cross-border competition for contracts (...); deliver best value for money whilst achieving the best possible procurement outcomes for society (...); aid the fight against corruption”<sup>415</sup>. Isto é, esses objectivos gerais continuam a ser os mesmos, não há uma introdução de novos objectivos.

A liberalização dos mercados públicos tinha já esse objectivo: através de uma série de efeitos económicos, as entidades adjudicantes poderiam comprar com preços mais baixos e teriam uma maior variedade de oferta à sua disposição. Elas poderiam, portanto, aumentar a maximização de resultados mantendo a minimização de meios que é, como vimos no Capítulo 2, o critério para a definição de economicidade ou value for money. A recente revisão das directivas manteve, nesse aspecto, o objectivo inicial que é o de garantir as condições de eficiência nos mercados públicos.

Este objectivo geral da regulação europeia dos mercados públicos não se confunde com um objectivo específico da revisão das directivas, que é o de “improve the cost-efficiency of EU public procurement rules and procedures”, que, tal como resulta de

---

<sup>413</sup> Commission Staff 2011 D, 30.

<sup>414</sup> Commission Staff 2011 D, 31.

<sup>415</sup> Comissão Europeia 2011 D, 30.

uma leitura mais cuidada, permite concluir que o objectivo específico da presente revisão legislativa é aumentar a *relação custo-eficiência*<sup>416</sup> das regras e procedimentos europeus<sup>417</sup> e não, como parece sugerido, aumentar a eficiência das compras públicas no sentido do seu value for Money. Esta interpretação resulta, aliás, claríssima da análise de um outro documento de trabalho preparatório da proposta de Directivas, onde se salienta nas conclusões que “the three core objectives are to: (...) deliver best value for money by generating the least possible transaction costs to achieve the best possible procurement outcomes (and hence, ultimately, making the best use of taxpayer's money)”<sup>418</sup>.

Ora a explicação da necessidade de melhorar essa relação custo-eficiência das regras e procedimentos pode ler-se no documento que acompanha a proposta, quando são identificados os principais problemas, nomeadamente o primeiro<sup>419</sup>. Como vimos, essa relação custo-eficiência deve ser melhorada tendo em vista quatro aspectos: i) a

---

<sup>416</sup> Note-se, todavia, que a tradução para português da expressão “cost-efficiency” dos documentos originais é para a expressão “custo-eficácia”. De facto, não existindo tradução do documento completo, está, no entanto, disponível uma versão em língua portuguesa do resumo da avaliação de impacto. Independentemente da expressão utilizada, o significado da mesma resulta claro também em português, nomeadamente na identificação de um dos três problemas identificados: “Relação custo-eficácia insuficiente – as regras da UE em vigor geram economias estimadas de aproximadamente 20 000 milhões EUR, para despesas totais de 420 000 milhões EUR por ano, mas os procedimentos podem constituir um ónus excessivo, uma vez que os custos associados rondam 5 600 milhões EUR”. Cfr. Comissão Europeia 2011 E, 2.

Comissão Europeia 2011 E, *Documento de trabalho dos serviços da comissão, resumo da avaliação de impacto que acompanha o documento Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos e Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais*, SEC(2011) 1586 final, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011SC1586&from=PT>, (último acesso em 16-11-2015).

<sup>417</sup> O objectivo prende-se, então, com os chamados *custos de transacção* dos procedimentos. Esta problemática é particularmente estudada nos Estados Unidos, onde, mais do que na Europa, a discussão acerca da margem de discricionariedade a dar às entidades adjudicantes com vista à diminuição dos custos de transacção marca a ordem do dia. Para o desenvolvimento do tema ver, por exemplo, Yukins 2008 (para uma análise específica das consequências nefastas da utilização de agências centralizadoras de aquisições de sistemas informáticos a nível de concorrência e de transparência, com perigos para o próprio objectivo de economicidade) ou 2010, 71 e ss (para uma análise da mesma problemática na perspectiva dos problemas de agência, salientando que a teoria da agência explica porque é que as entidades adjudicantes não diminuem os custos de transacção de forma óptima).

Yukins C. (2008). “Are IDIQs Inefficient? Sharing Lessons with European Framework Contracting”, 37 *Public Contract Law Journal*, 545

(2010). “A Versatile Prism: Assessing Procurement Law Through the Principal-Agent Model”, *Public Contract Law Journal*, 40, 1, 63 e ss

<sup>418</sup> Comissão Europeia 2011 F, 151.

Comissão Europeia 2011 F, *Evaluation Report, Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, Bruxelas, SEC(2011) 853 final

<sup>419</sup> Commission Staff 2011 D, 21

desproporção encontrada em determinados procedimentos, geradora de custos excessivos (especialmente nos casos de contratos de valor mais reduzido); ii) regras complexas e pouco claras, que aumentam o grau de aversão ao risco das entidades adjudicantes e as incentivam a seguir comportamentos padronizados, nem sempre os mais eficientes; iii) a inexistência de entidades a nível nacional que monitorizem e simultaneamente enquadrem as entidades adjudicantes, nomeadamente a nível de formação específica dos recursos humanos; iv) a verificação de ainda muitos casos em que, devido a um desconhecimento das regras ou à sua má interpretação, as directivas não estão ainda a ser correctamente aplicadas.

Sendo assim, a questão do custo-eficiência reposta-se à *garantia de que os benefícios resultantes da regulação dos procedimentos de contratação pública são superiores aos seus custos*, numa típica abordagem de análise custo-benefício justificativa da regulação em causa<sup>420</sup>. Os benefícios hão-de resultar para as entidades adjudicantes e para a sociedade em geral; já os custos são suportados por estas mesmas entidades adjudicantes e pelas empresas participantes nos mercados<sup>421</sup>. É essa relação custo-benefício que pode ser melhorada, nomeadamente pela flexibilização das normas e pelo aumento da clareza jurídica.

O que não se deve confundir com a específica relação custo-benefício que resulte de cada contrato em particular, quer dizer, da forma como cada entidade adjudicante realiza a economicidade do contrato. Essa economicidade ou value for Money de cada contrato em particular não é nem objectivo geral da regulação europeia dos mercados públicos, nem objectivo específico da revisão das directivas de 2014.

Na verdade, os chamados custos de transacção não são mais do que uma (outra) falha de mercado, aliás presente em todos os mercados e não apenas nos públicos. A redução dos

---

<sup>420</sup> Refira-se, de resto, que um dos estudos económicos que serviram de base ao documento referido é precisamente uma análise de custo-benefício intitulada "Estimating Benefits and Savings from the Procurement Directives". Cfr. Europe Economics 2011.

Disponível em [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/modernising\\_rules/estimating-benefits-procurement-directives\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/estimating-benefits-procurement-directives_en.pdf)

<sup>421</sup> Veja-se a este respeito o capítulo 8 do *Evaluation Report* (para o qual o documento que acompanha as directivas claramente remete) com o título "Cost-Benefit Analysis", onde se pode ler que "This part of the evaluation seeks to bring together the various elements which can be used to *evaluate the relative balance of costs and benefits of compliance with the public procurement Directives*" (p. 146), concluindo seguidamente que "Based on the figures presented above, resulting from the application of the public procurement Directives, the benefits are about four times greater than the costs", Comissão Europeia 2011 F, 146 e 150.

custos de transacção de cada contrato cabe a cada entidade adjudicante que, em princípio, terá todo o interesse em fazê-lo. Há, no entanto, uma ponderação que é necessária entre a diminuição dos custos de cada contrato (dos custos imediatos de transacção) e a a garantia da diminuição deste tipo de custos numa perspectiva global e intertemporal dos mercados públicos. Essa ponderação cabe às autoridades nacionais, em primeiro lugar, mas igualmente às instituições europeias, nomeadamente ao legislador europeu, que deve garantir que a redução dos custos de cada contrato não compromete o objectivo de integração dos mercados públicos europeus<sup>422</sup>.

O objectivo do legislador comunitário sempre foi, assim, o de garantir, através da regulação, que os mercados públicos funcionam de forma transparente e objectiva, no respeito pelos princípios de direito europeu, nomeadamente os que visam garantir a “concorrência efectiva” nos mercados, para que as entidades adjudicantes possam beneficiar do aumento de eficiência que daí resultará. A perspectiva assumida é, então, de natureza macroeconómica – assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, eliminando ao máximo todas as falhas dos mesmos – e não na perspectiva da economicidade de cada contrato em particular. É claro que os ganhos de eficiência resultantes do funcionamento eficiente dos mercados aproveitarão igualmente às entidades adjudicantes, que beneficiarão dos mesmos; todavia, sempre que essa maior economicidade de um contrato coloque em causa a eficiência geral dos mercados, é esta última que deve prevalecer<sup>423 424</sup>.

---

<sup>422</sup> O que pode justificar a distribuição desses custos de transacção entre as várias instituições (no caso entidades adjudicantes) de forma discriminatória ou, no mínimo, permitindo alguma flexibilidade de procedimentos. Cfr. Williamson 1985.

Sobre a necessária ponderação entre o objectivo da redução dos custos de transacção das entidades adjudicantes individualmente consideradas e o objectivo mais amplo de garantir um sistema com o menor nível de custos de transacção globalmente considerados ver, por exemplo, Yukins 2010, 71 e ss. Essa ponderação está presente, por exemplo, na regra que impede a aceitação de propostas que não cumprem totalmente o caderno de encargos ou que não permitem a alteração de propostas. Tendo a sua fundamentação jurídica na igualdade de tratamento dos contratantes, a sua ratio económica está precisamente no facto de ser necessário garantir que a entidade adjudicante manterá o seu caderno de encargos até ao fim, por forma a encorajar os potenciais concorrentes a oferecer a melhor proposta logo de início. É a chamada “commitment Theory” que exige que a economicidade de alguns contratos seja sacrificada de forma a garantir a eficiência do mercado. Cfr. Trepte 2004, ???

<sup>423</sup> Em sentido semelhante Neumayr 2002.

<sup>424</sup> Salientando esta característica particular da regulação europeia face à americana, Yukins salienta que “regulators in the U.S. federal system instead typically focus on best value, i.e., on how to shape procurement rules to maximize competition within a procurement itself, to gain the best value for the public money spent. (...) At the other end of the spectrum, *European regulators often place first*

Introduzir objectivos de Dekel e de Schooner.

Em suma, parece-nos que nos objectivos da revisão de 2014 das directivas não encontramos uma novidade absoluta em termos de considerações de eficiência: a eficiência dos mercados é um dos objectivos da mesma, mas esse objectivo não é específico desta revisão, sendo, na realidade, já um dos objectivos assumidos na anterior revisão do quadro europeu em 2004, que nesse sentido, sempre enquadrou os contratos públicos enquanto instrumentos de prossecução de objectivos “estratégicos”<sup>425</sup>. Todavia, não deve ser confundido eficiência dos mercados com economicidade dos contratos – só aquela primeira é objectivo da regulação europeia, sendo esta última um resultado que as directivas querem permitir, mas cuja concretização deixam aos Estados membros (embora, nalguns casos, essa discricionariedade seja dada directamente às entidades adjudicantes). Ora a eficiência dos mercados é (e talvez seja essa a grande novidade de 2014) vista no seu âmbito geral, que inclui os ganhos de eficiência pela concorrência (isto é, pelo funcionamento normal dos mercados), mas igualmente aqueles ganhos de eficiência que resultem de uma internalização de externalidades negativas, nomeadamente ambientais. Essa internalização, que pode e deve ser feita pelas entidades adjudicantes (eventualmente no seguimento de planos nacionais que tracem objectivos e instrumentos específicos), é, então, encarada como um instrumento de mercado que visa a eliminação de falhas próprias desses mercados.

---

*emphasis on procurement regulation’s impact on the market – sometimes to the detriment of best value.”* (sublinhado nosso) Cfr. Yukins 2013, 63.

Yukins 2013, “Feature comment: Considering the effects of Public Procurement Regulations on Competitive Markets”, in *The Government Contractor*, 55, 9, 63 e ss.

<sup>425</sup> Salientando que a regulação das compras públicas na Europa sempre foi utilizada como um instrumento de política (económica) e, nessa medida, sempre se prosseguiram objectivos estratégicos, sacrificando não raras vezes os objectivos de value for Money das entidades adjudicantes ou dos próprios Estados membros, Spagnolo 2012, 24 e ss.

Spagnolo G. (2012), “Public Procurement as a Policy Tool”, in *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, Konkurrensverket, Swedish Competition Authority.



### 3.2.O enquadramento dos critérios ambientais

#### 3.2.1. As três hipóteses admitidas

O já referido documento que acompanha as propostas de directivas<sup>426</sup> faz uma análise bastante aprofundada de quais as hipóteses que se apresentavam ao legislador e vantagens e inconvenientes de cada uma delas, por forma a justificar as opções tomadas. Procuraremos, neste ponto, realizar uma análise do caminho percorrido pela Comissão Europeia relativamente aos pontos mais relevantes para o presente trabalho por forma a melhor enquadrar seguidamente as soluções concretas, identificar as alterações que resultaram do processo de negociação com os demais envolvidos no processo legislativo (especialmente o Parlamento Europeu) e, eventualmente, encontrar pistas para uma interpretação do texto legal final. Seguiremos, portanto, de perto, o referido documento. A metodologia utilizada passou por identificar as cinco principais fontes de problemas na actual legislação, definir vários tipos de soluções para os mesmos, analisar as vantagens e inconvenientes de cada uma delas e, por fim, identificar as melhores para serem propostas.

Sendo os principais problemas a âmbito de aplicação das regras, os procedimentos, o acesso aos mercados públicos, questões de governance e as compras públicas estratégicas, centraremos a nossa atenção no tratamento dado a este último.

Nesta matéria, e concretamente em relação às possibilidades analisadas em termos de incremento do uso estratégico das compras públicas, nos quais se incluem as considerações em matéria ambiental, o documento salienta três: *i*) o uso de instrumentos de *soft law* que promovam orientação, treino e clarificação das possibilidades existentes, *ii*) a alteração legislativa no sentido de *facilitar* essa utilização estratégica e *iii*) a alteração legislativa que *imponha* a referida utilização<sup>427</sup>.

Quanto aos *instrumentos de soft law*, além de se enumerarem os guias, livros verdes e comunicações já existentes, reconhece-se a importância deste tipo de medidas no sentido de aumentar o conhecimento das entidades adjudicantes, eliminando incertezas que possam conduzir a alguns receios na sua utilização.

---

<sup>426</sup> Comissão Europeia 2011 D.

<sup>427</sup> Estas hipóteses são referenciadas no documento como STR.NC (Strategic no change), STR.LEGI.FACILIT e STR.LEGI.ENFORC. Cfr. Comissão 2011 D, 60 e ss.

Introduzir referência a todos os kits de treino e de guia para critérios ambientais e sua quantificação já existentes, bem como do trabalho que está a ser desenvolvido.

Todavia, entende o legislador que é necessária, neste domínio, uma abordagem mais forte, nomeadamente em termos de alteração legislativa. São então analisadas as outras duas hipóteses legislativas: uma alteração mais “suave”, que confira maior poder às entidades adjudicantes de utilizar as compras públicas com finalidades ditas estratégicas mas mantendo nestas e nos Estados membros a liberdade de definição de quais as finalidades a prosseguir, quais as metas a alcançar e quais os meios para o fazer; e uma abordagem mais impositiva, que promova uma maior harmonização na matéria, através de obrigações relativas ao que comprar e aos critérios a ter em conta na definição de especificações técnicas e critérios de adjudicação.

A segunda opção, de *flexibilização das normas e aumento da discricionariedade* deixada às entidades adjudicantes e aos Estados membros, é composta por dois tipos de medidas: as chamadas acções principais e um outro grupo de acções referidas como possíveis. Como acções principais o documento identifica a introdução dos custos do ciclo de vida dos produtos nos critérios de adjudicação possíveis, a possibilidade de enquadrar factores ligados ao processo de produção (para além dos que envolvam especificidades nas características dos bens finais, já permitidos) quer nas especificações técnicas, quer nos critérios de adjudicação e a introdução do novo procedimento contratual denominado “parcerias para a inovação”. A estas adicionam-se outras alterações legislativas, como a possibilidade de exigência expressa de certos rótulos ecológicos enquanto especificações técnicas (desde que rótulos equivalentes sejam igualmente aceites) ou o afastamento de concorrentes por violação de legislação ambiental ou social ou a desqualificação de propostas anormalmente baixas quando essa vantagem em termos de preço se deva ao não cumprimento de obrigações ambientais ou sociais durante toda a cadeia de produção do produto (e não apenas do seu vendedor ou utilizador final).

A terceira alternativa, mais impositiva, passaria pela introdução de obrigações relativamente a o que comprar (imposição de quotas para determinados produtos ambiental ou socialmente sustentáveis) e pela definição de especificações técnicas e critérios de adjudicação obrigatórios. Outras acções a equacionar eram permitir às entidades adjudicantes a procura de determinados produtos/serviços apenas a

fornecedores locais, tornar obrigatória a consideração dos custos do ciclo de vida dos produtos nos critérios de adjudicação, permitir a introdução de especificações sem qualquer ligação ao objecto do contrato (apenas relacionadas com a empresa concorrente) e a introdução de medidas de estímulo à inovação tecnológica nos mercados públicos.

### 3.2.2. A opção do legislador

O documento faz uma análise em termos de impacto de cada uma destas opções relativamente às entidades adjudicantes, às empresas, particularmente pequenas e médias, aos Estados Membros e ao mercado interno como um todo.

Analisaremos os impactos destas duas grandes opções relativamente a cada um dos intervenientes supra mencionados.

*Quanto às entidades adjudicantes*, que reclamam a abertura da legislação a novas possibilidades de introdução de preocupações ambientais ou sociais nos seus processos de compras públicas, a primeira opção seria claramente preferível. As entidades viam a sua liberdade de determinação dos objectivos a atingir aumentar simultaneamente com o alargamento dos meios para a prossecução dos mesmos. O documento alerta apenas que, dada a complexidade de alguns temas envolvidos<sup>428</sup> e a falta de preparação técnica para este tipo de questões por parte da maioria dos adjudicantes, será determinante em termos de sucesso prático a disponibilização de metodologias pré-estabelecidas e que possam ser facilmente utilizadas pelas entidades adjudicantes.

Admitindo que o aumento do uso estratégico das compras públicas comportará sempre algum esforço financeiro por parte das entidades adjudicantes<sup>429</sup>, o simples facto de se lhes dar a possibilidade de ir percorrendo esse caminho à medida dos seus interesses e *das suas possibilidades financeiras* será com certeza benéfico.

---

<sup>428</sup> Refiram-se, como exemplo, metodologias para avaliar os custos do ciclo de vida dos produtos, que têm que ser elaboradas com base em estudos de impacto ambiental dos mesmos e muitas vezes suportados em métodos de quantificação monetária de determinados impactos ambientais. É claro que não será imaginável que sejam as entidades adjudicantes que, quando pretendem adquirir um determinado produto, procedam a esta determinação.

<sup>429</sup> Note-se que o documento não se refere a este esforço financeiro enquanto aumento dos preços dos bens/produtos a adquirir por serem mais sustentáveis, como é muitas vezes referido. Os custos que aqui são considerados são os custos de alteração de procedimentos e de formação de pessoal necessários para alterar a política de compras da entidade em causa.

Ao contrário, relativamente aos *custos das compras* o estudo salienta os ganhos (em termos de poupança) que podem decorrer deste tipo de políticas. Cfr. Comissão Europeia 2011 D, 62.

*Relativamente ao segundo grupo de intervenientes no mercado, as empresas, é reconhecido que uma maior exigência em termos de especificações exigidas pode levar as mesmas a adoptar uma de duas estratégias – desenvolver a sua oferta e capacidade de responder a estas necessidades ou sair dos mercados públicos, concentrando a oferta em mercados menos exigentes.*

Sendo reconhecido que a opção de algumas empresas será no segundo sentido, com os decorrentes custos em termos de diminuição da concorrência nos mercados públicos, defende-se que com alguma probabilidade este será um movimento transitório, sendo de esperar que essas empresas regressem aos mercados a médio prazo.

Por outro lado, admite-se igualmente que a opção aumentar as exigências das entidades adjudicantes, quer por permitir a exigência de certos rótulos nos produtos, quer por alargar o campo de aplicação desses controles a todo o ciclo de vida do produto (uma parte do qual não está sequer no âmbito de actividade dos concorrentes), fará aumentar os custos suportados pelas empresas que querem permanecer nestes mercados, custos esses que se podem revelar insuportáveis para empresas de menor dimensão. A este respeito salientam-se os possíveis efeitos nefastos de uma proliferação de exigências diversas por parte das entidades adjudicantes decorrente da falta de harmonização na matéria.

Esta desvantagem da primeira solução é, contudo, minimizada quando comparada com as consequências do estabelecimento de quotas para determinados produtos, que, essas sim, afastariam muitas empresas do mercado, estando o seu retorno a esses mercados dependente da margem de lucro. Além disso, teme-se que a imposição de uma série de critérios e métodos comprometa a capacidade de resposta por parte de muitas empresas e, consequentemente, a própria concorrência nos mercados.

Em terceiro lugar, o estudo analisa os *impactos das duas possibilidades nos Estados Membros*. O sucesso do desenvolvimento de objectivos estratégicos através dos mercados públicos, sendo embora reconhecido como possível, apresenta uma série de desafios aos próprios Estados membros. Por um lado, é necessário ter presente que a capacidade dos mercados públicos introduzirem uma alteração nos padrões de consumo e produção no sentido dos objectivos definidos (nomeadamente ambientais) é limitado

ao peso que estes têm nos mercados em geral<sup>430</sup>. Por outro lado, é salientada a importância que as autoridades centrais<sup>431</sup> têm na definição dos objectivos nacionais e no desenvolvimento de instrumentos que possam ser utilizados com facilidade pelas entidades adjudicantes nos seus procedimentos. De outra forma, e dada a complexidade e especificidade das matérias, será sempre muito difícil que essas políticas sejam efectivamente prosseguidas pelas entidades adjudicantes, especialmente aquelas de menor dimensão e, por isso, menos capacidade de formar os seus técnicos nestas áreas (não é razoável, por exemplo, imaginar que cada entidade vá determinar metodologias de avaliação do impacto ambiental dos produtos a adquirir para cada concurso que lança). Em terceiro lugar, é necessário ter presente que, além da definição dos objectivos e métodos a utilizar, há que estabelecer igualmente procedimentos de controlo da efectividade de tais políticas.

A imposição de orçamentos reservados a certos grupos de produtos com características pré-definidas constituiria, sem dúvida, um forte incentivo ao investimento neste tipo de tecnologias, quer por parte das entidades adjudicantes, quer por parte da indústria em geral. A constituição de quotas para os mesmos contribuiria para reforçar este movimento dos mercados. No entanto, o estudo chama a atenção para alguns desafios que sempre se colocariam à operacionalização de uma política em tais moldes. De facto, a definição, por um lado, dos grupos de produtos abrangidos, e, dentro dos grupos, da definição das características exigidas, por outro, seria sempre uma tarefa particularmente sensível. De facto, os grupos definidos deveriam ser caracterizados por uma dimensão significativa dos mercados públicos no mercado geral; já as características exigidas deveriam ser definidas de forma a, encorajando uma alteração do padrões do mercado, não comprometer a capacidade que os mercados naturalmente têm de promover a investigação e desenvolvimento de novos produtos/tecnologias (o risco aqui seria o de as empresas, com mercados públicos rígidos em termos de

---

<sup>430</sup> A este propósito, salienta-se que os mercados públicos representam a maioria do mercado apenas no sector da defesa. De qualquer forma, o impacto dos mercados públicos será diverso consoante o grupo de produtos em causa. Devido ao peso assinalável que têm nos mercados globais, é expectável que as compras públicas possam influenciar decisivamente mercados como os das copadoras ou da iluminação pública. Cfr. Comissão 2011 D, 63.

<sup>431</sup> Embora se reconheça que, nesta matéria, as instituições têm um papel decisivo a desempenhar, nomeadamente na construção de metodologias operacionais e fiáveis que possam ser utilizadas em todo o espaço comunitário.

especificações exigidas, perdessem incentivo para o desenvolvimento de inovações relativamente ao requerido por aqueles).

O relatório analisa, por último, *os efeitos* dos dois tipos de abordagens *no mercado interno europeu*. Em termos gerais, e qualquer que seja a perspectiva adoptada, as vantagens da alteração dos padrões de consumo para tecnologias mais sustentáveis é assinalável, e beneficia não apenas a entidade adjudicante em causa, mas igualmente toda a restante comunidade, nacional e internacional. Por outro lado, é igualmente reconhecido que o facto de mais entidades demonstrarem nos seus concursos determinação nessa mudança de padrão de comportamento será um forte incentivo à indústria no sentido de aumentar a sua oferta de produtos ambientalmente sustentáveis, o que, por sua vez, ajudará as entidades que actualmente já incluem nos seus objectivos de contratação pública preocupações ambientais, uma vez que terão mais oferta no mercado para as suas necessidades<sup>432</sup>. Estes efeitos benéficos não se restringem aos espaços nacionais, sendo, pelo contrário, grande a sua dimensão intercomunitária.

No entanto, o estudo aponta igualmente alguns importantes riscos que esta flexibilização no sentido de aumentar o leque de considerações - nomeadamente ambientais - que as entidades adjudicantes podem tomar em conta nos seus procedimentos de adjudicação. Por um lado, há um aumento da subjectividade das decisões; por outro lado, existe igualmente o risco de ser uma porta aberta para o proteccionismo, mesmo que não intencional.

De facto, o que caracteriza a opção de flexibilização legislativa é, por oposição à outra via, a ausência de critérios e metodologias obrigatórios para as entidades adjudicantes; pelo contrário, deixa-se às entidades adjudicantes (e/ou aos Estados Membros) a liberdade de estabelecer os objectivos, os meios e os instrumentos operacionais a utilizar. A consequência inevitável é uma menor uniformização de critérios e metodologias a nível comunitário, a par do aumento da sua complexidade; um efeito possível será o favorecimento de determinados concorrentes através de concursos “feitos à medida”, o favorecimento de empresas nacionais devido à exigência de rótulos ecológicos nacionais com definições técnicas muito específicas e que seja, por isso,

---

<sup>432</sup> É, aliás, referido um número que não deixa de ser impressionante: estima-se que, nos Estados Membros mais avançados em termos de preocupações de sustentabilidade ambiental na contratação pública, os denominados “mercados verdes” representem cerca de 45% do valor dos contratos adjudicados nos 10 principais grupos de produtos. Cfr. Comissão 2011 D, 64.

difícilmente encontradas noutros rótulos ou o favorecimento de empresas locais através da inclusão, entre os critérios de adjudicação, das externalidades associadas às emissões provenientes do transporte das mercadorias em questão<sup>433</sup>.

Daí que o estudo saliente, por um lado, a importância de definição de metodologias de avaliação uniformes para o espaço comunitário<sup>434</sup>, e, por outro lado, o relevo que o princípio da proporcionalidade deve assumir na determinação da adequação dos custos considerados com os objectivos a prosseguir.

Todavia, é igualmente salientado que a opção mais impositiva implica também riscos potenciais em termos de favorecimento de certas indústrias ou mesmo protecçãoismo a nível nacional, nomeadamente no caso do estabelecimento de quotas ou na decisão de inclusão dos custos ambientais relacionados com o transporte de mercadorias.

Para além disso, esta opção acarretaria custos acrescidos, na medida em que, para além de alguns custos administrativos acrescidos que sempre serão consequência da introdução de critérios mais técnicos nos processos de tomada de decisão (mas que, é defendido, se esbaterão com o tempo e que é possível minimizar pela disponibilização de ferramentas que tornem mais fácil o trabalho das entidades adjudicantes e que permitam às próprias empresas ter mais certezas relativamente àquilo que se prosseguirá e à forma de mensurar essas novas variáveis a considerar), ela tornaria imprescindível um sistema eficiente de monitorização da actividade das entidades adjudicantes, por forma a acompanhar o modo como essas obrigações estão a ser por elas cumpridas<sup>435</sup>.

Igualmente analisada foi a reacção dos vários intervenientes nas consultas públicas aos dois tipos de abordagens. Verifica-se, por um lado, uma grande segmentação nas

---

<sup>433</sup> A questão da inclusão das externalidades associadas ao transporte dos produtos ou serviços em causa é, de facto, uma das mais delicadas. Se, por um lado, se admite que estes custos terão, em certas categorias de bens e serviços, um importante relevo em termos de custos impactes totais, a verdade é que a sua consideração compromete directamente a obrigação de não discriminação em razão da nacionalidade. Assim, é de assinalar que a própria Comissão Europeia, nos critérios que indica como referências para compras públicas ecológicas, não incluiu, até à data, em nenhuma categoria a consideração deste tipo de externalidade, limitando-se a indicar como especificação técnica ou critério de adjudicação a utilização de veículos com determinados níveis de eficiência (Euro 5 ou V). Cfr. Critérios Europeus para Compras públicas Ecológicas, disponíveis no site da Comissão Europeia [http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu\\_gpp\\_criteria\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm)

<sup>434</sup> Como sabemos, esta definição de metodologias pode e está, de facto, a ser feita por duas vias pelas instâncias comunitárias: pela imposição de metodologias de avaliação e monetização de custos (foi o que foi feito relativamente aos veículos pela Directiva 2009/33/CE de 23 de Abril de 2009) ou, de forma menos impositiva, pelo estabelecimento de guias para vários tipos de produtos que possam ser utilizados pelas entidades adjudicantes por forma a tornar mais simples a efectivação nos procedimentos de adjudicação dos objectivos de sustentabilidade ambiental.

<sup>435</sup> Cfr. Comissão 2011 D, 68.

respostas relativamente à questão da admissibilidade de critérios para além da relação custo/qualidade, com apenas 41% das respostas em sentido positivo. Esta segmentação nos números agregados esbate-se, contudo, quando analisamos as respostas de cada grupo, sendo, em geral, os Estados membros e as entidades adjudicantes mais contrários à proposta (80% e 50% das respostas contra, respectivamente), que é claramente defendida pelos representantes da sociedade civil.

No entanto, o apoio é bastante superior quando questionados sobre a admissibilidade de determinados critérios específicos de determinação de custos, nomeadamente a consideração dos custos do ciclo de vida, particularmente na fase de adjudicação dos contratos.

Em geral, esta diferente abordagem poder-nos-á levar a concluir que, em geral, Estados membros e entidades adjudicantes estão dispostos a tomar em consideração um leque mais alargado de critérios que densifiquem a noção de “custos” para efeitos da determinação da relação custo/benefício que deve estar na base das decisões adjudicatórias<sup>436</sup>, mas não mais do que isso, temendo mesmo que o alargamento dos critérios possíveis faça esbater esse que é o principal quadro que permite a maior eficiência dos contratos públicos em geral.

A diferença de posições entre Estados membros e entidades adjudicantes, por um lado, e organizações não governamentais, por outro, é igualmente notória na reacção à opção legislativa mais impositiva – 80% dos primeiros revelam-se claramente contra a imposição de quotas<sup>437</sup>, enquanto 65% dos representantes da sociedade civil concordam com esta opção.

Já relativamente à importância da inovação nos mercados públicos e, concretamente, dos instrumentos de que devem dispor as entidades adjudicantes para a promover, as posições são bastante mais unânimes, com uma larga maioria das respostas no sentido positivo relativamente ao alargamento das possibilidades de procedimentos mais flexíveis (como é o caso do diálogo concorrencial e dos procedimentos por negociação)

---

<sup>436</sup> Remetendo mesmo para os dados do Eurobarómetro de 2011 no qual a clara maioria das respostas foi positiva relativamente à questão de afastar o critério preço mais baixo por forma a permitir a inclusão de considerações relacionadas com aspectos sociais ou ambientais

<sup>437</sup> Sendo os principais argumentos invocados a demasiada interferência das instâncias comunitárias nas decisões nacionais/locais, o aumento da complexidade do quadro regulatório, a diminuição da capacidade das entidades adjudicantes definirem as suas próprias prioridades em função das suas necessidades específicas, os riscos de aumento dos preços e dos custos administrativos suportados pelas entidades e pelas empresas privadas, em particular as PMEs. Cfr. Comissão 2011 D, 68.



ou à maior abertura à admissibilidade de variantes nas próprias especificações técnicas<sup>438</sup>. Saliente-se ainda a pressão por parte de 69% das respostas no sentido da criação de um novo tipo de procedimento mais adequado às compras de produtos/serviços inovadores.

Concluindo, o estudo salienta que, embora a solução impositiva tenha potencialmente um maior impacto relativamente à prossecução de objectivos estratégicos quando comparada com a solução de flexibilização, esta última “would permit buyers to make choices depending on their individual circumstances and available resources, which could be considered particularly important in the presente environment of financial strain”<sup>439</sup>.

Por outro lado, é igualmente reconhecido pela Comissão que, embora a experiência nos diferentes Estados membros sugira que a utilização estratégica dos contratos públicos possa resultar numa melhoria das soluções encontradas e da própria eficiência dos mercados sem colocar em causa os princípios básicos da concorrência e não discriminação, e verdade é que está ainda por demonstrar a capacidade desses mercados públicos influenciarem decisivamente os mercados em geral no sentido do desenvolvimento de melhores tecnologias ou soluções.

Para além disso, é igualmente salientado que qualquer solução impositiva, ao harmonizar os mercados a nível comunitário, retira aos vários participantes a capacidade de adequação às suas características e necessidades específicas, ao mesmo tempo que diminui a capacidade de evolução dos próprios critérios considerados, acarretando mesmo um risco de encarcerar os mercados públicos em preferências já ultrapassadas.

O afastamento de uma solução impositiva geral não afasta, contudo, a possibilidade de esta ser a solução adoptada para determinados sectores específicos, se esse for o resultado de dados e análises mais aprofundados.

Fora desses casos específicos, é considerado que devem os Estados membros continuar a decidir os seus próprios planos de acção nacionais com objectivos, metas e respectivo enquadramento orçamental definidos. É salientado, a propósito, que estava à data ainda por realizar a avaliação desses mesmos planos de acção, sendo que esse constituirá um

---

<sup>438</sup> Embora, de acordo com o *Evaluation Report*, a recente tendência das entidades adjudicantes tem sido precisamente em sentido contrário, reduzindo os casos de possibilidade de apresentação de variantes. Cfr. Comissão 2011 F, 104-5.

<sup>439</sup> Comissão 2011 D, 69.

elemento decisivo para determinar até que ponto será aconselhável alargar esse tipo de mecanismo ao espaço comunitário pela intervenção do legislador europeu.

### 3.2.3. Apreciação crítica

Antes mesmo de analisarmos mais detalhadamente as alterações introduzidas com a revisão de 2014, não podemos deixar de salientar alguns pontos mais relevantes da mesma.

O primeiro prende-se com a intenção de flexibilização das normas e procedimentos avançada pelos documentos preparatórios. De facto, podemos afirmar que esta foi uma tentativa do legislador europeu dar resposta às críticas da demasiada rigidez do normativo europeu, especialmente comparadas com a realidade nos EUA. De facto, os dois blocos apresentam uma evolução em sentidos quase opostos relativamente à regulação da matéria – enquanto, muito pelo trabalho de Kelman durante a administração Clinton, os anos 90 foram marcados nos EUA por uma reforma legislativa no sentido de flexibilizar procedimentos com vista ao aumento da eficiência, importante alguns métodos do sector privado para os contratos públicos<sup>440</sup>, o caminho na Europa foi precisamente o contrário, marcado por uma crescente procedimentalização acompanhada da diminuição da margem de liberdade deixada aos Estados membros e às entidades adjudicantes. É claro que essa maior rigidez encontra a sua explicação numa realidade especificamente europeia: a construção do mercado interno, numa primeira etapa, e do mercado único.

O reconhecimento da necessidade de aumentar a flexibilidade de procedimentos resulta precisamente da necessidade de conferir às entidades adjudicantes instrumentos que lhes permitam procurar essa eficiência nos contratos que adjudicam. Todavia, essa flexibilização encontra inevitavelmente limites no próprio quadro normativo europeu e no próprio projecto do mercado interno.

---

<sup>440</sup> A bibliografia nesta matéria é extensíssima. Remetemos o leitor para algumas obras paradigmáticas, em particular do próprio pai dessa “revolução”: Kelman 1990 ou, muito recentemente, 2012. Para uma análise comparatística ver igualmente Verdeaux 2003.

Note-se, todavia, que esta abordagem não é, todavia, isenta de críticas. Para uma análise dos principais argumentos críticos e bibliografia relativos à não consideração dos efeitos sobre os mercados em geral dos procedimentos mais flexíveis da chamada “comercial-item revolution” dos anos 90 ver Yukins 2013. Kelman, *Procurement and Public Management*, Washington D.C., The American Enterprise Institute Press

Por outro lado, essa flexibilização de procedimentos justifica uma característica também ela própria do normativo comunitário, que se acentua com a revisão de 2014: ao pretender dotar as entidades adjudicantes dos referidos instrumentos que lhes permitam buscar a eficiência, as directivas perdem o seu carácter enquadrador e aproximam-se cada vez mais da completa regulação em determinadas matérias. O legislador europeu, ao conferir directamente às entidades adjudicantes determinadas possibilidades, retira simultaneamente aos Estados membros a capacidade para conformarem o comportamento das suas entidades nacionais<sup>441</sup>.

Finalmente, essa flexibilização foi ainda a opção do legislador relativamente à admissibilidade de critérios ditos “estratégicos”. Na verdade, ao decidir não impor obrigações relativas a “o que comprar”, a não tornar obrigatórios os critérios ambientais ou sequer a utilização de rótulos ou metodologias de avaliação de impacte ambiental ou de monetarização das externalidades ambientais, o legislador vem simultaneamente, operar num duplo sentido: por um lado, reconhecer a própria diversidade da realidade europeia, notando os constrangimentos orçamentais que tal opção poderia impor a determinadas entidades adjudicantes; por outro lado, manter nos Estados membros esse último reduto de autonomia na definição de objectivos e meios para a prossecução desses objectivos “estratégicos” a nível nacional, como, de resto, impõe o próprio princípio da subsidiariedade (desde que, como é claro, eles não violem os princípios fundamentais do direito europeu, nomeadamente da igualdade e não discriminação e livre concorrência nos mercados).

Devemos, no entanto, salientar um ponto adicional: o reconhecimento da importância dos objectivos ditos estratégicos significa igualmente que o legislador europeu vem incorporar na própria política europeia dos contratos públicos outros objectivos de política para além daquele relativo à construção do mercado único. De fato, não podemos afirmar que a admissibilidade do uso instrumental dos mercados públicos seja uma novidade da revisão de 2014. Como veremos melhor, a prossecução desses objectivos era já em larga medida permitida no quadro normativo anterior (quer por decorrência directa da letra da lei, quer pela sua interpretação por parte do Tribunal de Justiça); essa introdução de “critérios adicionais” era, no entanto, vista como um

---

<sup>441</sup> Este processo corresponde, como vimos no ponto 1 do presente capítulo, ao tendente carácter harmonizador das Directivas, muito criticado por determinados sectores da doutrina.

elemento estranho, permitida de forma quase excepcional e sempre com algum cepticismo. Todavia, o que se revela verdadeiramente inovador é precisamente a forma como o legislador europeu perspectiva esse uso instrumental: da mesma forma como a regulação dos mercados públicos serviu na Europa até agora para promover e consolidar o processo de construção do mercado interno<sup>442</sup>, ela é agora vista enquanto instrumento (de mercado) das demais políticas europeias, nomeadamente ambientais, instrumento potenciado pela crescente carácter harmonizador das directivas, quer em matéria ambiental, quer, como vimos, em matéria de contratação pública. Esse é um processo que teve o seu início em determinados sectores já na década de 90 do século passado, mas cujo desenvolvimento marcará seguramente os próximos anos, deixando antever o desenvolvimento por parte da Comissão Europeia de uma cada vez maior harmonização de políticas de compras públicas ecológicas, se não a nível de “o que comprar”, pelo menos quanto à forma de, querendo, o fazer.

#### 4. As possibilidades de inclusão de critérios ambientais nas várias fases dos procedimentos

##### 4.1. Objecto do contrato e questões relativas aos concorrentes

###### 4.1.1. A definição do objecto do contrato

Encerrada a questão da previsão pelas directivas de obrigações relativas a “o que comprar” no sentido de manter na esfera dos Estados Membros e das entidades adjudicantes em particular a liberdade de definir o uso concreto a ser dado aos contratos públicos em matéria ambiental<sup>443</sup>, não é estranho que não vejamos alterações relativamente à possibilidade de, neste primeiro momento, incluir intenções de protecção ambiental nos contratos públicos.

Nesta matéria, portanto, parece não existir, numa primeira análise, uma alteração de posição.

---

<sup>442</sup> Para um tratamento detalhado da base económica deste objectivo especificamente no caso Europeu ver, entre outros Almeida 2004, Rodrigues 2013 ou Trepte 2004.

<sup>443</sup> Como é referido no considerando 95 da directiva 2014/24, “tendo em conta as enormes diferenças entre setores e entre mercados, não seria adequado definir requisitos gerais obrigatórios para os contratos públicos em matéria ambiental, social e de inovação”.

O entendimento da Comissão era, de facto, já no sentido de permitir a inclusão de preocupações ambientais logo no momento da definição do objecto do contrato, liberdade essa apenas limitada pelo respeito pelos princípios comunitários aplicáveis, nomeadamente da não discriminação e das liberdades de circulação.

De facto, é a própria Comissão que, no seu Manual para as Compras Públicas Ecológicas, apela às entidades adjudicantes para que coloquem, logo no título do concurso, uma referência a essa preferência ambiental, na medida em que “facilita uma mais rápida identificação dos proponentes com o objectivo a alcançar e transmite a mensagem de que o desempenho ambiental do produto ou serviço será uma parte importante do contrato”<sup>444</sup>, dando mesmo como exemplo um concurso público alemão com o título “Acordo-quadro para o fornecimento de equipamento de escritório amigo do ambiente”.

Essa possibilidade, incentivada pela Comissão, não é, todavia, ilimitada. Como vimos a propósito do princípio da igualdade e não discriminação enquanto princípio geral de direito europeu, as entidades adjudicantes e os Estados membros estão sempre sujeitos ao respeito pelos princípios dos Tratados.

Vimos como, enquadrando o Tribunal de Justiça no âmbito de aplicação do artigo 34.º TFUE os procedimentos de contratação pública, são proibidas quaisquer medidas ou práticas pelas entidades adjudicantes que possam entravar, directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, o comércio intracomunitário.

O que pode acontecer logo na definição do objecto do contrato.

De facto, a definição do objecto pode ser formulada de forma que discrimine directamente bens ou serviços nacionais face aos que são importados<sup>445</sup>.

Todavia, pode igualmente acontecer que a definição do objecto do contrato não discrimine directa ou indirectamente bens ou serviços nacionais e, ainda assim, seja passível de influenciar o comércio intracomunitário.

Não tendo ainda o tribunal de justiça tido oportunidade de se pronunciar na matéria, subsistem duas possibilidades de adaptar a jurisprudência existente ao caso: ou se entende que tal definição do objecto deve ser analisada à luz do referido artigo 34º

---

<sup>444</sup> Comissão, Manual CPE, 33.

<sup>445</sup> Era o caso em apreço no acórdão *Dundalk*, no qual o tribunal considerou contrária ao direito comunitário uma cláusula publicada num anúncio de empreitada de obras públicas que exigia um certificado de conformidade com uma norma irlandesa das condutas de fibrocimento a serem utilizadas, não admitindo condutas similares.

TFEU, nos termos do acórdão Dassonville<sup>446</sup>, ou, de forma diversa, se a equipara às “modalidades de venda” assim definidas pelo Tribunal de Justiça no acórdão Keck et Mithouard<sup>447</sup>, estando estas, então, excluídas do âmbito de aplicação do referido artigo. Nesta última hipótese, e como vimos supra, a definição do objecto do contrato incluir-se-ia nas chamadas “excluded buying decisions”, decisões de definição do próprio objecto do mercado e que, portanto, *definem esse mesmo mercado*, não sendo passíveis de o restringir (até porque ele não existe previamente às mesmas).

Estão em causa as decisões de comprar ou não, as de definição do melhor modo de satisfazer uma determinada necessidade. Ora essa definição vai de aspectos genéricos como o tipo de bem/serviço a adquirir até à definição mais concreta da forma como essa bem satisfaz a necessidade.

Esta análise, que vimos já relativamente aos contratos não abrangidos pelas directivas, tem, contudo, que ser complementada nos casos de contratos no âmbito das directivas. Ora o Tribunal de Justiça afirmou já que o objectivo da legislação na matéria “tem em vista a realização simultânea da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços em matéria de contratos de empreitadas de obras públicas e o desenvolvimento, à escala comunitária, de uma concorrência efectiva nesse domínio, fomentando uma manifestação de interesse tão ampla quanto possível entre os empreiteiros dos Estados-Membros”<sup>448</sup>.

Nessa medida, revela-se, no âmbito de aplicação das directivas, fundamental o respeito pelo princípio da igualdade na sua acepção mais basililar, que reclama que, logo aquando da definição do objecto do contrato, não se discriminem empresas potenciais concorrentes com base em motivos não objectivos ou arbitrários.

É isso que, de resto, reclamam dois dos principais princípios da contratação pública, incluídos no artigo 18.º da Directiva – o princípio da concorrência e o princípio da igualdade. Na verdade, se o princípio da concorrência reclama uma abertura do

---

<sup>446</sup> Caso em que seriam proibidas porque contrárias ao referido artigo.

Inserir referência do acórdão.

Inserir referências bibliográficas

<sup>447</sup> Inserir referência do acórdão.

<sup>448</sup> Acórdão de 16 de Dezembro de 2008, Michaniki, proc. C-213/07, parag 39. No mesmo sentido vejam-se igualmente os acórdãos de 26 de Setembro de 2000, Comissão/França, C-225/98, Colect., p. I-7445, parag. 34; de 12 de Julho de 2001, Ordine degli Architetti e o., C-399/98, Colect., p. I-5409, parag. 52; de 27 de Novembro de 2001, Lombardini e Mantovani, C-285/99 e C-286/99, Colect., p. I-9233, parag. 34, e de 12 de Dezembro de 2002, Universale-Bau e o., C-470/99, Colect., p. I-11617, parag. 89.

procedimento pré-contratual que potencie a chamada do maior número possível de propostas<sup>449</sup>, o princípio da igualdade proíbe qualquer discriminação não objectiva dos operadores económicos, independentemente de estar ou não em causa uma discriminação (directa ou indirecta) em razão da nacionalidade dos mesmos<sup>450</sup>.

Há que notar, todavia, que isto não quer, de forma alguma, dizer que as entidades adjudicantes não possam, pela própria definição do objecto do contrato, excluir à partida alguns operadores económicos. Pelo contrário, elas fá-lo-ão necessariamente. Essa é a própria natureza dos procedimentos pré-contratuais: ir eliminando concorrentes até à adjudicação final a um (ou um grupo pré-definido, em caso de adjudicação por lotes). Assim, a definição do objecto do contrato elimina necessariamente potenciais concorrentes. Esse facto não viola, todavia, o princípio da igualdade; pelo contrário, algumas discriminações corresponderão, na realidade a concretizações de exigências decorrentes da igualdade, concretamente da igualdade substancial<sup>451</sup>. Tal acontecerá sempre que as entidades adjudicantes, ao indicarem claramente no objecto do contrato a sua intenção de realizar uma compra ambientalmente sustentável, afastem desse mercado empresas dentro do mesmo sector que não privilegiem o impacto ambiental enquanto característica dos bens ou serviços que produzam/comercializam.

Relativamente à introdução de considerações ambientais na definição do objecto do contrato, o facto de a mesma afastar alguns potenciais concorrentes justifica-se no facto de esses concorrentes não se encontrarem em condições de poder fornecer o produto/serviço que a entidade adjudicante deseja adquirir<sup>452</sup>.

De facto, a decisão de aquisição de um determinado bem ou serviço tem como ponto de partida a definição de uma necessidade por parte da entidade adjudicante. Essa

---

<sup>449</sup> O que, e como bem salienta Pedro Gonçalves, é igualmente propiciador da própria economicidade dos contratos e, nessa medida, funciona como um caso paradigmático em que as regras europeias permitem condições para um objectivo que, em rigor, não é seu (a economicidade ou value for Money). CFR. Gonçalves 2013, 434.

<sup>450</sup> No mesmo sentido, Moniz 2015, ver pag. Nesta versão está na página 22.

<sup>451</sup> Para uma análise da distinção, nem sempre salientada pelo Tribunal de Justiça e por alguma doutrina, entre igualdade e não discriminação no direito da União Europeia ver Martins 2010, 58 e ss.

<sup>452</sup> Isto é, "it is not discriminatory to be discriminating". Cfr. Weller e Pritchard 2013, 58.

Assim, e pegando do exemplo da Comissão relativo ao anúncio para aquisição de "material de escritório amigo do ambiente", estarão, à partida, excluídas desse mercado todas as empresas fornecedoras de material de escritório que não possa, de nenhuma forma, ser considerado "amigo do ambiente". Todas as demais não estarão afastadas de tal procedimento à partida, sendo necessário verificar como é que a entidade adjudicante concretiza essa sua intenção de sustentabilidade ambiental em concreto, nomeadamente através das especificações técnicas, dos critérios de execução e, caso se aplique, das condições de execução do contrato

necessidade poderá, as mais das vezes, ser satisfeita de vários modos. A entidade adjudicante terá, então, que definir logo à partida a forma como deseja ver satisfeita essa necessidade. Por exemplo, se estivermos a falar de alimentação em cantinas escolares, a entidade adjudicante terá que optar entre adquirir os produtos em causa, realizando por meios próprios o serviço em causa, ou adquirir o serviço (o mesmo se passando, por exemplo, com os serviços de limpeza). Esta escolha, que implica opções políticas, pode igualmente ter implicações em matéria ambiental. Pense-se, por exemplo, no caso de decidir entre várias formas possíveis de satisfazer a necessidade de mobilidade de pessoas e mercadorias: as opções podem passar pela construção de estradas (que poderão elas próprias ter percursos alternativos) ou de infraestruturas de caminho de ferro. Os impactes ambientais das duas opções não serão idênticos e será natural e até mesmo exigível que a entidade adjudicante tenha em conta esses diferentes impactes na sua decisão final<sup>453</sup>.

Mesmo depois de definir o modo como deseja ver a sua necessidade satisfeita, a entidade adjudicante terá ainda algumas opções aquando da definição do objecto do contrato, que se prendem com a forma como essa necessidade será satisfeita. Imagine-se, por exemplo, uma entidade adjudicante que, perante a necessidade de aumentar o número ou a qualidade das escolas na sua área, toma a decisão de construção de uma nova escola de raiz (em vez de, por exemplo, remodelar as existentes). A consideração dos impactes ambientais dessa construção poderá (e deverá) ser tida em conta pela entidade adjudicante, quer em termos de localização, quer em termos de materiais de construção utilizados, quer em termos de características funcionais desejadas para o novo edifício.

Não podemos, contudo, ignorar que a definição do objecto do contrato é, segundo a classificação que propusemos, um critério que elimina potenciais concorrentes e cuja utilização deve, por isso, ser de forma a distorcer o mínimo possível a concorrência. Isto é, a entidade adjudicante pode (e até deve) identificar logo na definição do objecto do contrato essa sua intenção de introdução de critérios de sustentabilidade ambiental na sua escolha, mas deve fazê-lo de modo a que afaste à partida o mínimo possível de operadores económicos potencialmente interessados. É isso que reclamam, em nosso entender, os princípios da concorrência e da igualdade e é isso que corresponde

---

<sup>453</sup> Inserir referência artigo português sobre avaliações de impacte ambiental nas compras públicas.



igualmente à defesa dos interesses da própria entidade adjudicante, da economicidade do contrato que, como vimos, não sendo objectivo da legislação europeia (e, talvez mais estranhamente, não estando igualmente expressamente consagrado na legislação nacional<sup>454</sup>), resulta permitida pelo cumprimento da mesma.

Nestes termos, a questão não será muitas vezes a de saber se a definição do objecto do contrato deve ser considerada uma “excluded buying decision”, mas antes a de averiguar, em concreto, se a decisão da entidade adjudicante é uma forma *legítima* de definir o objecto do contrato (o que deve ser aferido em relação aos referidos princípios)<sup>455</sup>.

Assim, e independentemente de o específico objectivo ambiental da entidade adjudicante ser ou não parte dos objectivos já definidos pela União Europeia na matéria<sup>456</sup>, embora a sua introdução possa ser operada logo na definição do objecto do contrato, tal deve ser realizado de forma a não reduzir o mercado relevante mais do que o estritamente necessário.

Assim, e pegando no exemplo da Comissão relativo ao anúncio para aquisição de “material de escritório amigo do ambiente”, estarão, à partida, excluídas desse mercado todas as empresas fornecedoras de material de escritório que não possa, de nenhuma forma, ser considerado “amigo do ambiente”. Todas as demais não estarão afastadas de tal procedimento à partida, sendo necessário verificar como é que a entidade adjudicante concretiza essa sua intenção de sustentabilidade ambiental em concreto, nomeadamente através das especificações técnicas, dos critérios de execução e, caso se aplique, das condições de execução do contrato. De facto, o conceito de “amigo do ambiente” pode

---

<sup>454</sup> Cfr. Gonçalves 2013, 434.

<sup>455</sup> Cfr. Hettne 2013.

<sup>456</sup> De forma diversa, Heffne defende que devemos considerar duas situações distintas. A primeira, relativa a casos de considerações ambientais que estejam suportadas por políticas comunitárias (como acontece, por exemplo, com a produção de energia de forma sustentável, com a eficiência energética de equipamento de escritório, ou com a sustentabilidade dos veículos de transporte terrestre, por exemplo), a sua introdução como ponto de partida no objecto do contrato não é, em rigor, uma excepção ao princípio da liberdade de circulação, mas antes uma forma de promover os objectivos comuns à própria União.

A segunda, e de modo diverso, diz respeito aos casos nos quais a entidade adjudicante não encontre em outra base legal comunitária apoio para justificar a introdução de tais considerações. Nesses casos, defende o autor que, a sua introdução na definição do objecto do contrato se deve limitar ao estritamente necessário. Nestes casos, o aprofundamento das preocupações ambientais pode e deve ser feito em fases posteriores do procedimento de contratação, nomeadamente através da inclusão de critérios eventualmente mais exigentes nos critérios de adjudicação do contrato. Cfr. Heffne 2013, 38-39.

ser concretizado de várias formas igualmente justificáveis. Caberá à entidade adjudicante, se esse for o caso, definir o conteúdo específico do conceito. Tal definição deverá, em nosso entender, ser concretizada nas fases seguintes do procedimento e nos termos legalmente admissíveis para cada uma delas.

A entidade adjudicante pode, contudo, optar por definir no objecto do contrato de forma mais específica o objectivo ambiental que pretende ver realizado no contrato em causa: mantendo o exemplo do material de escritório, e dependendo do tipo de material em causa, poderá a entidade adjudicante privilegiar a eficiência energética do mesmo (se, por exemplo estivermos a falar de computadores) ou a forma de utilização sustentável de recursos (se, ao invés, se tratar de um concurso para aquisição de mobiliário de escritório, caso em que a proveniência da madeira ou a utilização de materiais reciclados poderão ser mais relevantes). Esta definição, deverá todavia, sempre obedecer aos princípios gerais de direito europeu, nomeadamente ao princípio da igualdade, não podendo ser arbitrária ou totalmente desproporcionada, como acontecerá caso a entidade adjudicante defina como objectivo específico no objecto do contrato um impacto ambiental que se revele totalmente estranho ao tipo de bens ou serviços a adquirir<sup>457</sup>.

De facto, tendo todos os bens e serviços variadíssimos tipos de impactes sobre o ambiente, é reconhecido que determinados impactes têm mais peso em certo tipo de produtos do que noutros. Não poderá, então, a entidade adjudicante definir como objectivos impactes que sejam completamente despiciendo no tipo de produto em causa, desconsiderando os impactes mais relevantes – tal conduta violará o princípio da igualdade na sua dimensão mais basililar, a da racionalidade ou não arbitrariedade.

Note-se que o que vimos de defender não significa de todo retirar a margem de discricionariedade que as entidades adjudicantes e os Estados membros têm na

---

<sup>457</sup> A esse respeito salienta a Comissão Europeia que “In other words, the contracting authority may decide what it wants to buy (e.g. furniture made of sustainable wood instead of plastic, metal, etc.) or set sustainability criteria only for the wooden parts of the furniture and not for the other materials as long as the subject matter of the contract and the technical specifications are not formulated in such a way as to discriminate against suppliers from other Member States. Otherwise, if the subject matter and the technical specifications are defined in such a way that they do not favour particular producers, it can be considered that the principles of equal treatment and non-discrimination are respected. In this case contracting authorities may require that the furniture be made of sustainable wood instead of other materials or to set sustainability requirements only for the wooden parts of the furniture and not for the other materials used” (sublinhado nosso). Cfr. Site da Comissão Europeia, Faqs, disponível em [http://ec.europa.eu/environment/gpp/faq\\_en.htm#cost2](http://ec.europa.eu/environment/gpp/faq_en.htm#cost2) (último acesso em 30-11-2015).

definição dos objectivos concretos das suas compras públicas (e, por maioria de razão, na definição do objecto dos contratos a adjudicar). Ao contrário, reconhecendo que lhes cabe não só a definição dos objectivos ambientais a prosseguir como a sua ponderação relativamente aos demais objectivos, limitamo-nos a salientar o que parecerá eventualmente (demasiado) evidente: essa liberdade está sempre subordinada aos princípios gerais de direito europeu e a garantia mínima do respeito pelo princípio da igualdade é a não arbitrariedade.

Questão da harmonização comunitária: poderá restringir essa harmonização logo na definição do contrato? Hettne 2013 acha que não; Kunzlik não sei (tenho que ver – ele tem um artigo recente precisamente sobre isto).

#### 4.1.2. O alargamento do conceito de ligação ao objecto do contrato

Um dos principais requisitos de todos os critérios de adjudicação é, desde o Acórdão *Concordia Bus*<sup>458</sup>, a ligação ao objecto do contrato. Esse requisito é tanto mais importante quanto maior a margem de liberdade dada às entidades adjudicantes para introduzirem aspectos qualitativos nos critérios de adjudicação. Questionado sobre a legalidade de um critério ambiental (no caso, as emissões poluentes de autocarros), o Tribunal veio afirmar que os critérios de adjudicação não têm obrigatoriamente que se relacionar com uma vantagem económica para a entidade adjudicante, mas devem, de todo o modo, estar relacionados com o objecto do contrato.

Este entendimento foi posteriormente transposto para a letra da lei pelas directivas de 2004, que expressamente requerem esta ligação ao objecto do contrato.

A questão não ficou, todavia, totalmente esclarecida em 2004. O conceito de “objecto do contrato” não havia sido definido pelo Tribunal e as directivas mantiveram esta indeterminação, pelo que o mesmo se prestava a várias interpretações e densificações<sup>459</sup>. Esta diversidade de posições era mais evidente quanto à possibilidade de critérios relativos à fase de produção dos bens a adquirir, uma vez que, em rigor, essa produção

---

<sup>458</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-513/99 de 17 de Setembro de 2002.

<sup>459</sup> Ver, entre outros, Sue ARROWSMITH e Peter KUNZLIK (eds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, 2009, em especial os capítulos 4 e 9 ou Peter KUNZLIK, “From suspect practice to market-based instrument: policy alignment and the evolution of EU law's approach to “green” public procurement”, in *Public Procurement Law Review*, 2013, 3, 97-115.

decorria antes do contrato, não determinando muitas vezes a própria substância do bem em causa.

Mais uma vez o Tribunal foi chamado a solucionar a questão, nomeadamente no Acórdão *EVN/Wienstrom*<sup>460</sup>, no qual estava em causa um critério que valorizava a produção de energia por vias renováveis. Segundo a Comissão, esse critério não teria a necessária ligação ao objecto do contrato. Não foi esse, contudo, o entendimento do Tribunal, que afirmou a legalidade do mesmo, desde que o requisito se cingisse à energia produzida (e consumida) para a realização do contrato em si, e não a toda a energia consumida pela empresa concorrente.

Este acórdão não esclareceu ainda totalmente a questão. De facto, a Comissão, alterando, é certo, um pouco o seu discurso, manteve na realidade a sua posição básica nesta matéria – a necessidade de relação com uma característica intrínseca do bem a adquirir, com algo que forme parte da substância do produto em causa. Tal entendimento é, de resto, patente na *Comunicação Interpretativa da Comissão Europeia sobre as possibilidades de integração de considerações ambientais nos contratos públicos*, que expressamente refere que “*as entidades adjudicantes poderão impor um processo de produção específico, se este ajudar a especificar as características de desempenho (visíveis ou invisíveis) do produto ou serviço*”<sup>461</sup>.

Este entendimento de necessária ligação às características de desempenho alargava-se, de resto, às condições de legalidade das especificações técnicas: também no caso de a entidade adjudicante pretender inserir enquanto especificação técnica um processo específico de produção este deveria necessariamente originar uma especificidade relevante do próprio produto ou serviço a adquirir (mesmo que essa especial característica não fosse visível). Esta restrição estava, aliás, na base da importância da distinção entre especificações técnicas e condições de execução do contrato, especialmente no caso de contratos para aquisição de produtos: enquanto as especificações técnicas se teriam que referir aos produtos em causa, já nas condições de execução poderiam ser incluídas condições relativas, por exemplo, à forma de embalagem ou de eliminação em fim de vida. O que constituía uma importante diferenciação, uma vez que, enquanto que o não cumprimento das especificações

<sup>460</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-234/03, de 27 de Outubro de 2005.

<sup>461</sup> Cfr. Com(2001) 274 final, pag. 11.

Sustentando posição contrária, ver, por exemplo, op. cit nota 3.

técnicas permitia a exclusão da proposta, já a verificação do cumprimento das condições de execução, só podendo ser aferida durante essa execução, daria apenas lugar à resolução do contrato, com todos os inconvenientes que daí resultariam<sup>462</sup>.

Foi esse entendimento que resultou, de resto, na primeira proposta da Comissão em 2011, na qual o texto da alínea d) do n.º 2 do artigo 66.º (actual 67.º) claramente exigia que os critérios de adjudicação “*sejam especificados nos termos do n.º 4, visem fatores diretamente envolvidos nesses processos e caracterizem o processo específico de produção ou execução das obras, fornecimentos ou serviços solicitados*”<sup>463</sup>.

Um terceiro e decisivo Acórdão veio, já em 2012, clarificar a posição do Tribunal – o Acórdão *Dutch Coffee*<sup>464</sup> –, que esclareceu que a ligação ao objecto do contrato era respeitada por critérios relacionados com a produção orgânica e comércio justo de café e chá, requisitos que não se relacionam de nenhuma forma com as características intrínsecas dos bens em causa e que, por outro lado, não constituem critérios ambientais<sup>465</sup>.

Neste enquadramento, não espanta que o novo texto da directiva seja bastante mais esclarecedor do que o anterior (e substancialmente diverso da proposta inicial<sup>466</sup>), aceitando expressamente aquilo que era já entendimento jurisprudencial firme. Assim, o n.º 3 do artigo 67.º prevê que, para que esteja cumprida ligação ao objecto do contrato, basta que os critérios de adjudicação estejam “*relacionados com as obras, produtos ou serviços a fornecer ao abrigo desse contrato, sob qualquer aspeto e em qualquer fase do seu ciclo de vida, incluindo fatores envolvidos: a) No processo específico de produção, fornecimento ou negociação das obras, produtos ou serviços; ou b) Num*

---

<sup>462</sup> Para uma análise desenvolvida da especial dificuldade em traçar a linha de divisão entre especificações técnicas, condições de execução e critérios proibidos e os inconvenientes de impossibilitar a exclusão de candidatos que apresentem o sério risco de não poderem cumprir as condições de execução, apresentando argumentos justificativos de uma outra interpretação legal ver Arrowsmith 2009, 198 e ss ou 2014, 1208 e ss. Note-se, no entanto, que mesmo a obra mais recente não incorpora ainda a totalidade das alterações da revisão legislativa de 2014, remetendo a própria autora para um futuro Volume 2, ainda não publicado.

<sup>463</sup> COMISSÃO EUROPEIA, COM(2011) 896 final de 20 de Dezembro de 2011.

<sup>464</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça no processo Comissão Europeia / Países Baixos C.368/10 de 10 de Maio de 2012.

<sup>465</sup> Demonstrando que a sua admissibilidade não tem como única base legal o artigo 11º TFEU, como poderia sugerir o Acórdão *EVN*.

<sup>466</sup> Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, COM(2011) 896 final de 20 de Dezembro de 2011.

*processo específico em relação a outra fase do seu ciclo de vida, mesmo que estes fatores não façam parte da sua substância material*<sup>467</sup>.

Por sua vez, o ponto 20 do n.º 1 do artigo 2.º define o conceito de “ciclo de vida” como compreendendo “*todas as etapas consecutivas e/ou interligadas, incluindo a investigação e desenvolvimento a efetuar, a produção, comercialização e respetivas condições, transporte, utilização e manutenção, ao longo da existência de um produto, de uma obra ou da prestação de um serviço, desde a aquisição das matérias-primas ou da geração de recursos até à eliminação, neutralização e fim do serviço ou utilização*”.

Relativamente às especificações técnicas o artigo 42.º número 1 expressamente prevê que “as características exigidas para as obras, serviços ou fornecimentos (...) podem incluir uma referência ao processo ou método específico de produção ou execução (...) ou a um processo específico para outra fase do seu ciclo de vida, mesmo que tais factores não façam parte da sua substância material<sup>468</sup>, desde que e sejam ligados ao objecto do contrato sejam proporcionais ao seu valor e aos seus objectivos” (sublinhado nosso). Por outro lado, e nos termos do artigo 43.º número 1, “as autoridades adjudicantes podem, *nas especificações técnicas, nos critérios de adjudicação ou nas condições de execução* dos contratos, exigir um rótulo específico para atestar que as obras, fornecimentos ou serviços correspondem às características exigidas” (sublinhado nosso).

Parece, assim, que a própria concretização do objecto do contrato realizada nas especificações técnicas pode referir-se a todas as fases do ciclo de vida do produto, nos termos definidos no referido ponto 20 do n.º 1 do artigo 2.º, não sendo substancial a diferença relativamente à obrigação de ligação com o objecto do contrato exigida às condições de execução e aos critérios de adjudicação.

Resulta clara, então, a definição mais ampla possível de “ligação ao objecto do contrato”, só delimitada pela necessidade de relação dos critérios<sup>469</sup> com o contrato em si e não já com políticas gerais dos concorrentes. Quer dizer, são admitidos critérios que

---

<sup>467</sup> Saliente-se esta última expressão “*mesmo que estes fatores não façam parte da sua substância material*”, que evidencia a necessidade que o legislador (neste caso o Parlamento Europeu) teve de claramente afastar o anterior entendimento da Comissão.

<sup>468</sup> Note-se que esta última expressão “*mesmo que tais factores não façam parte da sua substância material*” foi igualmente introduzida pelo Parlamento Europeu.

<sup>469</sup> Note-se que utilizamos aqui a termo critérios na sua expressão mais alargada, referindo-se a especificações, técnicas, condições de execução e critérios de adjudicação.

se relacionem, de alguma forma, com os bens ou serviços a adquirir, desde o seu desenvolvimento até ao fim de vida, incluindo os relacionados com o processo de produção, mesmo que em nada alterem as características finais dos bens em causa. A única limitação é referida pelo considerando 97 da Diretiva, nos termos do qual “*a condição de uma ligação com o objeto do contrato exclui os critérios e condições relativos à política empresarial geral, que não podem ser considerados fatores característicos do processo específico de produção ou fornecimento das obras, produtos ou serviços adquiridos. Por conseguinte, as autoridades adjudicantes não deverão poder exigir aos proponentes que possuam determinadas políticas de responsabilidade social ou ambiental*”<sup>470</sup>.

Neste quadro de densificação maximizadora do conceito podemos igualmente defender a possibilidade de utilização de critérios relativos às condições de trabalho da mão-de-obra a utilizar para a realização do serviço ou utilizada no processo de produção do produto a adquirir<sup>471</sup>. Sendo esta uma questão tratada pelo Tribunal de Justiça em vários acórdãos<sup>472</sup>, alguns dos quais com já várias décadas, não parece possível defender a tese da sua admissibilidade apenas como condições de execução dos contratos e não já enquanto critérios de adjudicação<sup>473</sup>. Por um lado, e como salienta Sue Arrowsmith, estabelecendo as novas directivas a equiparação total entre critérios de adjudicação e

---

<sup>470</sup> Note-se, no entanto, que, embora as entidades adjudicantes não possam utilizar critérios relativos a políticas gerais das empresas, já aqueles que digam respeito a determinadas políticas da empresa que se reflectam, de alguma forma, no contrato em questão serão admitidos. É o caso, por exemplo, de critérios relativos ao comércio justo que, não podendo dizer respeito à política geral dos concorrentes, *podem referir-se àquela parte da actividade dos mesmos que respeita a realização do contrato em causa*. O mesmo se pode ler, de resto, no mesmo considerando 97 da Directiva: “*em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, tal inclui igualmente os critérios de adjudicação ou as condições de execução dos contratos relacionados com o fornecimento ou a utilização de produtos do comércio justo no decurso da execução do contrato a adjudicar. Os critérios e condições referentes à negociação e respetivas condições podem, por exemplo, remeter para o facto de o produto em causa ter origem no comércio justo, incluindo o requisito de se pagar aos produtores um preço mínimo e mais elevado*”.

<sup>471</sup> Embora tenhamos que admitir que este é, possivelmente, um dos poucos exemplos em que se verifica a diferença entre especificações técnicas e condições de execução, saliente-se que se trata da introdução de considerações sociais e não ambientais, sendo um dos exemplos do diferente tratamento dado pelo legislador aos dois temas.

<sup>472</sup> Para uma análise da jurisprudência mais relevante na matéria, em especial os Acórdãos Beentjes e Nord Pas-de-Calais ver Almeida 2004, ou Kunzlik 2005, 121 e ss ou Arrowsmith 2009 e 2014, 1208 e ss.

<sup>473</sup> Ou sequer aquele outro, defendido pela Comissão mais recentemente, segundo o qual tais critérios seriam admissíveis enquanto critérios adicionais a utilizar como factor de desempate perante propostas com igual classificação. Cfr. Comissão Europeia, *Comunicação Interpretativa sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos as possibilidades de integrar aspectos sociais nesses contratos*, COM(2001) 566 final, pág. 14-15.

condições de execução dos contratos, essa distinção deixa pura e simplesmente de ser possível<sup>474</sup>; por outro lado, não se vislumbra como se poderia permitir a inclusão de critérios relativos, por exemplo, ao comércio justo (que incluem considerações de protecção dos pequenos produtores em países subdesenvolvidos) e impedir que os critérios de adjudicação incluam requisitos que visem proteger as condições de trabalhos dos trabalhadores assalariados que são utilizados em qualquer fase do ciclo de vida dos bens a adquirir<sup>475</sup>.

Esta perspectiva alargada do que pode ser considerado “ligado ao objecto do contrato” é, de facto, marcante para o desenvolvimento de todas as alterações relativas à possibilidade de introdução de considerações ambientais nos procedimentos pré-contratuais, nomeadamente em matéria de critérios de adjudicação. É ela, aliás, que permite a grande novidade nessa matéria que é, como veremos, a possibilidade de inclusão do chamado “custo do ciclo de vida” nos aspectos financeiros das propostas (no chamado custo das mesmas), sendo igualmente esta perspectiva que baseará a interpretação segundo a qual é possível a consideração de custos sociais (quer dizer, externalidades sociais, para além das ambientais) no conceito de custo do contrato se for utilizada uma metodologia de determinação do custo diversa da referida no texto legal do “custo do ciclo de vida” (que, como veremos, não é obrigatória, sendo apenas um exemplo de uma metodologia que pode ser utilizada pelas entidades adjudicantes).

Esta enorme margem de actuação dada às entidades adjudicantes não é, todavia, isenta de limites. Por um lado, é fixada a limitação da relação com o objecto específico do contrato, com exclusão de políticas gerais das empresas concorrentes. Por outro lado, e aqui de forma mais inovadora, são igualmente definidos limites impostos pelos princípios da concorrência e, mais importante nesta matéria, da proporcionalidade<sup>476</sup>.

---

<sup>474</sup> Sue ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement, Regulation in the EU and the UK*, (3ª ed.), Sweet and Maxwell, 2014 Volume 1, 746.

<sup>475</sup> Embora se deva admitir que esta posição parece esbatida no considerando 98 da Directiva quando se refere que “os critérios de adjudicação (...) deverão ser aplicados em conformidade com a Directiva 96/71/CE, com a interpretação que lhe é dada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. (...) Por conseguinte, os requisitos relativos às condições básicas de trabalho regulamentadas na Directiva 96/71/CE, tais como remunerações salariais mínimas, deverão permanecer ao nível fixado pela legislação nacional ou por acordos coletivos aplicados em conformidade com o direito da União no contexto da referida directiva”.

<sup>476</sup> Essa limitações serão tratadas com maior detalhe nos pontos .... E ..... relativos às especificações técnicas e aos critérios de adjudicação, respectivamente.



#### 4.1.3. Selecção de candidatos e critérios de exclusão

As directivas de 2014 introduzem algumas alterações quer em matéria de selecção de candidatos quer relativamente às condições de exclusão dos mesmos quanto à possibilidade de aí serem introduzidas considerações e exigências em matéria ambiental.

Relativamente à questão da possibilidade de exclusão de concorrentes por não respeito de normas ambientais, a revisão de 2014 vem corrigir um retrocesso que a reforma de 2004 havia operado. De facto, em 2004, sendo possível excluir concorrentes condenados por sentença transitada em julgado por delitos que afectem a sua honorabilidade profissional (onde se poderia incluir condenações por desrespeito a obrigações em matéria ambiental), o considerando 43 da directiva 2004/18, estabelecia que “Se o direito nacional contiver disposições nesse sentido, o incumprimento da legislação ambiental ou da legislação em matéria de contratos públicos em caso de acordo ilegal sancionado por uma sentença transitada em julgado ou por uma decisão com efeitos equivalentes, pode ser considerado uma infracção que afecta a honorabilidade profissional do operador económico em questão ou uma falta grave”. Parecia, então, que o legislador restringia a possibilidade de exclusão à verificação de uma dupla condição: a condenação por sentença com força de caso transitado em julgado, por uma lado, e a consideração pela legislação nacional das ofensas em causa relativas à honorabilidade profissional do operador, por outro<sup>477</sup>.

Resultando num claro avanço legislativo, saliente-se a cláusula geral inserida relativa à obrigatoriedade de respeito pelas normas em matéria ambiental, social e laboral de direito nacional, comunitário e internacional. Assim, nos termos do número 2 do artigo 18.º, relativo aos princípios da contratação, “os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que, ao executarem os contratos públicos, os operadores económicos respeitem as obrigações aplicáveis em matéria ambiental, social e laboral estabelecidas pelo direito da União, por legislação nacional, por convenções

---

<sup>477</sup> Para uma crítica a este “retrocesso legislativo”, ver Kunzlik 2005, 142. Kunzlik 2005, Peter, “Green Procurement under the New Regime”, in Nielsen e Treumer (eds.), *The New EU Public Procurement Rules*, Djøf Publishing

colectivas<sup>478</sup> ou pelas disposições de direito internacional em matéria ambiental, social e laboral constantes do Anexo X”.

A inclusão desta verdadeira cláusula geral deve-se à pressão do Parlamento Europeu. De facto, a proposta da Comissão de 2011 tinha apenas um parágrafo, o agora primeiro parágrafo, relativo aos princípios gerais da contratação “tradicionais” (igualdade, não discriminação e transparência) e à necessidade de assegurar que a concorrência não é distorcida nos mercados públicos. Esta é um dos pontos onde mais se nota a importância da acção do Parlamento no sentido de dar mais força às preocupações ambientais na regulação dos mercados públicos. Veremos que essa acção se fez igualmente sentir relativamente aos critérios de adjudicação, embora aí o resultado seja menos conseguido.

Procurando imprimir relevância normativa a tal obrigatoriedade, o legislador alargou o leque de consequências possíveis no caso da sua violação por parte dos operadores económicos: exclusão do procedimento do operador económico em causa, possível em qualquer fase do mesmo ou rejeição da proposta do operador em causa por proposta anormalmente baixa quando se verifique que é esse o motivo do baixo valor da mesma<sup>479</sup>.

Estas consequências estão expressamente previstas nos artigos 57º, número 4, alínea a)<sup>480</sup> e número 5, segundo parágrafo<sup>481</sup> e artigo 69º, número 3, segundo parágrafo<sup>482</sup>.

---

<sup>478</sup> Referência expressa às convenções colectivas é significativa, pondo termo a uma discussão doutrinária e jurisprudencial que vinha ganhando dimensão nos últimos anos, em especial desde o Acórdão *Rüffert*. Saliente-se, no entanto, que, tal como o próprio texto do considerando 37 refere, estas obrigações devem mostrar-se “conformes com o direito da União Europeia”, nomeadamente com o princípio da não discriminação (directa ou indirecta) e com as liberdades de circulação. Acrescentar bibliografia.

<sup>479</sup> Nos termos do considerando 40 da directiva, “O controlo da observância destas disposições ambientais, sociais e laborais deverá ser efetuado nas fases pertinentes do procedimento de contratação, ou seja, ao aplicar os princípios gerais que regem a escolha dos participantes e a adjudicação de contratos, ao aplicar os critérios de exclusão e ao aplicar as disposições relativas às propostas anormalmente baixas”.

<sup>480</sup> “As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação (...) se a autoridade adjudicante puder demonstrar, por qualquer meio adequado, o incumprimento das obrigações aplicáveis a que se refere o artigo 18.o, n.o 2”.

<sup>481</sup> “A qualquer momento do procedimento, as autoridades adjudicantes podem excluir, ou ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir, um operador económico quando se verificar que o operador económico em causa, tendo em conta atos cometidos ou omitidos antes ou durante o procedimento, se encontra numa das situações referidas no n.o 4”.

<sup>482</sup> “As autoridades adjudicantes excluem a proposta caso determinem que esta é anormalmente baixa por não cumprir as obrigações aplicáveis a que se refere o artigo 18.o, n.o 2”.

Saliente-se a este respeito, todavia, a diferença de tratamento que é dado a esta condição de exclusão relativamente a outras: não sendo nunca obrigatória a exclusão ou a não atribuição do contrato a um concorrente que tenha desrespeitado as referidas normas ambientais, sociais ou laborais, o legislador comunitário deixou a liberdade aos Estados Membros de determinarem eles próprios essa obrigatoriedade<sup>483</sup> ou, na sua ausência dessa determinação, às entidades adjudicantes de, querendo, o fazer. Só em casos de tal desrespeito levar a uma situação de clara vantagem concorrencial ilegítima (proposta anormalmente baixa) a exclusão é obrigatória.

Também em relação à possibilidade de inclusão de requisitos em matéria de respeito por normas ou melhores práticas ambientais em sede de habilitações técnicas encontramos nas novas directivas alguns avanços.

Por outro lado, é expressamente admitida a exigência de um determinado sistema de gestão ambiental durante a realização de um determinado contrato (concursos para a aquisição de fornecimentos que impliquem operações de montagem ou instalação, a prestação de serviços ou a execução de obras). A capacidade para implementar esse sistema integral, portanto, a habilitação técnica dos concorrentes para executar o contrato, sendo critério de selecção.

Para além desta possibilidade, são ainda admitidos outros requisitos mínimos enquanto critérios de selecção, os quais podem estar relacionados com questões ambientais. Mantém-se, no entanto, o requisito da sua ligação e proporcionalidade ao objecto do contrato<sup>484</sup>.

---

<sup>483</sup> Este é um dos exemplos invocados por alguns autores mais críticos da presente revisão, para evidenciar a falta de força normativa que assumem muitas das “inovações” da presente directiva. Nas palavras de Semple, “the absence of any mandatory provisions on sustainable procurement is notable, but perhaps not surprising (...) It is regrettable that the views of public authorities and others—including businesses—committed to sustainability in public contracts were not put forward more effectively”. Semple 2012, 108.

<sup>484</sup> De facto, embora alguns autores defendam que as novas directivas são mais rigorosas no que toca à proximidade da ligação exigida ao objecto do contrato na definição dos critérios de selecção qualitativa (Cfr. Martens e de Margerie 2013, 11), a verdade é que *essa exigência estava já expressa no artigo 44º, numero 2 da directiva de 2004*. Parece, assim, que o legislador optou por manter uma maior exigência relativa à necessidade de ligação próxima com o objecto do contrato no que se refere aos critérios qualitativos de selecção (no caso capacidade técnica ou profissional). Refira-se ainda que esta maior exigência tornará mais difícil a inclusão nesta fase dos procedimentos de critérios de natureza social (mantendo, de resto, o entendimento do Tribunal de Justiça no Acórdão *Max Havelaar*).

Os concorrentes podem atestar essa capacidade técnica apresentando certificados emitidos por entidades independentes, que devem cumprir as exigências do nº 2 do artigo 62º da directiva<sup>485</sup>.

A novidade não está, no entanto, no facto de se admitir a exigência de sistemas de gestão ambiental ou sequer de certificados. De facto, a anterior directiva 2004/18/EC previa já essa possibilidade de modo muito semelhante<sup>486</sup>. O que há de novo, e ao contrário do que vimos anteriormente em relação aos motivos de exclusão, é a força dada pelo legislador a esta exigência: enquanto a directiva anterior previa que as entidades adjudicantes devem aceitar “igualmente outras provas de medidas de gestão ambiental equivalentes apresentadas pelos operadores económicos”<sup>487</sup>, a norma de 2014 é bastante mais rigorosa relativamente a este ponto. Nos termos do mesmo número, o concorrente deve demonstrar que, por motivos que não lhe sejam imputáveis, não teve acesso aos referidos certificados nem possibilidade de os obter em tempo útil, para poder provar por outros meios, nomeadamente através de um dossiê técnico, que põe em prática as medidas exigidas pelo sistema de gestão ambiental aplicável. Remete-se, assim, a possibilidade de apresentação de outros meios de prova apenas para situações excepcionais. O legislador vem, desta forma, reforçar o papel e importância dos referidos sistemas de gestão ambiental e respectivas certificações, quer sejam nacionais, comunitários ou internacionais<sup>488</sup>.

Saliente-se, em terceiro lugar, a importância da acção do Parlamento Europeu em matéria de alargamento da obrigação de cumprimento das normas aplicáveis em matéria ambiental, social e laboral por parte dos subcontratados, não prevista na proposta da Comissão Europeia de 2011.

---

<sup>485</sup> A exigência de tais certificados deve “reportar-se ao sistema de ecogestão e auditoria da União (EMAS), a outros sistemas de gestão ambiental reconhecidos em conformidade com o artigo 45.o do Regulamento (CE) n.o 1221/2009 ou a outras normas de gestão ambiental baseadas em normas europeias ou internacionais pertinentes de organismos acreditados.” O mesmo número estabelece ainda que “as autoridades adjudicantes devem reconhecer os certificados equivalentes de organismos estabelecidos noutros Estados-Membros”.

<sup>486</sup> Esta possibilidade não foi, de resto, sequer uma inovação do pacote legislativo de 2004, sendo anteriormente já aceite que a adesão a este tipo de sistemas de certificação constituía meio de prova da capacidade técnica em matéria ambiental do concorrente, quando tal fosse exigido.

<sup>487</sup> Artigo 50º da Directiva 2004/18/EC

<sup>488</sup> Não sem que algumas vozes críticas advirtam para o perigo de tornar mais difícil o acesso a este tipo de contratos a pequenas empresas, contrariamente a um dos proclamados objectivos da reforma.

Resultado de um processo de forte negociação, o considerando 105 da Directiva 2014/24 esclarece que “é importante que a observância, por parte dos subcontratantes, das obrigações aplicáveis em matéria ambiental, social e laboral seja assegurada através de acções adequadas pelas autoridades nacionais competentes, no âmbito das suas responsabilidades e competências, tais como agências de inspecção do trabalho ou agências de protecção do ambiente”.

Nestes termos, o legislador optou de novo por deixar aos Estados Membros o desenho concreto das medidas a aplicar para assegurar que o cumprimento de normas ambientais, sociais ou laborais sejam respeitadas igualmente pelos subcontratados.

No entanto, sublinhe-se que é aqui criada uma verdadeira obrigação para os Estados Membros, que devem, nos termos do artigo 71.º, número 1, adoptar as medidas necessárias para assegurar o cumprimento do previsto no artigo 18º. O legislador vai depois mais longe, dando exemplos de medidas concretas que podem ser adoptadas no nº 6 do mesmo artigo 71º.

Este número deve, contudo, ser analisado cuidadosamente. De facto, parecendo que tem um teor meramente exemplificativo, o nº 6 contém, na realidade, uma obrigação para os Estados Membros e uma possibilidade expressa para as entidades adjudicantes.

De facto, a alínea a) prevê, mais do que uma possibilidade, uma verdadeira obrigação para os Estados Membros que prevejam um mecanismo de responsabilidade solidária entre os subcontratantes e o adjudicatário principal, casos nos quais “o Estado-Membro em causa deve assegurar que as regras relevantes sejam aplicadas em conformidade com as condições estabelecidas no artigo 18.o, n.o 2”.

Por outro lado, a alínea b) refere-se à possibilidade que as entidades adjudicantes têm (sempre) de “verificar se existem motivos para a exclusão dos subcontratantes por força do disposto no artigo 57º”. Caso existam motivos de exclusão obrigatória, “a autoridade adjudicante deve exigir que o operador económico substitua um subcontratante”; em casos de existência de motivos não obrigatórios de exclusão, a entidade adjudicante pode excluir que o adjudicatário principal exclua o operador económico em causa. Sublinhe-se que esta é uma *possibilidade* que é imposta pela própria Directiva, não

podendo os Estados Membros limitá-la; o que podem, isso sim, é reforçar esta possibilidade, transformando-a numa *obrigação*<sup>489</sup>.

Relativamente à questão da possibilidade de solicitação aos subcontratados de certificados de gestão ambiental enquanto prova de habilitações técnicas para a execução do contrato o texto legal não é explícito.

A resposta deve ser, no entanto positiva, pelo menos nos casos previstos no nº 5 do artigo 71º - “contratos de empreitada de obras e em relação a serviços a serem prestados nas instalações sob a supervisão directa da autoridade adjudicante”. De facto, este número remete expressamente para o artigo 59º, que se refere aos meios de prova de cumprimento dos critérios de selecção (nomeadamente de capacidade técnica); além disso, o mesmo número faz referência expressa à possibilidade os Estados Membros exigirem, após a adjudicação do contrato, a apresentação de “certificados” em vez da declaração sob compromisso de honra.

#### 4.2.A proposta que melhor satisfaz as necessidades em causa

Definido o objecto do contrato e verificada a não existência de motivos que levem à exclusão do concorrente, a fase seguinte de todos os procedimentos pré-contratuais centra-se na procura de identificação da proposta vencedora.

Essa será “a melhor proposta” do ponto de vista da entidade adjudicante. A identificação dessa melhor proposta não é, todavia, um processo simples, especialmente quando a entidade adjudicante introduz nesse conceito considerações ambientais, quer dizer, quando pretende incorporar naquilo que entende ser a melhor proposta considerações relativas aos impactes ambientais dos produtos, serviços ou obras a adjudicar.

Essa identificação passará, necessariamente, por uma identificação das necessidades que a entidade adjudicante deseja ver satisfeitas. Essas “qualidades” dos produtos, bens ou serviços serão depois transpostas para o procedimento através do caderno de encargos de uma de duas formas possíveis: como especificações técnicas, cujo cumprimento é condição para a aceitação das propostas ou como critérios de adjudicação, cujo

---

<sup>489</sup> “As autoridades adjudicantes, de acordo com os artigos 59.o, 60.o e 61.o, podem verificar ou *podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a verificar* se existem motivos para a exclusão” (artigo 71º, nº 6, alínea b)).

cumprimento, não sendo condição de aceitação da proposta, será, no entanto, determinante para a sua classificação final e, nesses termos, para a possibilidade de ser essa a proposta vencedora.

Isto justifica o tratamento de especificações técnica e critérios de execução como formas alternativas de procurar o mesmo resultado – a identificação da proposta que melhor satisfaz as necessidades da entidade adjudicante. De facto, e do ponto de vista da análise económica, estamos perante uma escolha entre: *i*) definição das “qualidades ambientais” enquanto especificações técnicas, quer dizer, fixando a sua obrigatoriedade, e atribuição do contrato em função do preço ou *ii*) definição das mesmas enquanto critérios de adjudicação que, juntamente com o preço, irão ser avaliados por forma a encontrar a *oferta economicamente mais vantajosa*.

Note-se, todavia, que esta dupla possibilidade pode (e deve) ser utilizada simultaneamente, quer dizer, algumas qualidades poderão ser identificadas enquanto especificações técnicas, outras serão já critérios de adjudicação e outras ainda serão identificadas enquanto especificações técnicas (impondo requisitos mínimos) e critérios de adjudicação (com requisitos mais exigentes),

De qualquer forma, e como enquadramento da análise que procuraremos realizar, devemos salientar esta ideia: a definição de especificações técnicas é uma forma de realização do objectivo de qualquer entidade adjudicante que é a maximização da sua utilidade.

Introduziremos nesta altura na nossa análise instrumentos mais económicos, por forma a procurar clarificar as várias formas de o fazer, por um lado, e os efeitos económicos para a entidade adjudicante, por outro.

#### 4.2.1. Objectivo de qualquer procedimento de contratação pública: a maximização da utilidade da entidade adjudicante

Do ponto de vista da análise económica, este *trade-off* entre preço e qualidades ambientais não é tratado de forma diversa de qualquer outra escolha económica que uma entidade, singular ou colectiva, pública ou privada, tem que fazer na alocação de recursos que tem à sua disposição: trata-se sempre de conseguir a combinação de bens que melhor satisfaça as suas necessidades, ou, por outras palavras, que lhe traga mais utilidade.

Por este motivo, são normalmente utilizadas neste tipo de análises as conhecidas curvas de indiferença<sup>490</sup>, que mais não representam que diferentes combinações de bens (neste caso de atributos) que dão exactamente o mesmo grau de utilidade, a mesma satisfação, ao indivíduo (neste caso a entidade adjudicante).

E, então, a decisão de alocação far-se-á, nos contratos públicos como nos mercados privados, na intersecção da fronteira de possibilidades de produção com essa curva de indiferença. A única especificidade é que encontramos na presente análise, não a referida fronteira de possibilidades de produção, mas sim as várias curvas de custos marginais de ajustamento para maior qualidade ambientais possíveis no mercado.

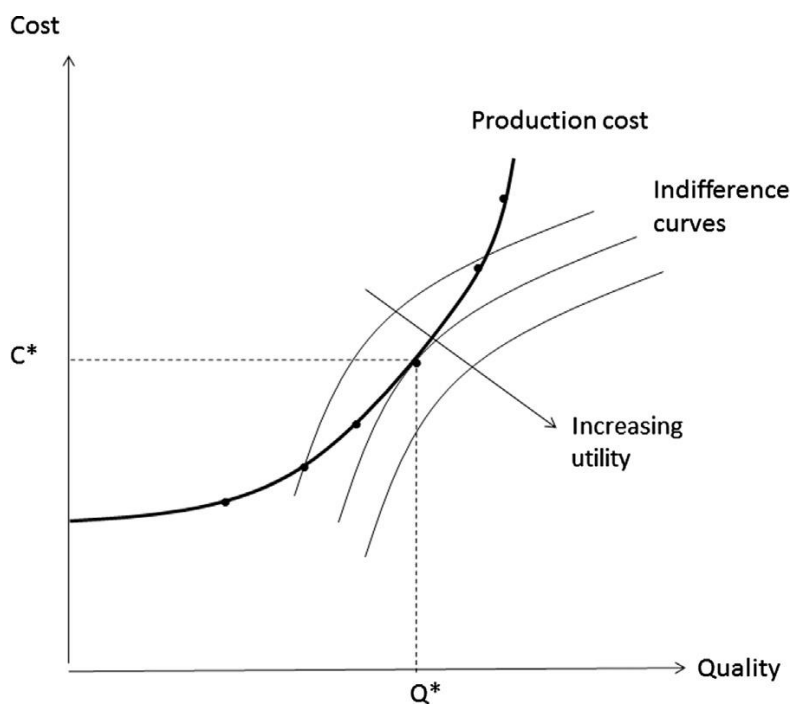


Figura 1

Fonte: BERGMAN e LUNDBERG 2013, 76

Para facilitar a análise, vamos assumir que uma entidade adjudicante tem preferências relativamente a custo (ou preço) e uma única característica ambiental.

A Qualidade (ambiental) é medida no eixo horizontal e o custo é medido no vertical.

<sup>490</sup> Sobre as mesmas ver, por todos, PORTO 2014, 47 e 102, SAMUELSON e NORDHAUS 2010, 101 a 106 ou MANKIW 2012, 442 a 465.

Para uma aplicação à economia do ambiente ver, por exemplo, KOLSTAD 2011, 69 e ss.



À medida que a qualidade aumenta, o custo de ajustamento da produção aumenta, como ilustrado na curva de custos. Esta curva representa o custo de produzir uma determinada quantidade do bem, variando apenas a qualidade (ambiental) do mesmo.

A utilidade do comprador (assumindo que o comprador é a sociedade representada pela entidade adjudicante), representada pelas diferentes curvas de indiferença, aumenta para baixo (diminuição do custo sem diminuição da qualidade) e para a direita (aumento da qualidade sem aumento do custo). Como em qualquer curva de indiferença, ela é constante ao longo de cada uma das curvas representadas.

O ponto de tangência entre a curva do custo e a curva de indiferença representa a combinação óptima de qualidade e custo (preço). É claro que a entidade adjudicante teria mais utilidade num ponto mais para baixo e/ou para a direita, mas para isso os preços teriam que ser inferiores aos custos, o que não é, de todo, previsível ou sequer desejável que aconteça.

Na prática, é provável que nem todos os níveis de qualidade possíveis estejam disponíveis para a entidade adjudicante. No gráfico, os pontos ao longo da curva dos custos representam as alternativas que, efectivamente, são colocadas à adjudicante pelas propostas apresentadas.

#### 4.2.2. As várias formas de garantir o resultado maximizador da utilidade

Há basicamente três modos de se conseguir uma alocação óptima, isto é, a máxima eficiência no contrato: i) a definição da dimensão qualitativa exigida enquanto especificação técnica e a adjudicação com base na proposta com o preço mais baixo; ii) a definição do preço a pagar e a adjudicação à proposta com um nível qualitativo mais alto (os chamados “concursos de beleza”); por último, iii) a submissão dos dois critérios à concorrência, sendo, neste caso, necessário um modelo de avaliação que possibilite a determinação da proposta vencedora.

Essas três hipóteses são agora igualmente permitidas pelo direito comunitário que, para além das duas já enquadradas anteriormente, expressamente consagra no n.º 2 do artigo 67.º da Directiva, que “*o fator custo pode igualmente assumir a forma de um preço ou custo fixo com base no qual os operadores económicos concorrem exclusivamente em termos de critérios de qualidade*”.

Em teoria, qualquer uma destas hipóteses é válida para atingir essa maximização de utilidades, dependendo dos pressupostos de que se parte. Analisaremos, por isso, as três possibilidades em duas situações diversas: com e sem ausência de incerteza relativamente aos custos de ajustamento ambiental das várias empresas.

Note-se que mantemos, nas duas situações, um pressuposto básico: a existência de concorrência entre as empresas.

De facto, não sendo fácil a determinação de funções explícitas para a apresentação de propostas, podemos, de qualquer modo, afirmar com alguma segurança que o lucro tenderá a diminuir com o aumento do número de propostas<sup>491</sup>. Será, então, a presença de concorrência e de um número suficiente de propostas que garantirá a maximização do resultado, quer ele seja em menor preço, em melhor qualidade ou em menor preço e maior qualidade simultaneamente.

Quer dizer, se o número de concorrentes é relativamente pequeno, a concorrência entre eles será mais fraca, e a entidade adjudicante não poderá esperar uma proposta ao longo da curva de custos<sup>492</sup>.

Com o critério do preço mais baixo, a optimização da proposta por parte dos concorrentes far-se-á pela relação entre a probabilidade de ganhar o contrato e o tamanho do lucro obtido com esse contrato.

---

<sup>491</sup> Para o desenvolvimento do tema ver, entre outros, DASGUPTA e MASKIN 2000, HOLT 1979, McAfee e McMillan 1987, MILGROM 1979 ou KLEMPERER 2004.

Note-se, todavia, que alguns autores defendem que, na presença de atributos qualitativos, os custos sociais da maximização de concorrentes são maiores do que os benefícios sociais. Para esta perspectiva ver SOUNDRY 2003.

<sup>492</sup> A relação entre o número de participantes e a redução de custos é, aliás, um dos argumentos económicos utilizados pela Comissão Europeia em defesa da regulação das compras públicas, tendo sido objecto de vários estudos teóricos e empíricos. Se, em geral, podemos afirmar que o número de concorrentes diminui o custo final para a entidade adjudicante, há todavia que reconhecer que esta relação não se verifica em todos os casos e, mesmo quando se verifica, é muito variável (em função do tipo de produto, do grau de substituíbilidade dos mesmos, da dimensão dos contratos, da heterogeneidade de custos entre os concorrentes, etc). De qualquer modo, e de forma geral, os estudos Europe Economics 2006 e 2011 concluem, respectivamente, que a introdução das directivas europeias aumentou a eficiência (interna) dos contratos entre 2.5% e 10% no período de 1992 a 2003 (aumentando os custos administrativos em cerca de 0.7%. Cfr Europe Economics 2006, 112) e que a publicação de um anúncio público reduz em média os custos da adjudicação em cerca de 1% nos contratos de valor elevado e em 2% nos de pequeno valor (Europe Economics, 45). Deve, no entanto, salientar-se que o mesmo estudo salienta que há casos em que se justifica, do ponto de vista económico, a utilização de procedimentos que restrinjam à partida o número de participantes (Europe Economics 2011, 53).

4.2.2.1. Na ausência de incerteza

Ainda relativamente ao diagrama anterior, o adjudicante pode especificar um nível mínimo de qualidade  $Q^*$  e atribuir o contrato à proposta que apresente o preço mais baixo. Esta hipótese corresponde ao tradicional concurso pelo preço mais baixo com propostas em carta fechada (VICKREY 1961). A pressão da concorrência levará a um preço perto de  $C^*$  (sendo que ninguém proporá uma qualidade acima de  $Q^*$ ).

Em segundo lugar, o adjudicante pode fixar o preço a pagar em  $C^*$  e seleccionar a proposta vencedora com base apenas na qualidade. Mais uma vez a pressão competitiva do mercado assegurará propostas com níveis de qualidade muito próximos de  $Q^*$ .

Terceiro, o adjudicante pode optar por submeter os dois aspectos à concorrência, tendo, nesse caso, que especificar um modelo de avaliação das propostas que pondere preço e qualidade de forma a reflectir a sua função de utilidade (a sua curva de indiferença), ganhando o contrato a proposta que apresente a maior pontuação obtida (que representa a maior utilidade para o adjudicante).

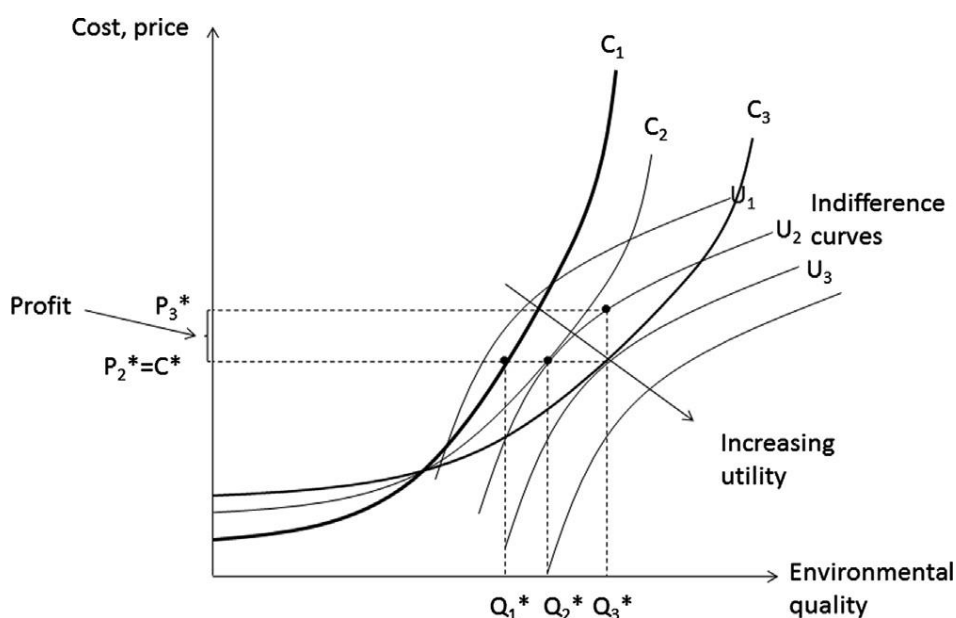


Figura 2

Fonte: BERGMAN e LUNDBERG 2013, 76

A firma representada pela curva  $C_3$ , sendo a que tem custos de ajustamento ambiental mais baixos, será a que está em melhores condições para a apresentar a proposta

vencedora. De facto, ela pode apresentar um preço superior ao seu custo ( $C^*$ ) até quase  $P3^*$  mantendo a utilidade em  $Q3^*$  e ganhar o concurso.

A diferença entre  $P3^*$  e  $C^*$  será a margem de lucro potencial para a firma 3.

Se o adjudicante utilizar uma escala de pontuações e ponderações que representem a sua utilidade, o comportamento óptimo dos concorrentes será apresentar propostas próximas do ponto óptimo de qualidade, na medida em que maximiza o *surplus* disponível<sup>493</sup>.

Podemos, então, concluir que, na ausência de incerteza e com flexibilidade na produção, é indiferente o método de selecção escolhido: todos eles são aptos a garantir a máxima eficiência.

#### 4.2.2.2. Na presença de incerteza sobre custos de ajustamento

ASKER e CANTILLON 2008 mostram que, com incerteza, um modelo de avaliação das propostas e ponderações que representem as preferências do adjudicante é preferível ao preço (ou custo) mais baixo.

Uma simples alteração da sua demonstração permite concluir que, nas mesmas condições, ela é igualmente preferível ao método que fixa o preço e decide apenas com base na performance qualitativa das propostas.

Com um modelo de avaliação das propostas que represente a utilidade do comprador não é necessário saber as curvas de custos dos potenciais concorrentes, na medida em que o próprio modelo dá incentivos aos concorrentes para apresentarem a proposta maximizadora da qualidade.

Vejamos mais detalhadamente.

---

<sup>493</sup> Isto se a escala de pontuações for linear – só assim será preferível oferecer a mesma qualidade a um preço mais alto, na medida em que a inclinação das curvas de indiferença será a mesma. Para mais desenvolvimentos, ver ASKER e CANTILLON 2008.

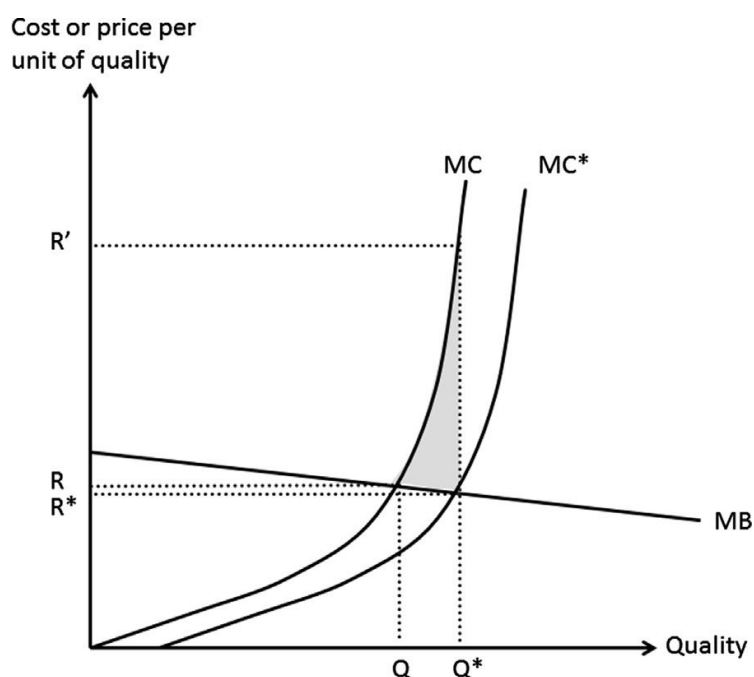


Figura 3

Fonte: BERGMAN e LUNDBERG 2013, 77

A figura representa o valor marginal (MB) e dois custos possíveis de ajustamento por unidade de qualidade (ambiental) MC e MC\*. Um concurso público resultará nos preços implícitos por unidade de R ou R\* (quanto é que o adjudicante está disposto a pagar por uma unidade de qualidade a mais).

É admissível que a utilidade marginal da qualidade seja decrescente. É isto que explica a curvatura das curvas de indiferença e a inclinação negativa da curva da utilidade marginal.

Todavia, a inclinação da curva da utilidade marginal depende igualmente de como a qualidade é medida e do tipo de bem em causa – é possível que, em certos casos, o benefício marginal seja constante. Tal será, por exemplo, o caso dos custos com o consumo de energia – a redução de uma unidade valerá o mesmo de 9 para 8 como de 99 para 98<sup>494</sup>.

<sup>494</sup> Note-se, todavia, que com uma tal escala o custo marginal seria muito convexo (as reduções sucessivas no consumo de energia serão cada vez mais caras, porque mais difíceis de atingir).

Relativamente à utilidade marginal do rendimento, alguns autores assumem que, no caso dos contratos públicos, esta se deve presumir constante<sup>495</sup>. Assumiremos, de momento e por facilidade de exposição, esse pressuposto.

Sendo a utilidade marginal dos fundos constante, a curva dos custos marginais é a representada com uma inclinação positiva na figura. A partir de um determinado ponto (Q ou Q\*), o custo marginal de cada unidade de qualidade a mais começa a aumentar a um ritmo superior. Pelo contrário, a utilidade marginal de cada unidade de qualidade a mais diminui apenas um pouco (é claro que estamos a assumir que a entidade adjudicante conhece a utilidade marginal da qualidade, na medida em que deriva da sua função de utilidade).

Nestas condições, o nível óptimo de qualidade será Q\* se a curva do custo marginal for MC\*. Imaginemos que é esta a assunção da entidade adjudicante.

#### 4.2.2.2.1. Preço (ou custo) mais baixo

ASKER e CANTILLON 2008 mostram que, com incerteza, um modelo de avaliação das propostas e ponderações que representem as preferências do adjudicante é preferível ao preço (ou custo) mais baixo.

Uma simples alteração da sua demonstração permite concluir que, nas mesmas condições, ela é igualmente preferível ao método que fixa o preço e decide apenas com base na performance qualitativa das propostas.

Com um modelo de avaliação das propostas que represente a utilidade do comprador não é necessário saber as curvas de custos dos potenciais concorrentes, na medida em que o próprio modelo dá incentivos aos concorrentes para apresentarem a proposta maximizadora da qualidade.

Vejamos mais detalhadamente.

---

<sup>495</sup> Note-se que esta entendimento está longe de ser consensual, defendendo outros autores que, tal como nos demais casos, também nos mercados públicos a utilidade marginal do rendimento é decrescente (MATEUS et al 2010). Trataremos esta questão seguidamente.

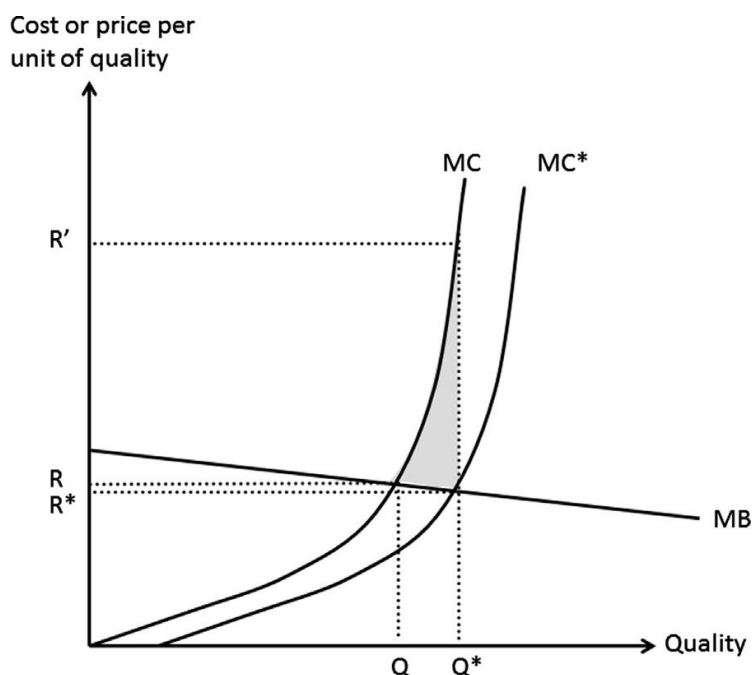


Figura 3

Fonte: BERGMAN e LUNDBERG 2013, 77

A figura representa o valor marginal (MB) e dois custos possíveis de ajustamento por unidade de qualidade (ambiental) MC e MC\*. Um concurso público resultará nos preços implícitos por unidade de R ou R\* (quanto é que o adjudicante está disposto a pagar por uma unidade de qualidade a mais).

É admissível que a utilidade marginal da qualidade seja decrescente. É isto que explica a curvatura das curvas de indiferença e a inclinação negativa da curva da utilidade marginal.

Todavia, a inclinação da curva da utilidade marginal depende igualmente de como a qualidade é medida e do tipo de bem em causa – é possível que, em certos casos, o benefício marginal seja constante. Tal será, por exemplo, o caso dos custos com o consumo de energia – a redução de uma unidade valerá o mesmo de 9 para 8 como de 99 para 98<sup>496</sup>.

<sup>496</sup> Note-se, todavia, que com uma tal escala o custo marginal seria muito convexo (as reduções sucessivas no consumo de energia serão cada vez mais caras, porque mais difíceis de atingir).

Relativamente à utilidade marginal do rendimento, alguns autores assumem que, no caso dos contratos públicos, esta se deve presumir constante<sup>497</sup>. Assumiremos, de momento e por facilidade de exposição, esse pressuposto.

Sendo a utilidade marginal dos fundos constante, a curva dos custos marginais é a representada com uma inclinação positiva na figura. A partir de um determinado ponto (Q ou Q\*), o custo marginal de cada unidade de qualidade a mais começa a aumentar a um ritmo superior. Pelo contrário, a utilidade marginal de cada unidade de qualidade a mais diminui apenas um pouco (é claro que estamos a assumir que a entidade adjudicante conhece a utilidade marginal da qualidade, na medida em que deriva da sua função de utilidade).

Nestas condições, o nível óptimo de qualidade será Q\* se a curva do custo marginal for MC\*. Imaginemos que é esta a assunção da entidade adjudicante.

#### 4.2.2.2.2. Preço fixo e melhor qualidade – os chamados *beauty contests*

Se a entidade adjudicante optar pelo *beauty contest* fixando o preço da qualidade em R\*, o resultado será óptimo se o custo marginal pressuposto for o correcto. Se, ao contrário, se verificar que o verdadeiro custo marginal é MC, o resultado traduzir-se-á igualmente numa perda de bem-estar, embora bastante inferior, representada pelo triângulo entre as curvas MB e MC e os níveis de qualidade Q\* e Q.

Provavelmente a melhor justificação para a utilização deste tipo de método é o facto de a utilidade marginal do rendimento não ser constante para a entidade adjudicante (até agora temos assumido que o é). Embora, nestes casos, exista uma justificação para a utilização dos *beauty contests*, a verdade é que estes podem resultar numa alocação não eficiente de recursos a nível social.

#### 4.2.2.2.3. Submissão à concorrência de preço e qualidade

#### 4.2.2.2.4. Conclusão

Nas situações de informação perfeita sobre custos de ajustamento das empresas no sector, os três métodos realizam de forma eficiente o objectivo da entidade adjudicante.

<sup>497</sup> Note-se que esta entendimento está longe de ser consensual, defendendo outros autores que, tal como nos demais casos, também nos mercados públicos a utilidade marginal do rendimento é decrescente (MATEUS et al 2010). Trataremos esta questão seguidamente.



Poderá esta, então, optar pelo método mais simples ou com o qual esteja mais familiarizada (que será, normalmente, o do preço mais baixo).

Na presença de incerteza, é geralmente preferível fixar o preço e adjudicar à proposta com melhor nível qualitativo se a inclinação da curva dos custos marginais é, como no exemplo, superior à da curva da utilidade marginal<sup>498</sup>.

Ao invés, se a curva da utilidade marginal é mais inclinada, será mais eficiente fixar a qualidade<sup>499</sup> e adjudicar à proposta com o preço ou custo mais baixo.

De qualquer modo, ambos os métodos se revelam potencialmente ineficientes em caso de incerteza sobre os custos de ajustamento dos concorrentes, sendo essa ineficiência potencial tanto maior quanto maiores forem os riscos de má avaliação das condições do mercado. Nestes casos, revelar-se-á sempre preferível a terceira hipótese: submeter à concorrência preço e qualidade.

Nestes termos, resultam claras as desvantagens da utilização das especificações técnicas nesta matéria. De facto, sendo raríssimos os casos de perfeita informação das entidades adjudicantes relativamente aos custos dos concorrentes, a fixação de requisitos ambientais como especificações técnicas não permitirá, em regra, a maximização da utilidade das entidades adjudicantes.

#### 4.3. Especificações técnicas

Vimos no ponto anterior que as especificações técnicas podem ser encaradas enquanto forma de determinar a melhor oferta, excluindo da avaliação propostas que as não cumpram. Concluimos, todavia, que, quando a entidade adjudicante tenha uma função de utilidade que inclua outros critérios para além do preço, nomeadamente critérios ambientais, a maximização dessa utilidade não conseguirá, à partida e na maioria dos casos, ser conseguida através das especificações técnicas.

Isto não quer, todavia, dizer que as entidades adjudicantes não possam ou sequer não devam incluir, logo nas especificações técnicas, determinadas características em termos de impactes ambientais dos bens que queiram considerar.

---

<sup>498</sup> Por exemplo, no caso da poupança no consumo de combustível os custos marginais são crescentes com o aumento da eficiência energética e a utilidade marginal varia pouco. Neste último caso, dever-se-á indicar um preço e adjudicar à proposta com melhor eficiência energética.

<sup>499</sup> WEITZMAN 1974.

Pelo contrário, a introdução de considerações em matéria ambiental nas especificações técnicas foi uma das formas que a legislação europeia mais cedo permitiu na matéria, sendo que este é um mecanismo que alguns autores ainda defendem como preferível.

#### 4.3.1. Noção e condições de admissibilidade

Nos termos do artigo 42.º Da Directiva, as especificações técnicas “definem as características exigidas para as obras, serviços ou procedimentos”. Neste sentido, elas concretizam de forma mais detalhada o objecto do contrato em causa, na medida em que determinam as características consideradas indispensáveis relativamente ao mesmo para que qualquer proposta seja aceite.

Vimos já que o alargamento do conceito de ligação ao objecto do contrato operado pelas novas directivas de 2014 teve igualmente influência ao nível das especificações técnicas admitidas: como parece resultar claro da letra da directiva, as especificações técnicas podem agora referir-se ao um processo ou método específico de produção ou execução quer das obras, serviços ou fornecimentos directamente, quer relativo a qualquer fase do seu ciclo de vida.

A referência ao ciclo de vida dos produtos é, assim, determinante também no que toca às especificações técnicas, especialmente em casos de contratos de fornecimentos. De facto, interpretando o artigo 42.º em conjugação com a definição de especificação técnica presente no Anexo VII (em especial a alínea b) no número 1, relativa aos contratos públicos de fornecimentos<sup>500</sup>) e com a definição de ciclo de vida presente no ponto 20 do n.º 1 do artigo 2.º, concluiremos que está hoje ultrapassado o entendimento<sup>501</sup> segundo o qual as especificações técnicas se deveriam relacionar directamente com as características (visíveis ou invisíveis) dos produtos<sup>502</sup> – as características exigidas enquanto especificações técnicas podem não fazer parte da substância material do produto, bastando que sejam relativas ao seu ciclo de vida, que

---

<sup>500</sup> Onde claramente se prevê que as especificações técnicas podem incluir “... a embalagem, a marcação e rotulagem (...) os procedimentos e métodos de produção em qualquer fase do ciclo de vida do produto ou serviço...”.

<sup>501</sup> No qual, perante o vazio do quadro legal de 2004, que referia apenas que as especificações técnicas se poderiam referir à performance ambiental das obras, serviços ou fornecimentos e que poderiam incluir métodos ou processo de produção específicos, a Comissão Europeia continuava a insistir com a referência à necessária *relevância directa* para o produto ou serviço em causa dessas características definidas como especificações técnicas.

<sup>502</sup> Para uma crítica a esse entendimento e propondo uma interpretação das directivas de 2004 com resultado idêntico à solução adoptada em 2014 ver Kunzlik 2005, 134 e ss, em especial 136.

sejam ligadas ao objecto do contrato (tal como definido de forma mais ampla pela entidade adjudicante<sup>503</sup>), não violem o princípio da igualdade e não discriminação e sejam proporcionais ao valor e aos objectivos do contrato.

Não podemos deixar de notar, todavia, alguma ambiguidade e falta de clareza legal relativamente a esta questão: de facto, e tal como o considerando 92 admite, as especificações técnicas *definem o objecto do contrato*, estando, nessa medida sempre (e necessariamente) relacionadas com o mesmo. Neste sentido, não se vê motivos para exigir essa ligação ao objecto do contrato que pareceria, assim, redundante.

Pensamos, todavia, que essa obrigação de ligação ao objecto do contrato terá sentido naquela que defendemos ser a opção correcta: o objecto do contrato deve ser definido de forma sumária, dando indicação das necessidades que a entidade adjudicante deseja ver satisfeitas com o contrato anunciado. Assim, se a entidade deseja ter em consideração o impacte ambiental dos produtos, serviços ou obras a adjudicar, deve sinalizar essa sua intenção logo na definição do objecto do contrato.

As especificações técnicas, mais do que identificar as necessidades em causa, determinam a forma como a entidade adjudicante quer ver essas necessidades satisfeitas, assemelhando-se, nessa medida, dos critérios de adjudicação. Faz, então, sentido que se exija uma relação com o objecto do contrato e a sua proporcionalidade ao mesmo em termos semelhantes ao requerido para os critérios de adjudicação.

Desenvolver com a questão da não arbitrariedade.

Desenvolver com critérios mais exigentes do que harmonização.

---

<sup>503</sup> Não podemos deixar de notar, todavia, alguma ambiguidade e falta de clareza legal relativamente a esta questão: de facto, e tal como o considerando 92 admite, as especificações técnicas *definem o objecto do contrato*, estando, nessa medida sempre (e necessariamente) relacionadas com o mesmo. Neste sentido, não se vê motivos para exigir essa ligação ao objecto do contrato que pareceria, assim, redundante.

Pensamos, todavia, que essa obrigação de ligação ao objecto do contrato terá sentido naquela que defendemos ser a opção correcta: o objecto do contrato deve ser definido de forma sumária, dando indicação das necessidades que a entidade adjudicante deseja ver satisfeitas com o contrato anunciado. Assim, se a entidade deseja ter em consideração o impacte ambiental dos produtos, serviços ou obras a adjudicar, deve sinalizar essa sua intenção logo na definição do objecto do contrato.

As especificações técnicas, mais do que identificar as necessidades em causa, determinam a forma como a entidade adjudicante quer ver essas necessidades satisfeitas, assemelhando-se, nessa medida, dos critérios de adjudicação. Faz, então, sentido que se exija uma relação com o objecto do contrato.

#### 4.3.2. Os rótulos ecológicos

Diferentemente dos sistemas de gestão ambiental, que dizem respeito à organização das empresas, garantindo que elas operam de acordo com determinados standards exigentes em termos ambientais (e que estão, por isso, em condições de garantir o cumprimento desses standards na no fornecimento, obra ou serviço a contrato), os rótulos ecológicos referem-se a produtos e serviços. De facto, os rótulos ecológicos são uma forma de atestação por terceiro independente que os produtos/serviços em causa cumprem elevados padrões de protecção ambiental. Estes rótulos são exemplos perfeitos dos chamados mecanismos de mercado na (auto)regulação ambiental<sup>504</sup>. De facto, são mecanismos totalmente voluntários, que assentam na ideia básica de que a oferta se adapta à procura, que, por sua vez, também é influenciada por esta – as empresas produtoras, estimuladas por uma procura cada vez maior de bens e serviços sustentáveis, decidem que é do seu próprio interesse contar com esta *vantagem competitiva*, apresentando aos consumidores produtos que demonstram níveis superiores de protecção do ambiente. Os consumidores, por sua vez, cada vez mais informados sobre a importância dos seus hábitos de consumo na protecção ambiental, tenderão a preferir estes bens, ainda que por um preço mais alto. O aumento do mercado destes produtos trará inevitavelmente economias de escala que permitirão, a prazo, uma descida dos preços dos mesmos, o que potenciará ainda mais o seu crescimento.

Sendo esta a ideia básica por detrás destes sistemas de certificação, compreende-se que os mesmos tenham sido acolhidos de forma positiva na legislação europeia respeitante aos mercados públicos. De facto, eles apresentam relativamente aos demais esquemas de certificação ambiental a vantagem de que se dirigem, mais do que às empresas produtoras, aos produtos propriamente ditos (o que, lembre-se, foi, desde sempre, uma imposição do legislador comunitário).

Nestes casos, a entidade adjudicante que impõe que os produtos a concurso exibam determinado rótulo está claramente a comportar-se como um normal consumidor, que prefere adquirir produtos com uma protecção ambiental elevada. Tal como os consumidores particulares, as entidades adjudicantes podem determinar que o cumprimento dessa maior qualidade ambiental é um factor decisivo na sua escolha, requerendo-os enquanto especificações técnicas, ou podem optar por avaliar os custos

---

<sup>504</sup> Inserir citação da tese do Zé Eduardo

acrescidos dos produtos com essa maior qualidade ambiental com os benefícios da mesma, exigindo-os como critérios de adjudicação. Analisaremos no ponto ... os critérios de adjudicação; por agora salientamos apenas a diferença entre as duas opções: se os determinar como especificações técnicas, a entidade adjudicante está, como vimos, a determinar os níveis qualitativos desejados e a submeter à concorrência apenas o preço; se os enquadrar como critérios de adjudicação, ela estará a submeter à concorrência os dois atributos (qualidade ambiental e preço), sendo que, em princípio (mas não necessariamente), estará disposta a aceitar um trade-off entre qualidade ambiental e preço, uma compensação.

Afastada que está a questão de um eventual comportamento “regulador” por esta via, restam ainda algumas dificuldades quanto à admissibilidade dos referidos rótulos ecológicos como especificações técnicas ou critérios de adjudicação em procedimentos de contratação pública. A principal prende-se com a eventual violação do princípio da não discriminação quando se utilizem rótulos ou etiquetas nacionais.

Para além da questão mais geral e que referimos já da interpretação da definição de especificações técnicas como potenciais violações ao princípio da liberdade de circulação, nomeadamente quando estas representem medidas de efeito equivalente a restrições quantitativas ao comércio, ainda que não discriminatórias, a utilização de rótulos ecológicos apresenta especificidades próprias.

Uma das grandes novidades das directivas de 2014 nesta matéria é tornar claro aquilo que grande parte da doutrina já defendia, embora sem apoio expresso na lei<sup>505</sup>: os rótulos<sup>506</sup> podem ser utilizados como especificações técnicas (já admitido anteriormente), como critérios de adjudicação e como condições de execução do contrato. É esse o teor expresso do artigo 43.º da Directiva que prevê que “as autoridades adjudicantes podem, nas especificações técnicas, nos critérios de adjudicação ou nas condições de execução dos contratos, exigir um rótulo específico para atestar que as obras, fornecimentos ou serviços correspondem às características

---

<sup>505</sup> Wilsher ....

<sup>506</sup> Uma outra novidade é o facto de não se restringir a admissibilidade apenas a rótulos ecológicos, estendendo-se igualmente a rótulos relativos a características sociais ou outras. (Cfr. Artigo 43º da directiva 2014 – “Sempre que pretendam adquirir obras, fornecimentos ou serviços com características específicas do ponto de vista ambiental, social ou outro, as autoridades adjudicantes podem, nas especificações técnicas, nos critérios de adjudicação ou nas condições de execução dos contratos, exigir um rótulo específico para atestar que as obras, fornecimentos ou serviços correspondem às características exigidas”).

exigidas”. Esta é uma clarificação de saudar, na medida em que vem tornar clara a possibilidade de utilização de rótulos nos critérios de adjudicação e nas condições de execução. Não estando prevista na proposta da Comissão Europeia de 2011, é mais um exemplo de um desenvolvimento resultado da pressão do Parlamento Europeu. É igualmente um outro exemplo da tendente aproximação que a Directiva opera entre especificações técnicas, condições de execução e critérios de adjudicação relativamente à definição das condições do que pode ser o seu conteúdo.

O resultado dessa alteração da legislação de 2014 é, em parte, formal: os rótulos passaram a ser tratados num artigo específico, e não, como antes, no artigo relativo às especificações técnicas (cfr. Artigo 43.º da Directiva).

Outra novidade, bem mais importante, é que passou a ser permitida a referência aos rótulos directamente, quando antes, de acordo com a própria jurisprudência do Tribunal de Justiça, as entidades adjudicantes tinham de publicitar nos documentos concursais quais as especificações técnicas (eventualmente contidas em rótulos ecológicos) exigidas naquele procedimento em específico<sup>507</sup>.

Todavia, e aqui sem grandes novidades, continua a ser permitida a referência a rótulos ou etiquetas puramente nacionais, mesmo quando existam standards europeus ou internacionais. De facto, esta é uma excepção relativamente à regra da admissibilidade de referências nacionais apenas em casos de inexistência de standards europeus ou internacionais nas especificações técnicas<sup>508</sup>.

É, então, a tentativa de compatibilizar a preocupação em limitar as possibilidades de favorecimento a nacionais (defendida pela Comissão) com o maior relevo que se procura atribuir aos esquemas de certificação de rótulos (eventualmente) nacionais<sup>509</sup>

---

<sup>507</sup> O Tribunal justificou este entendimento pelo respeito pelos princípios da não discriminação e transparência, que determinam que as especificações técnicas têm que ser redigidas e publicitadas de forma a que todos os possíveis interessados em concorrer possam conhecer exactamente o objecto do contrato, as características que definem com precisão o bem ou serviço que se pretende adquirir. CFR. Introduzir referência a acórdão e página.

Note-se, no entanto, que, neste ponto, o tribunal se afastou do entendimento da Advogada Geral Kokott, que entendeu a referência ao rótulo “EKO” inadmissível apenas porque não estava assegurado o princípio do reconhecimento mútuo. Introduzir referência à Opinião.

<sup>508</sup> Cfr. Arrowsmith 2009, “Application of the EC Treaty and directives to horizontal policies: a critical review”, in Arrowsmith e Kunzlik, 203.

<sup>509</sup> Como salienta Wilsher, o texto das directivas de 2004, grande parte do qual não é, de resto, alterado em 2014, corresponde ao resultado das negociações entre a Comissão, que queria manter a hierarquia “tradicional” aplicável às especificações técnicas, e o Parlamento, que forçou este entendimento

que enquadra e caracteriza o tratamento dado pelo legislador à utilização dos referidos rótulos pelas entidades adjudicantes.

Essa compatibilização é conseguida pela conjugação de dois tipos de provisões: regras processuais estritas relativas à transparência dos esquemas de rotulagem, por um lado, e a reafirmação do princípio do reconhecimento mútuo<sup>510</sup>, por outro.

O artigo 43º da Directiva prevê, assim, que as entidades adjudicantes podem exigir um rótulo que preencha cinco condições, apresentadas em outras tantas alíneas do referido artigo.

A primeira alínea a) prevê que “Os requisitos de rotulagem dizem exclusivamente respeito a critérios associados ao objecto do contrato e que são apropriados para definir as características das obras, fornecimentos ou serviços a que se refere o contrato”. Esta alínea apresenta, assim, na realidade, duas condições – a de que os requisitos se dirijam apenas ao objecto do contrato e a de que os mesmos sejam *apropriados* para definir as características do mesmo.

Devemos salientar que, sendo a primeira condição uma novidade da directiva de 2014, o texto da segunda condição também foi alterado. Relativamente à primeira alteração, parece mais no sentido de clarificar um entendimento que era já consensual – de facto, na medida em que as especificações técnicas em geral apenas podem dizer respeito ao objecto do contrato, também os rótulos, antes enquadrados no próprio artigo relativo àquelas, também teriam que cumprir essa condição. Faz, portanto, sentido que, conferindo autonomia ao tratamento dos rótulos num artigo próprio, se mantenha o princípio há muito aceite.

---

alternativo, invocando, entre outros aspectos, que o desenvolvimento de rótulos ecológicos é uma das políticas ambientais seguidas pelo Directorado Ambiente da própria Comissão. Cfr. Wilsher 2009, 424.

<sup>510</sup> Este princípio de base jurisprudencial é o resultado do que Bovis apelida de *doutrina da objectividade* desenvolvida pelo Tribunal de Justiça, que impõe o chamado teste da *equivalência* para eliminar possíveis barreiras invisíveis criadas por especificações técnicas ou exigência de standards técnicos, certificados ou, no caso, rótulo específicos.

Para uma análise mais detalhada das doutrinas jurisprudenciais aplicáveis em matéria de compras públicas, nomeadamente da flexibilidade, complementaridade, autonomia processual, igualdade processual e efectividade, ver Bovis 2012, Christopher, “Regulatory Trends in Public Procurement at EU Level”, EPPPL, 4, 221-227.

Nota: o autor neste texto trata com algum pormenor a necessidade que o Tribunal sentiu de, através de uma aplicação dos princípios comunitários, efectuar o que chamou “a hybrid transplant of Community principles on the public procurement directives in order to control their porosity” (Bovis 2012, 226).

Ele faz seguidamente uma análise de como o Tribunal, nos vários acórdãos, tem densificado o princípio da igualdade de tratamento, do qual decorrem obrigações de não discriminação e transparência.

O autor salienta, por fim, algumas dificuldades levantadas por esta abordagem jurisprudencial caracterizada como “temporary and not conducive to legal certainty and legitimate expectation”.

Já o mesmo não se poderá dizer da segunda alteração – de facto, apenas se alterou a expressão “adequadas” para “apropriadas”, mantendo-se, todavia, a questão já levantada pela primeira expressão, pouco clara, de como concretizar como se pode aferir essa qualidade. Podemos, de todo o modo, desvalorizar esta alteração, aliás presente (estranhamente) apenas em língua portuguesa.

Todavia, a conjugação das duas alterações pode, de facto, trazer algumas mudanças significativas. De facto, até agora, a doutrina, quando tentava determinar o conteúdo do requisito de adequação à definição das características do produto, bem ou serviço em causa, e remetendo para a doutrina do Acórdão Concordia Bus, defendia que, provavelmente, bastaria dizer respeito ao objecto do contrato para estar, à partida, apto a definir as suas características<sup>511</sup>.

Todavia, e porque a questão não era resolvida pela directiva, sempre se alertava para a possibilidade de esta condição comportar um requisito mais exigente, nomeadamente de aferição, por parte da entidade adjudicante, da capacidade de cada requisito do sistema de rotulagem em questão para, de facto, definir as características do objecto do contrato. Da todo o modo, e como tal não resultava claro do texto legal, a verdade é que esta interpretação era afastada, até pelas dificuldades práticas que a sua implementação implicava.

Parece agora, contudo, que é esta a interpretação adoptada pelo legislador de 2014. Não faria sentido, de resto, introduzir a primeira condição se a segunda se reduzisse àquela. Parece, então, que, nesta matéria, se introduziu uma alteração no sentido de agravar as exigências às entidades adjudicantes na utilização de rótulos ecológicos. De facto, para além dos requisitos do sistema de rotulagem poderem apenas dizer respeito ao objecto do contrato, eles têm igualmente que ser apropriados para definir as suas características, querendo isto dizer que certos requisitos, dizendo embora respeito ao objecto do contrato, podem não ser considerados “apropriados”.

Em nosso entender, esta não é uma alteração de saudar: em primeiro lugar porque, em vez de clarificar uma situação já controversa, vem trazer ainda mais incerteza às entidades adjudicantes, o que, sabemos, é a principal motivo alguma resistência à mudança por parte das mesmas. Para além de acrescentar uma obrigação de análise dos

---

<sup>511</sup> Nesse sentido Wilsher 2009, 426 e ss.



requisitos, não fornece elementos que possam auxiliar a aumentar a objectividade da mesma.

Esta questão pode, em nosso entender, ser resolvida por analogia aos requisitos impostos para as especificações técnicas e os critérios de adjudicação, que se devem demonstrar proporcionais ao objecto do contrato. Deverão ser considerados “apropriados” todos os requisitos que se revelem proporcionais ao objecto do contrato.

A alínea b) do referido artigo foi igualmente alterada na presente revisão. Assim, em vez de se exigir que “os requisitos do rótulo sejam elaborados com base numa informação científica”<sup>512</sup>, prevê-se agora que esses requisitos devem basear-se “em critérios objectivamente verificáveis e não discriminatórios”<sup>513</sup>.

Relativamente à exigência da objectividade, compreende-se que queiram afastar sistemas de certificação onde, pela subjectividade de critérios, as entidades nacionais possam “esconder” algum tratamento preferencial a determinadas empresas (nacionais ou outras). Mas a alínea impõe igualmente que esses requisitos não sejam discriminatórios. A obrigação de não discriminação, directa ou indirecta, resulta, como vimos, dos princípios gerais de direito europeu e dos princípios da contratação tal como definidos pela Directiva. A referência expressa à proibição de discriminação nesta matéria será, assim, mais uma forma de o legislador salientar o que decorreria já do quadro legal. Esta questão pode, no entanto, ser importante, especialmente em relação à possível discriminação indirecta de produtos não nacionais da imposição de regras relativas aos impactes ambientais do transporte de produtos (pense-se, por exemplo, em rótulos relativos aos alimentos que incluam nas características o recurso a alimentos biológicos cultivados localmente). Tal discriminação só será admissível se justificada.

A terceira exigência requer que os rótulos identificados sejam “criados através de um procedimento aberto e transparente em que podem participar todas as partes interessadas, nomeadamente organismos governamentais, consumidores, parceiros sociais, fabricantes, distribuidores e organizações não governamentais”. A alínea c) reflecte, pois, uma preocupação de alguma democraticidade, abertura e transparência no próprio processo de criação dos rótulos para que a sua utilização seja admitida.

---

<sup>512</sup> Redacção do segundo parágrafo do nº6 do artigo 23º da directiva de 2004.

<sup>513</sup> Note-se que a eliminação da anterior exigência relativa à informação científica se ficou a dever a intervenção do Conselho. De facto, nem o Parlamento Europeu, o grande motor das negociações em torno do texto proposta pela Comissão em 2011, se opôs à manutenção de tal condição, tão criticada pela doutrina. Para um exemplo de análise crítica, ver Wilsher 2009, 427.

Esta condição foi, de resto, a única que não sofreu alterações com a presente revisão das directivas. Mesmo durante o processo de discussão do texto proposto pela Comissão não foi alvo de controvérsia. Esta relativa unanimidade explica-se, por um lado, pela importância dos princípios que defende no quadro da regulação dos mercados públicos em geral e, por outro lado, ao facto de ter sido precisamente este o argumento que, historicamente, foi utilizado pelo Parlamento Europeu para, na revisão de 2004, pressionar a Comissão a aceitar a utilização de rótulos nacionais<sup>514</sup>.

Não podemos, no entanto, deixar de salientar que, se a intenção da provisão se percebe, o resultado da sua aplicação na prática pode ser bastante mais difícil, especialmente se se entender que cabe à entidade adjudicante averiguar e demonstrar a verificação de (mais) esta condição.

A quarta condição reproduz o texto da directiva de 2004, exigindo que os rótulos sejam acessíveis a todas as partes. Compreende-se que, podendo ver as suas propostas excluídas pelo não cumprimento dos mesmos, e especialmente agora que é possível a referência directa aos rótulos, não sendo necessária a descrição das características incluídas nos rótulos, esta exigência seja ainda mais importante.

A última condição, alínea e), que se refere à entidade (terceira) que define os requisitos dos rótulos, exige que o operador económico que solicita o rótulo não possa ter influência decisiva sobre a mesma. Esta exigência está ligada às preocupações de não distorção da concorrência que igualmente perpassam toda a Directiva. Compreende-se que, se não é admissível que um operador económico influencie o desenho do concurso no qual será depois concorrente<sup>515</sup>, não o será igualmente que determinado(s) operador(es) económico(s) influencie(m) os requisitos do rótulo exigido na medida em

---

<sup>514</sup> Como salienta Wilsher, esta imposição de abertura de processos a todas as partes interessadas é uma forma de resolver o défice de representação dos interesses do comércio intracomunitário nas decisões regulatórias dos diversos Estados Membros. Este problema foi identificado por Poiars Maduro, que defende que a jurisprudência do Tribunal de Justiça na sequência do Acórdão Cassis de Dijon pretende precisamente minorar jurisprudencialmente uma questão não resolvida pelo legislador. Desenvolver a tese de Maduro.

<sup>515</sup> Caso em que a entidade adjudicante pode excluir ou pode ser obrigada a excluir o operador económico, nos termos da alínea i) do nº 4 do artigo 57.º, relativo aos motivos de exclusão de candidatos.

que esse facto revelaria uma influência indirecta no concurso, violando as regras da igualdade de tratamento e livre concorrência entre os vários operadores do mercado<sup>516</sup>. Saliente-se, relativamente aos rótulos ecológicos, um último aspecto: de acordo com os princípios gerais aplicáveis, a Directiva impõe que “as autoridades adjudicantes que exijam um determinado rótulo devem aceitar todos os rótulos que confirmem que as obras, fornecimentos ou serviços obedecem a requisitos de rotulagem equivalentes” (terceiro parágrafo do nº 1 do artigo 43.º da Directiva). Este requisito corresponde, em parte, ao exigido em matéria de especificações técnicas, relativamente à qual o artigo 42.º impõe, no seu nº 2, que “as especificações técnicas devem permitir a igualdade de acesso dos operadores económicos ao procedimento de contratação e não podem criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência” e, no seu nº 4, que sempre que as especificações técnicas sejam definidas por referência a normas, especificações técnicas ou homologações técnicas cada referência seja acompanhada da menção “ou equivalente” (como decorre do princípio do reconhecimento mútuo e do próprio princípio da igualdade de tratamento). Todavia, o legislador de 2014, e uma vez mais em especial devido à pressão do Parlamento Europeu<sup>517</sup>, conferiu um peso suplementar à referência aos rótulos ecológicos, relativo à possibilidade de apresentação, em alternativa ao rótulo ou a um equivalente, de outros meios de prova em como as obras, fornecimentos ou serviços cumprem os requisitos exigidos: nos termos do parágrafo 4 do mesmo nº 1 do artigo 43.º da Directiva, essa possibilidade só existe “caso se possa comprovar que um operador económico não tem possibilidade de obter, dentro do prazo estabelecido, o rótulo específico indicado pela autoridade adjudicante ou um rótulo equivalente *por razões que lhe não sejam imputáveis*” (sublinhado nosso).

---

<sup>516</sup> Para um tratamento económico dos efeitos e formas de prevenção dos chamados *conflitos de interesse organizacionais* (por oposição aos conflitos de interesse *personais* tradicionalmente tratados pela teoria da agência) nos mercados públicos ver Yukins 2010, 80 e ss.

<sup>517</sup> Na proposta de 2011 as entidades adjudicantes eram obrigadas a aceitar, em alternativa ao rótulo exigido ou a um equivalente, um dossier técnico onde se demonstrasse o cumprimento das exigências ou outro qualquer meio de prova nesse sentido. Esta possibilidade levantou desde cedo muitas dúvidas na doutrina, salientando, por um lado, os acrescidos custos administrativos e problemas para as entidades adjudicantes, que seriam obrigadas a aferir até que ponto essa prova era, de facto, feita e, por outro lado, que a solução retirava toda a força à própria possibilidade de exigência de rótulos ecológicos. Nesse sentido ver Semple 2012.

#### 4.3.3. Classificação segundo categorizações propostas

#### 4.4. Critérios de adjudicação. A oferta economicamente mais vantajosa.

A alteração mais visível nesta matéria das novas directivas de 2014 é, sem dúvida, a relativa ao próprio critério de adjudicação que as entidades adjudicantes podem utilizar: enquanto até agora estas podiam escolher entre o preço (ou custo) mais baixo ou a chamada “oferta economicamente mais vantajosa”, no artigo 67.º da Directiva pode ler-se que “*as autoridades adjudicantes devem adjudicar os contratos públicos com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa*”.

Esta parece, ao primeiro olhar, uma alteração significativa em termos substanciais. Veremos, contudo, que tal não é o caso.

Tendo a Comissão apresentado na proposta de 2011 uma solução parecida com o regime actual, mantendo a possibilidade de dois critérios de adjudicação, a solução final, com um único critério admissível, resultou de um processo de negociações entre a Comissão, o Parlamento Europeu e o Conselho.

Para o Parlamento era fundamental alterar a referida norma no sentido de conferir maior peso à componente qualitativa das propostas em análise. Para tal, entendia que o critério de adjudicação deveria ser obrigatoriamente a oferta economicamente mais vantajosa, que compreendia, para além da componente preço ou custo, a avaliação de outros atributos das propostas, dos quais fornecia uma lista exemplificativa que incluía, por exemplo, o processo de produção durante o ciclo de vida dos produtos, as suas características e a própria sustentabilidade social do referido ciclo de vida. Esta sim, seria uma alteração substancial ao regime anterior, tornando obrigatória a consideração de atributos “qualitativos” das propostas para além do preço.

O compromisso final entre as instituições europeias resultou, no entanto, numa solução bastante diversa das propostas (quer da Comissão, quer do Parlamento). Esta solução, sendo o resultado de cedências de ambas as partes, evidencia, no entanto, algumas fragilidades e ambiguidades, revelando-se um texto de difícil leitura que, infelizmente, não traz a necessária certeza jurídica num ponto tão sensível como o dos critérios de adjudicação.

Como referimos, o critério de adjudicação é, como pretendia o Parlamento, a oferta economicamente mais vantajosa. No entanto, e como reconhece o próprio texto da directiva no seu considerando 89 (“*A fim de evitar qualquer confusão com o critério de adjudicação atualmente conhecido como a «proposta economicamente mais vantajosa» nas Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, deverá utilizar-se uma terminologia diferente para abranger esse conceito, a saber, a «melhor relação qualidade/preço»*”), este conceito é bastante diverso do de 2004.

Assim, nos termos do artigo 67.º da Directiva,

*“a proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da autoridade adjudicante deve ser identificada com base no preço ou custo, utilizando uma abordagem de custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida em conformidade com o artigo 68.º, e pode incluir a melhor relação qualidade/preço, que deve ser avaliada com base em critérios que incluam aspetos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato público em causa”.*

O resultado desse compromisso final entre as instituições comunitárias é, como resulta de uma leitura do texto legal, pouco feliz. De facto, este é muito complexo e de difícil interpretação, ao que acresce a utilização de conceitos indeterminados que em nada contribuem para a certeza jurídica. Por outro lado, os considerandos na matéria não constituem tão pouco um auxílio para o intérprete. Na verdade, a mesma (se não maior) complexidade e até incongruência ressalta dos mesmos.

Assim, o considerando 90 da Directiva (depois de remeter para a necessidade de objectividade dos critérios por forma a assegurar “*o respeito dos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento*”) consegue afirmar, no mesmo parágrafo, uma coisa e o seu contrário: começando por salientar que “*a proposta economicamente mais vantajosa deverá ser avaliada com base na melhor relação qualidade/preço, que deverá sempre incluir um elemento de preço ou de custo*”, segue dizendo que, afinal, “*essa avaliação da proposta economicamente mais vantajosa também poderá ser efetuada apenas com base no preço ou na eficácia em termos de custos*”. Isto é, se primeiro se parece afirmar a obrigatoriedade de utilização de

elementos qualitativos, tornando a “relação qualidade-preço” obrigatória, logo de seguida é expressamente admitido que a avaliação se faça apenas com base no preço ou custo.

Esta “constructive ambiguity” que Treumer<sup>518</sup> salienta como uma das mais relevantes falhas da directiva de 2014, se bem que é uma já conhecida característica do processo legislativo comunitário, não pode, no entanto, ser ignorada. Uma mais clara formulação legal daria, com certeza, maior segurança jurídica às entidades adjudicantes evitando simultaneamente muitas disputas judiciais que se podem adivinhar.

Não obstante a complexidade do texto, podemos, após uma leitura cuidada, concluir uma concretização do novo conceito de “oferta economicamente mais vantajosa”: essa oferta “*deve ser*” identificada com base no preço ou custo e “*pode incluir*” a melhor relação qualidade-preço. Parece, então, que as entidades adjudicantes:

- a) *Têm* que incluir um de dois critérios:
  - i) Preço;
  - ii) Custo, que deve ser avaliado utilizando uma abordagem custo-eficácia e pode compreender:
    - os custos do ciclo de vida;
    - outras metodologias de análise custo-eficácia;
- b) *Podem* incluir a relação qualidade-preço.

De facto, o conceito de oferta economicamente mais vantajosa é agora densificado por *dois elementos, um obrigatório e um facultativo*: o primeiro elemento, *obrigatório*, diz respeito ao preço ou custo das propostas; o outro elemento, *facultativo*, é a chamada relação qualidade-preço, na qual as entidades adjudicantes tomarão em consideração, para a avaliação das propostas, (outros) critérios qualitativos.

Relativamente ao *elemento obrigatório* é ainda deixada alguma liberdade de escolha às entidades adjudicantes. Estas podem escolher entre avaliar as propostas apenas com base no *preço ou*, em alternativa, com base no *custo* (que incluirá, naturalmente, o preço como parte do custo total), utilizando para tal uma abordagem custo-eficácia. É no quadro desta última hipótese que surge uma das mais relevantes alterações em matéria

---

<sup>518</sup> Cfr. Richard TREUMER, “Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive”, in LICHÈRE, CARANTA e TREUMER (eds.), *Modernising Public Procurement: the New Directive*, DJØF Publishing, 2014, Copenhaga, pag. 22 e ss.

de critérios de adjudicação: a consideração, para efeitos de custo, do chamado “custo do ciclo de vida”, disciplinado no artigo 68.º da Directiva 2014/24.

A *relação qualidade-preço* é, então, um elemento facultativo do conceito de oferta economicamente mais vantajosa, que será utilizado *adicionalmente* ao elemento preço ou custo e que corresponde, sensivelmente, ao anterior conceito de oferta economicamente mais vantajosa.

Identificados os dois elementos constitutivos do novo critério de adjudicação definido pela directiva comunitária, trataremos cada um deles separadamente.

#### 4.4.1. O factor preço ou custo enquanto elemento obrigatório. Excepções.

Nos termos do n.º 2 do artigo 67.º da Directiva, “*a proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da autoridade adjudicante deve ser identificada com base no preço ou custo, utilizando uma abordagem de custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida em conformidade com o artigo 68.º*”.

Optou, desta forma, o legislador por manter obrigatório o elemento financeiro, relativo aos custos do contrato (aqui entendidos em sentido amplo, abrangendo também a categoria preço). O mesmo entendimento é claramente expresso no considerando 92 da Directiva, onde se pode ler que “*A fim de identificar a proposta economicamente mais vantajosa, a decisão de adjudicação do contrato não deverá assentar apenas em critérios diferentes dos custos. Os critérios qualitativos devem, por conseguinte, ser acompanhados de um critério de custos que poderá ser, à escolha da autoridade adjudicante, o preço ou uma abordagem custo-eficácia como o cálculo dos custos do ciclo de vida*”.

O mesmo considerando 92 continua, no entanto, admitindo que “*todavia, os critérios de adjudicação não deverão afetar a aplicação de disposições nacionais que determinem a remuneração de determinados serviços ou estabeleçam preços fixos para certos tipos de fornecimentos*”. Esta última afirmação é justificada pela intenção de encontrar resposta para uma questão que as directivas de 2004 tinham, aparentemente, deixado sem solução expressa – o caso de bens ou serviços objectos de contratos públicos cujos *preços não resultem do procedimento de contratação*, sendo fixados administrativamente.

Se até agora a doutrina tinha necessidade de invocar a expressão geral do texto legal que admitia que as disposições relativas aos critérios de adjudicação seriam aplicáveis sem prejuízo de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, com a revisão de 2014 essa possibilidade passa a estar expressamente prevista na letra da lei, que admite expressamente a utilização de apenas critérios qualitativos para avaliação das propostas.

De facto, o segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 67.º admite claramente que “*o fator custo pode igualmente assumir a forma de um preço ou custo fixo com base no qual os operadores económicos concorrem exclusivamente em termos de critérios de qualidade*”. Esta é, de resto, uma das inovações do quadro normativo de 2014, que passa claramente a admitir os chamados “*beauty contests*” ou “concurso de beleza”, que mais não são do que um modelo de avaliação das propostas (e que, nessa medida, avalia a relação qualidade-preço) em que se sujeita à concorrência apenas um dos atributos possíveis, neste caso a qualidade, sendo o preço fixo.

Este modelo de avaliação de propostas, ao contrário do que parece indicar, visa igualmente a maximização da utilidade da entidade adjudicante ou, posto de outra forma, a maximização da eficiência do contrato numa perspectiva qualidade-preço.

Podem, a partir de agora, as entidades adjudicantes definir o preço a pagar pelos bens ou serviços a adquirir e adjudicar o contrato à proposta que apresente a melhor pontuação nos atributos qualitativos que forem definidos. O legislador deixa, no entanto, em aberto a questão de saber se esta possibilidade está limitada aos casos de produtos ou serviços com preços fixados administrativamente – de facto, embora nos considerandos seja esse o exemplo dado, nada no articulado legal refere essa limitação.

Esta possibilidade deve, contudo, ser cuidadosamente analisada pelas entidades nacionais na transposição da directiva, uma vez que, se é certo que este tipo de modelos de avaliação pode, em certos casos, ser apto a realizar a eficiência interna dos contratos, tal só estará assegurado em situações de perfeita informação no mercado<sup>519</sup>, o que não acontecerá na maioria dos casos. Desta forma, pode este tipo de modelos originar *preços demasiado altos* (em que seria possível uma solução menos cara com os mesmos níveis qualitativos) ou *demasiado baixos* (situações em que, com um preço um pouco

---

<sup>519</sup> Tal como acontece, de resto, com os modelos de adjudicação pelo preço mais baixo quando as entidades adjudicantes valorizem determinados atributos qualitativos das propostas, mas optem por não os submeter à concorrência, inserindo-os antes enquanto especificações técnicas.



mais elevado, os concorrentes apresentariam propostas com um nível qualitativo muito melhor, nível esse preferido pela entidade adjudicante).

#### 4.4.1.1.A adjudicação com base no preço mais baixo

Embora o texto legal não seja totalmente claro, resulta de uma leitura mais atenta que, no geral, a Comissão conseguiu que alguns pontos da sua posição fossem considerados. De facto, a solução final continua a permitir que as entidades adjudicantes optem por adjudicar o contrato à proposta que apresente *o preço mais baixo*. A mesma conclusão resulta, aliás, da conjugação com o último parágrafo do n.º 2 do mesmo artigo que, admitindo que “*os Estados-Membros podem prever que as autoridades adjudicantes não possam utilizar o preço ou o custo como único critério de adjudicação...*”, leva a concluir que essa possibilidade é, efectivamente, conferida pela directiva, podendo, no entanto, ser afastada pelos Estados Membros.

Desta forma, entendeu o legislador comunitário que deveria manter a liberdade conferida às entidades adjudicantes de utilizar como critério de adjudicação apenas o preço mais baixo, deixando para o legislador dos Estados Membros a possibilidade de, se assim o entender, eliminar esta hipótese, total ou parcialmente (quer em função da categoria da entidade adjudicante, quer em função do tipo de contrato).

Questão diversa é a referente à possibilidade de os Estados Membros obrigarem as entidades adjudicantes a adjudicar os seus contratos (ou certos tipos de contratos) com base exclusivamente no preço mais baixo.

Já em 2004 o Acórdão *Sintesi*<sup>520</sup> veio afirmar a ilegalidade de tal imposição, na medida em que a mesma impediria as entidades adjudicantes de tomar em consideração outras características eventualmente relevantes, comprometendo assim o objectivo da concorrência nos mercados públicos. Alvo de muitas críticas pela doutrina<sup>521</sup>, a verdade é que a directiva de 2014 parece manter a posição do Tribunal na matéria.

---

<sup>520</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-247/02 de 7 de Outubro de 2004.

<sup>521</sup> Estas críticas centram-se, sobretudo, nos próprios objectivos da regulação comunitária na matéria, nomeadamente na questão de saber até que ponto é a eficiência interna de cada contrato (o chamado *value for money*) um deles. Para um desenvolvimento do tema ver por todos Sue ARROWSMITH op. cit. nota 13, pag. 164 e ss, *idem*, “The Purpose of the EU Public Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2011/12, 1 ou ainda Roberto CARANTA, op. cit. nota 15.

De facto, o n.º 2 do artigo 67.º, ao estabelecer que os Estados Membros podem impedir o uso de preço ou custo como único critério, parece indicar que estes podem definir determinadas opções estratégicas a serem implementadas nos mercados públicos nacionais (nomeadamente as relacionadas com os critérios de adjudicação a utilizar), que podem estar relacionadas, por exemplo, com objectivos de sustentabilidade ambiental e social<sup>522</sup>; mas não podem, contudo, impedir que estas o façam por sua livre iniciativa se nada estiver definido em tal sentido em termos nacionais.

#### 4.4.1.2.O novo conceito de “custo”: o “custo do ciclo de vida”

Ainda enquadrando o elemento obrigatório do conceito de oferta economicamente mais vantajosa, encontramos o conceito de “custo”. Nos termos do artigo 67.º da Directiva, “*A proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da autoridade adjudicante deve ser identificada com base no preço ou custo, utilizando uma abordagem de custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida em conformidade com o artigo 68.º.*”

Sendo os custos uma categoria já admissível pelas anteriores directivas, a novidade da reforma de 2014 resulta da conjugação deste artigo com o novo conceito de ligação ao objecto do contrato. Como este é muito alargado, também o que pode ser considerado custo o pode ser.

Não definindo nunca o que entende por “custo”, o legislador dá seguidamente um exemplo de uma abordagem custo-eficácia para o determinar – o custo do ciclo de vida, cuja utilização regula no artigo seguinte. Todavia, resulta claramente do texto legal que as entidades adjudicantes podem utilizar *outras abordagens de custo-eficácia*.

Esta conclusão é particularmente importante na medida em que permite a utilização, como custos, de outro tipo de custos para além dos enumerados no artigo 68.º, desde que sejam ligados ao objecto do contrato. Tal será o caso, por exemplo, das chamadas “externalidades sociais”, não abrangidas pelo conceito de custo do ciclo de vida da directiva, que o limita à consideração de externalidades ambientais.

---

<sup>522</sup> No mesmo sentido, e afastando a interpretação segundo a qual a conjugação do referido Acórdão com o texto legal implicaria a proibição de os Estados Membros impedirem ou restringirem a liberdade de escolha das entidades adjudicantes relativamente aos critérios de adjudicação a utilizar, ver Sue ARROWSMITH, op. cit. nota 13, pag. 765.

De facto, por uma abordagem de custo-eficácia podem ser considerados custos todos os custos internos ou externos relacionados com o objecto do contrato em causa, quer tenham ou não um preço, desde que afectem, de alguma forma, a utilidade que a entidade adjudicante retira desse mesmo contrato e, com ela, a própria eficiência (privada e social) do mesmo. O único requisito imposto, fundamental para a operacionalização da abordagem custo-eficácia, é que esses mesmos custos sejam “monetizáveis”, isto é, que o seu valor monetário possa ser determinado<sup>523</sup>.

Deve salienta-se, no entanto, que tal não resulta claramente da letra da norma. De facto, o artigo 67.º apenas fala em “abordagem custo-eficácia” que, em si, não implica uma necessária monetização. A necessidade de determinação de um valor monetário é referida no artigo 68.º relativa a um exemplo de metodologia admitida, o custo do ciclo de vida.

Não será esse, no entanto, o entendimento mais razoável: de facto, quando não seja possível essa monetização, o próprio artigo 67.º identifica a metodologia a seguir: a agora designada “relação qualidade-preço”. Por uma questão de lógica do próprio processo de avaliação de propostas, parece resultar mais claro que todos os atributos que tenham um preço ou cujo valor monetário possa ser determinado sejam incluídos no elemento custo, sendo os atributos de difícil ou impossível monetização considerados por um modelo de avaliação de propostas com base numa análise multicritério<sup>524</sup>.

Este requisito de necessidade de monetização deve, contudo, ser cuidadosamente analisado. A verdade é que, não tendo o legislador densificado o conceito, passou a ser permitido às autoridades adjudicantes incluírem como custos uma variadíssima quantidade dos chamados “custos sociais” que podem, por sua vez, ser “monetizados” das mais variadas formas.

Esta abertura legislativa se, por um lado, vem aumentar o leque de instrumentos ao dispor das entidades adjudicantes (e, por isso, dos próprios Estados Membros) para a prossecução de objectivos de eficiência geral dos mercados públicos, internalizando custos sociais que até agora não podiam ser considerados, pode, por outro lado, fomentar uma “pulverização” de tipos de custos considerados e, mais grave, dos

---

<sup>523</sup> Em sentido semelhante, com argumentos ligeiramente diversos, ver Paula FAUSTINO op cit. nota 14.

<sup>524</sup> Para uma perspectiva dos vários tipos de metodologias de análise multicritério ver, por exemplo, José FIGUEIRA, Salvatore GRECO e Matthias EHRGOTT (eds.), *Multicriteria Decision Analysis: State of the Art Surveys*, Springer, Boston 2005 ou, DE BOER, LABRO e MORLACCHI, “A review of methods supporting supplier selection”, *European Journal of Purchasing and Supply Management*, 2001, 7, 2, 75-89

próprios valores monetários considerados para cada tipo de custo. Esta possibilidade foi, de resto, admitida pela própria Comissão no documento que acompanha a proposta de directiva<sup>525</sup>, onde se reconhece que, relativamente aos próprios critérios de sustentabilidade ambiental, não será estranho, nestas condições, encontrar critérios bastante diversos para o mesmo tipo de produtos de contrato para contrato. Este fenómeno poderá mesmo colocar em causa uma das vantagens das compras públicas ecológicas: a sua capacidade para incentivar a indústria em geral para prosseguir objectivos de aumento de eficiência ambiental, uma vez que não são fornecidos incentivos claros e transparentes aos mercados. Esta diversificação de critérios e formas de valorização dos mesmos pode, em última análise, aumentar a própria fragmentação dos mercados públicos europeus, colocando em causa o que é, desde sempre, o objectivo fundamental da regulação comunitária na matéria.

#### 4.4.1.2.1. O conceito tradicional de “custo”

Como foi já referido, a possibilidade de consideração de custos do contrato para além do preço contratual não é, de todo, novidade de 2014. Pelo contrário, era já permitida a consideração pelas entidades adjudicantes de outros custos nos critérios de adjudicação, nomeadamente custos relacionados com os consumos, manutenção ou disposição final dos bens/ serviços objecto dos contratos<sup>526</sup>.

Correspondem a este tipo os custos indicados na alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º, referente ao cálculo dos custos do ciclo de vida - *“custos suportados pela entidade adjudicante ou outros utilizadores, nomeadamente: i) custos relacionados com a aquisição, ii) custos de utilização, tais como consumo de energia e de outros recursos, iii) custos de manutenção, iv) custos de fim de vida, tais como custos de recolha e reciclagem”*.

A inclusão deste tipo de custos era já claramente permitida pelas directivas de 2004, na medida em que os mesmo se referem a custos suportados pela entidade adjudicante e

---

<sup>525</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *Commission Staff Working Paper, Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Public Procurement and the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal sectors*, COM(2011) 896 final.

<sup>526</sup> A única diferença é que, até agora, integravam, enquanto critérios exemplificativos, o conceito de oferta economicamente mais vantajosa tal como era definido pela directiva de 2004.

que influenciam directamente o valor da obra, serviço ou fornecimento durante todo o período de utilização do mesmo.

Estes são os custos tipicamente reconhecidos como win-win na classificação que referimos no ponto....: a sua consideração não só melhora o impacte ambiental dos produtos como diminui os custos totais da entidade adjudicante relativos à aquisição e utilização dos mesmos.

#### 4.4.1.2.2. A novidade da directiva de 2014: externalidades ambientais enquanto “custos”

A grande novidade da revisão de 2014 é, na verdade, a introduzida pela alínea b) do mesmo artigo, que admite a consideração, como custos, dos “*custos imputados a externalidades ambientais ligadas ao produto, serviço ou obra durante o seu ciclo de vida, desde que seja possível determinar e confirmar o seu valor monetário; estes custos podem incluir o custo das emissões de gases com efeito de estufa e de outras emissões poluentes, assim como outros custos de atenuação das alterações climáticas*”.

A alteração está, então, naquilo que, sendo integrável no custo do ciclo de vida, é admitido como custo que as entidades adjudicantes podem considerar: as externalidades ambientais negativas, desde que a sua monetarização seja possível.

Ora esta não é uma alteração de pormenor; ao contrário, ela supõe uma diferente perspectiva relativamente a dois pressupostos básicos da disciplina da regulação da contratação pública comunitária até à data: *i)* a ligação ao objecto do contrato, cujo conceito alargado tivemos já oportunidade de analisar e *ii)* a ideia que as vantagens (ainda que de natureza não económica, na sequência do acórdão *Concordia Bus*<sup>527</sup>) seriam *para a entidade adjudicante*, sendo agora expressamente admitido que esta pode tomar em consideração custos sociais<sup>528</sup>, que, por definição, não são seus nem por si suportados.

Com esta consagração legal, parece, então, que as entidades adjudicantes podem incluir no conceito de custo todos os custos ambientais (não internalizados já) dos produtos,

---

<sup>527</sup> Vide supra nota 2.

<sup>528</sup> A expressão custos sociais é aqui utilizada por oposição aos chamados custos privados, não estando ligada às chamadas externalidades sociais da produção.

quer eles advenham da utilização do bem/serviço, quer estejam neles incorporados por terem sido gerados durante o seu processo de produção.

Por outro lado, o facto de apenas se referirem as externalidades ambientais parece significar que não serão enquadráveis, no conceito de custo do ciclo de vida, outros tipos de externalidades, nomeadamente custos sociais da produção. A solução legal pode, no entanto, encontrar a sua explicação no facto de ser um compromisso entre as posições da Comissão e do Parlamento: a Comissão “cedeu” no único critério admissível e no alargamento do conceito de ligação ao objecto do contrato, conseguindo, no entanto, eliminar a admissibilidade expressa das externalidades sociais da produção, tal como havia proposto o Parlamento Europeu.

Como salientámos *supra*, tal não quer dizer que essas externalidades sociais da produção não possam, de todo, ser consideradas: elas podê-lo-ão ser se a entidade adjudicante utilizar uma outra metodologia de análise custo-eficácia que não o custo do ciclo de vida.

#### 4.4.1.2.2.1. A lógica económica

Nos casos da inclusão como custo (financeiro) de externalidades ambientais, o objectivo é ambicioso: o que se procura é encontrar um valor monetário (que reflecta da forma mais rigorosa possível o valor real em causa) para essa externalidade, para esse custo social, valor esse que, ao ser acrescentado ao preço de mercado, internaliza a dita externalidade. A lógica que subjaz a esta ideia é a lógica económica da eficiência dos mercados – os mercados são eficientes, salvo nos casos de falhas dos mesmos, casos em que é necessária a intervenção pública para as suprir (sendo que aqui as falhas são as externalidades e a intervenção pública é a referida internalização).

O custo do ciclo de vida ou, de outra forma, o custo do ciclo de vida ambiental<sup>529</sup>, é muitas vezes descrito como um meio de avaliação financeira de uma opção mais sustentável. O que se pretende é identificar os impactes ambientais que um produto tem

---

<sup>529</sup> Alguns autores distinguem esta metodologia que inclui as externalidades ambientais com a expressão “*environmental life cycle costing*” – o custo do ciclo de vida ambiental (ver, por exemplo, SWARR, HUNKEKER, KLOPFER, PESONEN, CIROTH, BRENT e PAGAN, *Environmental Life Cycle Costing: a Code of Practice*, SETAC Press, Pensacola, 2011).

Esta particularização revela-se importante para acentuar a diferença face a métodos “tradicionais” de cálculo do custo do ciclo de vida, já admitidos pelas directivas de 2004 e cuja utilização pelas entidades adjudicantes é já generalizada, que apenas incluíam os custos totais directamente suportados pela entidade adjudicante (ou por esta e pelo utilizador do bem/serviço, caso fossem entidades diversas).

sobre o ambiente, durante todo o seu processo de produção, uso e reciclagem (todo o seu ciclo de vida ou “*cradle to grave*”). Identificados os impactes, identificam-se os potenciais custos ambientais, custos esses expressos em termos monetários. Estes custos monetários reflectem, no fundo, as externalidades negativas geradas por esse produto. Ao preço de mercado do produto deve ser acrescido esse adicional, esse “*adder*”, procurando, assim, internalizar as externalidades identificadas<sup>530</sup>.

Neste sentido, o que se permite que as entidades adjudicantes realizem não é muito diverso do que vimos no primeiro capítulo ser a lógica de internalização de externalidades através dos mercados – bastará encontrar um valor monetário que represente esse custo social que se quer evitar para com isso incentivar os produtores, através do mecanismo dos preços, a reduzir de forma voluntária esses impactes.

A ideia de a determinação desse valor se fazer com base nas exigências da teoria económica servirá para eliminar a subjectividade e a discricionariedade das entidades adjudicantes na determinação desse valor monetário dos atributos ambientais, limitando simultaneamente a possibilidade de introdução de critérios discriminatórios escondidos. Não podemos, contudo, e como veremos, ignorar que esta intenção, se bem que seja compreensível, não é, de todo, assegurada pelo presente texto da Directiva: por um lado, a monetarização dos custos ambientais implica inevitavelmente dificuldades técnicas adicionais não despiciendas às entidades adjudicantes, cuja superação manterá sempre, e como veremos, uma margem de subjectividade nos valores encontrados. Trataremos esta questão no ponto seguinte.

Por outro lado, não podemos ignorar que esta é uma possibilidade aberta às entidades adjudicantes que, querendo, poderão sempre optar por inserir essas mesmas externalidades ambientais como atributos no âmbito da chamada “relação qualidade-preço”, caso em que, embora não seja necessária a determinação expressa do valor monetário dessas externalidades, sempre será necessário (embora tal não resulte muitas vezes claro dos documentos do procedimento) determinar quanto é que está disposta a pagar a mais por uma determinada quantidade a mais do atributo ambiental em causa. Desenvolveremos esta hipótese no ponto 3.4.2 *infra*.

---

<sup>530</sup> Note-se que a intenção é determinar quais as soluções mais eficientes de entre um conjunto de possibilidades. Como é natural, nem sempre a solução mais eficiente de um ponto de vista do custo do ciclo de vida será a mais sustentável em matéria de atributos ambientais.

#### 4.4.1.2.2.2. O “custo do ciclo de vida ambiental”

Este conceito de monetização de custos sociais ambientais encontra um fundamento na teoria económica, fugindo à ideia de total liberdade de escolha por parte da entidade adjudicante e, nessa medida, tornando mais fácil o próprio controlo da mesma. Todavia, não é menos certo que, ao introduzir na cadeia de elementos a considerar a monetização dos custos ambientais, estamos a adicionar algumas dificuldades que haverá que superar, sendo, de resto, questionável a ideia de que, por esta via, se alcança maior objectividade. Referindo embora o legislador que é necessária apenas uma abordagem custo-eficácia, a atribuição de valor aos “males ambientais” comunga com as análises custo-benefício muitos dos seus problemas e indefinições, estando na base da maioria das críticas que se apontam a estudos deste tipo<sup>531</sup>.

O presente texto procura, então, chamar a atenção para esses elementos de maior complexidade que inexoravelmente caracterizam (todos) os métodos de monetização de externalidades, de atribuição de valores monetários às diversas externalidades ambientais negativas dos bens.

Tendo o legislador optado por tornar obrigatória apenas a metodologia de cálculo dos custos do ciclo de vida prevista na “directiva veículos”<sup>532</sup>, assumiremos os estudos que lhe serviram de base para traçar o nosso percurso de construção de um valor monetário para essas externalidades. Veremos como esse processo envolve opções várias, a maioria das quais necessitando de conhecimentos que vão para além do decisor público ou mesmo do economista (ecologia, biologia, física, química, epidemiologia, entre outras). Cada uma dessas opções implica uma, por vezes assinalável, diferença nos resultados, o que significa, em última análise, que a forma como se define o método para alcançar esses custos adicionais será decisiva para o resultado dos mesmos e, por isso, para o resultado da fase de adjudicação – a escolha da proposta vencedora.

---

<sup>531</sup> As críticas à análise custo-benefício podem dividir-se em duas grandes categorias: *i)* as que criticam a própria ideia de compensação (potencial) que lhes subjaz, argumentando que há valores que não podem ser compensados, que a compensação apenas potencial é injusta ou que pura e simplesmente rejeitam a ideia de medição do valor numa base antropocêntrica de base subjectivo-marginalista, por um lado; *ii)* e as que, por outro lado, aceitando as vantagens práticas de uma avaliação entre custos e benefícios de um determinado projecto, reduzindo o máximo de variáveis possível a um denominador comum (a moeda), chamam no entanto a atenção para as dificuldades que este desiderato apresenta e para as debilidades formais que o tratamento de muitos aspectos apresenta ainda.

<sup>532</sup> Directiva 2009/33/EC do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Abril de 2009 relativa à promoção de veículos de transporte rodoviário não poluentes e energeticamente eficientes, publicada em 15/05/2009 (Anexo XIII da Directiva 2014/24/UE).



#### 4.4.1.2.2.2.1. Quais os impactes a considerar?

Qualquer método de CCV, na medida em que identifica os custos ambientais associados ao ciclo de vida dos produtos, necessita de uma base de trabalho relativamente aos impactes gerados nesse ciclo de vida. Quer dizer, para saber quais os custos a considerar, é necessário identificar em primeiro lugar quais os principais impactes ambientais dos diversos produtos.

Ora essa é uma análise anterior a qualquer metodologia de CCV, mas cujos resultados influenciarão decisivamente esta última.

Uma possibilidade muito utilizada é a chamada Análise do Ciclo de Vida (ACV), uma metodologia que fornece uma estimativa dos impactes ambientais acumulados de um determinado bem durante o seu ciclo de vida.

Todavia, há várias formas de realizar uma ACV, sendo fundamental alguma harmonização de metodologias. A nível internacional, existem as normas ISO<sup>533</sup>. Saliente-se, no entanto, que a Comissão Europeia, reconhecendo que a aplicação destas normas poderia violar os princípios comunitários da igualdade de tratamento e não discriminação, sentiu necessidade de promover uma harmonização a nível comunitário, desenvolvendo o que hoje constitui o chamado ILCD (*International Reference Life Cycle Data System Handbook*), que é composto por uma série de documentos técnicos que servem de ferramenta de trabalho e, simultaneamente, guia de boas práticas para a condução de uma qualquer ACV<sup>534</sup>.

Nos termos da metodologia recomendada, realiza-se, em primeiro lugar, uma compilação das emissões geradas e dos recursos consumidos durante o referido ciclo de vida do produto. Essa análise dá origem ao chamado Inventário do Ciclo de Vida. Depois, é necessário estabelecer os efeitos de cada um desses elementos sobre as categorias de impactes consideradas<sup>535</sup> (é a chamada fase da “*Análise de Impacte do Ciclo de Vida*”), considerando três áreas de protecção – a saúde humana, o ambiente e

---

<sup>533</sup> ISO 14040/44 versão de 2006 ou, para a construção, ISO 15686, parte 5.

<sup>534</sup> Documentos esses que culminam com o relatório “ILCD Handbook: Recommendations for Life Cycle Impact Assessment in the European Context”, publicado pela Comissão Europeia em 2011 (COMISSÃO 2011 A).

<sup>535</sup> A metodologia europeia refere onze categorias de impactes a considerar: alterações climáticas, efeitos na camada de ozono, eutrofização, acidificação, toxicidade para humanos, matérias inorgânicas respiráveis, radiação, ecotoxicidade, formação fotoquímica de ozono, uso dos solos e degradação dos recursos naturais. Realce-se, todavia, que estas categorias de impactes são diversas das recomendadas pela OCDE, que indica dez categorias dos principais indicadores ambientais (OECD 2008).

questões relacionadas com a utilização eficiente de recursos (que, por sua vez, se subdividem em renováveis e não renováveis). O resultado de tal análise é uma “lista de indicadores” que resulta da aplicação de modelos de impacto a cada uma dessas emissões/consumos.

São esses indicadores que podem depois ser analisados, quer para avaliar do impacte global do produto, quer para comparar impactes gerados por diferentes processos produtivos (ou mesmo para comparar produtos).

Para o caso da utilização do CCV enquanto critério de adjudicação, são esses indicadores que terão que ser objecto de uma monetarização.

Não foi esse, todavia, o caminho escolhido pela Comissão Europeia para a definição da até agora única metodologia de CCV obrigatória nos termos das directivas<sup>536</sup>. De facto, a Comissão admite essa via apenas quando uma outra, mais rigorosa, não seja possível: realizar uma análise de impacto ambiental específica para cada tipo de produtos especificamente desenhada para permitir a monetarização posterior dos custos sociais associados<sup>537</sup>.

Analisaremos, de forma muito sumária, os principais passos dessa metodologia, evidenciando os aspectos mais complexos e controversos da mesma.

A directiva 2009/33/EC tomou por base a monetarização dos custos sugerida pelos programas CAFE<sup>538</sup> que, por sua vez, seguiu a metodologia proposta pelo programa ExternE<sup>539</sup> e adoptada para as recomendações metodológicas para análise de projectos de política de transporte a nível europeu resultantes do programa HEATCO<sup>540</sup>.

---

<sup>536</sup> A ACV é uma metodologia dita “*top down*”, quer dizer, não permite realçar especificidades decorrentes da localização das emissões ou da sua fonte – as emissões são todas somadas e os impactes são calculados sobre essa base. A Comissão acolheu uma perspectiva “*bottom up*” que opta por calcular os valores monetários associados a cada emissão específica (e que variam consoante a fonte de emissão, a sua localização, a densidade populacional da zona e os níveis de poluição pré-existent) e somar posteriormente esses valores.

<sup>537</sup> Esta é uma outra especificidade das recomendações metodológicas a nível europeu: a monetarização refere-se aos danos sofridos (às desutilidades criadas) e não aos impactes em si, quer dizer, não se monetarizam as emissões poluentes ou a utilização ineficiente de recursos, mas antes os danos nos receptores humanos e não humanos que essas actividades provocam.

<sup>538</sup> A metodologia seguida no referido programa, que decorreu entre 2001 e 2005, pode ser consultada no Relatório “*Methodology for the Cost-Benefit analysis for CAFE: Volume 1: Review of Methodology*”, disponível em [http://ec.europa.eu/environment/archives/cape/pdf/cba\\_methodology\\_vol1.pdf](http://ec.europa.eu/environment/archives/cape/pdf/cba_methodology_vol1.pdf).

<sup>539</sup> Nomenclatura utilizadas para o ambicioso programa da Comissão Europeia intitulado “*External costs of Energy*”, concretizado por uma série de projectos que, desde os meados dos anos 90 do século passado, têm procurado calcular com o máximo de precisão possível o valor monetário dos custos sociais (externalidades) associados às várias fontes alternativas de energia na Europa. O programa ExternE terminou em 2005, tendo, no entanto, lançado as bases para uma longa série de outros

Uma primeira decisão que tem que ser tomada é a do próprio *âmbito de abrangência* dessa análise dos CCV. Se o que se pretende é um valor do custo do ciclo de vida do produto, em primeiro lugar é necessário identificar, nesse ciclo de vida, quais os processos geradores das externalidades mais significativas e que devem ser avaliadas. Se os produtos em causa forem, como no exemplo, veículos de transporte terrestre, há que identificar as principais fontes de poluição a considerar. Deve a consideração ser apenas feita relativamente aos custos das emissões atmosféricas ou devemos incluir externalidades de outro tipo, originadas ao longo da própria cadeia de produção dos veículos em si ou da sua utilização? E, mesmo no caso de consideração apenas das emissões atmosféricas, quais as que devem ser consideradas: as produzidas pelo bem (neste caso os veículos) ou também as incorporadas no mesmo (isto é, as produzidas durante o processo de produção do mesmo)? A Comissão optou, no caso da Directiva 2009, pela primeira opção, uma vez que os objectivos eram os de a redução do nível global de emissões e consumos energéticos por parte de veículos de transporte terrestre e, por outro lado, o apoio e desenvolvimento do mercado para veículos ambientalmente mais eficientes. Todavia, há que reconhecer que apenas se internaliza uma parte dos custos, os custos ambientais decorrentes da utilização dos veículos em causa, e já não os resultantes da produção dos mesmos<sup>541</sup>.

---

projectos, igualmente financiados pela Comissão Europeia, que vêm procurando desenvolver as ferramentas disponíveis para o cálculo das externalidades energéticas. Uma consulta à página web do programa ExternE ([http://www.externe.info/externe\\_d7/](http://www.externe.info/externe_d7/)) permite ao leitor identificar mais de 30 projectos que, com base na metodologia sugerida, procuram melhorar os modelos económicos de monetização de custos das externalidades ambientais energéticas, o que dá uma noção da enorme dificuldade da tarefa e da complexidade da questão. O último relatório foi publicado em 2005 e pode ser consultado em [http://www.externe.info/externe\\_d7/sites/default/files/methup05a.pdf](http://www.externe.info/externe_d7/sites/default/files/methup05a.pdf).

<sup>540</sup> O projecto HEATCO (*Developing Harmonised European Approaches for Transport Costing and Project Assessment*), financiado pela Comissão Europeia, deu origem a sete documentos técnicos dos quais salientamos dois: “Final Technical Report” e “Deliverable 5, Proposal for Harmonised Guidelines”, disponíveis em [http://heatco.ier.uni-stuttgart.de/HEATCO\\_D7\\_final.pdf](http://heatco.ier.uni-stuttgart.de/HEATCO_D7_final.pdf) e [http://heatco.ier.uni-stuttgart.de/HEATCO\\_D5.pdf](http://heatco.ier.uni-stuttgart.de/HEATCO_D5.pdf), respectivamente.

<sup>541</sup> Saliente-se que a produção automóvel, em especial a indústria do aço, tem associado um forte impacto ambiental, nomeadamente no que diz respeito às emissões atmosféricas. Este aspecto é salientado num dos mais recentes projectos financiados pela Comissão Europeia em matéria de monetização de externalidades ambientais, o EXIOPOL (*A new environmental accounting framework using externality data and input-output tools for policy analysis*, <http://www.feem-project.net/exiopol/>). O relatório “Top-down approach” (disponível em [http://www.feem-project.net/exiopol/M54/EXIOPOL\\_Top\\_down\\_approach.pdf](http://www.feem-project.net/exiopol/M54/EXIOPOL_Top_down_approach.pdf)) chama a atenção para o aumento das emissões atmosféricas provocado por uma política de substituição do parque automóvel europeu por veículos com menores emissões, resultado precisamente do aumento da produção de aço para a indústria automóvel.

Esta é, de facto, uma primeira e muito relevante escolha – a decisão sobre quais os custos sociais (no sentido de externalidades negativas) a considerar. É que, se no caso dos veículos podemos considerar as emissões que os próprios emitem como principais custos sociais dos mesmos, já para outras categorias de produtos os principais impactes estão na fase de produção e não na sua utilização. Esta é, todavia, uma decisão que, cabendo à entidade adjudicante (que, nos termos legais, pode considerar todos ou parte dos custos gerados pelas externalidades<sup>542</sup>), implica enormes conhecimentos técnicos. Por um lado, a entidade adjudicante é livre para definir quais os custos que quer considerar; esta liberdade tem, todavia, um custo acrescido, na medida em que essa definição não é fácil. Por outro lado, não podemos deixar de salientar que “*os critérios de adjudicação não podem ter por efeito conferir à autoridade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada*”<sup>543</sup>, devendo ser assegurada a “concorrência efectiva”<sup>544</sup>. Até que ponto a escolha dos custos considerados (especialmente caso essa escolha inclua impactes de menor importância, deixando os mais relevantes por considerar) pode violar os princípios gerais de direito comunitário, nomeadamente os da igualdade de tratamento e proporcionalidade, por um lado, e esta obrigação de concorrência efectiva, por outro, é uma questão que, na falta de clareza da norma, terá que ser esclarecida em sede judicial.

De qualquer modo, não podemos deixar de salientar a posição muito crítica que a própria Comissão tem assumido relativamente ao chamado “*transferência da carga ambiental*”<sup>545</sup> e que é uma das questões que está na base da ideia da consideração do ciclo de vida – a avaliação ambiental deve ser o mais completa possível, de modo a evitar decisões que, reduzindo determinados impactes negativos, promovam soluções que levem a um impacte global ainda maior (o que acontecerá se, por exemplo, a

---

<sup>542</sup> É essa a solução que resulta do facto de o legislador expressamente admitir outros métodos para além do custo do ciclo de vida – as entidades adjudicantes podem tomar em consideração como custos sociais apenas parte das externalidades totais de um produto. A questão estará, então, em determinar até que ponto essa parte tem que ser representativa e proporcional ao objectivo de sustentabilidade em causa.

<sup>543</sup> Artigo 67º, número 4 da Directiva 2014/24/UE.

<sup>544</sup> *Idem*.

<sup>545</sup> Esta expressão surge nos documentos oficiais da Comissão Europeia em tradução do inglês “burden shifting”, eventualmente mais significativo.

entidade adjudicante assumir como externalidades a considerar as menos relevantes de um ponto de vista global)<sup>546</sup>.

Esta preocupação foi, de resto, reafirmada em 2013 pela Comissão Europeia, na sua Comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho com o título “Construir o Mercado Único dos Produtos Ecológicos, Facilitar uma melhor informação sobre o desempenho ambiental de produtos e organizações”<sup>547</sup>, na qual claramente se reconhece que a falta de uma definição comum do que deve ser entendido como “produto ecológico” é um dos principais problemas e desafios que urge solucionar com vista à eliminação de barreiras (invisíveis) que subsistem ainda nestes mercados relacionadas precisamente com a proliferação de métodos (e opções metodológicas dentro do mesmo método) utilizados para a medição e aferição comparativa do desempenho ambiental.

Ora a primeira dificuldade na definição de um qualquer método de medição comparativa é, precisamente, a identificação dos impactes abrangidos: apenas impactes directos ou igualmente os indirectos; impactes com incidência na fase de utilização ou em todo o ciclo de vida.

Ora falhas nesta primeira fase metodológica podem colocar em risco o próprio objectivo de maior sustentabilidade ambiental<sup>548</sup>. Será, então, determinante para alcançar o objectivo ambiental prosseguido a contabilização dos impactes “no âmbito de uma análise do ciclo de vida completa”<sup>549</sup>.

---

<sup>546</sup> Esta preocupação é ainda evidente no esforço que a Comissão vem realizando desde 2010 no sentido do desenvolvimento de uma metodologia europeia para a chamada Pegada Ecológica dos Produtos, reconhecendo que, em certas categorias de produtos, os gases com efeito estufa não representavam os impactes ambientais mais relevantes. Salienta-se o Anexo à Recomendação da Comissão de 9 de Abril de 2013 sobre o uso de métodos comuns para medição e comunicação do desempenho ambiental ao longo do ciclo de vida de produtos e organizações, Anexo II, Guia Sobre a Pegada Ambiental dos Produtos, publicada no Jornal Oficial da União Europeia em 4 de Maio de 2013. É, aliás, esta questão que fundamenta a opção pela perspectiva de avaliação do ciclo de vida dos produtos por parte da Comissão Europeia. A propósito dos programas de apoio à investigação da Comissão, é salientado que “*In order to avoid a potential shift of burdens (among different regions, different timeframes, different impact categories, etc), Life Cycle Thinking has been recognised by the European Commission as the most suitable methodological framework for most product-related Sustainability discussions*” (COMISSÃO 2012, 55).

<sup>547</sup> Comissão Europeia 2013, COM(2013) 196 final.

<sup>548</sup> É o próprio documento que exemplifica: “Assim, por exemplo, um novo produto de baixo consumo energético pode ter de ser produzido com um material raro ou perigoso. Isto poderia ser favorável para a poupança de energia mas prejudicial do ponto de vista do esgotamento dos recursos ou dos impactos na fase de fim de vida do produto.” Cfr. Comissão 2013, 5.

<sup>549</sup> Cfr. Comissão 2013, 5.

O que poderá significar que uma abordagem diversa por parte da entidade adjudicante, que envolva a escolha de apenas alguns impactes dos fornecimentos, serviços ou obras a adjudicar, pode revela-se em violação do princípio da proporcionalidade, na medida em que não envolva medidas necessárias, ou adequadas para cumprir o objectivo em causa. Por outro lado, saliente-se que essa incorrecta definição dos impactes a avaliar poderá ainda ser sindicada na medida em que constitua um entrave à livre circulação de produtos ecológicos não justificável.

Estas preocupações justificam, para a Comissão, o desenvolvimento do chamado Método da Pegada Ambiental dos Produtos (PAP), integrado nos seus Sistemas de Ecogestão e Auditoria (EMAS), no Rótulo Ecológico da UE e nos próprios Contratos Públicos Ecológicos (CPE), sendo salientado que “a Comissão convida os Estados-Membros e partes interessadas a utilizarem os métodos da PAP e da PAO nas políticas e iniciativas voluntárias relevantes que envolvam a medição e a comunicação do desempenho ambiental ao longo do ciclo de vida dos produtos e organizações”.

A COMISSÃO Europeia apresentou em 2008 o Plano de Acção para o Consumo e Produção Sustentáveis, que pretende aumentar a performance ambiental dos produtos e dos padrões de consumo, potenciando, ao mesmo tempo, o desenvolvimento de tecnologias e produtos mais sustentáveis.

Este plano de acção faz parte da Estratégia de Desenvolvimento Sustentável da União, que enfatiza o compromisso da União Europeia com os objectivos dos desenvolvimento sustentável e do Processo de Marraquexe das Nações Unidas<sup>550</sup>.

Uma parte desta Estratégia foca-se precisamente nas compras públicas verdes (consumo sustentável por parte das entidades públicas).

O “green public procurement” é realçado em todas as publicações da Comissão relacionadas com o tem Consumo sustentável<sup>551</sup>. É sempre realçado que a Comissão

---

<sup>550</sup> Um programa das Nações Unidas, dentro do chamado quadro de acção de Joanesburgo, que tem como objectivo o estabelecimento de planos de acção a 10 anos para a promoção do consumo e produção sustentáveis, assistindo os países, ajudando as empresas e encorajando consumidores para novos padrões de consumo e produção.

Saliente-se que também o processo de Marraquexe dedica um ponto específico para as compras públicas verdes, sendo este, aliás, uma das 7 task forces já identificadas. Mais informações sobre os modos como as compras públicas podem integrar preocupações de sustentabilidade em UNEP, “Integrating SCP in Government Operations – including sustainable public procurement”, disponível em [http://esa.un.org/marrakechprocess/pdf/Issues\\_Sustainable\\_Public\\_Procurement.pdf](http://esa.un.org/marrakechprocess/pdf/Issues_Sustainable_Public_Procurement.pdf)

<sup>551</sup> Por exemplo, Comissão 2013, Newsletter com o título “Sustainable Consumption and Production”, pag. 2, disponível em [http://ec.europa.eu/environment/eussd/pdf/scp\\_newsletter\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/environment/eussd/pdf/scp_newsletter_3.pdf); ou Comissão

publicou séries de critérios ambientais (com dois níveis de exigência, um básico e outro mais completo) para cerca de 19 categorias de produtos (aqueles onde os mercados públicos têm mais peso e onde são possíveis maiores ganhos ambientais com a alteração dos hábitos de adjudicação das entidades públicas)

Para além das compras públicas (embora de grande importância para a concretização das mesmas) é o trabalho que está a ser feito, no âmbito da mesma Estratégia, para a definição de Standards e critérios ambientais europeus para categorias de produtos<sup>552</sup>.

Para além das mais conhecidas etiquetas ecológicas, há uma área de trabalho que é igualmente interessante para as compras públicas – o desenvolvimento de uma metodologia europeia comum para a Pegada Ecológica dos produtos.

No seguimento de um estudo encomendado pela Comissão sobre a pegada do carbono<sup>553</sup>, foi constatado que, para certas categorias de produtos, os gases com efeito estufa não eram os impactos ambientais mais relevantes<sup>554</sup>.

Foi então decidido criar uma metodologia mais abrangente, que procurasse os vários efeitos ambientais das várias categorias de produtos. Em 2011, numa Comunicação da Comissão relativa ao Acto Único Europeu, é expressamente afirmado que “Para assegurar que os consumidores dispõem de informações fiáveis sobre o desempenho ambiental dos produtos, a Comissão proporá, no quadro do Plano de Acção para um Consumo e Produção Sustentáveis, uma iniciativa sobre a pegada ecológica dos produtos”<sup>555</sup>.

No mesmo sentido das respostas numa consulta pública, a Comissão entende que a existência de várias metodologias para a avaliação da Pegada Ecológica dos produtos é uma debilidade num sistema que deve orientar facilmente consumidores e produtores

---

2008, “Environment fact sheet: Sustainable consumption and production – a challenge for us all”, pag. 2, disponível em <http://ec.europa.eu/environment/eussd/pdf/brochure.pdf>

<sup>552</sup> Também para organizações, embora esses sejam menos importantes no campo das públicas. No entanto, sempre que seja possível exigir comportamentos ambientais da própria empresa, estes critérios serão igualmente relevantes.

<sup>553</sup> Comissão 2010, “Product Carbon Footprinting – a study on methodologies and initiatives”, disponível em <http://wko.at/tirol/industrie/indakt2010/Folge38/PCF-report.pdf>.

<sup>554</sup> Nas conclusões do referido estudo pode ler-se “The selection of the appropriate methodology to be applied at EU level should take into account the possibility of widening the environmental scope of the methodology to include environmental impacts other than climate change” Comissão 2010, pag. 112.

<sup>555</sup> Comissão 2011, SEC (2011) 467 final, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Acto para o Mercado Único, Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua, “Juntos para um novo crescimento”, pag. 10.

para os objectivos a prosseguir, fornecendo, na medida do possível, uma comparação entre produtos, quer essa comparação seja feita dentro da mesma categoria de produtos, quer ela seja feita em relação a outras categorias.

A Comissão entendeu que seria conveniente a harmonização de metodologias “to create a level playing field, reduce costs and provide clarity to consumers”<sup>556</sup>.

Em 2013 foi publicado o “Product Environmental Footprint Guide”, um guia que procura definir um guia técnico o mais detalhado possível com especificações para as metodologias de estabelecimento de Pegadas Ecológicas devem seguir<sup>557</sup>. Todavia, este é ainda um guia geral para todas as metodologias de medição da pegada ecológica; é reconhecida a necessidade de aprofundar a sistematização desenvolvendo guias para cada categoria de produtos. Esses trabalhos estão a ser desenvolvidos através de um conjunto de projectos-piloto, que vão desde as baterias às t-shirts, passando pelo material de escritórios e as tecnologias de informação, entre outros<sup>558</sup>. O objectivo é o estabelecimento de vários guias de regras para métodos de cálculo de pegada ecológica por categoria de produto.

Relacionada com esta Estratégia está a chamada Política de Integração de Produto (Integrated Product Policy)

Sendo assim, a opção mais segura para qualquer entidade adjudicante será considerar, nesta matéria, os impactes dos fornecimentos, serviços ou obras tal como determinados por uma metodologia harmonizada a nível europeu. Não sendo tal procedimento obrigatório, será o que apresenta menos riscos de o procedimento vir a ser impugnado com sucesso em via judicial. Se, por qualquer motivo, a entidade adjudicante optar por não seguir essas orientações gerais, deverá basear essa sua decisão em considerações concretas que justifiquem essa sua escolha<sup>559</sup>.

---

<sup>556</sup> Newsletter da Comissão Fevereiro 2013, pag. 6.

<sup>557</sup> O guia tem três níveis de imposição: os critérios que têm de ser cumpridos, os que devem ser cumpridos e os que podem ser cumpridos. Cfr. Anexo à Recomendação da Comissão de 9 de Abril de 2013 sobre o uso de métodos comuns para medição e comunicação do desempenho ambiental ao longo do ciclo de vida de produtos e organizações, Anexo II, Guia Sobre a Pegada Ambiental dos Produtos, publicada no Jornal Oficial da União Europeia em 4 de Maio de 2013.

<sup>558</sup> A Comissão mantém uma lista actualizada destes projectos-piloto que pode ser consultada na página web [http://ec.europa.eu/environment/eussd/smgp/pef\\_pilots.htm](http://ec.europa.eu/environment/eussd/smgp/pef_pilots.htm).

<sup>559</sup> Note-se que esta é uma hipótese perfeitamente aceitável e que se admite em vários casos concretos na prática (por exemplo, uma autoridade adjudicante local que pretende ver protegido determinado património histórico de certos impactes que o afectam de forma particular, ou o caso de uma zona onde determinados indicadores ambientais sejam já particularmente altos, pretendendo a entidade adjudicante não causar mais impactes a esse nível).



4.4.1.2.2.2.2. Qual a relação entre quantidade de emissões e danos provocados? Definido o âmbito de abrangência a considerar, é necessário depois identificar os impactes principais e estimar os indicadores<sup>560</sup> para cada um.

Todavia, para podermos ter um dano ou impacte monetarizável é necessário percorrer um caminho ainda longo - aquele que as substâncias poluentes fazem desde as suas fontes até aos receptores (humanos, plantas, materiais, ecossistemas) onde causam danos.

Temos, no entanto, algumas dificuldades que se prendem com a complexidade dos fenómenos naturais pelos quais as emissões poluentes afectam os diversos receptores em análise (humanos e não humanos). Olhemos mais de perto algumas delas, que nos levam a ter que, à partida, estabelecer algumas classificações.

i. Emissões poluentes, stock de poluição e danos

Uma primeira questão a ser considerada é a variedade e diversidade de mecanismos pelos quais a poluição causa danos nos diversos receptores. De facto, enquanto algumas emissões poluentes causam um danos directo nos receptores, cujo efeito pode ser determinado por uma função linear simples, a verdade é que, relativamente a muitas outras, provavelmente as com maior acuidade hodiernamente, a relação causa-efeito não é directa e muito menos linear.

Distingue-se, nesta matéria, entre danos provocados pela emissão de poluição e danos provocados pelo stock de poluição<sup>561</sup>.

No primeiro caso os danos decorrem da quantidade de emissões poluentes “produzidas”, sendo que, naturalmente, eles desaparecerão com a eliminação total das emissões que os originam.

Já no caso de “externalidades de stock”, os danos dependem, não da quantidade de emissões poluentes activas, mas do stock de poluente que existe no sistema natural em causa em determinado momento: permanecendo muitas substâncias poluentes no sistema natural durante longos períodos temporais, se a sua produção for em quantidade superior à capacidade assimilativa desse próprio sistema, cria-se um stock, uma quantidade acumulada de poluição; enquanto esse stock se está a constituir, não

---

<sup>560</sup> A metodologia ExternE opta pela utilização do termo “indicador” para expressar quantitativamente os efeitos externos. Por exemplo, se o efeito é o aumento do risco de doença crónica, o indicador utilizado será o aumento do número de casos de bronquite crónica por 100.000 habitantes.

<sup>561</sup> Relembre-se a noção de “externalidades de Stock” proposta por Nordhaus referida anteriormente.

existem, todavia, danos: eles só se verificam a partir de uma determinada quantidade de substância poluente<sup>562</sup>.

Ora os modelos de análise de equilíbrio parcial reportam-se a funções típicas de danos provocados pelo flow de poluição, apresentando a introdução dos chamados “danos de stock” dificuldades acrescidas, sendo necessário ter em conta as variáveis espaço e tempo<sup>563</sup>.

ii. A dimensão geográfica na poluição

A localização da fonte de poluição é, por outro lado, bastante relevante. De facto, obviamente que os danos serão tanto mais acentuados quanto a maior proximidade com o local das emissões. Esta, porém, representa a função normal dos danos provocados por emissões com uma dispersão uniforme e com curto tempo de permanência no sistema.

A verdade é que não é isso que se passa relativamente às emissões que provocam os danos ambientalmente mais relevantes – a sua dispersão não é uniforme, dependendo antes dos mais variados factores, como o vento ou o próprio clima (no caso de emissões para a atmosfera), permanecendo os mesmos por longos períodos temporais no sistema ecológico em causa. É o caso típico das externalidades de stock.

Assim, qualquer estudo que pretenda construir uma função dose-resposta terá que ter em conta, por um lado, a localização da fonte poluidora (e isto para qualquer tipo de emissão poluente) e, por outro lado, os mecanismos de dispersão e acumulação no meio ambiente dos mesmos.

O que significa, em última análise, que os custos sociais dos efeitos externos variarão de empresa para empresa, em função da sua localização. Esta conclusão, que aliás corresponde à ideia que um qualquer não especialista em matéria ambiental partilhará, coloca, no entanto, dificuldades acrescidas para o decisor político. Na verdade, se o valor dos custos sociais das externalidades (o valor monetário dos danos) é determinante para a definição do óptimo de produção, como definir estes aqueles valores são muito diversos? A verdade é que, existindo custos sociais diferenciados, não há um objectivo de redução de emissões geral, mas vários objectivos diferenciados.

---

<sup>562</sup> Ou, em certos casos, agravam-se repentinamente a partir de determinada quantidade de poluição (por exemplo danos decorrentes de determinados compostos do carvão e nitrogénio).

<sup>563</sup> Saraiva 2012, 667.

Esta particularidade tem, para o caso da consideração dos custos do ciclo de vida dos produtos, uma importante consequência: em termos rigorosos, esses danos variarão, não apenas em função do tipo de emissões, a premissa básica de que se parte, mas igualmente da localização da sua fonte emissora, nomeadamente a sua proximidade com aglomerados populacionais ou com zonas ecologicamente mais sensíveis e da própria quantidade pré-existente de poluição nessa zona, dos níveis de poluição da mesma. Por outro lado, o valor monetário dos danos variará igualmente em função da localização dos mesmos – as áreas mais limpas valorizar-se-ão relativamente à medida que as demais zonas ficam mais poluídas<sup>564</sup>.

Ora esta pode ser precisamente uma das vantagens deste tipo de instrumento de protecção ambiental: pode ser modelado em função geograficamente com alguma precisão. Todavia, não podemos deixar de considerar algumas limitações a esta aparente vantagem: de facto, como pode uma determinada entidade adjudicante determinar o valor por unidade de emissão emitida com a inclusão desta componente geográfica?

De facto, se essa possibilidade fará, sem dúvida, sentido, se se tratar de um contrato de prestação de serviços a realizar numa determinada região, incluir o valor do dano das emissões resultantes para a população e os sistemas naturais afectados. O mesmo se diga no caso de um contrato de aquisição de determinado bem ou equipamento cujas emissões sejam incluídas no seu custo do ciclo de vida.

Parece-nos, todavia, menos defensável especificar custos regionalmente identificados para casos em que se valorizem emissões geradas durante o processo de produção dos bens a adquirir, produção essa cuja localização depende da própria localização dos concorrentes ao concurso e não da entidade adjudicante. Este é um problema, aliás, que se coloca igualmente relativamente à questão da identificação dos sujeitos passivos dos danos a considerar, não fazendo sentido, para os danos de externalidades de stock a limitação do âmbito subjectivo da análise à população da região ou zona da entidade adjudicante (em certos casos, não faz sentido a própria limitação a nível nacional).

iii. A dimensão temporal na poluição

Em casos de emissões com longos ciclos de vida e cujos efeitos dependem do stock existente no meio ambiente, as análises têm que considerar, em primeiro lugar, uma função que determine a medida de aumento desse stock, que depende da taxa de

---

<sup>564</sup> Saraiva 2012, 667

degradação dos componentes poluidores, por um lado, da capacidade assimilativa do meio natural, por outro, e das próprias quantidades produzidas de novas emissões, por último. Esta função permitirá definir como, ao longo do período temporal considerado, evoluirá o stock acumulado.

Quer isto dizer que os custos sociais têm que ser determinados incluindo um horizonte temporal, na medida em que as emissões de hoje irão causar danos no presente e num futuro mais ou menos longínquo.

Nestes casos, o óptimo de poluição é, não uma determinada quantidade de emissões, mas uma determinada trajectória do nível de emissões aceitáveis em termos temporais<sup>565</sup>. Essa trajectória variará, em qualquer caso, em função da taxa pela qual os componentes poluentes em causa se degradam no sistema, Ora também esta taxa pode apresentar dificuldades acrescidas para a análise, na medida em que pode não ser linear e contínua, com é acontecerá se, a partir de uma determinada quantidade de stock existente, essa taxa se alterar ou se essa taxa depender, por sua vez, dos níveis médios da temperatura<sup>566</sup>.

Trataremos a questão da valorização no presente desses danos futuros no ponto ...

A complexidade dos processo físicos e químicos que determinam adanosidade de certas emissões poluentes

Para além da questão da localização geográfica e dos eventuais efeitos do stock de poluente acumulado, há ainda que ter em consideração os próprios processos físicos e químicos que determinam o impacte que a concentração de poluição pode ter em termos de danos nos receptores. Se, em certos casos, a relação é linear, noutros casos a própria complexidade dos processos determina a não linearidade na relação causa-efeito (neste caso, na função dose-efeito a considerar). E se, mesmo em caso de não linearidade, é por vezes admissível assumir a linearidade da função relativamente a determinados tipos de emissões, já relativamente a outros essa aproximação não será, de todo, recomendada (como, por exemplo, relativamente à acumulação de ozono a baixa altitude).

---

<sup>565</sup> Para o desenvolvimento das fases típicas deste tipo de trajectórias ver Perman et al 2003, 183.

<sup>566</sup> Sendo que, em certos casos, poderá ocorrer o fenómeno da própria irreversibilidade da taxa, tornando-a independente de qualquer redução dos níveis de poluição emitida. Perman et al 2003, 187.

Dadas as dificuldades assinaladas, a Comissão Europeia seguiu, como vimos, o método sugerido na análise ExternE na definição do cálculo dos custos do ciclo de vida definido na Directiva veículos.

A análise por este método é feita pela chamada *impact pathway approach*, uma análise que parte das emissões para calcular os impactes nas diversas categorias (*bottom up*), impactes esses que serão posteriormente monetarizados.

A ExternE<sup>567</sup> procura, contudo, combinar as duas técnicas: ACV e *impact pathway*. O que significa fazer uma análise para cada fonte emissora de forma a poder calcular os danos de forma individualizada.

Identificadas as emissões, a primeira tarefa deste método é o estudo da forma como os poluentes se dispersam<sup>568</sup> e, conseqüentemente, das doses de exposição a que cada categoria de receptor está sujeita.

O que está em causa nesta fase é determinar, com o maior grau de certeza possível, a relação entre a emissão de uma determinada quantidade de poluente na atmosfera e a dose desse mesmo poluente (e de poluentes secundários a que aquele tenha dado origem) a que cada receptor de impactes está sujeita.

O que representa, no mínimo, uma tarefa de uma amplitude científica enorme e de muito poucas certezas, com o nível de conhecimentos actuais<sup>569</sup>.

Identificada a dose de poluente a que cada receptor está sujeito, resta ainda estabelecer uma relação entre cada dose de poluente e os seus efeitos (negativos) nos receptores.

Esta relação é estabelecida por uma função – a chamada função dose-efeito<sup>570</sup>. Esta função relaciona a quantidade de um determinado poluente que afecta um receptor

---

<sup>567</sup> A que já nos referimos *supra*. Cfr. nota ...

<sup>568</sup> A dispersão é diversa conforme os poluentes. Se nalguns casos, como no dos gases com efeito estufa, a sua dispersão não apresenta grandes dificuldades, estando a complexidade no cálculo dos impactes ou danos, noutros casos, como os das emissões de NOx e SO2, são necessários modelos que calculem os efeitos da sua dispersão e propagação a nível local e a nível regional, uma vez que os impactes vão depender da quantidade de poluente a que cada classe (indivíduos, materiais, colheitas) está exposta. Para além disso, esses modelos de dispersão têm de incluir igualmente as reacções químicas que transformam os chamados poluentes primários naquela outras classe de poluentes secundários. Mais uma vez a metodologia se apoia em modelos existentes e que tentam estimar estes comportamentos químicos. Por outro lado, a dispersão dos poluentes não é apenas atmosférica – existem igualmente cadeias de transmissão através da água e dos solos e estas têm de ser igualmente avaliadas e modeladas.

<sup>569</sup> O próprio relatório admite a extrema complexidade de alguns modelos, assumindo mesmo a falta de elementos para calcular com precisão a dose de poluente(s) associada à ingestão de certos alimentos, como o marisco. É, então, admitido que, como regra, se admite que a dose provinda da ingestão é o dobro daquela que resulta da inalação.

(humano ou outro) com o impacte físico neste, medido em termos físicos (por exemplo, o aumento do número de internamentos hospitalares ou o aumento dos casos de bronquite aguda)<sup>571</sup>.

Esta é uma fase muito importante, pois o dano só pode ser estimado se esta função for conhecida. O estudo EnergE foi colher elementos na mais completa base de dados na matéria – a bases IRIS (*Industrial Sector Integrated Solutions Model*) da Agência de Protecção Ambiental dos EUA (EPA). Todavia, esta função estava determinada apenas para alguns casos de poluentes e efeitos, havendo ainda muito trabalho a ser desenvolvido (as funções mais conhecidas são as que se prendem com impactes cancerígenos)<sup>572</sup>.

Em termos de custos, os impactes sobre a saúde pública representam a maioria dos danos calculados pela ExternE. Vários estudos apontam no sentido de o aumento de poluição atmosférica aumentar os casos de doenças (morbidade) e diminuir a esperança de vida (mortalidade). São esses os principais danos a avaliar monetariamente, mas a metodologia avalia igualmente os danos para a saúde resultantes do ruído.

No entanto, qualquer avaliação de impacte ambiental tem que considerar igualmente os demais impactes, nomeadamente em receptores não humanos – são considerados os impactes na colheitas agrícolas e nas construções existentes.

Será, então, necessário elaborar uma análise semelhante à feita para os danos na saúde pública, agora relativamente a estes impactes (avaliação de poluentes, dispersão e construção de função dose-efeito para cada um deles), por forma a podermos conhecer

---

<sup>570</sup> Em inglês “dose-response function”. Preferimos, contudo, a tradução por “dose-efeito” já que o que se quer medir é um efeito negativo, uma danosidade (e não uma resposta, como a tradução como “dose-resposta” parece induzir).

<sup>571</sup> Em termos mais precisos, esta função devia relacionar-se com a dose absorvida pelo receptor, mas normalmente ela é estabelecida com base no grau de concentração do poluente no meio em causa (ar, água ou solo).

<sup>572</sup> Estas funções podem ter comportamentos muito diversos – podem aumentar com o aumento da dose de uma forma linear ou não linear, mas também estão documentados casos excepcionais em que os impactes inicialmente diminuem para depois aumentarem exponencialmente até um certo nível, que é o chamado nível de saturação. O problema na determinação desta função é que são necessárias relativamente altas doses para que os resultados não sejam zero. A extrapolação dos danos dessas doses altas para doses baixas (que é o que ocorre normalmente) é particularmente delicada.

Esta questão envolve, mais uma vez, as chamadas externalidades de *stock*, que têm funções de danosidade atípicas, mas igualmente os problemas da irreversibilidade de alguns danos. Cfr. Perman et al 2003, 189.

Todas estas situações têm, porém um aspecto em comum: devido à não convexidade e não linearidade da relação, é muito difícil o estabelecimento de um óptimo e, como tal, de uma medida monetária do dano.

de que modo uma unidade de poluente emitida numa determinada região vai provocar danos em colheitas agrícolas e construções existentes (em princípio nessa região, embora, no caso das colheitas, agrícolas, os danos se possam fazer sentir a muitos quilómetros de distância fonte poluidora).

Note-se, no entanto que relativamente ao aquecimento global e aos danos sobre ecossistemas e biodiversidade (ambos muito importantes quando falamos de impactes negativos de emissões atmosféricas), e por falta de estudos concretos e informação disponível, é reconhecido que não é possível utilizar a metodologia de *impact pathway*. Não sendo possível definir com rigor esse “percurso” desde a fonte da poluição até aos danos causados por unidade de emissão, a abordagem terá que ser outra. O estudo ExternE utiliza neste caso a chamada top-down approach, isto é, começa-se por calcular o dano total de um cenário pré-fixado e depois distribui-se esse dano pelas emissões de gases com efeito estufa<sup>573</sup> ou, para o caso dos ecossistemas, pelas emissões poluentes.

De facto, encontramos, relativamente a este tipo de efeitos, dificuldades acrescidas na construção de uma tal função. Por um lado, devido a fenómenos de não convexidade que colocam em causa a possibilidade de determinação de um ponto óptimo, em relação ao qual são determinados os custos monetários<sup>574</sup>. Por outro lado, e devido à incerteza e irreversibilidade que lhe estão associados, estes efeitos são muito difíceis de prever, nomeadamente quando ocorrem, não por relação directa com as quantidades de poluentes emitidas, mas com a quantidade acumulada das mesmas<sup>575</sup> (como é o caso do chamado efeito estufa). Por fim, salientam-se as dificuldades geradas pela diferiçãõ geográfica e temporal dos danos relativamente às fontes poluidoras, o que coloca questões relacionadas com o problema da determinação dos sujeitos passivos da poluição, a chamada questão do “standing”.

---

<sup>573</sup> Note-se que o aquecimento global é uma matéria muito sensível, que apresenta dificuldades acrescidas relativamente aos demais efeitos negativos das emissões poluentes, sendo reconhecida ainda hoje falta de informação e conhecimentos disponíveis para compreender o fenómeno na sua totalidade. Se a identificação dos danos resultantes do aquecimento global é uma tarefa reconhecidamente complexa, mais ainda o é a monetarização dos mesmos, como teremos oportunidade de referir seguidamente. Nas palavras de PEARCE, “*everyone is familiar with the scientific uncertainties in warming studies. To those uncertainties we must add economic valuation uncertainties*” (Pearce 2001, 9).

<sup>574</sup> Dias Soares 2001, 84-87; Bonnieux e Desaignes 1998, 90-94; Saraiva 2012, 666.

<sup>575</sup> Dificuldade acrescida pela própria capacidade de absorção da poluição pela natureza, especialmente em níveis extremos da curva de poluição (muito baixos e muito altos). Cfr. Saraiva 2012, 667.

O objectivo da ExternE era o de calcular os custos marginais dos danos sociais totais para, através da sua conjugação com os custos marginais de abate da poluição, poder calcular o “nível óptimo”<sup>576</sup> de poluição.

Todavia, a abordagem de forma simplista poderá conduzir a recomendações de política ambiental desastrosas – o facto de algumas funções serem não lineares leva a que, em níveis elevados de emissões, os danos marginais sejam decrescentes; uma interpretação incorrecta levaria a recomendar, não uma diminuição de emissões, mas um aumento (!), quando, na realidade, o ponto de máxima eficiência se encontra na zona de inclinação positiva dos custos marginais sociais<sup>577</sup> ...

A curva de custos sociais não pode, em muitos casos, ser estabelecida a partir da realidade actual, mas antes de uma realidade mais próxima dos referidos níveis óptimos. O problema é que estes não são totalmente conhecidos... o processo é, assim por aproximações sucessivas...

Uma primeira estimativa desse nível óptimo de emissões foi dada pelo processo CAFE. Relativamente à questão da incerteza, e não ignorando o grau de incertezas que ainda existe, o primeiro argumento utilizado é que é melhor um factor de três de incerteza do que incerteza absoluta que é a inexistência de dados..

Em segundo lugar, é salientado que, em certos casos, os benefícios são tão superiores (ou inferiores) aos custos que não é a margem de incerteza que alterará o sentido da decisão.

Em terceiro lugar, e visto que as incertezas existem tanto do lado dos custos como dos benefícios, afectam as decisões tanto pelos custos como pelos benefícios. Os autores remetem para um estudo de Rabl, Spadaro e van der Zwaan 2005, que conclui que o custo social extra derivado da incorrecta estimativa dos custos sociais é diminuto, situando-se entre 10 e 20% na maioria dos casos e, de qualquer forma, muito inferior ao custo social total, que é o ocorrido quando este não se tem em conta por impossibilidade do seu cálculo.

---

<sup>576</sup> Sendo que aqui o óptimo não contém qualquer intenção valorativa, sendo apenas uma referência para o óptimo económico normalmente associado com critérios de eficiência de Pareto (ou Pateto potencial). Este conceito é desenvolvido em todas as obras gerais de economia do ambiente. Salientamos, pela sua relevância e clareza de exposição, Kolstad..., Tietenberg..., Pearson....

<sup>577</sup> Daí que muitos autores defendam que, para os casos de não linearidade da função dos danos, são preferíveis instrumentos de tipo *command and control* ou, dentro dos instrumentos económicos, os que actuem sobre quantidades e não sobre os preços (sendo, por isso, as licenças de emissão preferíveis aos impostos ambientais). Baumol e Oates 1988, 198; Dias Soares 2001, 584.



Uma forma de limitar as incertezas é por estudos de análise de sensibilidade que comparem resultados obtidos com variação em um ou mais parâmetros utilizados (por exemplo, alteração dos valores de VOLY, de taxa de desconto, função dose-resposta). Outra hipótese é testar até que ponto esses parâmetros têm que ser alterados para que os resultados finais se alterem, analisando depois até que ponto é que esses valores podem ser considerados realistas.

Todavia, é realçado que a maioria dessas incertezas não resulta de falta de conhecimentos científicos, antes se prende com questões éticas e incerteza acerca do futuro. É, por exemplo, muito acentuada a diferença entre a o valor de anos de vida em regiões diversas do mundo. Isto terá a ver com questões culturais e éticas, é certo, mas é claro que não podemos ignorar a questão do próprio nível de vida das populações, dos níveis de rendimento, do nível de desigualdade social, etc.

Para ultrapassar estas dificuldades uma alternativa é definir intervalos de valores que comportem alguma dessa variação (de taxas de desconto ou de valorações da mortalidade, por exemplo) – usam-se, assim, convenções para a avaliação de custos externos que resultam de discussão prévia com grupos sociais e decisores políticos.

#### 4.4.1.2.2.2.3. Qual o valor monetário?

Se o primeiro passo (a determinação dos danos) é uma tarefa hercúlea (com a convocação necessária de diferentes fontes de saber), este segundo (a sua monetarização) representa um desafio para os economistas.

De facto, a verdade é que muito poucos destes danos são a nível de bens com preço de mercado – um dos poucos exemplos são mesmo as colheitas agrícolas<sup>578</sup>. A larga maioria dos danos afectam bens que, não tendo mercado, não têm um preço.

Esta segunda tarefa, a de “monetarização” do valor dos bens, é, neste sentido, um trabalho de verdadeira construção – a *construção*, através de vários modelos e metodologias de análise, de um valor monetário que transmita o chamado valor económico total do bem.

Em termos rigorosos, porém, não podemos afirmar que se procura encontrar o valor do bem ambiental: se, para a teoria económica actual, o valor é um valor subjectivo

---

<sup>578</sup> Note-se, no entanto, e como teremos oportunidade de realçar, não é por isso que algumas das questões mais problemáticas se deixam de colocar relativamente a este tipo de bens, como é, por exemplo, o caso do desconto temporal ou da incerteza.

(porque referido a uma categoria também ela subjectiva, a da utilidade marginal), o que estes modelos procuram determinar é o *valor monetário das alterações na utilidade dos indivíduos* consumidores destes bens ambientais<sup>579</sup>.

O conceito utilizado, e que vem emprestado, para a análise de bens sem mercado, da chamada curva da procura compensada, é a chamada disponibilidade a pagar e disponibilidade para aceitar<sup>580</sup>.

Os valores monetários que servirão de “*adder*” reflectem, então, quanto é que os indivíduos estão (ou estariam) dispostos a pagar para evitar os danos considerados ou quanto é que teriam que receber para aceitar esses danos.

Uma primeira e pertinente decisão em qualquer estudo que pretenda a valorização dos danos provocados por externalidades ambientais é, desde logo, a definição do grupo de sujeitos passivos que esse estudo vai incluir, o que é o mesmo que dizer, o grupo de indivíduos cuja diminuição de bem-estar vai relevar para efeitos desse estudo – é o chamado “*standing issue*”.

A literatura sobre os métodos de determinação desse valor monetário é hoje muito extensa. Não pretendendo o presente texto uma análise de cada um dos métodos utilizados, realçaremos os mais relevantes<sup>581</sup>.

Em geral podemos dividir esses métodos entre métodos directos e indirectos. Os métodos indirectos procuram, a partir do comportamento dos consumidores relativamente a bens de mercado, eliciar as suas preferências relativamente a bens fora

---

<sup>579</sup> Esta é uma perspectiva claramente antropocêntrica – o valor de qualquer bem é o seu valor para os indivíduos, para os humanos, quer seja um valor de uso, quer seja um valor de não-uso, o chamado valor existência (este valor de não-uso tenta responder às críticas, sobretudo de autores da chamada ecologia do ambiente, que salientam o facto de o valor da natureza não poder ser medido apenas em relação ao Homem, tendo esta um valor intrínseco). Em sentido contrário, não podemos ignorar a chamada de atenção que muitos autores fazem para a incomensurabilidade dos valores da natureza. Neste sentido ver NUNES 2002 e 2003, 91 e ss.

<sup>580</sup> Que se relacionam, no caso de bens ambientais sem preço e, portanto, para alterações nas quantidades (e não para alterações de preço), com os conceitos de aumento compensatório e aumento equivalente, respectivamente. *Aumento compensatório* reflecte o montante monetário que, se perdido pelo indivíduo aquando do aumento da provisão do bem, o colocaria no mesmo nível de utilidade – na mesma curva de indiferença. *Aumento equivalente* é, por sua vez, o montante monetário que, se dado ao indivíduo sem o aumento da provisão do bem, o deixaria ao nível de utilidade correspondente ao que teria com o aumento da quantidade do bem. Note-se que a escolha entre disponibilidade a pagar e disponibilidade para aceitar é uma questão muito controversa, não existindo ainda um consenso. Para uma análise clara e concisa dos conceitos em questão, bem como da problemática que subjaz e justifica esta dificuldade nas escolhas ver PEARCE et al. 2006, 156 e ss.

<sup>581</sup> Para uma análise dos vários tipos de métodos de avaliação monetária de bens ambientais ver, por exemplo, ALMEIDA 2012.

dos mercados mas que têm com aqueles uma relação de alguma complementaridade<sup>582</sup>. Partem, por isso, do pressuposto que há uma relação entre as quantidades procuradas nos mercados dos outros bens e a quantidade do bem ambiental com eles relacionado. Já os métodos ditos directos pretendem saber directamente dos indivíduos o valor dos bens, utilizando a técnica mais directa – perguntando-lhes<sup>583</sup>. É muitas vezes referido que só estes métodos fornecem uma ideia do valor total dos bens, na medida em que, para além do valor de uso, também determinável por métodos indirectos, eles incluem o chamado “valor de existência” dos bens. Daí que, sempre que possível, se recorra a valores resultados de análises com base neste tipo de métodos.

No caso dos custos analisados pela ExternE, os danos mais fáceis de “monetarizar” desta forma são os efeitos sobre a saúde humana. No entanto, o facto de existirem já muitos estudos na matéria – a valorização da mortalidade e morbilidade – não quer dizer que este seja um tema pacífico. Pelo contrário, e porque, atentos os resultados da maioria dos estudos sobre custos sociais ambientais da poluição, a larga maioria provém desta categoria de impactes, a verdade é que o seu tratamento influencia de forma decisiva os resultados totais em termos monetários. Ora a verdade é que, precisamente devida à enorme quantidade de estudos, podemos encontrar exemplos de valores “para todos os gostos”, com valores muitíssimo diversos e partindo de pressupostos também eles diversos<sup>584</sup>.

O custo da mortalidade é normalmente definido como o valor de prevenir uma morte, muitas vezes apelidado “*valor de uma vida estatística*” (VSL), que mais não é do que a disponibilidade a pagar para evitar uma morte prematura<sup>585</sup>. Mesmo assumindo que o valor da vida é infinito, a disponibilidade para pagar (e a capacidade para o fazer) são, todavia, finitas e, eventualmente mais grave, dependem do próprio rendimento e riqueza

---

<sup>582</sup> São exemplo de métodos indirectos o método dos custos de viagem e o método dos preços hedónicos.

<sup>583</sup> O método directo mais conhecido é a chamada avaliação contingente, mas existem outros, como é o caso das chamadas técnicas de *choice modelling*, em que é perguntado aos indivíduos não penas a sua valoração de um bem (ou melhor, da alteração das quantidades disponíveis desse bem), mas dos vários atributos (e dos níveis desses atributos) de um bem, com o intuito de conseguir uma medição de alterações multidimensionais. Para uma análise, ver, entre outros, ALMEIDA 2012, PEARCE et al 2006.

<sup>584</sup> Para uma análise crítica aos vários modos de tratamento desta parcela fundamental do que vem a ser definido como custo social total e às possíveis repercussões dessa diversidade, ver, por exemplo, PEARCE 2000 ou PEARCE 2001.

<sup>585</sup> Este valor obtém-se pela divisão da disponibilidade a pagar por uma determinada redução do risco (de morte) por esse valor de diminuição de risco. Para uma análise aprofundada ver, entre outros, PEARCE et al. 2006 ou KRUPNICK 2004.

dos indivíduos. O que obriga a questionar se não estaremos a fazer depender o valor de vida estatística dos próprios rendimentos dos indivíduos que, quanto mais pobres, menos estarão “dispostos a pagar” para não morrer. Ou se o mesmo valor depende da idade do indivíduo, que, quanto mais velho, menos está disposto a pagar. O que, em última análise, tornaria os danos causados em indivíduos jovens e com elevados rendimentos verdadeiramente insuportáveis (especialmente comparados com os mesmos danos causados numa população mais idosa e com menores rendimentos)... Tornaremos a esta problemática a propósito da chamada “transferência de benefícios”. Ver aqui a questão da democracia ambiental.

Relativamente ao valor da VSL os números são muito diversos, podendo variar entre o 1 milhão de euros e os 5 milhões<sup>586</sup>.

Todavia, o VSL é apropriado para mortes acidentais e não para aumento de mortalidade derivada da poluição. A verdade é que não podemos identificar como causa de morte a exposição à poluição. Ela não é uma causa primária, apenas contribui para aumentar a probabilidade dessas mortes. O número de mortes não é, pois, um indicador relevante para a mortalidade neste caso, devendo ser utilizada a redução na esperança média de vida.

Mas a utilização desse indicador implica que temos de ter uma medida diversa do VSL – temos que determinar o “*valor de um ano de vida*” (VOLY – *value of a life year*).

A este respeito o relatório ExternE de 2005 apresenta claros avanços relativamente aos anteriores<sup>587</sup>. Com efeito, os valores de VOLY utilizados são agora resultado da elaboração de estudos específicos na matéria, que utilizam o questionário desenvolvido por KRUPNICK<sup>588</sup> em inquéritos realizados em França<sup>589</sup>, Itália e Reino Unido. A

---

<sup>586</sup> O estudo ExternE utilizava os 3 milhões de euros como referência mas, após um estudo de avaliação contingente, reduziu esse valor para 1 milhão.

<sup>587</sup> Avanços esses resultado do projecto NewExt, uma continuação do ExternE e que originou uma parte substancial das alterações introduzidas em 2005. (NEWEXT 2004, disponível em [http://www.ier.uni-stuttgart.de/forschung/projektwebsites/newext/newext\\_final.pdf](http://www.ier.uni-stuttgart.de/forschung/projektwebsites/newext/newext_final.pdf))

<sup>588</sup> KRUPNICK et al 2002.

<sup>589</sup> No estudo feito em França por Brigitte Desaignes e outros, além do questionário original, foram mesmo introduzidas questões novas, com a preocupação de averiguar sobre a valoração de um ganho na esperança de vida (as questões originais debruçavam-se sobre o valor da perda de esperança de vida) (DESAIGUES et al 2007)

metodologia ExternE aponta para valores de 50.000 euros, mas este é um valor que está ainda longe de ser consensual<sup>590</sup>.

Todavia, a verdade é que não existe ainda conhecimento disponível para avaliar desta forma todos os tipos de impactes ambientais considerados. Reconhecendo essa insuficiência, o relatório ExternE admite que, para o caso do aquecimento global e dos danos sobre os ecossistemas e biodiversidade, é necessário lançar mão de outras técnicas que possam fornecer um referente de valor para esses danos.

Assim, relativamente ao aquecimento global, é utilizado o modelo FUND na sua versão mais actualizada à data (2.4). Este modelo consiste numa série de cenários exógenos<sup>591</sup> e perturbações endógenas<sup>592</sup>, para oito regiões mundiais pré-definidas, que se desenvolve de 1950 a 2300. Inicia-se no passado para dar modulação aos impactes futuros, tendo como objectivo fornecer estimativas de custos marginais das alterações climáticas provocadas pelas emissões de CO<sub>2</sub>.

Todavia, os resultados fornecidos pelo modelo FUND são muito amplos, algo incertos e, mais importante, provavelmente subavaliados.

Daí que os autores do estudo proponham a valorização dos danos provocados pelas alterações climáticas por outras vias adicionais.

A primeira passa pela análise das ponderações que os decisores políticos fizeram nas negociações para compromisso de redução de emissões de CO<sub>2</sub><sup>593</sup>. A lógica é que os custos estimados pelos decisores políticos nos podem dar uma primeira ideia de como é que sociedade em geral valora os benefícios resultantes do início do processo de redução de emissões, sendo, por isso, uma primeira abordagem à tentativa de definição de um preço sombra para emissões de CO<sub>2</sub> e gases com efeito estufa.

---

<sup>590</sup> Num estudo mais recente, Brigitte Dessaignes e outros indicam como valor de referência para nove países europeus os 40.000 euros (DESAIGUES et al 2011).

<sup>591</sup> Taxa de aumento da população e de crescimento económico, melhorias na eficiência energética, redução do impacto do carbono, redução de emissões de dióxido de carbono, metano e de óxido nitroso.

<sup>592</sup> Emissões de dióxido de carbono, metano e óxido nitroso e sua concentração atmosférica, a temperatura média mundial e o impacto das alterações climáticas em zonas costeiras, agricultura e florestas, consumos energéticos, recursos hídricos, ecossistemas naturais e saúde humana.

<sup>593</sup> Mais uma vez o tratamento resulta melhorado pelo contributo da fase NewExt (2004). Saliente-se, todavia, que o próprio relatório NewExt considera que a metodologia *impact pathway* seria a que produziria valores mais correctos, seguindo-se este caminho (de segundo óptimo) apenas pela impossibilidade à data de concretizar tal estudo.

Os autores não se pronunciam em definitivo sobre a possibilidade de utilizar os preços que as licenças de emissão de CO<sub>2</sub> atingirem no mercado, uma vez que o esmo não se encontrava ainda em funcionamento. Admitem, no entanto, que, se o mercado funcionar, esse pode ser um melhor referente do que valores resultado de estudos técnico-económicos.

#### Avaliação de decisões políticas

Todavia, os resultados fornecidos pelo modelo FUND são muito amplos, algo incertos e, mais importante, provavelmente subavaliados.

Daí que os autores do estudo proponham a valorização dos danos provocados pelas alterações climáticas por outras vias, para tentar um benchmarking.

A - Uma das vias passa pela análise das ponderações que os decisores políticos fizeram nas negociações para compromisso de redução de emissões de CO<sub>2</sub>. A lógica é que os custos estimados pelos decisores políticos nos podem dar uma primeira ideia de como é que sociedade em geral valora os benefícios resultantes do início do processo de redução de emissões.

#### Preço sombra para emissões de CO<sub>2</sub> e gases com efeito estufa

No processo legislativo do esquema de troca de emissões de CO<sub>2</sub> foram efectuados vários estudos sobre os custos de atingir os objectivos identificados. Os últimos estudos apontam para um custo marginal de redução de emissões na ordem dos 20 euros por tonelada de CO<sub>2</sub> (isto numa realidade de total liberdade do mercado de licenças de emissão, o que “nivelaria” os diferentes custos de abate por país comunitário<sup>594</sup>).

Este número, abaixo do valor estabelecido como penalidade pelo regime de licenças de emissão (40 euros por tonelada), é considerado como um valor próximo da disponibilidade a pagar pela redução das emissões.

Embora haja boas justificações teóricas para valores mais elevados e mais reduzidos, “our analysis shows that they are no better estimates than the range of €5-20/t CO<sub>2</sub>”<sup>595</sup>.

---

<sup>594</sup> De facto, se cada Estado embro tivesse que cumprir os objectivos por si só, faria aumentar significativamente os custos marginais para certos países. Por exemplo, a Bélgica suportaria custos marginais de 90 euros por tonelada (Block et al 2001).

<sup>595</sup> ExternE, pag 193.

Saliente-se, contudo, que os autores concordam com a ideia de que o estabelecimento de preços-sombra a nível nacional é ainda necessário, visto os países terem uma grande margem de manobra na definição do modo como vão atingir o nível de redução aceite pela União Europeia e que foi posteriormente “dividido” por país.

Finalmente os autores não se pronunciam em definitivo sobre a possibilidade de utilizar os preços que as licenças de emissão de CO<sub>2</sub> atingirem no mercado, uma vez que o esmo não se encontrava ainda em funcionamento. Admitem, no entanto, que, se o mercado funcionar, esse pode ser um melhor referente do que valores resultado de estudos técnico-económicos.

O estudo refere ainda que a política de redução de emissões não devia passar apenas pela redução de CO<sub>2</sub>, demonstrando que a inclusão de objectivos de redução de outros gases com efeito estufa permitia alcançar o mesmo objectivo com custos globais mais baixos<sup>596</sup>.

A outra forma utilizada pelo relatório para conferir valores é pela análise dos resultados de referendos realizados na Suíça precisamente sobre questões de fiscalidade ambiental, nomeadamente sobre um imposto sobre energias não-renováveis. Recorde-se que a alteração de energias não renováveis para renováveis tem implicações ao nível das emissões de CO<sub>2</sub>, mas não dos outros gases com efeito estufa. Os resultados do referendo apenas poderiam servir para comparar com valores de custos derivados de emissões de CO<sub>2</sub>.

O tratamento dos resultados do referendo revela valores entre os 6 e os 9 euros por tonelada para progressão geométrica e entre os 14 e os 22 euros por tonelada para progressão aritmética. Estão, portanto, na mesma ordem de grandeza dos valores anteriormente admitidos<sup>597</sup>.

Conclusão: valor recomendado médio de 9 euros por tonelada. Limites entre os 5 e os 20 euros por tonelada.

Confere também com os preços das licenças entre os 18 e os 24 euros por tonelada.

Atenção: isto vale para o objectivo de 1 grau cent. acima de temperaturas pré-industriais...

A outra forma utilizada pelo relatório para aferir da razoabilidade dos valores apurados é pela análise dos resultados de referendos realizados na Suíça precisamente sobre

---

Os autores concordam até que o estabelecimento destes preços-sombra deveria ser feito por sector de actividade, de forma a permitir estabelecer os objectivos de redução por tecnologia ou tipo de energia utilizada.

<sup>596</sup> "Methane and nitrous oxide emission reduction thus reduce costs by some 26%, substantially less than reported elsewhere". Cfr. ExternE, pag. 196.

<sup>597</sup> Salient-se, contudo, que estes valores são bastante inferiores aos preços-sombra relativos a custos de redução de emissões da Suíça, que rondam os 70 euros por tonelada.

questões de fiscalidade ambiental, nomeadamente sobre um imposto sobre energias não-renováveis.

Mas há ainda que considerar os danos nos ecossistemas e biodiversidade.

Os ecossistemas são muitas vezes avaliados em função dos *serviços*<sup>598</sup> que prestam, quer dizer, das utilidades que fornecem, directa ou indirectamente, às pessoas.

Sendo muito difícil avaliar os ecossistemas terrestres em geral<sup>599</sup>, um estudo mais recente sobre os ecossistemas é a chamada Avaliação do Milénio dos Ecossistemas<sup>600</sup> que, todavia, não determina o seu valor monetário.

Há uma série de estudos de avaliação contingente que procuram determinar o valor monetário de espécies (que vivem em determinados ecossistemas) ou da biodiversidade de determinados habitats<sup>601</sup>. Todavia, não podemos ignorar as vozes que salientam o facto de este ser um caso em que o todo vale mais do que a soma das partes – e, nesse caso, estudos que tentem uma valoração das alterações a nível dos ecossistemas com base em avaliações de parte dos mesmos produzirão resultados sempre subavaliados<sup>602</sup>... Além disso, os próprios estudos parciais podem levar a conclusões enganadoras, dada a complexidade de interacções ecológicas dentro dos próprios ecossistemas, sendo a medida pela qual uma parte do ecossistema pode influenciar ou mesmo comprometer o seu todo muito difícil de definir.

A ExternE valoriza os impactes derivados da acidificação e da eutrofização com base no conceito de capacidade assimilativa (*critical load*)<sup>603</sup>. A metodologia seguida é a das preferências reveladas dos decisores políticos<sup>604</sup>.

---

<sup>598</sup> Serviços que se dividem em serviços de provisão, de regulação, culturais e de suporte. Sobre a importância desses serviços ver, por exemplo, DAILY 1997 (ed.) ou DAILY et al. 2000.

<sup>599</sup> A tentativa mais famosa de o conseguir foi o estudo elaborado por COSTANZA et al. em 1997, que deu origem a um longo debate sobre a possibilidade (e a bondade) de uma tal avaliação monetária. Para um resumo das críticas a este artigo, BOKSTAEI et al. 2000.

<sup>600</sup> Informação disponível em [www.millenniumassessment.org](http://www.millenniumassessment.org).

<sup>601</sup> Um exemplo é o projecto NEEDS que desenvolve uma metodologia para avaliar as perdas de biodiversidade associadas às emissões de CO<sub>2</sub> e NO<sub>x</sub> de unidades de produção energética. A monetarização dessas perdas é feita com base nos custos de restabelecimento.

<sup>602</sup> Para este argumento ver ARROW et al 2000.

<sup>603</sup> Nesta área as incertezas são tantas que o próprio relatório faz um (longo) elenco dos pressupostos de que os estudos utilizados partem. A principal dúvida é em relação ao critério *critical load*: determina-se o número de hectares nos quais os níveis críticos de acidificação e eutrofização foram excedidos, mas não reflecte todos os impactes marginais nos ecossistemas. Também não se diferenciam os tipos de ecossistemas nem se faz uma avaliação geográfica de onde esses níveis críticos são atingidos.

<sup>604</sup> Esta perspectiva de valoração é a defendida a propósito do chamado *pagamento pelos serviços dos ecossistemas* relativamente ao montante a pagar pelo utilizador-pagador. Nestes casos “o que se pretende não é punir os usos delapidatórios dos ecossistemas, mas promover utilizações alternativas



Utiliza-se a *standard price approach*, relacionando os benefícios de uma redução de emissões com os custos associados a uma política de redução de emissões estabelecida. Esses custos são uma aproximação aos valores que os representantes atribuem aos benefícios que tais custos proporcionam. O objectivo é estabelecer um preço-sombra por tonelada de emissões. Para os decisores políticos, os custos de redução de emissões são aferidos por hectare de área de biodiversidade protegida. Desta forma, o objectivo será determinar a disponibilidade a pagar da sociedade por hectare protegido.

Note-se, no entanto, que esta abordagem tem algumas deficiências, salientadas a propósito dos impostos ecológicos. De facto, e partilhando o imposto pigouviano a necessidade de definição de um valor monetário do dano social, foi avançada, também neste caso, a possibilidade de utilização dos valores relativos a custos de controlo para referente do montante de imposto. Tal metodologia presente, no entanto, algumas limitações: por um lado, e embora os decisores políticos tenham, sem dúvida, em conta a hipotética disponibilidade a pagar dos indivíduos aquando das decisões políticas, a verdade é que estas se baseiam igualmente noutros factores de natureza não económica (ou, pelo menos, da economia descritiva), como sejam questões de equidade, de aversão ao risco ou mesmo em factores que não envolvem sequer uma referência à utilidade, ao bem-estar dos indivíduos, mas antes se relacionam com interesses específicos desses decisores políticos<sup>605</sup>. Quer isto dizer que os custos de controle não representam o valor do dano social. Acresce que a validade desta afirmação se aplica aos valores marginais e aos valores totais.

Uma forma alternativa poderá passar pela utilização dos dados da mais recente (e significativa) iniciativa sobre o valor dos ecossistemas *The Economics of Ecosystems and Biodiversity* (TEEB). Realce-se, no entanto, que os próprios autores dos vários relatórios entretanto produzidos admitem que “*because of this multi-dimensional and socio-cultural embeddedness of ‘value’, any exercise of valuation is purely a reflection of how certain people perceive their natural environment, and their relationship to it, at a certain point in time*”<sup>606</sup>. Por outro lado, e embora o segundo e terceiro relatórios se dirijam aos decisores públicos, a sua utilização para efeitos de compras públicas não é

---

*mais sustentáveis, privilegiando por isso a técnica de apreçamento dos serviços com base nas preferências reveladas através dos custos de substituição ou restauração do serviço*” (ARAGÃO, 2013, 24).

<sup>605</sup> Dias Soares 2001, 571.

<sup>606</sup> TEEB, 2010, 151.

fácil – uma vez que a opção dos autores foi a de não apresentação de valores monetários determinados para os diversos tipos de ecossistemas, as entidades adjudicantes não encontrarão nos relatórios valores que sejam “importáveis” para determinação de critérios de adjudicação. Os relatórios apenas fornecem ferramentas que podem ser utilizadas para o desenvolvimento (ou actualização) de metodologias de quantificação dos custos do ciclo de vida de produtos<sup>607</sup> (ou outras que, de alguma outra forma, monetarizem externalidades ambientais negativas) que, essas sim, podem ser directamente utilizadas pelas entidades adjudicantes.

#### 4.4.1.2.2.2.4. O valor presente de danos futuros, incertos e imprevisíveis

Não podemos concluir uma reflexão sobre as dificuldades da internalização das externalidades ambientais por parte das entidades adjudicantes, agora possibilitada pelas directivas, sem referir dois pontos de extrema importância na matéria e que coincidem com outras tantas decisões necessárias: as problemáticas da taxa de desconto do futuro e do tratamento económico da incerteza e irreversibilidade.

A questão do desconto do futuro é uma das fontes de maiores controvérsias em torno das análises custo-benefício. Dada a coincidência de ferramentas operativas entre aquelas e os estudos que procuram determinar os custos sociais totais dos bens/serviços, esta é uma matéria que não pode ser omitida no tratamento da internalização de externalidades<sup>608</sup>.

Estando na base de todos estes métodos o pensamento utilitarista, a construção teórica assenta nas chamadas “preferências” dos indivíduos. Ora, assumindo que os indivíduos preferem o presente relativamente ao futuro, essa preferência tem que ser expressa nos resultados desses efeitos futuros – uma consequência (positiva ou negativa) futura terá um valor actual menor (o valor futuro descontado da preferência)<sup>609</sup>.

---

<sup>607</sup> Realçando os autores que “TEEB cannot and thus does not propose a one-size fits-all, cost–benefit-based stewardship model for the whole Earth. Instead, *TEEB sees valuation as an important human institution*” (TEEB 2014, 5).

<sup>608</sup> Saraiva 2012, 668.

<sup>609</sup> Note-se que a questão do desconto do futuro é totalmente independente da correcção de valores necessária para eliminar os efeitos da inflação (ou deflação), aplicando-se adicionalmente a um qualquer índice de alteração do nível geral dos preços. O desconto temporal é ainda diverso de ajustes que tenham que ser realizados devido a alterações nos níveis relativos dos preços (valorização dos preços de certos produtos relativamente a outros), devido, por exemplo, a diferentes elasticidades do rendimento da disponibilidade a pagar (pode supor-se, de facto, que muitos bens ambientais, porque o

Por outro lado, é igualmente aceite que o capital é produtivo, tem capacidade para gerar um rendimento futuro superior ao investimento actual. Só assim, aliás, se justifica que quem investe esteja disponível para utilizar capital alheio, que é remunerado por uma taxa de juro.

A taxa de desconto do futuro tem, então, na sua base dois conceitos económicos: a produtividade do capital e a preferência temporal dos indivíduos.

A chamada produtividade do capital remete, por sua vez, para o conceito do chamado custo de oportunidade do capital, que é a aplicação na margem da ideia de resultado líquido entre investir o capital ou consumir. Este conceito deve, por exemplo, orientar os governos nas decisões de investimento público. Nas palavras de PEARCE *“it is equivalent to saying that our project in the public sector must do at least as well as the project it displaces”*<sup>610</sup>.

Por outro lado, os indivíduos preferem o presente, valorizando o consumo presente sobre o consumo no futuro – esta preferência dá origem à chamada taxa de preferência temporal individual. No entanto, as decisões públicas não devem basear-se nesta taxa de preferência individual – devemos calcular uma taxa social de preferência temporal<sup>611</sup>. O problema é que, sendo os custos (ou, noutros casos, os benefícios) calculados em termos monetários e não em utilidade, a taxa de desconto deve ser definida em termos de consumo o que, por sua vez, implica tomar em consideração a forma como a utilidade marginal variará no futuro em função do rendimento. Mas o rendimento variará, no futuro, em função do progresso tecnológico e da acumulação de riqueza futuros<sup>612 613</sup>... Ora, não podendo os economistas estudar as gerações por nascer, o que podem fazer é

---

seu stock é decrescente, terão uma elasticidade rendimento positiva e alta; essa variável deve como tal ser tratada nos modelos).

<sup>610</sup> PEARCE 1983, 47.

<sup>611</sup> Este é um tema extremamente controvertido, pelo que remeteremos o leitor apenas para alguns trabalhos mais marcantes na matéria. A respeito do fundamento para a necessidade do cálculo de uma taxa social ver, por exemplo, SAGOFF 1988 ou SUDGEN e WILLIAMS 1978, 220. Para uma análise mais sistemática dos argumentos em questão ver, por exemplo, HANLEY e BARBIER 2009, 150 e ss.

<sup>612</sup> Para uma análise detalhada das funções referidas ver, por exemplo, WEITZMAN 2007, BECKERMAN e HEPBURN e KOUNDURI 2007 ou ARROW et al. 2004.

<sup>613</sup> O mesmo tipo de problema de circularidade de raciocínio é salientado por MARTINEZ-ALIER e O'CONNOR: *“The appropriate discount rate should, one might suppose, be the sustainable rate of growth of the economy, but we are then trapped in the circular reasoning because, in order to ascertain this sustainable rate of growth which would yield the appropriate discount rate, we need first to subtract from observed growth the present value of the irreversible destruction of some natural capital (for instance, biodiversity), and in order to do this we must not only put a price on such natural capital (which is problematic enough), but we also need a discount rate”* (MARTINEZ-ALIER e O'CONNOR 1999, 398).

pressupor cenários de crescimento económico, variação de rendimento e alterações da utilidade marginal futuras.

Em situações de perfeito funcionamento dos mercados, estas duas taxas de desconto do futuro (a do capital e a dos consumidores) serão idênticas (é a chamada condição de Ramsey). No entanto, o que se verifica na realidade é que elas são normalmente diferentes, o que leva a que se conclua que “*the choice of discount rate is as much a political decision as an economic one*”<sup>614</sup>.

A verdade é que existem várias propostas para abordar o tema, desde as que defendem que não se deve descontar o futuro de todo, passando pelas que propõem taxas constantes (que, por sua vez, podem ser mais ou menos elevadas) até às propostas de taxas decrescentes. Analisamos sumariamente os três modelos.

A proposta mais radical é a que não admite o desconto do futuro, justificando que as gerações futuras têm os mesmos direitos que as presentes. Todavia, uma taxa de desconto zero, se protege as gerações futuras, fá-lo aumentando o peso sobre a geração presente, que teria que abdicar de muito do seu bem-estar. É claro que esse “sacrifício do presente” seria sempre mais do que compensado<sup>615</sup>, mas a verdade é que essa compensação seria para outros indivíduos. Além disso, assumindo a maioria dos autores que as futuras gerações terão maior bem-estar (promovido pelo crescimento económico) do que a presente, então uma taxa de desconto zero significa que são as gerações mais pobres que devem fazer os sacrifícios em benefício das mais ricas. Este argumento, conjugado com o critério de justiça social proposto por RAWLS<sup>616</sup>, está na base dos chamados “motivos éticos” para a defesa do desconto do futuro.

A larga maioria dos estudos que implicam estimativas de valores actuais para eventos futuros utiliza taxas de desconto constantes, centrando-se o debate sobre o número exacto a aplicar (num intervalo que vai, normalmente, dos 1,5% aos 7%).

Esta controvérsia tem na sua base duas perspectivas diferentes sobre o modo como se deve descontar o futuro em modelos que envolvam custos/benefícios ambientais com

---

<sup>614</sup> HANLEY e BARBIER 2009, 152. No mesmo sentido, ver MARTINEZ-ALLIER e O’CONNOR 1999, que salientam: “... *the externality valuation and the time-discount rate from period to period will also be functions of the way in which rights and liabilities (for example, pollution taxes paid and received) are distributed across the affected generations*” (MARTINEZ-ALLIER e O’CONNOR 1999, 388).

<sup>615</sup> Para desenvolvimentos da teoria da compensação no futuro ver, por exemplo, KOOPMANS 1965.

<sup>616</sup> Saliente-se, no entanto, que é o próprio RAWLS que admite que a questão da justiça intergeracional submete a teoria da ética a “*so severe if not impossible tests*” (RAWLS 1972, 248).

um horizonte temporal alargado. Como salienta ARROW<sup>617</sup>, essas duas perspectivas identificam-se com outras tantas da própria economia como ciência – uma positiva, descritiva (a que chamaríamos de teoria económica), outra normativa, prescritiva (a dita política económica).

Reconhecendo as duas correntes a necessidade de descontar o futuro em análises custo-benefício, a grande diferença é que a primeira se baseia no chamado custo de oportunidade do capital, que por sua vez depende da produtividade do mesmo, utilizando, por isso, valores próximos dos encontrados nos mercados de juros, enquanto a segunda centra a sua atenção pela preferência temporal dos consumidores, ajustando esse valor individual para encontrar um valor agregado resultado de uma função de bem-estar geral pré-determinado (a taxa social de preferência temporal), valor esse normalmente mais baixo do que as taxas de juro dos mercados<sup>618</sup>.

Alguns autores avançaram, no entanto, com uma perspectiva nova<sup>619</sup>: a de que as taxas de desconto (ou melhor, os factores de desconto) devem ser decrescentes no tempo<sup>620</sup> – a taxa de desconto é tanto menor quanto mais longínquo está o acontecimento. Esta perspectiva encontra os seus fundamentos em dois níveis: por um lado, uma justificação económica que faz apelo ao conceito de incerteza relativamente ao futuro<sup>621</sup>; por outro lado, e a um nível mais pragmático, esta taxa é apresentada como a forma de compatibilizar dois objectivos de bem-estar geral em conflito – a maximização do bem-

---

<sup>617</sup> ARROW et al 1996.

<sup>618</sup> BECKERMAN e HEPBURN chamam igualmente a atenção para a diferença entre as duas perspectivas relativamente à questão da compensação. Para a perspectiva positiva, basta que essa compensação seja potencial (e temos, então, uma justificação de eficiência Paretiana potencial). Já para a perspectiva normativa, é necessário que essa compensação seja possível e, mais do que isso, assegurada (o que só se torna viável no quadro das políticas de combate às alterações climáticas). BECKERMAN e HEPBURN 2007, 189. Sobre a questão da garantia de compensação das gerações futuras, ver igualmente LIND 1999.

<sup>619</sup> Esta perspectiva é muitas vezes criticada como “positiva”, no sentido de descrever *o que deve ser*, por contraste com a visão normativa, que defende a ideia que a taxa de preferência temporal dos indivíduos (*o que é*) é constante. Para uma resposta a este argumento, salientando algumas evidências empíricas de uma taxa de desconto decrescente ver, por exemplo, PEARCE et al 2006, 185 e ss. A taxa decrescente de desconto é, de facto, muitas vezes apelidada como uma alternativa ao método tradicional de desconto do futuro. Nesta perspectiva, ver HANLEY e BARBIER 2009, 153 e ss.

<sup>620</sup> Para uma análise detalhada, ver, entre outros, HEPBURN e KOUNDOURI 2007 ou GOLLIER et al. 2008.

<sup>621</sup> Essa incerteza pode ser relativamente às taxas de juro futuras, no seguimento da teoria de WEITZMAN, ou, como GOLLIER, relativamente ao crescimento económico futuro (WEITZMAN 2007 e GOLLIER et al. 2008).

estar das gerações presentes e a necessidade de não comprometimento do bem-estar de gerações futuras<sup>622</sup>.

A problemática da taxa de desconto utilizada é especialmente importante quando queremos medir custos/benefícios com uma grande incidência no futuro, especialmente num futuro longínquo. Ora o ponto que tratamos, a valorização monetária de externalidades de produtos, trata precisamente impactes ambientais dos quais se destacam o aquecimento global e os efeitos sobre os ecossistemas e biodiversidade, precisamente dois pontos cujas consequências se fazem sentir, muitas vezes de forma mais marcante, num futuro mais ou menos distante.

De facto, se relativamente à chamada taxa de desconto intrageracional (dentro da mesma geração) a controvérsia é sobre o valor da taxa em si, já quanto ao desconto inter-geracional os problemas são bem maiores e implicam questões de equidade relativamente às gerações futuras<sup>623</sup>, de direitos inalienáveis destas, do próprio conceito de sustentabilidade do modelo de crescimento económico actual.

Um exemplo é o da discussão a propósito do *Relatório Stern*<sup>624</sup>, um estudo encomendado pelo governo do Reino Unido sobre os efeitos das alterações climáticas e a taxa de redução de emissões de gases estufa necessária para as minorar.

Segundo o Relatório, seria necessário começar imediatamente uma drástica redução nas emissões deste tipo de gases, sob pena de se comprometer entre 5 e 20% do PIB Mundial em resultado das alterações climáticas.

Autores como NORDHAUS e WEITZMAN<sup>625</sup> pronunciaram-se contra esta recomendação de corte inicial muito acentuado das emissões poluentes, defendendo antes uma redução

---

<sup>622</sup> As outras formas de encarar o problema implicariam, para estes autores, uma tirania de uma geração sobre a outra (no caso das taxas constantes, da geração presente sobre a geração futura; no caso da taxa zero, a das gerações futuras sobre as actuais).

<sup>623</sup> Todos os métodos para avaliar monetariamente alterações na qualidade ou quantidade de bens ambientais são, na perspectiva dominante, medidas em função do conceito de utilidade individual (ou, no máximo, de utilidade da sociedade como um todo). Ora as gerações futuras ainda não nasceram, pelo que teremos sempre que avaliar a sua utilidade em função das preferências da geração presente.

<sup>624</sup> STERN 2007.

<sup>625</sup> WEITZMAN (2007) refere-se ainda à problemática do tipo de factor a aplicar – com ou sem aversão ao risco – defendendo a aplicação de uma média ponderada (aproximando-se, até certo ponto, da ideia de Lind de que a taxa de desconto pública deve aproximar-se da privada). GOLLIER et al. (2008) defendem, como vimos, que, para aferição no presente de custos e benefícios num futuro longínquo, se devem utilizar taxas de desconto decrescentes. Todavia, o resultado mantém-se semelhante ao dos autores anteriores – as recomendações do Relatório conduziriam a uma perda de bem estar mesmo em termos intergeracionais.

crescente (isto é, inicialmente mais baixa e aumentando no futuro). Esta era, de resto, a recomendação da maioria dos estudos económicos até à data conhecidos.

Estes autores defendem que uma das fragilidades do Relatório foi precisamente a taxa de desconto utilizada (1,4%<sup>626</sup>), no caso demasiado baixa, na medida em que valoriza demasiado os custos futuros das alterações climáticas. NORDHAUS salienta mesmo que a utilização de uma taxa deste tipo justifica uma redução significativa no rendimento de uma pessoa pobre no presente (de \$ 10.000 para \$4.400) para reduzir os custos de uma pessoa que viva daqui a 200 anos de \$130.000 para \$129.870<sup>627</sup>.

Ainda na questão da integração do tempo na avaliação de custos/benefícios ambientais, há que referir a questão da irreversibilidade: há determinados custos que ocorrerão *para sempre*, como é o caso do decorrente da extinção de uma espécie. Sobre a questão da irreversibilidade, KRUTILLA e FISHER (1985) defendem que se deve considerar que os benefícios de evitar esses danos (de evitar essa irreversibilidade) são crescentes no futuro (porque, o ambiente se torna mais escasso e, por isso, mais “valioso” ou porque, com o aumento do rendimento, a disponibilidade a pagar dos indivíduos tenderá a aumentar). Quer isto dizer que as taxas de desconto dos benefícios da preservação do

---

<sup>626</sup> Definindo a preferência temporal em zero (ou, de forma mais rigorosa, 0,1%), o Relatório desconta o futuro apenas com base na taxa de desconto do consumo que, por sua vez, é função do crescimento económico futuro e da utilidade marginal do consumo futuro (que se pressupõe menor em rendimentos mais altos). O resultado é uma taxa de desconto de aproximadamente 1,4%, variável em função da evolução do nível de emissões e das alterações climáticas. O relatório chegou a este valor assumindo *“the impersonal consequentialist view that the welfare of future generations ought to be valued equally with the welfare of people alive today – i.e. zero pure time preference”* (BECKERMAN e HEPBURN 2007, 205). Os mesmos autores criticam, alias, o Relatório, não pela perspectiva (ética) adoptada, mas porque o mesmo ignora todas as outras perspectivas (éticas) possíveis, nomeadamente a relativa ao agente, que encontra a sua origem em Hume e funda a actual teoria dos jogos (BECKERMAN e HEPBURN 2007). No mesmo sentido DASGUPTA afirma que *“The strong, immediate action on climate change advocated by the authors is an implication of their views on intergenerational equity”* (DASGUPTA 2007, 4). Saliente-se, no entanto, que este autor critica, não tanto a preferência temporal zero (*beta*), mas a taxa de 1% (*eta*, na terminologia do próprio Relatório), que reflecte *“the trade-offs that ought to be made between the well-beings of people regardless of the date at which they appear on the scene”* (DASGUPTA 2007, 5). Segundo o autor, esta taxa penaliza demasiado os mais pobres (gerações presentes) em benefício dos mais ricos (gerações futuras), não se encontrando qualquer motivo ético para tal transferência.

<sup>627</sup> NORDHAUS (2007) propõe, então, a utilização de uma taxa de desconto mais “razoável”, o que permitiria recomendar para 2015 uma redução de emissões de 14% relativamente aos níveis de 1990 com um custo associado do carbono de 35 euros por tonelada. Isto por contraposição ao Relatório, que propunha, para 2015, uma redução de 53% de emissões com um custo de carbono de 360 euros por tonelada...

ambiente devem ser diversas das dos benefícios do projecto a considerar (é o chamado modelo Krutilla-Fisher)<sup>628</sup>.

Numa outra linha de raciocínio, a questão da irreversibilidade pode ser analisada atribuindo, na expressão de ARROW e FISHER (1974), o chamado “*quasi-option value*” à decisão de não destruir irreversivelmente um qualquer bem natural. Este valor está relacionado com os benefícios futuros desse bem em situações de incerteza – como não se conhece todo o potencial de benefícios dos bens ambientais, haverá sempre a possibilidade de, no futuro, se descobrir um valor até agora desconhecido, o valor dessa quase-opção será sempre positivo relativamente à opção de destruição do bem<sup>629</sup>. Explorando esta linha de argumentação, podemos concluir que, existindo, relativamente aos bens ambientais, informação incompleta, decisões que provoquem danos irreversíveis não terão *nunca* justificação económica na medida em que “‘*good decisions’ about irreversibilities cannot be reached unless the best possible use of all available information is made*”<sup>630</sup>.

Além da questão da irreversibilidade, há ainda a considerar a da impossibilidade de substituição do capital natural perdido. De facto, alguns autores argumentam que as alterações climáticas, com efeitos devastadores sobre o ambiente e os ecossistemas, levam a que, a partir de um determinado nível de danos, não seja possível compensar pelo aumento no consumo a perda de capital natural que ocorrerá<sup>631</sup>. Esta questão da não substituição chama a atenção para o facto de que, avaliando apenas o futuro em

<sup>628</sup> O modelo implica, no entanto, a introdução de dois dados difíceis de conhecer: as preferências por bens ambientais relativamente a outros tipos de bens das gerações futuras, por um lado, e as taxas de alteração dos valores reais das duas alternativas (preservação do bem e a sua destruição). Para uma análise da questão, ver, entre outros, HANLEY 1999, 830.

<sup>629</sup> Daí que muitos autores reconheçam neste argumento o fundamento económico para o chamado *Princípio da Precaução* que é hoje reconhecido como um princípio geral de Direito Comunitário. Como salienta Alexandra Aragão, “a precaução destina-se a controlar riscos hipotéticos ou potenciais”, sendo, nessa medida, “proactivo” (ARAGÃO 2013, 5). Para uma análise mais aprofundada do princípio da precaução e diferenciação do princípio da prevenção ver Aragão 2008, 2010, 2013.

Note-se, todavia, que alguns autores defendem mesmo que, no que toca à questão das alterações climáticas, a aplicação do princípio da precaução é a única política racionalmente justificável – é a chamada “strong sustainability approach”. Com este entendimento ver, por exemplo, VAN DEN BERGH 2004. Para uma distinção entre “weak” e “strong sustainability”, ver, entre outros, VAN DEN BERGH 2010 ou PEARCE et al 2006, 237 e ss.

<sup>630</sup> PETHIG 1991, 94. Para um desenvolvimento desta linha de argumentos veja-se, por exemplo, PETHIG 1991 ou HANLEY e SPASH 1993, 155 e ss ou SPASH e CLAYTON 1995, 10 e ss.

<sup>631</sup> Saliente-se que esta lógica da compensação do capital natural pelo consumo, mesmo em situações de “normalidade” (em que ela seria, teoricamente, possível) não é unânime. De facto, um grupo cada vez mais relevante de autores analisa criticamente a ideia. Para uma exposição sobre a base teórica desta crítica à ideia de compensação, HANLEY e SPASH 1993, 142 e ss.



termos de crescimento económico e consumo, se ignoram perdas efectivas provocadas pela geração actual nas futuras gerações e que podem ser consideradas como direitos inalienáveis dessas gerações<sup>632</sup>.

Para além da irreversibilidade, há igualmente questões de incerteza nestes estudos. A verdade é que ninguém está em condições de prever exactamente as alterações climáticas e muito menos os seus efeitos; o que se pode é estimar, com base em elementos objectivos sólidos, qual vai ser essa alteração e quais os seus efeitos. Mas claro que as estimativas podem ser mais optimistas ou mais pessimistas (sem deixar, no entanto, de ser justificáveis do ponto de vista científico). É a questão do tratamento de situações de risco e incerteza futuros, que têm igualmente consequências a nível dos resultados monetários do valor presente dos custos futuros<sup>633</sup>, na medida em que as taxas de desconto do futuro são ajustadas para comportar o risco.

Relativamente à questão da incerteza, e não ignorando o grau de incertezas que ainda existe, o primeiro argumento utilizado é que é melhor um factor de três de incerteza do que incerteza absoluta que é a inexistência de dados..

Em segundo lugar, é salientado que, em certos casos, os benefícios são tão superiores (ou inferiores) aos custos que não é a margem de incerteza que alterará o sentido da decisão.

Em terceiro lugar, e visto que as incertezas existem tanto do lado dos custos como dos benefícios, afectam as decisões tanto pelos custos como pelos benefícios. Os autores remetem para um estudo de Rabl, Spadaro e van der Zwaan 2005, que conclui que o custo social extra derivado da incorrecta estimativa dos custos sociais é diminuto, situando-se entre 10 e 20% na maioria dos casos e, de qualquer forma, muito inferior ao custo social total, que é o ocorrido quando este não se tem em conta por impossibilidade do seu cálculo.

Uma forma de limitar as incertezas é por estudos de análise de sensibilidade que comparem resultados obtidos com variação em um ou mais parâmetros utilizados (por exemplo, alteração dos valores de VOLY, de taxa de desconto, função dose-resposta). Outra hipótese é testar até que ponto esses parâmetros têm que ser alterados para que os

---

<sup>632</sup> Para perspectiva deste tipo de argumento, ver, por exemplo, GARDINER 2004, PAGE 2006 ou NEUMAYER 2007.

<sup>633</sup> Para um tratamento da problemática do risco e incerteza em matéria de análise custo-benefício ambiental, ver, entre outros, HANLEY e BARBIER 2009, capítulo 2.

resultados finais se alterem, analisando depois até que ponto é que esses valores podem ser considerados realistas.

Todavia, é realçado que a maioria dessas incertezas não resulta de falta de conhecimentos científicos, antes se prende com questões éticas e incerteza acerca do futuro. É, por exemplo, muito acentuada a diferença entre a o valor de anos de vida em regiões diversas do mundo. Isto terá a ver com questões culturais e éticas, é certo, mas é claro que não podemos ignorar a questão do próprio nível de vida das populações, dos níveis de rendimento, do nível de desigualdade social, etc.

Para ultrapassar estas dificuldades uma alternativa é definir intervalos de valores que comportem alguma dessa variação (de taxas de desconto ou de valorações da mortalidade, por exemplo) – usam-se, assim, convenções para a avaliação de custos externos que resultam de discussão prévia com grupos sociais e decisores políticos.

#### 4.4.1.2.2.2.5. A transferência de benefícios (ou danos)

De acordo com Rosenberger e Loomis (2001), a transferência de benefícios é definida como a adaptação e uso de informação económica disponível relativa a contextos específicos noutros contextos ou locais com características semelhantes.

Outros autores, como Navrud (2004), preferem o termos “transferência de valor” já que em muitos casos são utilizadas igualmente estimativas de danos retiradas de estudos com localizações precisas para análises de política geral.

O relatório elenca os principais métodos de transferência de benefícios: a transferência simples de unidades de valor, assumindo preferências idênticas dos indivíduos e ignorando eventuais diferenças nas características socio-económicas dos indivíduos (Ready et al.2004 sustentam que não podem ser utilizados os mesmos valores de referência em casos de diferenças significativas de níveis de rendimento e custo de vida<sup>634</sup>); a transferência de unidades de valor ajustada ao nível de rendimento (esse ajustamento faz-se pela ratio entre níveis de rendimento nos dois locais e a elasticidade

<sup>634</sup> Ready, Navrud, Day, Dubourg, Machado 2004, r., S., B., WR. E F. et al, “Benefit transfer in Europe: How reliable are transfers between countries?, in *Environ. Resour. Econ.*, vol 29, 67-82.

Saliente-se, no entanto, que o ajustamento de valores à população em questão levanta uma série de questões de difícil solução, nomeadamente quando se pretendem considerar valores diferentes em função da idade, rendimentos ou características étnicas da mesma o que, em última análise, poderia levar a concluir que, por exemplo, o VSL é mais pequeno para populações mais idosas ou com rendimentos mais baixos (e, assim, com base numa análise custo-benefício, um determinado projecto numa área ou zona geográfica e não noutra).

rendimento da procura do bem ambiental em questão); a transferência das funções de disponibilidade a pagar de uma situação para realidades diversas em termos de características da população, com as vantagens de utilização de mais informação do que com os modelos de transferência de valores; meta-análises, quando se utiliza informação recolhida em vários estudos em contextos diversos para determinar uma função de disponibilidade a pagar.

A actualidade da questão é reflectida no número de estudos que recorrem a este método e nas potencialidades que a sua utilização tem – pense-se na possibilidade de um “banco de dados”<sup>635</sup> com os valores das alterações nos bens ambientais (subdivididos, eventualmente, por países, regiões ou outros critérios) que possam ser utilizados, quer em análises custo-benefício quer, mais relevante para o tema do presente texto, para definição dos custos das externalidades geradas pelos bens ou serviços a adquirir ao longo do seu ciclo de vida.

Essa importância e actualidade do tema têm originado uma enorme quantidade de trabalhos científicos que, reflectindo sobre o método, descrevem os potenciais problemas que podem resultar desta utilização de dados e procuram modos como minorar essas deficiências<sup>636</sup>.

De uma forma geral, podemos afirmar que a utilização de valores recolhidos noutras circunstâncias não é nunca o desejável do ponto de vista do rigor dos resultados. Todavia, esta afirmação envolve alguns pressupostos, nomeadamente em relação à qualidade dos modelos de avaliação usados (ir buscar os valores a estudos credíveis será preferível à construção dos mesmos através de estudos tecnicamente mal fundamentados).

---

<sup>635</sup> Note-se que existe já um inventário de estudos de valoração de bens ambientais disponível online, financiada pelos EUA, Canadá, Reino Unido e França – é o chamado Environmental Valuation Reference Inventory (EVRI), disponível em <http://www.evri.ca>.

<sup>636</sup> Salientamos, a este respeito, os trabalhos de Rosenberg e Loomis 2001, Boyle e Bergstrom 1992, Desvousges et al. 1994 ou, para uma perspectiva mais europeia, Navrud e Ready 2007. Rosenberg, R.S. and Loomis, J.B. (2001). “Benefit transfer of outdoor recreation use values: A technical document supporting the Forest Service Strategic Plan (2000 revision)”. U.S. Department of Agriculture, Forest Service, disponível em <http://www.evri.ca/english/default.htm> Boyle e Bergstrom 1999, KJ e JC, “Benefit Transfer Studies: myths, pragmatism and idealism”, in *Water Resource Res.*, vol. 28, 657-663. Desvousges, Johnson, Banzaf 1998, W., FR., HS., *Environmental Policy Analysis with Limited Information : Principles and Applications of the Transfer Method*, Edward Elgar, Cheltenham. Navrud e Ready 2007, S. e R., *Environmental Value Transfer: Issues and Methods*, Dordrecht, Springer

A possibilidade de utilização deste método depende, ainda, de uma série de factores. Em primeiro lugar, do bem em análise, ou melhor, do seu grau de homogeneidade geográfica e interpessoal, sendo mais fáceis as transferências directas quando essa homogeneidade se verifica<sup>637</sup>. Essa dificuldade poderá ser ultrapassada transferindo, não as unidades de valor, mas a função que lhes dá origem, podendo, nesses casos, ser encontrados valores para bens diversos dos iniciais ou que afectam populações com características diversas (nomeadamente rendimento), desde que essa diversidade possa ser, também ela, medida (e desde que os dados do estudo original tenham variedade suficiente que permita acomodar, na mesma função, os novos dados a considerar<sup>638</sup>).

É claro que o problema com a transferência de valor (no caso da utilização nos critérios de adjudicação dos contratos públicos será uma transferência de custos) será o do erro, medido entre a diferença entre o valor utilizado e o “verdadeiro” valor desses custos (desconhecido). No entanto, esse erro não é fácil de determinar – com medir a diferença para um valor que é, na realidade, desconhecido? Estaremos, necessariamente, a somar dois erros: o provocado pela transferência e o erro possível na estimativa dos “verdadeiros” benefícios/custos ambientais.

Para além disso, há que salientar que não é que estejamos a comparar, de um lado, um valor monetário exacto e objectivamente comprovável com um valor altamente duvidoso e subjectivo, dependente dos critérios utilizados pelos autores do estudo ou, no nosso caso, pelas entidades adjudicantes que escolhem determinados custos para incluir nos seus critérios de adjudicação. Pois mesmo os valores monetários resultado de estudos efectuados especificamente para o caso serão sempre subjectivos e com um grau de incerteza apreciável, na medida em que dependem em larga escala das opções metodológicas dos seus autores. Nessa medida, podemos afirmar que os possíveis problemas da transferência de valores são coincidentes com os da valoração de bens para os quais não existe mercado, como os bens ambientais.

Sendo as questões mais relacionadas com o modo como se faz essa transferência do que com o método em si, os contributos mais preciosos (para além, claro, de estudos de

---

<sup>637</sup> Estudos demonstram que a margem de erro da transferência é menor quando os bens são localizados na mesma zona geográfica (devido a semelhanças no tipo de bem ou no tipo de população afectada). Por exemplo, Rosenberger e Phipps 2001, Improving the validity of benefit transfers: a site correspondence model and meta-analysis transfer, RRI Research Paper 2001-6, Morgantown, WV: Regional Research Institute, West Virginia University.

<sup>638</sup> Caso esse pressuposto não se verifique será recomendável a realização de uma meta-análise.

valoração completos e de qualidade reconhecida) serão aqueles que ofereçam linhas de orientação para a metodologia por forma a minimizar as hipóteses de erros grosseiros<sup>639</sup>.

Mais uma vez, alguma harmonização de procedimentos é necessária e bem vinda...

Para uma análise da validade e robustez dos métodos, ver relatório, pag. 27 e ss. O mm relatório remete para Rosenberg e Loomis 2001, mas há tb Navrud (que eu tenho).

Para testes de validade, ver Ready et al 2004, Kristoferson e Navrud 2004).

#### 4.4.1.2.3. Apreciação crítica

Com as novas directivas passa a ser possível a internalização das externalidades ambientais negativas dos bens e serviços adquiridos pelas entidades adjudicantes europeias. Essa internalização é feita pela introdução nos custos dos valores monetários dos danos impactes ambientais dos mesmos.

O legislador comunitário optou por deixar uma larga margem de liberdade às entidades adjudicantes na definição, quer dos impactes a considerar, quer do valor dos mesmos. De facto, apenas é exigido que tais critérios sejam incluídos com base numa perspectiva de custo-eficácia, sendo a remissão para o chamado método do custo do ciclo de vida apenas exemplificativa.

O presente texto procura chamar a atenção para as dificuldades acrescidas que esta possibilidade acarreta e que se prendem com duas ordens de motivos: por um lado, a escolha dos impactes a considerar; por outro lado, a determinação do valor monetário desses impactes relevantes.

Quanto ao primeiro aspecto, se é certo que as entidades adjudicantes poderão determinar os impactes que querem considerar (ou, posto de outra forma, os bens ambientais que pretendem proteger), não o será menos que a margem de liberdade não será total, devendo, no mínimo, revelar-se essa escolha adequada à prossecução dos objectivos ambientais pretendidos. De todo o modo, e mesmo que opte por outro método que não o custo do ciclo de vida, estará sempre a entidade adjudicante obrigada a respeitar os princípios gerais de direito comunitário, nomeadamente o da igualdade, não discriminação e proporcionalidade.

---

<sup>639</sup> De entre os quais salientamos Ready e Navrud 2007 ou Brouwer 2000.

Brouwer 2000, R., "Environmental value transfer: state of the art and future prospects", *Ecological Economics*, 32, 137-152

Em segundo lugar, resulta evidente que a escolha dos valores monetários a atribuir a esses “males ambientais” é igualmente potencialmente problemática. De facto, exigindo o legislador apenas que as externalidades ambientais sejam “monetarizáveis” para poderem ser consideradas custo para a entidade adjudicante, o processo de monetarização está dependente de inúmeros factores (dos quais se destaca o próprio rendimento dos indivíduos que relevem para efeitos de valoração) e envolve escolhas que têm na sua base questões de ética distributiva.

A inexistência de linhas de orientação quanto à forma como esta margem de liberdade pode ser utilizada pelas entidades adjudicantes pode levar à proliferação de critérios e valores monetários a considerar para os mesmos tipos de bens que, para além de colocar questões ao nível do respeito pelos princípios fundamentais de direito comunitário, é passível de pôr em causa o próprio mecanismo de internalização das externalidades na medida em que o mesmo só funcionará na medida em que sejam fornecidos aos operadores económicos incentivos claros relativamente ao sentido de orientação da sua actividade.

Face às enormes dificuldades que se reconhecem a este tipo de métodos, será, eventualmente, mais fácil às entidades adjudicantes utilizar para o efeito uma técnica diferente de determinação de valor monetário – as preferências reveladas pelos decisores políticos através dos custos de substituição ou restauração do bem ou serviço ambiental em causa, metodologias cuja utilização é defendida para determinar, por exemplo, o *quantum* necessário relativamente ao pagamento dos serviços dos ecossistemas<sup>640</sup>. Deve salientar-se, no entanto, que o valor monetário assim determinado não poderá ser entendido como o custo social do bem *strictu sensu*, pelo que, em rigor, a sua consideração não garante a internalização pretendida das externalidades.

Terá sido, de resto, o reconhecimento da dificuldade da determinação de valores monetários que levou o legislador a regular o modo de cálculo dos custos das externalidades ambientais originadas durante o ciclo de vida dos bens ou serviços, que deverá, nos termos do segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 68.º da directiva 2014/24, “obedecer a todas as seguintes condições: a) Baseia-se em critérios objetivamente verificáveis e não discriminatórios. Designadamente, se não tiver sido estabelecida com

---

<sup>640</sup> Nesse sentido e para maiores desenvolvimentos ver, entre outros, Alexandra ARAGÃO, “A natureza não tem preço... mas devia. O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Outubro de 2011.

*vista a uma aplicação repetida ou continuada, não pode favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos; b) Está acessível a todas as partes interessadas; c) Os dados necessários podem ser fornecidos, mediante esforço razoável, por operadores económicos normalmente diligentes, incluindo operadores económicos de países terceiros que sejam partes no GPA ou noutros acordos internacionais que vinculam a União”.*

Todavia, como resulta da leitura do articulado legal, este deixa ainda muitas questões em aberto. Por um lado, se o respeito pelo princípio da não discriminação é um conceito bastante desenvolvido do direito comunitário, já a expressão “critérios objectivamente verificáveis” o não é – que critérios da metodologia devem ser objectivamente verificáveis? Basta uma análise, ainda que superficial, ao próprio conceito de cálculo do custo de externalidades ambientais para concluir que não poderão nunca ser todos, já que é própria, intrínseca a todas as metodologias, uma certa dose de subjectividade, de escolha por parte de quem as conduz. Mas então, se não podem nunca ser todos, quais devem ser? O legislador não aponta uma solução para a questão, o que pode colocar problemas na aplicação prática de determinadas metodologias, especialmente as que se destinem apenas a serem aplicadas naquele contrato em especial cuja utilização é permitida. Note-se, de resto, que a possibilidade de utilização de metodologias *ad hoc* foi introduzida por pressão do Parlamento Europeu, que entendia que as entidades adjudicantes podiam escolher uma metodologia própria para um determinado concurso, contra o entendimento da Comissão que, na proposta inicial, impunha que fossem apenas utilizadas métodos concebidos para uma utilização repetida ou continuada, impossibilitando, assim, o uso de metodologias “feitas à medida”<sup>641</sup>.

Por outro lado, a remissão para o conceito de “operadores económicos normalmente diligentes” é também potencialmente problemática. Esta última alínea resulta (mais uma vez) de uma alteração em sede negocial do texto original de 2011, que previa a

---

<sup>641</sup> Do entendimento da Comissão restou ainda uma ideia traduzida no considerando 96 da Directiva, onde se lê que os métodos utilizados para avaliar os custos imputados a externalidades “*poderão ser estabelecidos a nível nacional, regional ou local, mas deverão, a fim de evitar distorções de concorrência devidas a metodologias específicas, conservar um carácter geral no sentido de que não deverão ser especificamente concebidos para um determinado contrato público*” e que pode justificar, como argumenta Sue Arrowsmith, a introdução de uma presunção de ilegalidade no uso de métodos *ad hoc* sempre que metodologias comuns sejam conhecidas, cabendo, nesses casos, à entidade adjudicante a justificação para o uso de tal método. Para desenvolvimentos do argumento ver Sue ARROWSMITH, op. cit. nota 13, pag. 797.

possibilidade de os concorrentes apresentarem os custos imputados às externalidades ambientais dos seus produtos calculados com base em *metodologias alternativas* à escolhida pela entidade adjudicante. Perante as fortes críticas que esta opção mereceu, o texto legal acabou por ser alterado, introduzindo-se a alínea c) para acautelar os interesses dos concorrentes. A utilização de um conceito geral introduz, no entanto, alguma incerteza. De facto, embora as autoridades nacionais possam minimizar os riscos introduzindo *standards* nacionais que definam o tipo e formato de dados que as entidades adjudicantes podem solicitar, os dados exigidos em cada procedimento contratual estarão sempre sujeitos ao controle por um tribunal da sua conformidade, de acordo com o princípio da proporcionalidade, com aquele conceito geral<sup>642</sup>.

Por fim, estabelece ainda o n.º 3 do artigo 68.º da Directiva que “*caso um ato jurídico da União obrigue à utilização de uma metodologia comum para o cálculo dos custos do ciclo de vida, essa metodologia comum deve ser aplicada para avaliar os custos do ciclo de vida*”.

Uma das grandes questões em torno dos critérios de sustentabilidade ambiental dos bens e serviços objecto de contratos públicos é, desde há alguns anos, a de determinar até que ponto deve ir a Comissão (e, a outro nível, os próprios Estados Membros) no sentido de impor às entidades adjudicantes a consideração de determinados critérios ambientais. Essa foi, na verdade, uma opção considerada aquando da proposta para a directiva em 2011<sup>643</sup>. Todavia, face, por um lado, à oposição dos Estados Membros e, por outro lado, ao reconhecimento que esta poderia ser uma obrigação demasiado pesada, especialmente para determinadas entidades adjudicantes em contexto de maiores restrições orçamentais, essa opção legislativa veio a ser afastada<sup>644</sup>.

---

<sup>642</sup> No mesmo sentido e para maiores desenvolvimentos ver NEAMTU e DRAGOS, “Life-Cycle Costing in the New EU Directive Proposal”, in *European Public Private Partnership Law Review*, 1, 2013, 22 e ss.

<sup>643</sup> Esta era a chamada opção “STR.LEGI.ENFORC – enforce Strategic public procurement at an EU level”, cuja avaliação de impacte foi considerada inferior à “STR.LEGI.FACILIT – facilitate Strategic public procurement, leaving the choice of action to Member States/CAEs”, sendo reconhecido que “at the present time, the different countries, sectors and actors exhibit widely different levels of maturity. Forcing the pace of change through changes to the EU public procurement rules setting quotas or targets would not appear desirable”. Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Commission Staff Working Paper, Impact Assessment op. cit nota 26*, Com(2011) 896 final, pag. 69.

<sup>644</sup> Nos termos do considerando 95 da Directiva, “Afigura-se, portanto, adequado continuar nesse caminho, deixando que a legislação setorial específica defina objetivos e metas obrigatórios em função das políticas e condições do setor em causa, e promover o desenvolvimento e a adoção de abordagens europeias para determinar os custos ao longo do ciclo de vida como incentivo adicional à utilização dos contratos públicos para apoiar o desenvolvimento sustentável”.



A solução passou, assim, em manter, em geral, essa liberdade conferida às entidades adjudicantes (ou aos Estados Membros, caso queiram impor eles próprios metodologias obrigatórias), restringindo-a apenas em casos específicos em que seja considerado necessária (e possível) uma maior harmonização a nível europeu. De momento, tal acontece apenas com a metodologia para o cálculo dos custos do ciclo de vida definida na Directiva 2009/33/CE, aplicável à aquisição de veículos de transporte rodoviário, a única constante do Anexo XIII da Directiva 2014/24. Sublinhe-se, no entanto, que é intenção da Comissão alargar a lista de metodologias obrigatórias, pelo que é provável que a liberdade de escolha das entidades adjudicantes venha a ser diminuída a prazo.

#### 4.4.2. A “relação qualidade-preço”

##### 4.4.2.1.Noção

Este é, como vimos, o segundo elemento do (novo) conceito de oferta economicamente mais vantajosa, e é um elemento facultativo. As entidades poderão, se assim o entenderem, utilizar a relação qualidade-preço para tomar em consideração “*aspectos qualitativos, ambientais ou sociais ligados ao objecto do contrato público em causa*” (n.º 2. do artigo 67.º da Directiva).

Quanto ao conceito de relação qualidade preço, o considerando 90 da Directiva fornece ao leitor um importante esclarecimento: “*A fim de evitar qualquer confusão com o critério de adjudicação atualmente conhecido como a «proposta economicamente mais vantajosa» nas Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, deverá utilizar-se uma terminologia diferente para abranger esse conceito, a saber, a «melhor relação qualidade/preço» Consequentemente, o mesmo deverá ser interpretado em conformidade com a jurisprudência referente a cada uma dessas directivas, a não ser que haja uma solução clara e materialmente diferente na presente directiva*”.

De facto, como referido *supra*, o legislador apenas utilizou uma terminologia diferente para um conceito que já existia nas anteriores directivas – o de oferta economicamente mais vantajosa. Desta forma, conclui-se que a *relação qualidade-preço* prevista no artigo 67.º da Directiva *corresponde*, com ligeiras alterações, *ao que até agora era conhecido como oferta economicamente mais vantajosa*.

#### 4.4.2.2. Alterações em matéria de critérios admitidos

Em termos gerais, a densificação do conceito mantém-se, tendo a reforma de 2014 introduzindo apenas algumas alterações ao regime anterior, nomeadamente em relação aos critérios admissíveis. A opção do legislador foi, nesta matéria, a de manter a técnica utilizada nas directivas anteriores de fornecer uma lista exemplificativa de critérios permitidos, mantendo em aberto a possibilidade de consideração de outros aí não incluídos expressamente, desde que respeitem os requisitos gerais dos critérios de adjudicação. O n.º 2 do artigo 67.º estabelece, assim, que “*Estes critérios podem compreender, por exemplo: a) Qualidade, designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, conceção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras, negociação e respetivas condições; b) Organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato; ou c) Serviço e assistência técnica pós-venda, condições de entrega, tais como a data de entrega, processo de entrega e prazo de entrega ou de execução*”.

A primeira alteração prende-se com a referência expressa às características sociais dos bens e serviços em causa, para além das (já admitidas anteriormente) características ambientais. Os considerandos 98 e 99 da Directiva dão, por sua vez, alguns exemplos de características sociais possíveis, nomeadamente as relacionadas com a protecção da saúde e condições de trabalho da mão de obra envolvida no processo de produção do produto ou serviço em causa, a inserção social de grupos de pessoas desfavorecidas ou vulneráveis, entre outras.

A mais importante alteração é, então, a introduzida pela alínea b) do referido n.º 2 do artigo 67.º, no termos da qual são agora admissíveis critérios que se relacionem com a “*organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato*”. Esta é uma questão controversa desde, sobretudo, o Acórdão *Lianakis*, no qual o Tribunal, pronunciando-se sobre um procedimento de contratação Grego que incluía, enquanto critérios de adjudicação, a experiência dos técnicos líderes dos projectos, a mão de obra e equipamento das empresas concorrentes e a sua capacidade para completar o projecto no prazo previsto,

considerou que estes critérios não eram permitidos, na medida em que se relacionavam “principalmente à experiência, às qualificações e aos meios susceptíveis de garantir uma boa execução do contrato em questão (...) critérios que dizem respeito à aptidão dos proponentes para executar esse contrato e que, portanto, não têm a qualidade de «critérios de adjudicação», na acepção do artigo 36.º, n.º 1, da Directiva 92/50”<sup>645</sup>, concluindo que “Deve, por conseguinte, reconhecer-se que os artigos 23.º, n.º 1, 32.º e 36.º, n.º 1, da Directiva 92/50 se opõem a que, no quadro de um processo de adjudicação, a entidade adjudicante tenha em conta a experiência dos proponentes, o seu pessoal e o equipamento assim como a capacidade de executarem o contrato no prazo previsto, não a título de «critérios de selecção qualitativa», mas a título de «critérios de adjudicação»”<sup>646</sup>.

As interpretações do Acórdão foram as mais diversas, desde a mais estrita, da Comissão Europeia, que argumenta que o mesmo preclui qualquer consideração relacionada com as características do pessoal e/ou organização dos concorrentes nos critérios de adjudicação, passando por várias interpretações mitigadas que defendem, não a absoluta proibição, mas algumas condições para que essas características (ou, pelo menos, algumas delas) possam ser validamente enquadradas como tal<sup>647</sup>.

O legislador veio, com a introdução desta alínea, procurar clarificar a matéria, afastando claramente a interpretação mais rígida do mesmo. Não resolveu, contudo, todas as questões em aberto, tendo sido, nesse sentido, esta uma oportunidade perdida de clarificar definitivamente o tema.

Assim, resulta claro que a organização, qualificações e experiência do pessoal utilizado podem ser critérios de adjudicação, mas esta possibilidade tem uma condição: caso tenham um “*impacto significativo no nível de execução do contrato*”. A possibilidade de utilização destes critérios está, então, ligada ao facto de estes poderem ter um impacto no nível de execução do contrato, não podendo, por exemplo, ser considerada a

---

<sup>645</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-532/06 de 24 de Janeiro de 2008, parágrafo 31.

<sup>646</sup> Parágrafo 32 do referido Acórdão.

<sup>647</sup> Para uma perspectiva da posição geral da doutrina ver, entre outros, os artigos de Steem TREUMER, Mario COMBA, Kai KRÜGER, Anne RUBACH-LARSEN ou William TIMMERMANS e Tim BRUYNINCKX publicados no número especial da *Public Procurement Law Review*, 2009, 3 ou, mais recentemente, P. LEE, “Implications of the Lianakis decision”, in *Public Procurement Law Review* 2010, 19; Roberto CARANTA, “Award Criteria under EU law (old and new)”, in Mario COMBA e Steen TREUMER (eds.), *Award of Contracts in EU Procurements*, DJØF Publishing, 2013, Copenhaga; Sue ARROWSMITH, op. cit. nota 13, 749 e ss.

experiência do pessoal se esta em nada influenciar a forma como o contrato será executado e, nesse sentido, o seu nível de execução. O legislador não define, contudo, como deve ser interpretado o conceito de “impacto significativo”, podendo esta questão levantar sérios problemas práticos para as entidades adjudicantes, que terão que utilizar cuidados redobrados na introdução deste tipo de critérios.

Saliente-se que esta solução foi recentemente adoptada pelo Tribunal de Justiça ainda no âmbito de aplicação da directiva de 2004 no Acórdão *Ambisig*, relativo a um procedimento de contratação pública português que incluía como critério de adjudicação a avaliação da equipa, tendo em conta a constituição, a experiência comprovada e análise curricular da mesma. De facto, o Tribunal expressamente admite que o acórdão *Lianakis* “*não exclui que uma entidade adjudicante possa, em determinadas condições, estabelecer e aplicar um critério como o que consta da questão prejudicial, na fase de adjudicação do contrato*”<sup>648</sup>, realçando, por um lado, que a lista dos critérios admissíveis não é exaustiva e que, por outro lado, os mesmos devem visar a identificação da proposta economicamente mais vantajosa, sendo, nesse sentido, obrigatória a sua ligação ao objecto do contrato. Assim, entendeu o Tribunal que “*a qualidade da execução de um contrato público pode depender de forma determinante do valor profissional das pessoas encarregadas de o executar, valor este constituído pela sua experiência profissional e a sua formação. (...) Quando um contrato desse tipo deva ser executado por uma equipa, a competência e a experiência dos seus membros são determinantes para apreciar a qualidade profissional dessa equipa. Essa qualidade pode ser uma característica intrínseca da proposta e estar ligada ao objeto do contrato. (...) Por conseguinte, a referida qualidade pode constar como critério de adjudicação do anúncio de concurso ou do caderno de encargos em questão*”<sup>649</sup>.

A mesma alínea b) do artigo 67.º, embora não esclarecendo totalmente, dá igualmente “pistas” para a solução de uma outra questão: a de saber se só podem ser considerados aspectos relativos à mão de obra que vai executar o contrato, ou se é igualmente admissível alguma remissão para a própria empresa. Na verdade, embora a Directiva preveja expressamente como requisito à ligação ao objecto do contrato que os critérios digam respeito àquele contrato e não à empresa em geral, o texto legal admite

<sup>648</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-601/13 de 26 de Março de 2015, parágrafo 25.

<sup>649</sup> *Idem*, parágrafos 31, 33 e 34.

expressamente que esses critérios compreendam “a organização (...) do pessoal”, que remete, necessariamente para características da empresa e não já dos indivíduos em questão. Serão, desta forma, admissíveis critérios relativos à organização da empresa (nomeadamente do seu pessoal), desde que se respeite uma dupla condição: que a organização considerada seja relevante para a execução daquele contrato em particular (e não já a organização geral da empresa) e que essa organização tenha um impacto significativo na execução do contrato em questão.

Parece, então, resultar do novo texto legal que as entidades adjudicantes podem fazer uma avaliação das qualidades técnicas do pessoal encarregue da execução do contrato em dois níveis<sup>650</sup>: num primeiro, mais geral, enquanto critério de selecção dos concorrentes, de modo a afastar candidatos que apresentem um elevado risco de não execução ou de falhas na mesma; num segundo, e uma vez que estejam cumpridos os requisitos *supra* mencionados, enquanto critério de adjudicação da proposta, por forma a realizar uma *análise relativa* da capacidade das equipas apresentadas a concurso para a realização do contrato em causa que vise a identificação da oferta economicamente mais vantajosa.

#### 4.4.2.3. A submissão à concorrência de preço e qualidade

Na larga maioria dos casos é, então, indicado submeter as duas variáveis em consideração à concorrência e definir um modelo de escolha da proposta que melhor realize a combinação entre os dois atributos (e que, nessa medida, será a mais eficiente). Este método permitirá ordenar as propostas com base nas preferências da entidade adjudicante, servindo de base à decisão de adjudicação (quer para a adjudicação à melhor proposta, quer, em caso de afastamento posterior do concorrente, à segunda melhor).

Há fundamentalmente dois grandes métodos de o fazer, sendo que cada um terá diferentes sub-hipóteses: i) os métodos que *dividem* o valor pelo preço, que procuram encontrar um rácio e ii) aqueles outros que *subtraem* ou *adicionam* valores (monetários ou sob a forma de pontuações).

Trataremos cada um deles separadamente.

---

<sup>650</sup> No mesmo sentido ver Paula FAUSTINO, op. cit. nota 14, pag.7 e Sue ARROWSMITH, op. cit. nota 13, pag. 759.

Antes, devemos, no entanto, clarificar um ponto prévio, que se prende com as vantagens da publicitação antecipada do modelo de avaliação a utilizar e de todos os elementos do mesmo, ou seja, de publicitar a função de utilidade do adjudicante.

As directivas apenas prevêm a obrigatoriedade de indicação dos critérios bem como da “ponderação relativa que atribui a cada um dos critérios escolhidos para determinar a proposta economicamente mais vantajosa, exceto se esta for identificada apenas com base no preço. Essas ponderações podem ser expressas na forma de um intervalo, com uma variação máxima adequada. Sempre que a ponderação não seja possível por razões objetivas, a autoridade adjudicante indica os critérios por ordem decrescente de importância.” (artigo 67.º, n.º 5 directiva n.º 24/2004).

A maioria dos autores entende, no entanto, que esta obrigatoriedade não é suficiente. Por um lado, porque não assegura os princípios da não discriminação e transparência; por outro lado, porque não corresponde aos próprios interesses das entidades adjudicantes<sup>651</sup>.

De facto, podendo as entidades adjudicantes escolher vários modelos de avaliação das propostas, a não indicação no anúncio prévio do modelo escolhido confere, na prática, uma liberdade de escolha ilimitada à entidade adjudicante que pode, depois de conhecer as propostas, decidir qual o modelo a utilizar por forma a que ganhe a proposta da sua preferência<sup>652</sup>. A mera indicação dos critérios e respectivos pesos não é, de todo, suficiente para afastar esta liberdade incondicional que o mesmo artigo, no seu n.º 4, pretende afastar quando estatui que “Os critérios de adjudicação não podem ter por efeito conferir à autoridade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada”<sup>653</sup>.

---

<sup>651</sup> Esta insuficiência será mais evidente se, como ARROWSMITH, se entender que as obrigações de publicitação dos elementos dos modelos de avaliação têm um duplo objectivo: em primeiro lugar, e como decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça, permitir aos concorrentes que apresentem a melhor proposta possível; em segundo lugar, e não menos importante, “to limit the contracting authority’s discretion and publicise the constraints to participants for the purpose of the monitoring function of transparency in preventing abuse of discretion” (Cfr. ARROWSMITH 2014, 781).

<sup>652</sup> Para um elucidativo exemplo de como, a partir das mesmas propostas, e variando apenas os modelos de avaliação utilizados, se pode fazer qualquer uma delas vencer o concurso ver TELGEN e SCHOTANUS 2010.

<sup>653</sup> DINI et al 2006 avançam, é certo, com algumas possíveis justificações para a não obrigatoriedade de total transparência nos modelos de avaliação, nomeadamente em casos de desconhecimento, aquando da abertura do concurso e publicação do caderno de encargos, do valor e características qualitativas dos bens/serviços a adquirir. Todavia, os mesmos autores salientam que essa não divulgação, se tem como vantagem alguma flexibilidade para a entidade adjudicante, terá sobre ela importantes consequências negativas. Para mais desenvolvimentos, DINI et al 2009, 300 e ss.

Veremos como, por exemplo, a escolha de um método que envolva divisão ou de um outro que implique uma soma ou subtração podem determinar a proposta vencedora. Veremos igualmente como, mesmo utilizando o mesmo método de soma de pontuações ponderadas e publicitando os pesos dos critérios, a entidade adjudicante pode fazer com que (quase) todas as propostas vençam o concurso, alterando o tipo de escala utilizada. Na verdade, e como salientam TELGEN e SCHOTANUS, “*in the WFS (weighted factor score), weights do not play a role in the comparison of total scores*”<sup>654</sup>.

Por outro lado, a não divulgação de todos os detalhes relativos ao modelo de avaliação não assegura a máxima eficiência económica e, da perspectiva da entidade adjudicante, a máxima satisfação possível das suas necessidades. Quer dizer, na perspectiva que assumimos presentemente, não assegura a máxima eficiência ambiental do próprio contrato.

É que não são apenas as entidades adjudicantes que têm um problema de escolha de propostas: também os concorrentes têm que decidir qual, de entre as várias combinações dos diferentes critérios que podem apresentar, é a que os coloca em melhor posição para ganhar o contrato.

Ora, a que os coloca em melhor posição para ganhar o contrato é a *maximização da utilidade da entidade adjudicante*. Se os concorrentes não tiverem indicações claras de como o fazer, a possibilidade de submeter propostas subóptimas não é despicienda.

Não é, assim, a incerteza acerca da pontuação que promove melhores propostas, mas sim a concorrência entre as empresas que as fará apresentar a sua melhor proposta. Se a entidade adjudicante publicita todos os pormenores, os concorrentes podem otimizar a sua pontuação, apresentando, de entre o leque de produtos/serviços que constitui a sua oferta, propostas que terão a máxima pontuação possível – o que corresponde, caso o modelo de avaliação tenha sido bem elaborado, a propostas que maximizam a utilidade do adjudicante.

A este propósito salientam DINI et al 2009 a importância da determinação e publicitação de dois conceitos: o valor monetário de um ponto e o equivalente monetário do adjudicante.

---

<sup>654</sup> TELGEN e SCHOTANUS 2010, 5.

O primeiro responde à questão de determinar qual o desconto no preço necessário para conseguir mais um ponto. O segundo representa o valor monetário que a totalidade de atributos qualitativos representa para o adjudicante.

Para os autores, a determinação destes dois valores *a priori*, além de conferir previsibilidade e objectividade ao modelo de avaliação, permite igualmente aos concorrentes melhor calibrar as suas ofertas de forma a conseguirem o máximo de pontos possível (e, em última análise, apresentar propostas que tenham o máximo de utilidade *para a entidade adjudicante*)<sup>655</sup>.

Imaginemos um concurso com apenas dois atributos, preço e qualidade ambiental. Se os concorrentes só souberem que os pesos são, respectivamente, 70%/30%, e imaginando que todos podem submeter propostas com diferentes combinações preço/qualidade, como podem estes definir a proposta a apresentar<sup>656</sup>? Olhando apenas para os pesos, podem tender a apresentar a proposta mais baixa em termos de preço, mas com níveis ambientalmente inferiores. Ora isso não corresponderá, na maioria dos casos, ao interesse da entidade adjudicante, que provavelmente estaria disposto a pagar *alguma coisa mais* por alguma *qualidade a mais*. O problema é que não indicou claramente quanto é que estaria disposto a pagar por essa qualidade a mais<sup>657</sup>...

Para além de conhecidos, estes valores devem igualmente representar as *reais preferências* da entidade adjudicante por forma a maximizar os ganhos para a mesma. Uma representação errada das preferências induzirá os concorrentes em erro e conduzirá a propostas que representam situação de menor utilidade total para a entidade adjudicante. Por exemplo, se o valor monetário por ponto de qualidade x for de 50 euros, isso quer dizer que um concorrente só irá apresentar esse nível qualitativo caso os seus custos de ajustamento sejam inferiores a 50 euros. Se as preferências reais da

---

<sup>655</sup> Os autores defendem igualmente que o valor monetário de um ponto do atributo preço deve ser equivalente ao de um ponto num atributo qualitativo. Para conseguir tal igualdade, é necessário construir o modelo de avaliação conhecendo esses valores. Para mais desenvolvimentos sobre o modo de garantir essa correspondência, ver DINI et al 2009, 296 e ss.

<sup>656</sup> Sobre esta decisão falam alguns autores de um "*educated guess*", no sentido de frisar a sua completa arbitrariedade e falta de aderência às verdadeiras preferências da entidade adjudicante.

<sup>657</sup> Um exemplo semelhante é-nos dado por DE BOER et al 2006, relativo a um concurso para aquisição de impressoras em que a informação dada aos concorrentes era apenas de que os pesos do preço e velocidade de impressão eram iguais. Um concorrente que possuía dois tipos de impressoras, umas mais lentas e outras duas vezes mais rápidas e pelo dobro do preço, decidiu concorrer com a versão mais barata. Para sua grande surpresa (e da própria entidade adjudicante), viria a ganhar o concurso uma proposta de um concorrente com uma impressora duas vezes mais rápidas pelo triplo do preço... Cfr. DE BOER et al 2006, 3.



entidade forem de 30 euros e se os custos reais de um concorrente forem de 40 euros, esse concorrente irá apresentar uma proposta com um menor desconto no preço e mais qualidade, quando o que melhor satisfaria a entidade adjudicante era um maior desconto no preço e menores níveis qualitativos. A diferença entre essas duas propostas possíveis será, então, uma perda de benefícios potenciais para o adjudicante<sup>658</sup>.

#### 4.4.2.3.1. Divisão Valor/preço

Este método implica estimar o valor total de cada oferta e calcular depois o rácio dividindo aquele pelo respectivo preço. Não sendo comum na prática, encontramos algumas referências na literatura ao mesmo.

A principal dificuldade é a determinação do valor total das ofertas. Esse valor total pode ser determinado de uma de duas formas: i) por uma análise multicritério ou ii) pela determinação do valor total que será a soma do valor das características base (especificações técnicas, condições de execução e mínimos exigidos nos critérios de adjudicação) com o valor dos atributos qualitativos de cada proposta. Nesta última hipótese, o valor base será idêntico para todas as propostas, sendo variável apenas o adicional que reflecte as características qualitativas.

Resta determinar o conceito de “valor”<sup>659</sup>. Para os efeitos que tratamos, podemos definir valor da proposta como a sua performance expressa em valores monetários e de acordo com as preferências da entidade adjudicante. Por sua vez, a performance global da proposta será a soma das performances individuais em cada um dos atributos qualitativos (caso seja mais do que um).

A utilização de valores monetários não é, todavia, sempre necessária: pelo método conhecido como “Value for Money”, basta a transformação do(s) aspecto(s)

---

<sup>658</sup> Esta ideia dos benefícios para a entidade adjudicante da perfeita transparência de todos os elementos que constituem o modelo de avaliação é, de resto, validada empiricamente por um estudo de ALBANO et al 2008, que revela que os rácios preço-qualidade são melhores com métodos de avaliação absolutos do que com métodos relativos (que, como veremos, nunca são completamente transparentes, não sendo nunca possível aos concorrentes prever a pontuação que determinada proposta irá conseguir).

<sup>659</sup> “Valor” e não simplesmente “qualidade” na medida em que para que um bem tenha valor para o adquirente ele terá que apresentar, para além da qualidade, uma utilidade, essa qualidade terá que ser apta a satisfazer uma necessidade do adquirente. Para mais desenvolvimentos, DRESCHLER 2014, 55.

qualitativo(s) numa pontuação, sendo esta depois dividida pelo respectivo preço da proposta<sup>660</sup>.

Os autores que defendem a utilização de valores monetários invocam, todavia, dois argumentos: por um lado, aumentar o incentivo aos concorrentes (colocando um valor monetário nos atributos ambientais transmitirá mais facilmente a ideia de importância dos mesmos); por outro lado, e dado que o que se pretende determinar é a chamada disponibilidade a pagar, têm que se utilizar valores monetários. A utilização destes valores facilita ainda a transmissão da ideia de eficiência e *value for money*, na medida em que torna evidente a igualdade entre o que se paga a mais (expresso em preço) com o que se recebe a mais.

É importante, contudo, realçar que o valor a dividir deve ser o *valor total* e não apenas o valor adicional de cada proposta, sob pena de erros grosseiros de avaliação.

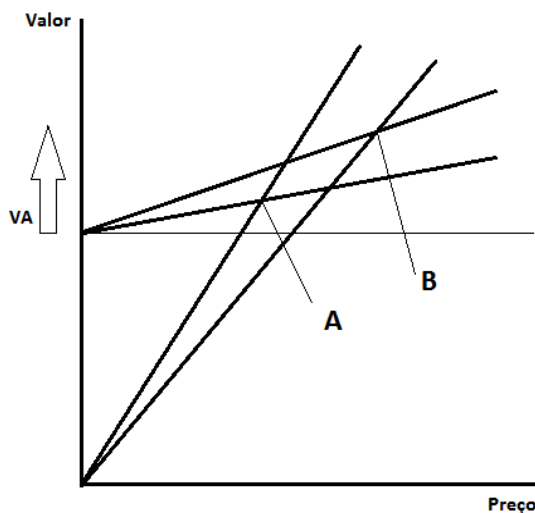


Figura 4

Como se pode observar no diagrama, a melhor solução pela divisão valor total/preço, a proposta A, não é a que conseguirá um melhor rácio na relação valor acrescentado/preço<sup>661</sup>, que, nesse caso, será a proposta B<sup>662</sup>.

<sup>660</sup> A decisão estará, então, dependente do rácio encontrado podendo, neste sentido, o método ser incluído igualmente no que geralmente se apelida de "custo-eficácia". Para além da vasta literatura sobre relação custo-eficácia, e para uma abordagem mais específica no contexto das compras públicas ver, entre outros, HOOGEVEEN 2014, 26 e ss ou BERGMAN e LUNDBERG 2013.

<sup>661</sup> Representada na figura pelas duas linhas a partir da origem VA (valor acrescentado)

Pode este método ser utilizado, podem as entidades adjudicantes definir como critério de adjudicação o rácio qualidade-preço?

Nos termos das directivas em vigor, nada as impede de o fazerem. Ele é, aliás, utilizado nalguns países europeus<sup>663</sup>. Também o texto de 2014 o parece permitir, na medida em que apenas refere que a proposta economicamente mais vantajosa, que pode incluir a relação qualidade-preço, deve utilizar uma abordagem de custo-eficácia<sup>664</sup>.

Em Portugal, contudo, esta possibilidade, que estava prevista no projecto inicial do Código dos contratos públicos de 2006, foi afastada na primeira análise do mesmo.

#### 4.4.2.3.2. Adição (ou subtracção) de preço e qualidade

Este método, ao invés de dividir valor total pelo preço, baseia a ordenação das propostas numa outra operação matemática: a adição (ou, nalguns casos, subtracção) do preço com a qualidade acrescentada (os atributos qualitativos) de cada proposta. É claro que, como não é possível adicionar preço com qualidade, é necessário, primeiro, transformar os dois atributos numa mesma escala de valor.

Se no primeiro caso o critério de adjudicação é o do custo-eficácia da decisão, neste o critério será o da maximização do resultado para a entidade adjudicante, da maximização do “lucro”, que se consegue pela maior diferença possível entre valor e preço.

Embora alguma literatura sugira vantagens do sistema de rácio, a verdade é que o método mais utilizado na prática é este segundo.

Um dos motivos é, possivelmente, o facto de este não exigir que se determine o valor monetário dos termos de referência qualitativos da proposta (lembre-se que para calcular o rácio é necessário utilizar o valor total, enquanto neste segundo tipo de métodos apenas é necessário o valor dos atributos qualitativos de cada proposta, que será retirado ao preço).

---

<sup>662</sup> Saliente-se que na representação gráfica deste método a melhor proposta possível será a mais próxima da vertical e que, portanto, apresentará um maior rácio.

<sup>663</sup> Para uma análise de exemplos da aplicação na prática deste método na Holanda ver, por exemplo, Dreschler, 2014

<sup>664</sup> A própria terminologia escolhida (“relação qualidade-preço”) poderia inclusivamente indicar alguma preferência por este método. Pensamos, todavia, que tal não é o caso, atenta até a referência que o mesmo artigo faz à necessidade de divulgação dos pesos dos critérios.

Outra razão por esta preferência pode dever-se ao facto de os adjudicantes não gostarem de revelar *a priori* as suas expectativas em termos de preço. Como vimos, este tipo de comportamento não tem, contudo, qualquer sentido, sendo, pelo contrário, preferível que procedam com toda a transparência, deixando os concorrentes saberem exactamente as suas preferências, por forma a possibilitar que estes possam apresentar a melhor proposta possível.

Saliente-se, no entanto, que neste tipo de método, o risco de ganhar uma proposta com um preço mais alto é maior. Na verdade, será mais fácil que a diferença entre preço e qualidade total seja maior em níveis superiores de preços (quando, em princípio, há mais qualidade) do que em níveis de preços mais baixos (onde se presume que os níveis qualitativos são menores). Saliente-se, no entanto, que esta consequência pode muito bem corresponder aos interesses da entidade adjudicante, especialmente se esta estiver interessada em incentivar os concorrentes a apresentar propostas com níveis qualitativos elevados<sup>665</sup>.

Podemos encontrar duas alternativas dentro deste tipo de metodologia: i) os sistemas de pontuações ponderadas, em que se transformam todos os atributos em pontuações de escalas pré-definidas e se adicionam (ou multiplicam) essas pontuações depois de ponderadas, e ii) os de preços ajustados, que transformam directamente as pontuações dos atributos qualitativos em valores monetários, que se adicionam (ou retiram) aos preços das propostas.

#### 4.4.2.3.2.1. Sistemas de pontuações ponderadas

Este é um exemplo da por vezes denominada metodologia *price-to-quality* na literatura anglo-saxónica.

É o método para o qual as directivas parecem apontar, pela referência à necessidade de indicação dos pesos de cada um dos critérios utilizados, sendo o mais utilizado pelas entidades adjudicantes europeias.

Em Portugal, é obrigatório para os concursos públicos nos termos dos artigos 132.º, n.º 1, alínea n) e 139.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos, que prevêm a obrigatoriedade da indicação, no programa do concurso público, dos “*fatores e eventuais subfactores, (...)os valores dos respectivos coeficientes de ponderação e (...)*”

---

<sup>665</sup> Para mais desenvolvimentos, DRESCHLER 2014, 61 e 116.

*a respectiva escala de pontuação, bem com a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos que permita a atribuição das pontuações parciais”, bem como que “a pontuação global de cada proposta, expressa numericamente, corresponde ao resultado da soma das pontuações parciais obtidas em cada factor ou subfactor elementar, multiplicadas pelos valores dos respectivos coeficientes de ponderação”.*

Esta última expressão corresponde à obrigatoriedade de uma fórmula do tipo

$$V(p) = K_A V_A(P_A) + K_B V_B(P_B) + \dots + K_i V_i(P_i)$$

Em que  $V(p)$  é a pontuação global de cada proposta,  $K_i$  é o peso de cada factor ou subfactor,  $V_i(P_i)$  é a pontuação parcial de cada proposta no factor  $i$  e  $P_i$  é o nível de performance de cada proposta na escala de pontuação para o factor ou subfactor  $i$ .

Neste tipo de modelo, e para reduzir preço e qualidade a uma mesma unidade que se possa adicionar, transforma-se o preço e a qualidade em pontos, que são, depois de ponderados, adicionados<sup>666</sup>.

Vejamos quais os principais passos na elaboração de um qualquer modelo de pontuações ponderadas.

a) Identificação dos factores e subfactores que serão submetidos à concorrência

Esta fase está presente em qualquer modelo de avaliação escolhido: é de primordial importância que os atributos das propostas identificados correspondam, em primeiro lugar, às preferências da entidade adjudicante, quer dizer, que satisfaçam as suas necessidades. Estes atributos irão constituir o que, para esta, configurará a melhor solução possível.

Para identificação dos atributos a considerar, deverão ser identificados os objectivos a prosseguir com o contrato.

Assumamos que os objectivos são a minimização de custos e dos impactes ambientais dos bens/serviços a adquirir.

---

<sup>666</sup> As pontuações podem igualmente ser multiplicadas, para reflectir a não linearidade no *trade off*, embora, nesse caso, se perca a possibilidade de perfeita compensação entre atributos. Todavia, como veremos, esse resultado pode igualmente ser conseguido pela utilização de funções não lineares nas escalas dos diferentes atributos. Para mais desenvolvimentos sobre as diferenças entre os dois métodos ver, entre outros, DIMITRI 2013.

Seguindo os conselhos de KEENEY<sup>667</sup>, será necessário tomar em consideração dois aspectos antes de decidir os atributos: em primeiro lugar, compreender o contexto da decisão e, depois, conhecer a dimensão das consequências.

Compreender o contexto significa enquadrar a decisão com todas as perspectivas que são relevantes na mesma. Uma perspectiva muito importante é, por exemplo, a dimensão temporal a integrar. Muitos dos problemas ambientais produzem os seus efeitos mais adversos num futuro mais ou menos distante – é necessário que a entidade adjudicante defina o horizonte temporal dos seus objectivos.

Conhecer a dimensão das consequências implica que a entidade adjudicante tem que decidir com base em impactes ambientais conhecidos. Não é possível avaliar a qualidade ambiental de um bem ou serviço sem saber quais os principais impactes do mesmo e quais as consequências de cada um deles. Só sabendo, por exemplo, que os principais impactes de um bem são determinadas emissões atmosféricas e líquidas que, por sua vez, provocam determinados danos na saúde humana e no aquecimento global<sup>668</sup>, é que a entidade adjudicante pode decidir se considera ambas as emissões ou se, pelo contrário, elege como objectivo apenas a contribuição para o aquecimento global, desconsiderando as emissões líquidas.

Note-se, no entanto, que a entidade adjudicante, tendo liberdade para definir os objectivos de um qualquer contrato público, estará sempre vinculada à prossecução do interesse público, não podendo escolher de forma completamente arbitrária impactes menos relevantes na perspectiva do interesse público, não considerando os impactes mais significativos do bem ou serviço a adquirir. Poderá, no entanto, de entre os mais relevantes, escolher um ou mais que digam respeito directamente ao(s) objectivo(s) que definiu.

Mas não basta conhecer as consequências, sendo ainda fundamental encontrar medidas correctas para as mesmas. Pegando no exemplo de KEENEY, se o objectivo é reduzir o impacte de obras no leito de rios sobre as populações de salmão, não podemos medir esse objectivo pela redução no número de peixes que o sobem anualmente – uma redução de 1000 peixes anuais pode ser imenso (se apenas um pequeno riacho for

---

<sup>667</sup> KEENEY 2002.

<sup>668</sup> Será escusado referir as dificuldades que qualquer entidade adjudicante encontrará se pretender, como deve, conhecer estes dados. O seu conhecimento implicará recorrer a avaliações de impacte ambiental dos bens/serviços que identifiquem os impactes e as suas consequências a nível de saúde pública, colheitas, construções, aquecimento global, etc.

afectado) ou quase nada (se o impacte for num rio muito grande). Neste caso, a medida adequada deveria ser a percentagem de peixes afectada. O mesmo se diga quando o objectivo é diminuir os impactes sobre a floresta. Um hectare de floresta com determinadas características não é igual à mesma área de floresta com características diferentes.

Note-se que a identificação dos atributos não implica que todos sejam submetidos à concorrência: podemos ter alguns que sejam incluídos como especificações técnicas ou nas condições de execução e submeter apenas o preço à concorrência (vide *supra* quando tal será aconselhável). Ou podem ser definidos requisitos mínimos nas especificações técnicas e possibilitar que os concorrentes apresentem propostas para além desses requisitos mínimos, que serão submetidas a avaliação.

Relativamente à componente ambiental, as possibilidades para as entidades adjudicantes são inúmeras. Quais os aspectos que querem ver salvaguardados? As emissões poluentes dos produtos ou também do seu próprio processo de produção? O uso de recursos sustentável pelos produtos ou no próprio processo de produção?

Estas questões tornam, na realidade, esta fase - a definição dos elementos a ter em conta - uma das mais difíceis. Na verdade, a identificação dos atributos considerados, para ser séria, útil e eficiente, implica uma verdadeira avaliação de impacte ambiental do bem/serviço em causa que identifique, não só os impactes, como a respectiva importância.

Assim, devem ser identificados os impactes mais significativos do produto, sendo admissível a sua definição em função de objectivos ambientais específicos que a entidade adjudicante defina. Não será, todavia, correcta uma definição dos atributos que inclua impactes menos relevantes, ignorando outros mais significativos.

Para além disso, também relativamente aos atributos ambientais se devem respeitar algumas propriedades como a isolabilidade, operacionalidade, inteligibilidade (ou não ambiguidade) e concisão (aponta-se normalmente o número sete como máximo de factores<sup>669</sup>), às quais acrescem a não redundância e exaustividade enquanto propriedades lógicas.

Refira-se, por último, que o próprio atributo preço pode ser construído de forma simples (preço da proposta) ou pode também ele ser construído por vários subatributos. Pode

---

<sup>669</sup> MILLER 1956.

assim acontecer quando, por exemplo, se está perante um contrato que implique vários produtos, cada um com um preço distinto ou um contrato de serviços que envolva vários tipos de serviço. Nesses casos será apropriada a utilização de subcritérios para o atributo preço. Está, no entanto, totalmente desaconselhada a atribuição de pontos nos vários subcritérios e a sua adição<sup>670</sup>: caso o atributo preço seja composto, este deve ser evidenciado num valor monetário global (que reflecte o que as próprias directivas apelidam “custo”) que, esse sim, será transformado numa pontuação.

b) Definição de descritores de impactes

Um descritor de impactes é definido como “*um conjunto ordenado de níveis de impactes plausíveis (quantitativos ou qualitativos<sup>671</sup>) em termos do critério*”<sup>672</sup>.

Esta ordenação permite a medição de cada proposta em função do nível atingido em cada atributo.

São normalmente identificados três tipos de descritores de impacte<sup>673</sup>: i) natural (ou directo), ii) indirecto e iii) construído.

As medidas dizem-se naturais se os níveis reflectem directamente os efeitos ou objectivos a avaliar (retomando o exemplo anterior, percentagem de salmões afectados por obras no leito de rio); serão indirectos quando elas estão relacionadas com causas ou meios de alcançar os objectivos (por exemplo, a medição da sustentabilidade pelo tipo de certificação dos produtos); são construídas quando são construções de possíveis combinações de características das propostas (por exemplo, a descrição das medidas de protecção ambiental a utilizar durante um determinado contrato de prestação de serviços). Sempre que possível devem ser utilizadas descritores naturais e, na

---

<sup>670</sup> Sob pena de termos valores monetários de pontos-preço diversos consoante o tipo de preço em causa (um euro em preço de aquisição valer mais ou menos do que um euro em custo de manutenção, por exemplo). O que fará, neste caso, sentido é estimar o total de euros necessário para a manutenção durante todo o contrato e adicionar esse total ao custo de aquisição.

<sup>671</sup> Note-se, no entanto, que mesmo as escalas qualitativas devem ser objectivas, isto é, devem permitir enquadrar objectivamente as diferentes propostas nos níveis respectivos. Não bastará, por isso, definir três níveis como “muito bom”, “bom” e “razoável”, deve ser definido o que especificamente se quer dizer com estas três expressões. Para exemplos, ver MATEUS et al 2010, 209.

<sup>672</sup> Cfr BANA e COSTA et al 2000, 348.

<sup>673</sup> KEENEY, 1992.



impossibilidade, indirectos, sendo a utilização de medidas construídas uma solução de última instância<sup>674</sup>.

Qualquer que seja a medida de performance, ela deve ser mensurável, pelo que devem ser especificados os elementos a incluir necessariamente nas propostas que permitam essa avaliação (ela pode ser directa ou necessitar da conjugação de mais do que um elemento da proposta para a definir) e a forma de apresentação dos mesmos.

c) Definição das escalas de pontuação (escalas de impactes dos critérios)

Esta fase visa a transformação dos níveis de performance em cada atributo, medidos em várias unidades (euros, categoria de certificação, toneladas de emissões, etc.), em pontuações parciais numa escala numérica que representa a atractividade (ou preferência) entre cada nível de performance num dado critério. Quer dizer, transformar cada nível de performance numa pontuação.

Saliente-se que os valores que constituem a escala são completamente irrelevantes: o que é importante é que a diferença entre eles represente a diferença de atractividade entre os mesmos. Estas são escalas de intervalos<sup>675</sup> em que não existe o valor zero (absoluto) e que apenas permitem a comparação entre intervalos de pontuação<sup>676</sup>. A diferença de pontuações representa a intensidade da diferença de atractividade ou preferência entre os níveis de performance considerados. Quer dizer, se forem definidos três níveis, L1 com 20 pontos, L2 com 40 pontos e L3 com 60 pontos, o nível mais atractivo é o L3, mas, em termos de diferença de preferências, é igualmente preferível passar do L1 para o L2 ou do L2 para o L3<sup>677</sup>.

---

<sup>674</sup> Isto para assegurar o máximo de objectividade dos descritores. Como á salientado por BANA e COSTA, "Quanto mais objectivo o descritor for menos ambíguo será o critério, e portanto menos controverso o modelo de avaliação, o que facilita a justificação da decisão final e vi ao encontro da exigência de não arbitrariedade no processo de avaliação". Cfr. BANA e COSTA et al 2000, 348. Para o desenvolvimento do tema ver BANA e COSTA et al 2000 e 2008 (este último relativamente aos procedimentos de desenho de medidas construídas).

<sup>675</sup> PICTET e BOLLINGER 2003.

<sup>676</sup> Estas escalas deve, além disso, ser abertas, pelo menos nos seus limites superiores para evitar o erro que KEENEY designa por "*using screening criteria to imply value judgments*". É que a imposição, por exemplo, de um preço máximo muito baixo, pode não corresponder aos interesses da entidade adjudicante, na medida em que afasta propostas que, *pouco acima* do mesmo, ofereçam *muito mais* qualidade. Nestes termos, e nas palavras do autor, "*used well, screening criteria can help you quickly eliminate inferior alternatives. To do this, screening criteria should be broadly set to avoid eliminating any alternatives that are real contenders*". Em rigor, este pode ser um argumento adicional para o uso de funções não lineares no preço. Para desenvolvimento deste tema ver KEENEY 2002, 942.

<sup>677</sup> Sendo, logicamente, incorrecto dizer, por exemplo, que L2 é o dobro de L1.

Neste momento é fundamental definir a função da escala de pontuação a utilizar.

Relativamente aos descritores, essas funções podem, também elas, ser de dois tipos: lineares e não lineares ou exponenciais.

*Funções lineares* reflectem casos em que a variação da pontuação é proporcional à variação do descritor. A sua expressão matemática é a de uma normal função linear e, para a determinar, o adjudicante necessita apenas de estabelecer dois pontos da linha, fazendo corresponder a cada um deles uma pontuação (um ponto considerado atractivo, não necessariamente o mais atractivo, e um outro menos atractivo, não necessariamente o menos atractivo). Entre estes pontos é traçada uma linha que permite pontuar todas as outras hipóteses possíveis.

As entidades adjudicantes utilizam por vezes uma variante deste modelo: estabelecem um preço máximo aceite, que limita o limiar mínimo da escala e/ou um preço mínimo, que limita a pontuação máxima. Deve notar-se, no entanto, que o estabelecimento de limites, especialmente na pontuação máxima possível, altera bastante os incentivos passados ao mercado pela entidade adjudicante: na verdade, eles tornam a curva de pontuação mais próxima da vertical, diminuindo o valor monetário dos pontos relativos ao atributo preço. Em última análise, isto corresponde a tornar mais baratos os pontos de preço do que os da qualidade, incentivando uma maior concorrência em preço do que nos atributos qualitativos. Esta opção deve, portanto, ser cuidadosamente estudada sempre que a entidade adjudicante tenha, de facto, interesse em que os concorrentes apresentem propostas com níveis qualitativos altos. Por outro lado, a definição de um valor mínimo assume uma enorme importância para a questão das chamadas propostas com preço anormalmente baixo, pelo que a sua definição será muitas vezes aconselhada<sup>678</sup>. Sendo este o caso, as entidades devem estabelecer o preço mínimo no valor mais baixo possível dentro dos limites do que é a prática normal do mercado em causa, procurando não inclinar demasiado a escala de pontuação e, com isso, desincentivar a concorrência pela qualidade.

As funções podem igualmente ser *não lineares*, quando uma variação da mesma magnitude no descritor não equivale sempre à mesma atractividade para a entidade adjudicante. Por outras palavras, quando uma mesma variação no descritor não

---

<sup>678</sup> Para mais desenvolvimentos ver, entre outros, AMARAL e ALMEIDA 2010.

corresponde sempre à mesma diferença de pontuação. Estas funções podem ser utilizadas para elementos qualitativos ou para o próprio elemento preço.

Relativamente a atributos ambientais, pode fazer sentido utilizar este tipo de função: na verdade, a entidade adjudicante pode entender, por exemplo, que uma mesma redução na emissão de um qualquer poluente atmosférico vale mais em níveis de emissão já mais baixos do que em níveis mais altos, atentos até os custos de adaptação que uma e outra redução implicam (como vimos, os custos marginais de adaptação aumentam com a diminuição das emissões).

Já quanto ao preço a questão é mais discutível. Sendo certo que as entidades adjudicantes podem legalmente utilizar funções algorítmicas nos preços, alguns autores<sup>679</sup> defendem que tal só deverá acontecer em casos muito especiais, sendo a constância da utilidade marginal do dinheiro a norma relativamente a organismos públicos como as entidades adjudicantes. Com o mesmo resultado, autores como ASKER e CANTILLON<sup>680</sup>, argumentam que, face à complexidade de construção de escalas de pontuação óptimas, devem na prática ser privilegiadas funções mais simples, nomeadamente lineares, especialmente na presença de concorrência entre empresas do sector.

MATEUS et al justificam a escolha de uma função logarítmica para, por exemplo, casos em que a entidade adjudicante dispõe de recursos próprios até um determinado nível de preço, sendo que terá que recorrer a financiamento para valores acima desse nível – fará, então, algum sentido a maior atractividade de descidas de preço até esse valor, como forma de incentivar os concorrentes a posicionarem as suas propostas abaixo do mesmo<sup>681</sup>. Neste tipo de funções, a pontuação aumenta com a diminuição do preço mas a uma taxa decrescente. Quer isto dizer que o valor monetário de um ponto do atributo preço não é constante relativamente ao aumento do preço. Estas funções continuam, no entanto, a ser transparentes, na medida em que os concorrentes continuam a poder

---

<sup>679</sup> Cfr. TELGEN e SCHOTANUS 2010, BERGMAN e LUNDBERG 2013.

<sup>680</sup> ASKER e CANTILLON 2005.

<sup>681</sup> Sobre as formas de construir esta função, nomeadamente através de uma única expressão matemática ou pela construção de várias funções lineares, ver, entre outros, MATEUS et al 2010, 211.

calcular a pontuação de várias propostas possíveis, apenas sendo necessário mais algum trabalho de cálculo<sup>682</sup>.

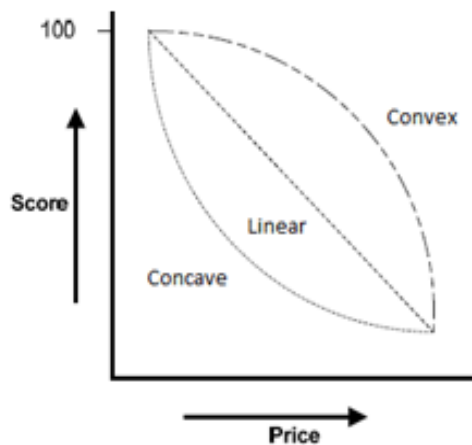


Figura 5

Fonte: HOOGEVEEN 2014.

Como podemos observar pelo exemplo acima, podemos utilizar dois tipos de funções não lineares: côncavas e convexas.

As funções convexas incentivam a concorrência em valores próximos do preço de reserva, pois é aí que a curva tem a sua maior inclinação. Desta forma, podemos concluir que é uma boa solução quando a entidade pretende incentivar a concorrência nos preços a níveis altos dos mesmos, níveis esses que normalmente envolvem maior qualidade.

Já nas funções côncavas os incentivos serão diversos: na medida em que se aproxima dos eixos nos seus pontos mínimo e máximo, as propostas nunca poderão ter zero pontos, por muito alto que seja o preço, mas o incremento de pontos para reduções no preço em níveis de preços já baixos será considerável. Quer isto dizer que este tipo de função favorece a concorrência pelo preço em níveis mais baixos do mesmo. As propostas tenderão a apresentar menores atributos qualitativos, portanto. Estas funções não favorecem a apresentação de propostas com bons níveis qualitativos e deverão ser evitadas se se pretende incentivar os atributos ambientais das propostas.

<sup>682</sup> Os resultados das mesmas serão, todavia, totalmente diversos. Para um exemplo elucidativo de como a função utilizada pode mesmo *inverter* os resultados, salientando que *"the devil is in the detail"*, veja-se DE BOER et al 2006, 4.

Quando se utilizem descritores construídos a definição da função é mais difícil. Esta escala de pontuações deve ser definida pela entidade adjudicante atribuindo pontuações aos vários níveis de impacte definidos<sup>683</sup>.

Devemos ainda referir uma terceira possibilidade de escalas de medição das performances: as chamadas *escalas* discretas ou *não contínuas*. Estas escalas atribuem a um determinado nível uma dada pontuação, a outro nível outra pontuação, e assim sucessivamente com todos os níveis definidos. Quer isto dizer que não permitem o estabelecimento de uma qualquer curva (linear ou não) de pontuação.

Este tipo de escala deve ser evitado: na verdade, ao poder fazer corresponder, de forma totalmente aleatória, a uma pequena diferença no atributo considerado uma grande diferença na pontuação, a utilização da mesma comporta o sério risco de violação do princípio da proporcionalidade. Sendo de evitar sempre possível a sua utilização no atributo preço, por vezes é reconhecida a sua necessidade relativamente a atributos qualitativos, especialmente com descritores construídos. A entidade adjudicante deve, contudo, ter o máximo cuidado na definição das mesmas, procurando garantir a proporcionalidade entre os ganhos qualitativos representados no aumento do nível de performance e o acréscimo de pontos associados.

As escalas de pontuação podem, por último, ser *absolutas* ou *relativas*.

Serão *relativas* quando a pontuação de um atributo de uma proposta depende de outras propostas (por exemplo, da melhor proposta, ou da média das propostas), impossibilitando, assim, que um concorrente calcule *ex ante* a pontuação final da proposta a submeter (ou das várias possibilidades de propostas que pode submeter).

São, ao contrário, *absolutas*, quando a pontuação é dada por uma referência fornecida pelo adjudicante<sup>684</sup>, a partir da qual é possível calcular a pontuação de cada proposta nos seus vários atributos.

---

<sup>683</sup> O método provavelmente mais utilizado é o chamado *rating directo*. Saliente-se, no entanto, o método MACBETH, proposto por Carlos Bana e Costa e que serviu já de base para inúmeros casos de concursos públicos mais complexos.

<sup>684</sup> É claro que estas referências devem ser definidas com cuidado, podendo a sua incorrecta definição revelar-se totalmente desenquadrada do mercado e, em última análise, colocar em risco todo o processo de adjudicação. Na maioria dos contratos de aquisição, todavia, a definição de valores de referência pode fazer-se facilmente através dos preços normais de mercado dos bens/serviços em causa; a dificuldade acrescida ocorrerá, então, apenas em casos de contratos de bens/serviços cujos preços de mercado não sejam conhecidos ou sejam de difícil determinação. Nestes casos, porém será preferível o recurso a consultores externos que auxiliem a entidade adjudicante nesta definição. A utilização de modelos relativos não é *nunca* uma opção.

Os modelos relativos devem ser evitados<sup>685</sup>, por dois motivos principais: em primeiro lugar, estes modelos nunca são completamente transparentes, não estando neles representada a função de utilidade da entidade adjudicante; para além disso, e em segundo lugar, eles favorecem comportamentos colusivos por parte dos concorrentes, que podem falsear os concursos<sup>686</sup>.

Estando as pontuações das propostas dependentes dos preços apresentados pelos outros concorrentes, é impossível a qualquer um destes calcular previamente a pontuação das suas propostas. Esta impossibilidade tem, como vimos, consequências negativas para o próprio interesse das entidades adjudicantes – os concorrentes não poderão nunca maximizar a utilidade que a sua proposta fornece ao adjudicante, o que pode transformar o concurso numa “lotaria”<sup>687</sup> que maximiza a utilidade do adjudicante por intervenção da sorte.

Por outro lado, estes modelos não garantem a independência relativamente às demais propostas, o que pode originar o chamado *ranking paradox*<sup>688</sup>. Este é um fenómeno que ocorre quando a eliminação de uma das propostas por um qualquer motivo altera a seriação final das mesmas.

Podemos distinguir dois tipos de paradoxos: intrusivos e não intrusivos. Os segundos ocorrem quando, afastada por qualquer razão a proposta que tinha ficado em primeiro lugar, o vencedor do concurso não é a proposta originalmente colocada na segunda posição<sup>689</sup>. Já os paradoxos ditos intrusivos, mais graves, dizem respeito a situações em que a eliminação de uma proposta que não ficou em primeiro lugar altera a seriação de tal forma que a proposta vencedora é agora outra. A existência desta possibilidade

---

<sup>685</sup> Portugal foi, aliás, pioneiro na sua proibição. De facto, o n.º 4 do artigo 139.º do Código dos Contratos Públicos português prevê expressamente que “na elaboração do modelo de avaliação das propostas não podem ser utilizados quaisquer dados que dependam, directa ou indirectamente, dos atributos das propostas a apresentar, com excepção dos da proposta a avaliar”.

<sup>686</sup> Para desenvolvimentos sobre os inconvenientes de modelos relativos ver, por exemplo, TELGEN e SCHOTANUS 2010, BERGMAN e LUNDBERG 2013 ou CHEN 2008.

<sup>687</sup> TELGEN e SCHOTANUS 2010.

<sup>688</sup> Note-se que este está longe de ser um problema apenas das análises multicritério, estando identificado em situações que vão desde processos eleitorais até ao desporto. Deve ser salientado, no entanto, o trabalho pioneiro de TRIANTAPHYLLOU e MANN 1989, que identificaram a questão em modelos de análise multicritério.

<sup>689</sup> Na expressão elucidativa de DE BOER et al 2006, pag. 4, quando “*the runner up does not run up*”.

demonstra como é possível duas ou mais empresas se conluíarem para falsear os resultados de um qualquer concurso público<sup>690</sup>.

d) Definição dos pesos relativos ou factores de ponderação dos critérios de avaliação

Esta é uma das fases pior compreendidas pelas entidades adjudicantes em geral e que, por isso, dá origem aos resultados menos satisfatórios. Apesar do nome (e da terminologia legal), estes “pesos” *não significam a importância dos critérios na pontuação final*<sup>691</sup> – a importância do mesmo está relacionada, mais do que com peso, com a escala utilizada.

Estes “pesos” são, na realidade, “*factores de harmonização (scaling factors)* das escalas de valor parcial (...) que permitem transformar unidades de valor parcial em unidades de valor global. (...) Os “pesos” são, portanto, *taxas de substituição* entre unidades de valor, que operacionalizam a noção de *compensação*”<sup>692</sup>. Assim, um peso de 75% definido para um determinado critério transforma uma pontuação de 100 nesse critério numa pontuação global de 75<sup>693</sup>.

Saliente-se que o processo de agregação aditiva da equação 1 é um modelo *compensatório*, quer dizer, é um modelo que permite que uma baixa pontuação num determinado critério seja compensada pela pontuação mais elevada noutro(s)<sup>694</sup>. Os pesos representam, assim, *trade-offs* entre pontuações parciais. Por exemplo, a definição dos pesos de 75% no critério preço e 25% no critério ambiental significa que a perda de 10 pontos no critério preço pode ser compensada por 30 pontos no critério ambiental (são sempre 7,5 pontos na pontuação global).

---

<sup>690</sup> É o exemplo referido como “*with a little help from my friends*” no citado artigo de DE BOER et al 2006, pag. 5. No caso um concurso atribuía 20 pontos à proposta com o preço mais baixo, 18 à segunda melhor e assim sucessivamente. Imaginemos que um concorrente tinha o preço mais baixo mas qualidade igualmente mais baixa. Teria, no caso, 2 pontos a mais no preço e três pontos a menos na qualidade. O concurso seria ganho pelo outro concorrente. Imaginemos, porém, que o primeiro tinha um acordo com outras empresas do sector que concordavam submeter propostas com preços pouco acima do seu, embora com níveis qualitativos muito menores (propostas ditas “fictícias”). Com isto ele poderia fazer baixar a pontuação no atributo preço da outra empresa e assim ganhar o contrato.

<sup>691</sup> Isto só acontece com escalas normalizadas, como, por exemplo, quando se estabelece, numa prova escrita, os pesos de cada questão para a pontuação global – a escala de pontuação das respostas é normalizada para um valor (normalmente 20 valores).

<sup>692</sup> BANA e COSTA et al 2000, 351.

<sup>693</sup> Enquanto que se a pontuação for de 200 (porque a escala é diversa) a pontuação global será, naturalmente, 150.

<sup>694</sup> Note-se que não é, todavia, necessário que assim seja, ou, pelo menos, não totalmente. De facto, existem modelos não compensatórios e modelos de compensação parcial. Para desenvolvimentos sobre este tipo de modelos ver, por exemplo, DE BOER et al 2001, DE BOER et al 2006 ou DRESCHLER 2014.

Sendo assim, compreende-se que a maior preocupação da generalidade dos autores seja a de salientar que a definição dos pesos tem que ter em vista as escalas de impactes definidas para cada critério<sup>695</sup>.

Ao estabelecerem os chamados *value trade-offs*, estes identificam o valor que a entidade adjudicante está disposta a trocar por uma determinada quantidade da qualidade ambiental identificada como atributo.

Existindo vários procedimentos de ponderação, em geral todos eles baseiam a definição dos pesos nas respostas das entidades adjudicantes a questões que contêm várias alternativas de referência ficcionadas (mas verosímeis) que reflectem situações de diferentes níveis de performance. As entidades terão que determinar, entre duas propostas alternativas possíveis, o seu nível de atractividade (qual a mais atractiva) e as alterações necessárias num determinado critério da menos atractiva para que se torne tão atractiva como a outra.

Não podemos deixar de salientar a importância desta noção de compensação. O facto de os pesos reflectirem *trade-offs*, trocas, “*implies that the CA must define from the beginning, for instance, how much more is it willing to pay (in terms of the price criterium A) for a shorter delivery time (criterium B). The answer to that sort of questions will determine the trade-offs between the criteria and ultimately its weights*”<sup>696</sup>.

Ou, poderíamos nós dizer, a entidade adjudicante terá que estabelecer, à partida, quanto mais está disposta a pagar (em relação a um determinado preço) por uma redução num determinado impacte ambiental que considere como atributo submetido à concorrência.

Com salienta KEENEY, “*there are no externally correct value trade-offs. Your value trade-offs must be based on your value judgments*”<sup>697</sup>. No entanto, o próprio autor reconhece no mesmo texto, que pode existir alguma informação útil para a determinação destes *trade-offs*. Em matéria ambiental pode ser relevante, por exemplo, a informação do montante gasto pelo estado em políticas de recuperação ambiental de um certo tipo para perceber se o que a entidade adjudicante está disposta a pagar por esse mesmo nível de diminuição de impactes é ou não “razoável”.

---

<sup>695</sup> MATEUS et al 2010, 212 ou BANA e COSTA et al 2000, 352 para um elucidativo exemplo da chamada influência dos intervalos de escala sobre os pesos dos critérios.

<sup>696</sup> MATEUS et al 2010, 212.

<sup>697</sup> KEENEY 2002, 940.



## 4.4.2.3.2.2. Sistemas de preços corrigidos

Este tipo de métodos, ao invés de transformar todos os atributos (incluindo o preço) em pontos para, depois de calcular os pesos relativos, adicionar os pontos ajustados, passa por uma operação (aparentemente) mais simples: transformar directamente os níveis qualitativos em valores monetários, que podem ser adicionados (ou retirados, caso seja feita a determinação do valor monetário do agravamento dos impactes relativamente a um cenário pré-definido como o ideal) aos preços das propostas. Ganhará sempre a proposta que apresentar um preço ajustado mais alto.

É possível encontrar alguma literatura económica defendendo as vantagens deste tipo de método relativamente ao que vimos anteriormente<sup>698</sup>.

Devemos, no entanto, ter especial atenção para os pressupostos de que partem estes autores, nomeadamente para um em especial: que o valor marginal social do dinheiro é constante (ou quase) e que, por isso, a função da escala de impacte do critério preço deve ser linear.

É normal assumir na teoria económica uma taxa de substituição marginal decrescente (unidades adicionais de qualidade terão valores decrescentes). Os autores assumem, porém, que o valor marginal social do dinheiro é constante (ou quase). Este pressuposto vai contra a ideia igualmente aceite pela teoria económica que os consumidores são adversos ao risco e que o valor marginal do dinheiro decresce com o aumento do rendimento através do chamado efeito-rendimento (que explica a diminuição das quantidades procuradas de certos bens com o aumento de rendimento). Todavia, os autores justificam a sua escolha argumentando que, para as entidades públicas, a maioria dos procedimentos de contratação representa uma parcela pequena do seu orçamento (aproximam da ideia da compra de um gelado por um particular – podemos abstrair o facto de o consumidor ficar um pouco mais pobre após essa compra)<sup>699</sup>.

Na ausência de efeito rendimento, a função de utilidade do adjudicante será quase-linear:

$$U(Q,C) = V(Q) + B - P > V(Q) + B - C(Q)$$

---

<sup>698</sup> Veja-se, por exemplo, BERGMAN e LUNDBERG 2013 ou LUNDBERG e MARKLUND 2011.

<sup>699</sup> Note-se que este entendimento não é unânime. Para uma perspectiva diversa, MATEUS et al 2010 ou CHEN 2008. De um modo geral podemos, no entanto, contestar que, com base no próprio raciocínio dos autores, o mesmo só valerá para casos de contratos de valores relativamente baixos ou, pelo menos, de valores que representem uma parte insignificante do orçamento da entidade adjudicante.

Em que  $P$  é o preço;  $V(Q)$  refere-se ao valor atribuído ao produto com qualidade  $Q$ , sendo um elemento não linear;  $B$  é o orçamento da entidade adjudicante e  $C(Q)$  é o custo de produção, um elemento igualmente não linear.

As figuras 1 e 2 *supra* são construídas a partir de funções semelhantes a esta. Determinar a melhor curva da indiferença possível equivale a encontrar o valor de  $Q$  que maximiza a expressão acima, uma tarefa muito facilitada se o orçamento e os custos entrarem de forma linear.

Quer dizer que pela equação a qualidade é transformada num valor monetário – é um modelo *quality-to-price*.  $V(Q)$  é uma função que transforma a medida de qualidade  $Q$  num valor monetário  $V(Q)$ .

No cenário das compras públicas, a expressão acima é muitas vezes escrita de forma inversa:

$$EP = P - V(Q)$$

Em que  $EP$  é o *evaluation price* (o preço ajustado) e o orçamento da entidade é ignorado na equação. Ao preço proposto  $P$  é descontado<sup>700</sup> o valor monetário da qualidade  $V(Q)$ . O vencedor será aquele que apresentar o preço ajustado mais baixo, sendo pago pelo preço proposto sem qualquer ajustamento.

Note-se que, olhando para a equação, é evidente que não é do interesse do adjudicante contratar se as ofertas apresentam um valor incremental negativo, isto é, se o valor da qualidade é inferior ao preço. Isto será reflectido na equação 2 com uma função da qualidade expressa em termos absolutos, fixando o preço de reserva em 0 (sendo assim, o procedimento de contratação só continuará se o preço ajustado for negativo).

Não é isto que, no entanto, ocorre muitas vezes na prática. O que se verifica é que a qualidade é referida a um qualquer nível que serve de *benchmark* para a qualidade e não em termos absolutos. Por este motivo, um preço ajustado positivo não implica necessariamente que o contrato público está a destruir valor.

A grande questão está, então, em determinar o valor monetário da qualidade, em definir a função  $V(Q)$ . Para tal é fundamental encontrar o chamado valor monetário de uma unidade qualitativa, por vezes denominado valor monetário de um ponto qualitativo. É

---

<sup>700</sup> Ou *acrescentado*, caso se considere, não a qualidade de forma positiva, mas, como acontece muitas vezes nos critérios ambientais, de forma negativa pelos impactes ambientais dos produtos.

esse valor que vai possibilitar saber qual o valor monetário dos aspectos qualitativos de cada proposta efectiva.

BERGMAN e LUNDBERG dão-nos quatro possibilidades básicas de modelos de avaliação:

- i)  $EP_i = P_i - bQ_i$
- ii)  $EP_i = P_i + b(Q_{max} - Q_i)$
- iii)  $EP_i = P_i (1 - bQ_i)$
- iv)  $EP_i = P_i (1 + b(Q_i - Q_{max}))$

Sendo que  $b$  representa o valor monetário de um ponto qualitativo.

Sendo a segunda e quarta equações representativas de modelos relativos, devem ser evitadas. Ficamos, então, com a primeira e terceira equações como possibilidades a considerar. A diferença entre as duas é meramente aparente: a terceira representa o peso das variáveis qualitativas. Todavia, como os autores afirmam, neste tipo de modelo a utilização de pesos não é necessária já que a atribuição de um valor aos atributos qualitativos torna a operação de ponderação que vimos *supra* desnecessária e inapropriada, não aportando nada de novo e apenas criando passos adicionais que complexificam e tornam o modelo menos claro<sup>701</sup>. Para além disso, a eliminação da necessidade de cálculo dos pesos faz desaparecer uma série de problemas identificados na prática, como a dependência das escalas, facilitando os juízos de *trade-off* a que as entidades adjudicantes serão chamadas (torna-se mais claro que o que está em causa é determinar se, por exemplo, um aumento de 50 para 60 vale o mesmo do que um aumento de 60 para 70 numa mesma escala de um qualquer atributo qualitativo). A resposta à questão implica, como vimos, a definição ou não da linearidade da função da qualidade, que variará, nos casos de atributos ambientais, consoante o impacte que está em causa. É claro que impactes com efeitos cumulativos no ambiente devem ter funções não lineares; já quando se consideram atributos ambientais do ponto de vista da eficiência em termos de consumos dos produtos em causa, por exemplo, fará mais sentido a utilização de escalas lineares.

---

<sup>701</sup> Os autores demonstram matematicamente que a atribuição de pesos a preço e qualidade é idêntica à atribuição de igual peso a ambos associada à definição do valor monetário da qualidade em que o peso da qualidade está incorporado. Para mais desenvolvimentos, ver BERGMAN e LUNDBERG 2013, 81.

4.4.2.3.2.2.1. O método *awarding on value*

Dentro dos chamados métodos de preços corrigidos podemos ainda referir um método algo recente cuja aplicação prática começa a ter algum significado, especialmente nos Países Baixos – o chamado “*awarding on value*”<sup>702</sup>. De acordo com este método, escolhidos os critérios a submeter à concorrência, a entidade adjudicante deve definir o chamado valor delta: o valor máximo que está disposta a pagar pelo máximo de qualidade em cada atributo qualitativo definido. Esse valor define o maior valor acrescentado possível.

É no entanto ainda necessário definir os vários níveis de performance e a escala de medição da variável qualitativa, que pode assumir todas as formas que vimos *supra* relativamente às escalas dos atributos qualitativos, podendo, nomeadamente, ser linear ou não linear (com representação em curva côncava ou convexa).

Esta escala é, no entanto, uma escala fechada no seu tecto máximo; quanto ao tecto mínimo, este pode funcionar de duas formas: i) se a entidade adjudicante assim o entender, todas as propostas que não atinjam o nível mínimo podem pura e simplesmente não ver o seu preço ajustado pela qualidade nesse critério em particular; alternativamente, ii) pode o adjudicante definir que todas as propostas que não atinjam esse nível mínimo serão rejeitadas, funcionando estes como uma especificação técnica.

Conhecidas as propostas, a entidade adjudicante apenas tem que avaliar as mesmas, graduando-as na(s) escala(s) previamente definida(s).

O valor monetário que irá ser atribuído a cada atributo das propostas apresentadas será, depois, uma fracção da escala de performance a calcular pela divisão:

$$\text{Pontuação da proposta} = \frac{\text{pontuação mínima}}{\text{pontuação máxima} - \text{pontuação mínima}}$$

Os resultados variarão entre 0 e 1, que corresponderá a uma atribuição entre 0% e 100% do valor máximo previamente definido.

Cada proposta terá, então, atribuído um valor monetário para os níveis de atributos qualitativos que apresentar, que será uma fracção do valor máximo delta.

<sup>702</sup> Tradução do original “*gunnen op waarde*”. Crf. SCHMIDT 2014 e WEISE 2014.

Os valores monetários de qualidade assim determinados são depois retirados aos preços propostos, vencendo a proposta com o preço corrigido mais baixo.

Em termos matemáticos:

$$C_{Pi} = P_i - V_{\max} q_i$$

Ou, caso tenhamos mais do que um atributo qualitativo,

$$C_{Pi} = P_i - \sum_j V_{\max j} q_{ij}$$

Note-se, no entanto, que a proposta vencedora pode não ter o maior valor monetário da qualidade possível. Ela não tem, sequer, que ser a que apresenta o maior valor a retirar ao preço (a que apresente a melhor qualidade de todas): basta, para isso, que o preço apresentado compense esse menor valor qualitativo. Nesta medida, este é, então, um modelo compensatório.

Ao modelo em análise é reconhecida uma desvantagem: o facto de ter que se determinar o valor delta máximo. Os seus defensores entendem, no entanto, que tal obstáculo pode ser superado pelo recurso a um comité<sup>703</sup>.

#### 4.4.2.3.2.2.2. O “custo do ciclo de vida ambiental” enquanto método de adição de preço e qualidade

#### 4.4.2.4. Apreciação crítica

À parte das alterações *supra* mencionadas, relativas aos critérios admissíveis (que, podemos dizer, resultam numa consagração no texto legal de soluções jurisprudenciais do Tribunal de Justiça), o legislador de 2014 optou por manter a solução prescrita já em 2004 relativamente a duas importantes questões: i) a do grau de transparência necessária relativamente à publicação de modelos de avaliação de propostas e pesos relativos dos critérios considerados e ii) a da admissibilidade de modelos que incluam escalas relativas de pontuação dos atributos, nas quais a pontuação de uma proposta depende das demais propostas apresentadas.

Não sendo estas questões relevantes na ordem jurídica nacional, uma vez que foram ambas acauteladas pelo legislador no Código dos Contratos Públicos português (que obriga a publicitação dos modelos de avaliação das propostas e de todos os seus

---

<sup>703</sup> Crf. Schmidt 2014, 2.

elementos e proíbe o uso de escalas relativas<sup>704</sup>), não podemos deixar de salientar a importância desta omissão por parte do legislador comunitário, omissão essa ainda menos justificável perante a cada vez maior preocupação pela eficiência dos contratos e pela realização da concorrência efectiva nos mercados públicos.

Assim, mantém a directiva a necessidade de publicação da “ponderação relativa que atribui a cada um dos critérios escolhidos para determinar a proposta economicamente mais vantajosa”, podendo as ponderações “ser expressas na forma de um intervalo, com uma variação máxima adequada” (n.º 5 do artigo 67.º da Directiva). Todavia, estatui igualmente o mesmo n.º 5 que, sempre que essa ponderação não possa ser feita por razões objectivas, basta que a entidade adjudicante indique os critérios “por ordem decrescente de importância”.

Por outro lado, não é nunca referida a necessidade de publicação antecipada dos modelos utilizados para avaliar as propostas, o que significa que as entidades adjudicantes mantêm a possibilidade de, para além de escolher livremente qual o modelo que pretendem utilizar, poder definir esse modelo *após conhecerem as propostas*.

Esta solução legal não pode, no entanto, deixar de ser criticada. De facto, é contraditório com o que o mesmo legislador estatui relativamente aos critérios de adjudicação no n.º 4 do referido artigo 67.º, nos termos do qual esses critérios “*não podem ter por efeito conferir à autoridade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada*”: como foi já largamente demonstrado<sup>705</sup>, é relativamente fácil a qualquer entidade adjudicante perante as propostas apresentadas, *construir* o modelo de avaliação a utilizar de modo a que vença uma delas, preferida por qualquer motivo.

Para afastar esta liberdade ilimitada não é suficiente a obrigatoriedade de publicação das ponderações – a verdade é que o conhecimento das mesmas é totalmente irrelevante

---

<sup>704</sup> Cfr. Artigos 132.º, n.º 1 alínea n) e 139.º n.º 4 do Código dos Contratos Públicos.

<sup>705</sup> Veja-se, por exemplo, DE BOER, LINTHORST, SCHOTANUS e TELGEN, “*An analysis of some mistakes, miracles and myths in supplier selection*”, in Proceedings of the 15th IPSERA Conference, San Diego (EUA), 2006, disponível em [http://doc.utwente.nl/57949/1/42Final\\_JT.pdf](http://doc.utwente.nl/57949/1/42Final_JT.pdf) (visitado pela última vez em 29-04-2015); TELGEN e SCHOTANUS, “*The effects of full transparency in supplier selection on subjectivity and bid quality*”, in Proceedings of the Fourth International Public Procurement Conference, Seoul, 2010, disponível em <http://doc.utwente.nl/74072/1/effects.pdf> (visitado pela última vez em 29-04-2015) ou BERGMAN e LUNDBERG, “*Tender evaluation and supplier selection methods in public procurement*”, in *Journal of Purchasing and Supply Management*, 2013, 19, 2, 73-83.

se não forem igualmente conhecidos os modelos de avaliação a utilizar e as escalas de pontuação para cada um dos atributos considerados.

Devido precisamente a este tipo de problemas, pronunciou-se já o Tribunal de Justiça em diversos acórdãos separando duas realidades distintas: por um lado, todos os elementos que constituem os critérios e suas ponderações relativas a utilizar para a avaliação das propostas, que devem ser obrigatoriamente publicados, conforme a jurisprudência definida no acórdão *Lianakis*; por outro lado, todos os demais elementos dos modelos de avaliação em causa, que devem ser igualmente publicados caso o conhecimento dos mesmos possa afectar a preparação das propostas por parte dos concorrentes. Esta última obrigação foi reconhecida no acórdão *ATI EAC* relativamente à publicação de ponderações dos sub-critérios definidos e publicados pela entidade adjudicante, onde se pode ler que essa publicação não é obrigatória desde que a mesma “*não contenha elementos que, se tivessem sido conhecidos no momento da preparação das propostas, teriam podido influenciar essa preparação*”<sup>706</sup>.

Esta posição jurisprudencial não resolve, todavia, todas as questões em aberto na matéria. De facto, se ela vem, por um lado, clarificar alguns aspectos, a mesma introduz, por outro lado, incertezas e indefinições adicionais, não respondendo da melhor forma ao que é o objectivo da regulamentação comunitária na matéria. Cria incerteza na medida em que será sempre necessário definir quais os elementos cujo conhecimento pode influenciar a preparação das propostas – poderíamos, a este propósito, reconhecer que *todos* os elementos são susceptíveis de afectar a preparação das propostas, na medida em que fornecem elementos que permitem aos concorrentes conhecer a função de utilidade da entidade adjudicante que, em última análise, define a sua noção de “oferta economicamente mais vantajosa”. Não responde, além disso, aos objectivos enunciados pelo próprio legislador comunitário para a regulamentação da matéria – objectivos de transparência nos processos que permita a garantia de verificação da não discriminação de concorrentes – uma vez que não garante a perfeita transparência dos procedimentos.

---

<sup>706</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-331/04 de 24 de Novembro de 2005, parágrafos 32 e 33.

No mesmo sentido veja-se igualmente o acórdão Comissão Europeia/Irlanda no processo C-226/09 de 18 de Novembro de 2010.

Para desenvolvimentos da questão veja-se, por exemplo, Roberto CARANTA, op. cit. nota 44, pag. 30 e ss.

Em segundo lugar, não podemos igualmente deixar de salientar que continua a ser permitido pelo legislador comunitário o recurso a modelos que incorporam escalas de pontuação relativas, isto é, escalas que fazem depender a pontuação de uma proposta ao nível qualitativos das outras propostas (seja em relação à melhor, à pior ou à média das restantes propostas).

Esta opção do legislador, eventualmente influenciada pela utilização recorrente deste tipo de escalas nalguns países europeus<sup>707</sup>, não pode deixar, no entanto, de ser criticada. Por um lado, ela não corresponde à aplicação do princípio da transparência, que faria impor que os concorrentes estivessem em condições de conhecer todos os elementos a utilizar na avaliação das suas propostas; por outro lado, e por ventura mais importante, ela não realiza da melhor forma o próprio interesse das entidades adjudicantes, pondo mesmo em causa o correcto funcionamento da concorrência nos mercados públicos na medida em que permite (criando uma situação de facto que pode mesmo servir de incentivo) comportamentos colusivos por parte dos concorrentes de forma a falsear a concorrência nos ditos mercados.

Os contratos públicos são cada vez mais vistos como um instrumento de política ambiental. A possibilidade de as entidades adjudicantes tomarem em consideração, no momento da avaliação das propostas, critérios relacionados com a sustentabilidade dos bens e serviços que adquirem, era já permitida pelas directivas de 2004 e vem reforçada pela revisão do quadro normativo de 2014.

Essa consideração pode ser feita de duas formas: incluindo as externalidades ambientais nos custos a considerar, através, nomeadamente, do “custo do ciclo de vida”, ou integrando os atributos ambientais dos produtos e serviços em causa no conceito de “qualidade” que pode ser avaliado em termos de “relação qualidade-preço”.

O presente artigo centra-se nesta última hipótese.

Vimos como, em situações de ausência de incerteza quanto aos custos de ajustamento da qualidade ambiental dos produtos, são igualmente eficientes a fixação da qualidade e adjudicação ao mais baixo custo (que corresponderá, basicamente, à definição dos níveis qualitativos desejados como especificações técnicas ou condições de execução do

---

<sup>707</sup> Veja-se a propósito alguns exemplos nacionais fornecidos em Mario COMBA e Steen TREUMER (eds.), *Award of Contracts in EU Procurments*, DJØF Publishing, 2013, Copenhaga, em especial o último capítulo (para uma análise comparativa) Paula FAUSTINO, “*Evaluation models in public procurement; A comparative law perspective*”, 339-358.



contrato), a fixação do preço a pagar e adjudicação à proposta com melhor nível qualitativo (os chamados *beauty contests*) e a sujeição à concorrência de preço (ou custo) e qualidade ambiental com adjudicação à proposta que melhor realize esta relação do ponto de vista dos objectivos da entidade adjudicante.

Vimos igualmente como, nas situações mais comuns dos mercados, nas quais as entidades adjudicantes não conhecem os custos de ajustamento das empresas, as duas primeiras opções podem conduzir a resultados ineficientes, não satisfazendo da melhor forma os interesses dessas entidades. Nestes casos, então, será preferível a terceira opção, que implica submeter à concorrência os dois atributos (preço e qualidade).

O legislador europeu não se pronuncia sobre as formas de conseguir essa maximização de relação qualidade-preço – apenas impõe obrigações de divulgação dos critérios (ou atributos) considerados e dos respectivos pesos ou ordem de importância dos mesmos.

O que não é, de todo, suficiente.

De facto, como se procurou demonstrar, métodos de rácio e métodos baseados em adição ou subtracção de valores podem conduzir a resultados admissíveis, mas esta admissibilidade pressupõe uma condição à partida: que as entidades publiquem igualmente qual o método a utilizar e, dentro, dele, todas as variáveis decisivas para que cada concorrente esteja em condições de calcular *a priori* o resultado (seja em rácio, pontuação ou preço ajustado) da sua proposta.

Por outro lado, sendo certo que a legislação portuguesa impõe o método da soma das pontuações ponderadas, tivemos ainda oportunidade de analisar duas outras possibilidades, nomeadamente o cálculo de rácios e de preços ajustados.

Os modelos de pontuações ponderadas e os de preços ajustados são basicamente equivalentes<sup>708</sup>.

Alguns autores afirmam a superioridade deste último por três motivos principais. Primeiro, porque a avaliação é (normalmente) linear no preço (ou perto disso), e este é o caso dos modelos de preços ajustados, enquanto o mesmo não acontece necessariamente nos que utilizam pontuações ponderadas. Este argumento é, como vimos, no entanto, questionável – ele só vale quando a linearidade da função preço se justifique, existindo, como é sabido, casos em que, pelo contrário, se impõe a não linearidade da mesma.

---

<sup>708</sup> Para a demonstração desta equivalência ver, entre outros, BERGMAN e LUNDBERG 2013.

Segundo, e eventualmente mais relevante, os modelos de preços ajustados permitem que a avaliação seja feita em unidades de medida já familiares aos indivíduos – a moeda. Embora possam ser construídos modelos que transformem qualidade em pontos consistentes, essa construção requer a utilização de uma unidade de medida menos familiar. Em particular, é mais fácil traduzir a não linearidade do valor da qualidade se este for expresso em unidades monetárias na medida em que podem ser encontrados pontos de referência nos preços existentes no mercado.

Terceiro, os modelos de pontuações ponderadas exigem o recurso a preços de referência exógenos, sob pena de violação da regra da independência de alternativas irrelevantes. A incorrecta determinação desses preços de referência pode originar, como vimos, graves ineficiências na decisão. Os modelos de preços ajustados, ao prescindirem desse passo, eliminam um ponto de possível ineficiência, tornando o processo mais simples. A maior simplicidade é igualmente conseguida, por outro lado, pelo facto de serem igualmente desnecessárias as ponderações, a atribuição de pesos, uma das principais fontes de falhas nos modelos utilizados na prática pelas entidades adjudicantes.

A estes argumentos poderíamos nós acrescentar um quarto: as novas directivas determinam já a possibilidade de utilização deste tipo de modelos, nomeadamente quando permitem, para cálculo dos custos, incluir as chamadas externalidades ambientais através do método dos “custos de ciclo de vida” ou outro. De facto, o que as entidades adjudicantes farão, nesses casos, é somar os custos directa ou indirectamente (nos casos das externalidades) por elas suportados aos preços propostos e adjudicar à proposta com o custo total mais baixo.

O que se torna, assim, mais importante é, não o modelo escolhido, mas a forma como se determina o *trade-off* a realizar. Esse é o passo mais importante de todo o processo com qualquer que seja o método escolhido – e determinação do valor monetário da qualidade, neste caso da sustentabilidade (seja em termos directos seja em termos de valor monetário de um ponto qualitativo).

O facto de o legislador não ter, relativamente à adjudicação com base na relação qualidade-preço, imposto as mesmas restrições procedimentais com que fez acompanhar a introdução do novo modelo dos “custos do ciclo de vida” não pode tornar essa possibilidade isenta do mesmo tipo de cautelas por parte das entidades adjudicantes. Pelo contrário, quando, como no caso, esse valor é definido tendo por base os interesses

da entidade adjudicante, será decisivo o cumprimento das orientações metodológicas *supra* identificadas que garantirá, por um lado, o respeito pelos princípios gerais de direito comunitário, nomeadamente de igualdade de tratamento e proporcionalidade e, por outro lado, a própria eficiência económica e ambiental (e, neste sentido, o chamado *value for money*) dos procedimentos de contratação pública.

## BIBLIOGRAFIA

ABRAMSON e HARRIS 2003, Mark e Roland (eds.), *The Procurement Revolution*, Oxford, Rowman & Littlefield Publishers

AEA 2010, Assessment and Comparison of National Green and Sustainable Public Procurement Criteria and Underlying Schemes, Final Report for the European Commission, ENV.G2/SER/2009/0059r.

ALBANO, DINI e ZAMPINO 2008, G. L., F., R., “*Suppliers’ Behavior in Competitive Tendering: Evidence from the Italian Ministry of Economy and Finance’s Acquisitions of IT Services*”, Proceedings of the 3rd IPPC Conference, Amsterdão, disponível em [http://www.consip.it/opencms/export/sites/consip/press\\_room/quaderni\\_consip/quaderni\\_consip\\_2009/5259II\\_2009.pdf](http://www.consip.it/opencms/export/sites/consip/press_room/quaderni_consip/quaderni_consip_2009/5259II_2009.pdf)

ALMEIDA 1989, Aníbal, *Prelúdio a uma Reconstrução da Economia Política*, Coimbra, Ed. Caminho

ALMEIDA 1999, Aníbal, *Sobre a Racionalidade do “Estado” ou “Governo” como Operador Económico*, Coimbra, Separata do Boletim de Ciências Económicas

ALMEIDA 2012, Teresa, “Os critérios de avaliação monetária dos bens ambientais”, in Nunes, Cunha e Martins (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, Coimbra, Coimbra editora

AMARAL e ALMEIDA 2010, J., “As Propostas de preço anormalmente baixo”, *Estudos de Contratação Pública*, vol. III, 87-148.

ANDRADE 1998, João Sousa, *Introdução à Economia*, Minerva, Coimbra

ARAGÃO, Alexandra

2008, “Princípio da Precaução: manual de instruções”, *Revista do CEDOUA*, 11, 2, 9 e ss.

2010, “Dimensões Europeias do Princípio da Precaução”, *RFDUP*, 7, 2010, 245 – 246.

2013, “Aplicação nacional do princípio da precaução”, Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal - "*Colóquios 2011-2012*". Lisboa. p. 159-185.

ARAÚJO 2004, *Introdução à Economia*, vol. I, Livraria Almedina, Coimbra

Arestis, P.; Sawyer, M. (eds.) (2004) *Neo-Liberal Economic Policy: Critical Essays*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited.

Arestis, P.; Sawyer, M. (eds.) (2011) *New Economics as Mainstream Economics*, New York, Palgrave Macmillan

ARNOULD 2001, Joel, “A Turning Point in the Use of Additional Award Criteria?”, *Public Procurement Law Review*, 10, NA 13.

Arrow, K. J. (1963) *Social Choice and Individual Values*, New York, John Wiley & Sons, Cowles Foundation for Research in Economics at Yale University.

ARROW E FISHER 1974, Kenneth e Anthony, "Environmental Preservation, Uncertainty, and Irreversibility", *Quarterly Journal of Economics*, 88, 312-319

ARROW, CLINE, MALER, MUNASINGHE, SQUITIERI e STIGLITZ, K.J., W.R., K-G, M., R. e J.E. 1996, “Intertemporal Equity, Discounting, and Economic Efficiency”, em Brube e Lee (ed.), *Climate Change 1995: Economic and Social Dimensions of Climate Change: Contribution of Working Group III to the Second Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge University Press

ARROW, DAILY, DASGUPTA, MALER e LEVIN, K., G.C., P., P., K-G, et al. 2000, “Managing ecosystem resources”, *Environ. Sci. Technol.*, 34, 1401-1406.

ARROW, DASGUPTA, GOULDER, DAILY et al 2004, K., P., L., G., “Are We Consuming To Much?”, *Journal of Economic Perspectives*, 18, 3, 147-172

ARROWSMITH, Sue:

- 1995, “Public Procurement as an instrument Policy and the Impact of Market Liberalization”, em *The Law Quarterly Review*, vol. II, p. 239
- 1997, “Deregulation of utilities procurement in the changing economy: towards a principled approach?”, *European Common Law Review*, 7, 420.
- 1997b, “Towards an Agreement on Transparency in Government Procurement”, PSIO Occasional paper
- 1997c, “Exploring the way forward or wrong turning ? An assessment of community policy on public procurement in light of the commission’s green paper”, *European Public Law*, 3, 389
- 1998, “The problem of discussions with tenders under the Ec procurement directives: the current law and the case for reform”, *Public Procurement Law Review*, 7, 65
- 1998b, “Towards a multilateral agreement on transparency in government procurement” *International and Comparative Law Quarterly*, 47, 793
- 1998c, “National and International Perspectives on the Regulation of Public Procurement”, em Arrowsmith e Davies (eds), *Public Procurement, Global Revolution*, Kluwer Law International
- 1999, “Framework purchasing and qualification lists under the European procurement directives”, *Public Procurement Law Review*, 8, 115.
- 2000, “The European procurement rules and public private partnerships: EC policies in conflict?”, *Common Market Law Review*, 37, 709
- 2000b, “The European commission’s proposal for new directives on public and utilities procurement”, *Public Procurement Law Review*, 9, NA125
- 2001, “E-commerce policy and the EC procurement rules: the chasm between rhetoric and reality”, *Common Market Law Review*, Dezembro.
- 2002, “The E.C. procurement directives, national procurement policies and better governance: the case for a new approach”, *European Law Review*, 27, 3.

- 2014, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement, Regulation in the EU and the UK*, 3<sup>o</sup> ed., Sweet and Maxwell, Londres

ARROWSMITH e HARTLEY 2002, Sue e Keith, *Public Procurement*, The International Library of Critical Writings in Economics, Edward Elgar, Cheltenham

ARROWSMITH e DAVIES, 1998 “Public Procurement: Global Revolution”, Kluwer Law International

ARROWSMITH, GORDON e RIMMER 1998, Sue, Harvey e Shane, “The Economic Impact of the European Union Regime on Public Procurement: Lessons from the WTO”, em Arrowsmith e Hartley (eds) 2002, *Public Procurement*, vol. II, The International Library of Critical Writings in Economics, Cheltenham, Edward Elgar

ARROWSMITH, LINARELLI e WALACE, 2000, “Regulating Public Procurement: National and International Perspectives”, Kluwer Law International

ARROWSMITH e TRYBUS, 2002 “Public Procurement: the Continuing Revolution”, Kluwer International

ASKER e CANTILLON J. e E.

2008, “Properties of scoring auctions”, *Rand Journal of Economics*, 39, 1, 69–85

2010, “Procurement when price and quality matter”, *RAND Journal of Economics*, 41, 1-34

AUBY 1990, Jean-François, “L’Europe des Marchés Publics”, *AJDA Actualité Juridique*, Abril, 258

AUBY e BROONER 1990, Jean-François e François, “L’Europe des Marchés Publics”, *AJDA L’Actualité Juridique*, Janeiro, 258.

AURICCHIO 1998, Vito, “The Problem of Discrimination and Anti-Competitive Behaviour in the Execution Phase of Public Contracts”, *Public Procurement Law Review*, 7, 113.

Ayres, R. U. (2008) Sustainability economics: Where do we stand?, *Ecological Economics*, 67, 2, 281-310.

BADCOE, 2001, Best value: an overview of the UK government's policy on the provision and procurement of local authority services, *PPLR*, 10, 63

BALDWIN, Richard,

- 1989, "The Growth Effects of 1992", *Economic Policy*, Outubro, 248.

- 1990, "Factor Market Barriers are Trade Barriers, Gains From Trade From 1992", in *European Economic Review*, vol.34, n° 4, 831-850

- 1992, "Measurable Dynamic Gains From Trade", in *Journal of Political Economy*, vol.100, n° 1, 162-175

BALDWIN, Robert,

- 1970, "Nontariff Distortions of International Trade", Washington DC, Brookings Institution.

- 1984, "Trade Policies in Developed Countries," in Ronald Jones and Peter Kenen (eds.) *Handbook of International Economics*, Amsterdam: North-Holland

BALDWIN, COHEN, SAPIR E VENABLES 1999, Richard, Daniel, André e Anthony (eds), *Market Integration, Regionalism and the Global Economy*, Centre for Economic policy Research, Cambridge University Press, Cambridge

BARTHE 2003, Marie-Annick, *Économie de L'Union Européenne*, 2ª ed., Economica, Paris

BANA E COSTA, FERREIRA e CORRÊA 2000, Carlos, José e Émerson, "Metodologia Multicritério de Apoio à Avaliação de Propostas em Concursos Públicos", in ANTUNES e TAVARES (Eds.), *Casos de Aplicação da Investigação Operacional*, McGraw-Hill, Amadora, 336-363



BANA E COSTA, LOURENÇO, CHAGAS e BANA E COSTA 2008, “Development of reusable bid evaluation models for the Portuguese electric transmission company”, *Decision Analysis*, 5, 1, 22-42

Bakovic, T.; Tenenbaum, B.; Woolf, T. (2003) Regulation by Contract: A New Way to Privatize Electricity Distribution?, *Energy and Mining Sector Board Discussion Paper*, 7.

Barry, J. (1996) *Green political theory: nature, virtue and progress*, Glasgow, University of Glasgow.

BARTOSCH 2002, Andreas, “The Relationship between Public Procurement and State Aid Surveillance – The Toughest Standard Applies?”, *Common Market Law Review*, 39, 551.

BATEMAN, Ian, Langford, Ian, Turner, Kerry, Willis, Ken e Garrod, Guy 1995, “Elicitation and truncation effects in contingent valuation studies”, em *Ecological economics*, vol. 12, 161-179

Baumol, W. J.; Oates, W. E. (1988) *The Theory of Environmental Policy*, Cambridge, Cambridge University Press.

BECKERMAN e HEPBURN, A. e C. 2007, “Ethics of the Discount Rate on the Stern Review on the Economics of Climate Change”, *World Economics*, 8, nº 1, 187- 210.

BENEDICT 2000, Christoph, *Secundärzwecke in Vergabeverfahren*, Springer

BERGMAN e LUNDBERG 2013, M. A. e S., “Tender evaluation and supplier selection methods in public procurement”, *Journal of Purchasing and Supply Management*, 19, 2, 73-83

Bernstein, A. (2005) Whatever Happened to Law and Economics?, *Maryland Law Review*, 64, 101-133.

Black, O. (2005) *Conceptual Foundations of Antitrust*, Cambridge, Cambridge University Press.

BLANK e MARCEAU 1996, Annet e Gabrielle, “The History of the Government Procurement Negotiations since 1945”, *Public Procurement Law Review*, 5, 77.

Bleischwitz, R.; Welfens, P. J.J.; Zhang, Z. (eds.) (2011) *International Economics of Resource Efficiency: Eco-Innovation Policies for a Green Economy*, Heidelberg, Physica-Verlag.

Block, W. (1985) *Economics and the Environment: A Reconciliation*, Vancouver, B.C., Fraser Institute.

BLOMBERG 2001, Peder, “*Transparency versus efficiency in Public Procurement*”, Assistum Procurement Management Consultant, Suécia, disponível no sítio [www.assistum.se](http://www.assistum.se).

Boadway, R.

- 1974, The Welfare Foundations of Cost-benefit Analysis, *The Economic Journal*, 84, 926-939.

- 1976, The Welfare Foundations of Cost-benefit Analysis – A reply, *The Economic Journal*, 86, 359-361.

- 1976, The Welfare Foundations of Cost-benefit Analysis – A comment, *The Economic Journal*, 86, 353-358.

Boadway, R. (2006) Principles of cost-benefit analysis, *Public Policy Review*, 2, 1.

BOHANN E REDONNET, 1997, N. e D., “EU procurement legislation, does the emperor have clothes? An examination of the new empirical evidence”, *Public Procurement Law Review*, 6, 141.

Boskin, M. J. (1979) *Economics and Human Welfare: Essays in honor of Tibor Scitovsky*. New York, Academic Press Inc.

BOYLE 2001, Rosemary, “Critique on the Commission’s Proposal for a New Directive on the Co-Ordination of Procedures for Public Contracts COM (2000) 275 Final, as

updated by the discussions in the Working Group”, *Public Procurement Law Review*, vol 10, nº 3, NA65.

BOYLE e BERGSTROM, K.J. e J.C. 1999, “Benefit Transfer Studies: myths, pragmatism and idealism”, *Water Resource Res.*, 28, 657-663.

BOVIS, Christopher,

- 1997, *The EC Public Procurement Law*, European Law series, Longman

- 1998, *The Liberalisation of Public Procurement and its Effects on the Common Market*, Aldershot, Ashgate Publishing

Bozeman, B. (2002) Public-Value Failure: When Efficient Markets May Not Do, *Public Administration Review*, 62, 2, 145-161.

BRACONNIER 2002, Stéphane, *Droit des Marchés Publics*, Groupe Imprimerie Nationale, Paris

BRANCO, Fernando,

- 1992, “Leilões e Concursos Públicos: Teoria Económica”, *Economia*, 16, 2.

- 1994, “Favoring domestic firms in procurement contracts”, *Journal of International Economics* 37, 65.

BRAUN, 2000, “A matter of principle – the treatment of contracts falling outside the scope of the European public procurement directives”, *Public Procurement Law Review*, 9, 39

BRESNAHAN e REISS, 1991, “Entry and competition in concentrated markets”, *Journal of Political Economy*, 99, 977-1009.

BRETON e SALMON, 1995, “Are discriminatory procurement policies motivated by protectionism?”, *Kyklos* 49, 47-68.

BROUWER, R. 2000, “Environmental value transfer: state of the art and future prospects”, *Ecological Economics*, 32, 137-152

BROTHWOOD 1981, Michael, “The Commission Directive on Transparency of Financial Relations Between Member States and Public Undertakings”, *Common Market Law Review*, vol. 18, 209.

BRULHART e TRIONFETTI 2004, Marius and Federico, “Public Expenditure, International Specialisation and Agglomeration”, *European Economic Review*, 48, 851.

BRUNELLI 1995, Pierre, *Marchés Publics et Union Européenne, Nouvelles Règles Communautaires*, Editions Continent Europe, Paris

BRONKERS, 1996, “The Position of Privatised Utilities under WTO and EU Procurement Rules”, *Legal Issues in European Integration*, vol. 1, 145

BUCHANAN 1991, James M., *Constitutional Economics*, Cambridge, Massachussets, USA, Basil Blackwell

BUCHANAN & MUSGRAVE 2000, James M. & Richard A., *Public Finance and Public Choice, Two Contrasting Visions of the State*, 2<sup>a</sup> ed., The MIT Press, Cambridge, Massachussets

BÚRCA 1997, G. de, “The role of equality in European community law”, em Dashwood e O’Leary (eds), *The principle of equal treatment in EC law*, Sweet and Maxwell

CABRAL 1999, Margarida Olazabal, *O Concurso Público no Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra

Calabresi, G. (1980) An Exchange: About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin, *Faculty Scholarship Series*, Paper 1994.

CALVETE 2001, *Sobre a Teoria Das Uniões Aduaneiras*, separata do Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vols 42-4

Campbell, D. (2012) Welfare economics for capitalists: the economic consequences of judge posner, *Cardozo Law Review*, 33, 6, 2233-2274.

CARULO 1999, Antonio, *Lezioni di Diritto Pubblico Dell’Economia*, 2<sup>a</sup> ed., Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Pádua

CATALA 1994, Nicole, *L'Europe et Les Marchés Publics*, Editions Eyrolles, Paris

CATALANO e LOMBARDO 1995, Giuseppe e Salvatore, *L'Analisi Costi-Benefici Nelle Opere Pubbliche, ed Elementi di Analisi Multicriteri*, Palermo, Dario Flaccovio Editore

CATELA 2002, Miguel, *Contratação Pública nos Sectores da Água, Energia, Transportes e Telecomunicações – DL nº 223/2001, de 90 de Agosto, anotado e comentado*, Associação Forum Mercados Públicos, Lisboa

CELENTANI e GANUZA 2001, Marco e Juan-José, “Corruption and Competition in Procurement”, *European Economic Review*, 46, 1273.

CHEN 2008, T.H., “An economic approach to public procurement”, *Journal of Public Procurement* 8, 407–430

Chen, X., 1995. “Directing government procurement as an incentive of production”, *Journal of Economic Integration* 10, pp. 130-140.

CLAWSON E KNETSCH 1966, *Economics of Outdoor Recreation*, Baltimore, Johns Hopkins University Press

COCKBORNE, DEFALQUE, DURAND, PRAHL e VANDERSANDEN 1992, 2ª edição, Jean-Eric, Ludette, Claire, Hasso e Georges, *Commentaire Megret, Le Droit dans la CEE, 1 – Preamble, Principes, Libre Circulation des Merchandises*, Etudes Européennes, Bruxelas, Editions de l'Université de Bruxelles.

Coleman, J. L. (1980) Efficiency, Utility, and Wealth Maximization, *Hofstra Law Review*, 8, 509.

COMISSÃO DA UE,

- 1984, *Communication by the Comission to Council, Public Supply Contracts. Conclusions and Perspectives* COM 84, 717.

- 1996a, *Livro verde: Os Contratos Públicos na União Europeia: Pistas de reflexão para o Futuro* COM 583, 338.

- 1996b, comunicação COM (96) 520, final
- 1997, “Dismantling of Barriers, Public Procurement”, *The Single Market Review*, Subseries III, Volume 2, preparado para a Comissão por Eurostrategy Consultants
- 1998, *Public procurement in the European Union, Communication from the Commission*, de 11 de Março, COM 143 final
- 2000a, *Contratos Públicos: a Comissão propõe a simplificação e a modernização do quadro jurídico*, IP/00/461
- 2000b, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação de fornecimentos públicos, de prestação de serviços públicos e de empreitadas de obras públicas*, COM(2000) 275 final/2
- 2001, *Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar considerações sociais nos contratos públicos*, 15 de Outubro, COM2001 566 final
- 2001b, *Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar considerações ambientais nos contratos públicos*, 4 de Julho, COM2001, 274 final
- 2003, *Comunicação da Comissão ao Parlamento respeitante à posição comum adoptada pelo Conselho tendo em vista a adopção de uma directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimentos e dos contratos públicos de serviços*, SEC/2003/0366 final
- 2003b, *Parecer da Comissão sobre as alterações do Parlamento Europeu à posição comum do Conselho respeitante à proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimentos e dos contratos públicos de serviços*, COM/2003/0503 final

- 2004, *A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future*

COMITÉ DAS REGIÕES 2000, *Opinião sobre a proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimentos e dos contratos públicos de serviços*, COM-6/023

COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL 2000, *Opinião sobre a proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimentos e dos contratos públicos de serviços*, INT/075

- 2005, Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, Estratégia Temática sobre a Poluição Atmosférica, SEC (2005) 1132, 1133, pág. 6.

- 2010, Comunicação da Comissão de 3 de Março de 2010, Europa 2020, Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, Bruxelas, COM(2010) 2020 final.

- 2011, Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da EU. Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa, Bruxelas, COM(2011) 15 final

- 2011 A, “ILCD Handbook: Recommendations for Life Cycle Impact Assessment in the European Context”, EUR 24571 EN – 2011.

- 2012, EU research for the Environment 2007-2013 (2010 revision), Direcção-Geral da Investigação e Inovação, Luxemburgo, EUR 24956

CORREIA 1998, 1999, 2000, Carlos Pinto, “A Teoria da Escolha Pública: Sentido, Limites e Implicações”, em *Boletim de Ciências Económicas*, 241-276, 385-458, 547-594

COSTANZA, R. et al. 1997, “The value of the world’s ecosystem services and natural capital”, *Nature*, 387, 253-260.

COSTANZA, Robert 1998, “The Value of Ecosystem Services: Putting the Issues in Perspective”, *Ecological Economics*, Vol. 25, n° 21

COX , Andrew,

- 1992, “Implementing 1992 Public Procurement Policy: Public and Private Obstacles to the Creation of the Single European Market”, em Arrowsmith e Hartley (eds) 2002, *Public Procurement*, vol. II, The International Library of Critical Writings in Economics, Cheltenham, Edward Elgar

- 1993, *Public Procurement in the European Community, Volume I, The Single Market Rules and the Enforcement Regime After 1992*, Earlsgate Press

COX e FURLONG 1996, Andrew e E., “The jury is still out for utilities procurement”, *Public Procurement Law Review*, 5, 57.

Crane, D. (2009) Chicago, Post-Chicago and Neo-Chicago, *University of Chicago Law Review*, 76.

CULYER 1991, A. J., *The Political Economy of Social Policy*, Aldershot, UK, Gregg Revivals

CUMMINGS E HARRISON, Ronald e Glenn 1995, “The Measurement and Decomposition of Nonuse Values: a Critical Review”, em *Environmental and Resource Economics*, vol. 5, 225-247

Dahlman, C. J. (1979) The Problem of Externality, *Journal of Law and Economics*, 22, 141-162.

DAILY G.C. (Ed.) 1997, *Nature’s Services: Societal Dependence on Natural Ecosystems*, Island, Washington D.C.

DAILY et al. 2000, “The value of nature and the nature of value”, *Science*, 289, Julho, 395-396.

Daly, H. E.; Farley, J. (2010) *Ecological Economics: Principles and Applications*, Washington, D.C, Island Press.



Dasgupta, P.; Sen, A.; Marglin, S. (1972) *Guidelines for Project Evaluation*, New York, United Nations.

DASGUPTA e MASKIN 2000, P. S. e D., “Efficient Auctions”, *Quarterly Journal of Economics*, 115, 341-388

DASGUPTA 2007, Partha, “Commentary: The Stern Review’s Economics of Climate Change”, *National Institute Economic Review*, 199, 4-7

DAVIS LANGDON MANAGEMENT CONSULTING 2007, “Life Cycle Costing (LCC) as a Contribution to sustainable construction: a common methodology, Final Methodology”, Relatório elaborado para a Comissão Europeia

DAVIS e WEINSTEIN, 2003, “Market access, economic geography and comparative advantage: An empirical assessment.”, *Journal of International Economics* 59, 1-23.

DE BOER, LABRO e MORLACCHI 2001, L., E. e P., “A review of methods supporting supplier selection”, *European Journal of Purchasing and Supply Management*, 7, 2, 75-89

DE BOER, LINTHORST, SCHOTANUS e TELGEN, J., 2006, , L., M. M., F., “An analysis of some mistakes, miracles and myths in supplier selection”, Proceedings of the 15th IPSERA Conference, San Diego (EUA), disponível em [http://doc.utwente.nl/57949/1/42Final\\_JT.pdf](http://doc.utwente.nl/57949/1/42Final_JT.pdf)

DEARDORFF e STERN 1998, A. e R., *Measurement of Nontariff Barriers*, University of Michigan Press, Ann Arbor.

DELTAS e EVENETT 1997, G. e S., “Quantitative estimates of the effects of preference policies”. em Hoekman e Mavroidis (eds) 1997, *Law and Policy in Public Purchasing*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 73-92.

DESAIGUES, RABL, AMI, BOUNMYKENE, MASSON, SALOMON, SANTONI, 2007, B., A., D., S., M. e L., “Monetary Value of a Life Expectancy Gain due to Reduced Air Pollution: Lessons from a Contingent Valuation in France”, *Revue d’Economie Politique* 117(5), 675–698.

DESAIGUES, AMI, BARTCZAK, BRAUN-KOHLÓVÁ et al 2011, B., D., A., M., „Economic valuation of air pollution mortality: A 9-country contingent valuation survey of value of a life year (VOLY)”, *Ecological Indicators*, 11, 902-910

DEVOLVE 2002, Pierre, “Marchés Publics: les critères des contrats-maison”, *Revue de Droit de l’Union Européenne*, 1, 53.

DEVINNEY e HIGHTOWER 1991, Timothy e William, *European Markets After 1992*, Lexington Books, Lexington

Dietz, F.; van der Ploeg, F.; van der Straaten, J. (eds.) (1991) Environmental Policy and the Economy, *Contributions to Economic Analysis*, 206, Amsterdam, North-Holland.

DINGEL 1996, Dorte, “Direct Effect of the Government Procurement Agreement”, *Public Procurement Law Review*, 5, 245.

Dimitri 2013, Nicola, “Best Value for Money in Procurement”, *Journal of Public Procurement*, 13, 2, 149-175

DINI, PACINI e VALLETTI 2009. F., R., T., “Scoring rules”, in Nicola DIMITRI, Gustavo FIGA, Giancarlo SPAGNOLO (Eds), *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, Cambridge

DISCHENDORFER e STEMPKOWSKY 2002, Martin e Martin, “The Interplay Between the E.C. Rules on Public Procurement and State Aid”, *Public Procurement Law Review*, 11, NA 47.

DOWNS 1998, Anthony, *Political Theory and Public Choice, The selected Essays of Anthony Downs*, Vol. 1, Cheltenham, UK, Edward Elgar

Dworkin, R. M. (1980) Is Wealth a Value?, *The Journal of Legal Studies*, 9, 2, 191-226.

DYKER 1999, David, *The European Economy*, 2<sup>a</sup> ed., Addison Wesley Longman Limited, Essex

EIM BUSINESS AND POLICY RESEARCH 2004, *The Access of SMEs to Public Procurement Contracts*, Holanda (relatório para a Comissão Europeia)

EMERSON, 1988, M. Emerson, M. Aujean, M. Catinat, P. Goybet e A. Jacquemin. “The Economics of 1992: The E.C. Commission's Assessment of the Economic Effects of Completing the Internal Market”, Oxford University Press, Oxford

EMILIOU e O'KEEFFE 1996, Nicholas e David, *The European Union and World Trade Law*, United Kingdom Association for European Law, John Wiley and Sons.

Epstein, R. A. (1991) Regulation--and Contract--in Environmental Law, *West Virginia Law Review*, 93, 858-891.

ERDMENGER 2003, Christoph (ed.), *Buying into the Environment, Experiences, Opportunities and Potential for Eco-Procurement*, Greenleaf Publishing, Sheffield.

ESTEVES DE OLIVEIRA 1998, Mário e Rodrigo, *Concursos e outros procedimentos de Adjudicação Administrativa, das Fontes às Garantias*, Livraria Almedina, Coimbra.

EUROSTAT 1992, *Input-Output Tables*, Luxemburgo: Office for Official Publications of the European Communities

EVENETT e HOEKMAN, Simon e Bernard,

- 2000, “Government procurement of services: assessing the case for multilateral disciplines”, em Sauve e Stern (Ed), *Services 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington, DC Brookings Institution, 143.

- 2003, “Transparency in Government Procurement: What can we Expect from International Trade Arrangements?”, em Arrowsmithe e Trybus (eds), *Public Procurement, The Continuing Revolution*, The Hague, Kluwer Law International

- 2004, “Government Procurement: Market Access, Transparency, and Multilateral Trade Rules”, *European Journal of Political Economy*, disponível no sítio [www.sciencedirect.com](http://www.sciencedirect.com)

EXTERNE 2004, New Elements for the Assessment of External Costs from Energy Technologies (NewExt). Final Report to the European Commission, DG Research, Technological Development and Demonstration (RTD), disponível em [http://www.ier.uni-stuttgart.de/public/de/organisation/abt/tfu/projekte/newext/newext\\_final.pdf](http://www.ier.uni-stuttgart.de/public/de/organisation/abt/tfu/projekte/newext/newext_final.pdf).

FABER, MANSTETTEN E PROOPS, Malte, Reiner e John 1996, *Ecological Economics, Concepts and Methods*, Cheltenham, UK, Edward Elgar

FAUGERE 1999, Jean-Pierre, *Economie Européenne*, Paris, Dalloz, Presses des Sciences Politiques

FAUSTINO, Paula 2014 “Award Criteria in the new EU Directive on public procurement”, em *P.P.L.R.*, Vol. 3, 124-133.

Feldman, A. M.; Serrano, R. (2006) *Welfare Economics and Social Choice Theory*, United States of America, Springer.

FERNANDEZ MARTÍN 1993, “The european’s commission centralised enforcement of public procurement rules: a critical view”, *Public Procurement Law Review* 2, 40.

FERNANDEZ MARTÍN 1996, *EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Oxford, Clarendon Press.

FERNANDEZ MARTÍN e STEHMAN 1991, José Maria e Oliver, “Product Market Integration versus Regional Cohesion in the Community”, em Arrowsmith e Hartley (eds) 2002, *Public Procurement*, vol. I, The International Library of Critical Writings in Economics, Cheltenham, Edward Elgar

FERREIRA, Eduardo Paz

- 2001, *Direito Comunitário II, (União Económica e Monetária), Relatório*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Suplemento de 2001.

- 2001b, *Direito da Economia*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

- 2004, *Valores e Interesses, Desenvolvimento Económico e Política Comunitária de Cooperação*, Almedina, Coimbra

- 2004b, *Textos de Direito do Comércio Internacional e do Desenvolvimento Económico, volume I, Comércio Internacional*, Almedina, Coimbra

Fiorino, D. J. (2006) *The new environmental regulation*, London, MIT Press.

FLAM 1992, Harry, “Product Markets and 1992: Full Integration, Large Gains?”, *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 6, nº 4, 7

FLAMME e FLAMME 1989, Maurice-André e Philippe, “Enfin L’Europe des Marchés Publics”, *AJDA Actualité Juridique*, Novembro, 651.

FOSTER, BATEMAN E HARLEY, Vivien, Ian J. e David 1998, “Real and hypothetical willingness to pay for environmental preservation: a non-experimental comparison”, em acutt e Mason, Melinda e Pamela (eds), *Environmental Valuation, Economic Policy and Sustainability, Recent Advances in Environmental Economics*, Cheltenham, UK, Edward Elgar

FRANCO 1992, António de Sousa, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 4ª ed, Almedina, Coimbra

FRANK, Robert H. 1994, *Microeconomia e Comportamento*, Alfragide, McGraw-Hill

FRANCOIS, NELSON, e PALMETER, 1997, J. D. e D., “Government procurement in the U.S.: a post-Uruguay round analysis”, em HOEKMAN e MAVROIDIS (ed), *Law and Policy in Public Purchasing*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 105.

Freeman, A. M. (1984) Depletable Externalities and Pigouvian Taxation, *Journal of Environmental Economics and Management*, 11, 173-179.

Freeman, J.; Kolstad, C. D. (eds.) (2006) *Moving to Markets in Environmental Regulation: Lessons from Twenty Years of Experience*, New York, Oxford University Press.

GARDINER, Stephen 2004, “Ethics and Global Climate Change”, *Ethics*, 114, 555-600.

GARROD E WILLIS, Guy e Kenneth G. 1999, *Economic Valuation of the Environment, Methods and Case Studies*, Cheltenham, UK, Edward Elgar

GEMMEL 1993, Norman, *The Growth of the Public Sector, theories and International Evidence*, Edward Elgar, Aldershot

GEROSKY 1990, P. A., “Procurement Policy as a Tool of Industrial Policy”, em Arrowsmith e Hartley (eds) 2002, *Public Procurement*, vol. I, The International Library of Critical Writings in Economics, Edward Elgar, Cheltenham

GLIOZZO 2002, Thomas, “L’Utilisation de Critères Additionnels dans la Passation des Marchés Publics par Appel d’Offres”, *AJDA Actualité Juridique*, Dezembro, 1471.

GOLLIER, KOUNDOURI e PANTELIDES, C., P. e T. 2008, “Decreasing discount rates: economic justifications and implications for long-run policy”, *Economic Policy*, Vol. 23 (56), 757–95.

Goodstein, E. S.; Polasky, S. (2013) *Economics and the Environment*, United States of America, Wiley.

GOULDER e STAVINS, L. e R. 2002, “Discounting: an eye on the future”, *Nature*, 419, 673–74.

Gowdy, J. M. (2004) The Revolution in Welfare Economics and Its Implications for Environmental Valuation and Policy, *Land Economics*, 80, 2, 239-257.

GREFFE 1994, Xavier, *Économie des Politiques Publiques*, Paris, Dalloz

GROSSMAN 1993, Gene (ed.), *Imperfect Competition and International Trade*, 2ª ed., The MIT Press

GROSSMAN e HELPMAN, Gene e Elhanan,

- 1990, “Trade, Innovation and Growth”, *The American Economic Review*, vol. 80, nº 2, 86.

- 1990b, “Comparative Advantage and Long-Run Growth”, em Kowalczyk (ed.) 2000, *Economic Integration and International Trade*, Edward Elgar
- 1991, “Economic Integration and Endogenous Growth”, em GROSSMAN (ed.) 1996, *Economic Growth, Theory and Evidence*, Edward Elgar
- 1991b, “Trade, Knowledge Spillovers and Growth”, *European Economic Review*, 35, 517.
- 1992, *Innovation and Growth in the Global Economy*, 2ª ed., The MIT Press
- HAAGSMA 1998, “The European pilot project on remedies in public procurement”, *Public Procurement Law Review*, 8, CS25.
- Hackett, S. C. (2006) *Environmental and Natural Resources Economics: Theory, Policy, and the Sustainable Society*, New York, M.E. Sharpe, Inc.
- Hahn, F. (1973) *On the notion of equilibrium in economics*, Cambridge, Cambridge University Press.
- HANEMANN, Michael 1994, “Valuing the Environment Through Contingent Valuation”, em *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 8, nº 4, 19-43
- HANLEY E SPASH, Nick e Clive, 1993, *Cost-Benefit Analysis and the Environment*, Cheltenham, UK, Edward Elgar
- HANLEY, Nick 1999, “Cost-benefit analysis of environmental policy and management”, em van der Bergh, *Handbook of Environmental and Resource Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 824-836.
- HANLEY e BARBIER, Nick e Edward 2009, *Pricing Nature, Cost-benefit analysis and Environmental Policy*, Edward Elgar, Cheltenham
- HARROP 2000, Jeffrey, *The Political Economy of Integration in the European Union*, 3ª ed., Cheltenham, Edward Elgar

- HARTLEY e UTTLEY 1994, “The single European market and public procurement policy: the case of the United Kingdom”, *Public Procurement Law Review*, 3, 114
- Harvey, D. (2005) *A Brief History of Neoliberalism*, New York, Oxford University Press.
- Hausman, J. A. (ed.) (1993) *Contingent Valuation: A Critical Assessment. Contributions to Economic Analysis*, 220, Amsterdam, North-Holland.
- HELM 2000, Dieter, “The Economic Borders of the State”, em *The Economic Borders of the State*, Clarendon Paperbacks, Oxford University Press
- HELPMAN e KRUGMAN 1985, Eugene e Paul, *Market Structure and Foreign Trade*, MIT Press, Cambridge, MA
- HEPBURN e KOUNDOURI, C. e P. 2007, “Recent advances in discounting: implications for forest economics”, *Journal of Forest Economics*, Vol. 13 (2–3), 169–89
- HERANDER e SCHWARTZ 1982, M. e J. B., “The impact of government price discrimination and its equivalence with the tariff”, *Weltwirtschaftliches Archiv* 118, 525-545.
- HERRERO, Luís Jimenez 1997, “Perspectiva Económica”, em *El Analisis Interdisciplinar de la Problemática Ambiental*, Madrid, Fundación Universidad-Empresa
- HILLGER 2002, Jens, “The Award of a Public Contract as State Aid within the Meaning of Article 87 (1) EC”, *Public Procurement Law Review*, 12, 109.
- HITIRIS 1998, T., *European Union Economics*, 4ª ed., Wiltshire, Pearson Education.
- HOEKMAN e MAVROIDIS 1995, B. e C., “The WTO’s Agreement on Public Procurement: Expanding Disciplines, Declining Membership”, *Public Procurement Law Review*, 4, 63.
- HOEKMAN e KOSTECKI 2001, B. e M., *The Political Economy of the World Trading System: The WTO and Beyond.*, Oxford Univ. Press, Oxford.



HOENEVENAGEL, Ruud 1994, “A Comparison of Economic Valuation Methods”, em Pethig, Rudiger (ed), *Valuing the Environment: Methodological and Measurement Issues*, Dordrecht, Kluwer Academic

HOLLAND, HUNT, HURLEY, NAVRUD e WATKISS 2005, Mike, Alistair, Fintan, Stale e Paul, “*Methodology for the Cost-Benefit analysis for CAFE: Volume 1: Review of Methodology*”, disponível em [http://ec.europa.eu/environment/archives/cape/pdf/cba\\_methodology\\_vol1.pdf](http://ec.europa.eu/environment/archives/cape/pdf/cba_methodology_vol1.pdf).

HOLT 1979, C. A. Jr., “Uncertainty and the Bidding for Incentive Contracts”, *Amer. Econ. Rev.*, 69, 697-705

Holzinger, K.; Knill, C.; Arts, B. (2008) *Environmental Policy Convergence in Europe: The Impact of International Institutions and Trade*, New York, Cambridge University Press.

HOOGEVEEN 2014, Robbert, “*Some Award Methods are more prone to problems than others, An Empirical Analysis fo the Relationship Between Award Methods in the Economically Most Advantageous Tender and Problems in Dutch Public Procurement*”, Master Thesis, disponível em <http://essay.utwente.nl/66317/1/Hoogveen%2C%20R.J.L.%2C%20%20faculteit%20Management%20en%20Bestuur.pdf>

HUPKE 1997, E, “Public procurement in central and eastern Europe”, *Public Procurement Law Reiview*, 6, 49

INÁÑEZ 2002, Santiago González-Varas, “La Reforma de las Directivas Comunitarias de la contratación Pública”, *Revista de Derecho Comunitário Europeu*, nº 13, ano 6, 961.

IMF, *Government Finance Statistics*, Washington, DC (1993, 1995).

JACOBS 1994, F G, *The European Internal Market and International Trade: a Legal Analysis*, Oxford European Community Law series

JACQUEMIN e SAPIR 1991, Alexis e André, “Europe Post-1992: Internal and External Liberalization”, *The American Economic Review*, vol.81, nº 2, 166.

JOHANSSON, Per-Olov 1999, “Theory of economic valuation of environmental goods and services”, em Van den Bergh, Jeroen, *Handbook of Environmental and resource Economics*, Cheltenham, UK, Edward Elgar

JOSON 1985, S., The GATT agreement on government procurement: Canada and Australia. *Australian Economic Papers* 20, 76-94.

Jones, C. (2005) *Applied Welfare Economics*, New York, Oxford University Press Inc.

JOSSAUD 2002, Alain, “Pour un Droit Public des Marchés”, *AJDA, L’Actualité Juridique*, Dezembro, 1481.

Just, R. E.; Hueth, D. L.; Schmitz, A. (2004) *The Welfare Economics of Public Policy: A Practical Approach to Project and Policy Evaluation*, Northampton, Edward Elgar Publishing Limited.

KANARAS 2000, “Enlarging the scope of public procurement: the EU expansion to central and eastern Europe”, *Public Procurement Law Review*, 10, 109

KARRER 1992, Alexandre, “La Libéralisation des Achats Publics dans le Cadre du GATT”, em Michel, Nicolas, *Aspects du Droit des Marchés Publics*, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg Suisse

KEENEY 1992, R.L., *Value-Focused Thinking: a Path to Creative Decision-making*, Harvard University Press, Cambridge

KEENEY 2002, R.L., “Common mistakes making value trade-offs”, *Operations Research* 50, 6, 935–945

KELMAN, S.

- 1990, “*Procurement and Public Management*”, Washington D. C., The American Enterprise Institute Press.

- 2002 , “ Remaking federal procurement”, *Public Contracts Law Journal* 31, 581–662.

KLEMPERER 2004, P., *Auctions: Theory and Practice*, Princeton University Press, Princeton, Oxford

KIM 1994. I., "Price-preference vs. tariff policies in government procurement auctions", *Economics Letters* 45, 217-222.

KOLSTAD 2011, C., *Environmental Economics*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford

KOVACIC 1998, William, "The Civil False Claims Act as a Deterrent to Participation in Government Procurement Markets", em Arrowsmith e Hartley (eds) 2002, *Public Procurement*, vol. I, The International Library of Critical Writings in Economics, Cheltenham, Edward Elgar

Kraan, D. J.; in't Veld, R. J. (eds.) (1991) *Environmental Protection: Public or Private Choice*, Springer Science+Business Media, B.V., Netherlands.

Kronman, A. T. (1980) Wealth maximization as a normative principle. *The Journal of Legal Studies*, 9, 2, 227-242.

KRUGMAN, Paul:

- 1991, "Increasing Returns and Economic Geography", *Journal of Political Economy*, vol 99, nº 3, 483.

- 1991b, *Geography and Trade*, 2ª ed., Leuven, Leuven University Press e London, The MIT Press

- 1997, "Is Free Trade Passé?", *Journal of Economic Perspectives*, 1, 131.

KRUGMAN e OBSTFELD 2003, Paul e Maurice, *International Economics: Theory and Policy*, 6ª ed., World Student Series, Addison Wesley.

KRUGMAN e VENABLES, Paul e Anthony, "Globalization and the Inequality of Nations", *Quarterly Journal of Economics*, 110, 857.

- 1996, "Integration, Specialization, and Adjustment," *European Economic Review* 40, 959-67.

KRUGNER 2003, Mathias, “The Principles of Equal Treatment and Transparency and the Commission Interpretative communication on Concessions”, *Public Procurement Law Review*, 12, 181.

KRUPNICK, ALBERINI, CROPPER, SIMON, O'BRIEN, GOEREE e HEINTZELMAN 2002, Alan, Anna, Maureen, Nathalie, Bernie, Ron, e Martin, “Age, Health, and the Willingness to Pay for Mortality Risk Reductions: A Contingent Valuation Survey of Ontario Residents”. *J Risk and Uncertainty*, vol. 24(2), 161-186.

KRUTILLA e FISHER, J.V. e A.C. 1985, *The Economics of Natural Environments*, Baltimore, MD: Johns Hopkins Press.

Kuklys, W. (2005) *Amartya Sen's Capability Approach Theoretical Insights and Empirical Applications*, Berlin, Springer-Verlag Berlin Heidelberg.

Kula, E. (1998) *History of Environmental Economic Thought*, London, Routledge.

KUNZLIK, Peter,

- 1998, “Environmental Issues in International Procurement”, em ARROWSMITH e DAVIES (eds), *Public Procurement, Global Revolution*, Kluwer Law International

- 2002, Making the Market Work for the Environment: Acceptance of (Some) Green Contract Award Criteria in Public Procurement”, em *Journal of Environmental Law*, vol 10, Oxford University Press

LAFFONT 1994, Jean-Jacques, *Fundamentals of Public Economics*, versão inglesa com tradução de John Bonin e Hélène Bonin, MIT Press

LAFONT e MARTIMORT 2002, J. e D., *The Theory of Incentives, The Principal-Agent Model*, Princeton, Princeton University Press.

LAFFONT e TIROLE, J. e J.,

- 1991, “Auction design and favoritism”, *International Journal of Industrial Organization* 9, 9.

- 1991b, “The Politics of Government Decision-Making: a Theory of Regulatory Capture”, *The Quarterly Journal of Economics*, 2, 1089.

- 1993, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge, MA: MIT Press.

Lawn, P. A. (2000) *Toward sustainable development: an ecological economics Approach*, Boca Raton, CRC Press.

LINARELLI 2003, John, “The WTO Transparency Agenda: Law, Economics and International Relations Theory”, em ARROWSMITH e TRYBUS, *Public Procurement: the Continuing Revolution*, The Hague, Kluwer Law International

LIND, R.C. 1999, “Analysis for intergenerational decision making”, em Portney e Weyant (eds.), *Discounting and Intergenerational Equity*, Washington DC, Resources for the Future

LOWINGER, 1976, T, “Discrimination in government procurement of foreign goods in the US and Western Europe”, *Southern Economic Journal* 42, 451-460.

LUCAS 1988, Robert E., “On the Mechanics of Economic Development”, em GROSSMAN (ed.) 1996, *Economic Growth, Theory and Evidence*, Cheltenham, Edward Elgar

LUNDBERG e MARKLUND 2011, S. e P., “The pivotal nature of award methods in green public procurement”, *Environmental Economics* 2, 3, 64–73

MADSEN 2002, Poul, “Re-opening the Debate on the Lack of Impact of E.U.-tenders on the Openness of Public Procurement”, *Public Procurement Law Review*, 5, 265.

Mankiw, N. G. (2012) *Principles of Economics*, United States of America, South-Western Cengage Learning.

MARAIS 2003, Bertrand du, *Droit Publique de la Régulation Économique*, Presses de Sciences PO et Dalloz

Marques, R. C.; Sanford Berg, S. (2009) Revisiting the strengths and limitations of Regulatory contracts in infrastructure industries, *Journal of Infrastructure Systems*, 16.

MARTIN e ROGERS 1995, P. e C A, “Industrial location and public infrastructure”, *Journal of International Economics* 39, 335-351

MARTIN e HARTLEY 1997, “Public Procurement in the European Union: Issues and Policies”, *Public Procurement Law Review*, 6, 92

MARTINEZ-ALLIER e O’CONNOR, J. e M. 1999, “Distributional issues: an overview”, in van den Bergh, Jeroen (ed.), *Handbook of Environmental and Resource Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton.

MASTANDUNO 1991., M, “Do relative gains matter? America's response to Japanese industrial policy”, *International Security* 16, 73-113

MATEUS, FERREIRA, CARREIRA 2010, R., J. A. e J., “Full disclosure of tender evaluation models: background and application in Portuguese public procurement”, *Journal of Purchasing & Supply Management* 16, 206–215

MATTOO 1996, Aaditya, "The Government Procurement Agreement: Implication of Economic Theory", em Arrowsmith e Hartley (eds) 2002, *Public Procurement*, vol. II, The International Library of Critical Writings in Economics, Cheltenham, Edward Elgar

MAURO 1998, P., “Corruption and the Composition of Government Expenditure”, *Journal of Public Economics* 69, 263.

MAYER 1977, W, “The national defense tariff argument reconsidered”, *Journal of International Economics* 7, 363-377

MCAFEE e MCMILLAN, Preston e John:

- 1987, “Auctions and Bidding”, *Journal of Economic Literature*, 25, 699-738

- 1989, *Incentives in Government Contracting*, University of Toronto Press

- 1989b, "Government procurement and international trade", *Journal of International Economics* 26, 291.

MCCRUDDEN, Christopher,

- 1998, "Social Policy Issues in Public Procurement", em Arrowsmith e Davies (eds), *Public Procurement, Global Revolution*, Kluwer Law International

- 1999, "International Economic law and the Pursuit of Human Rights: a Framework for Discussion of the Legality of Selective Purchasing laws under the WTO Government Procurement Agreement", em Arrowsmith e Hartley (eds) 2002, *Public Procurement*, vol. I, The International Library of Critical Writings in Economics, Cheltenham, Edward Elgar

MCDONALD e DEARDEN, 1994, Frank e Steven, *European Economic Integration*, 2ª ed., Londres, Longman Publishing Group.

MCGUIRE e RIORDAN 1995, M, "Incomplete information and optimal market structure: public purchases from private providers", *Journal of Public Economics* 56, 125-141.

MCLACHLAN 1995, D. L., "Discriminatory Public Procurement, EC Integration and the Role of Bureaucracy", *Journal of Common Market Studies*, vol. 23, nº 4

MCMILLAN, HANLEY E LIENHOOP, Douglas, Nick e Nele 2006, "Contingent Valuation: Environmental Polling or Preference Engine?", em *Ecological Economics*, 299-307

MIDDLETON 1996, Roger, *Government Versus the Market, The Growth of the Public Sector, Economic Management and British Economic Performance*, Cheltenham, UK, Edward Elgar

Meade, J. E. (1952) External Economies and Diseconomies in a Competitive Situation, *The Economic Journal*, 62, 54-57.

Milgrom, P. R.

- 1979, "A Convergence Theorem for Competitive Bidding with Differential Information", *Econometrica*, 47, 679-688

- 2004, *Putting Auction Theory to Work*, Cambridge University Press, Cambridge

MILLER 1956, G. A., “The Magical Number Seven, Plus or Minus Two: Some Limits on Our Capacity for Processing Information”, *The Psychological Review*, 63, 81-97

MILLETT 2001, Timothy, “Les Marchés Publics en Droit Communautaire”, em *Revue du Marché Commum et de l’Union Européenne*, 452, 622.

Mishan, E. J. (1971) The Postwar Literature on Externalities: An Interpretative Essay, *Journal of Economic Literature*, 9, 1-28.

Mishan, E. J.; Quah, E. (2007) *Cost Benefit Analysis*, Oxon, Routledge.

MISHRA 1999, Ramesh, *Globalization and the Welfare State*, Cheltenham, UK, Edward Elgar

MIYAGIWA 1991, Kaz, “Oligopoly and discriminatory government procurement policy”, *American Economic Review* 81, 1320-1328

MONCADA 2000, Luís Cabral de, *Direito Económico*, 3ª ed, Coimbra Editora, Coimbra

MOLINA 1994, Jose Antonio Moreno, “Las Nuevas Directivas sobre Contratos Públicos”, *Estado e Direito*, 13, 63.

MOLLE 1997, Willem, *The Economics of European Integration, Theory, Practice, Policy*, 3ª ed., Aldershot, Ashgate Publishing Limited.

Moore, M. A.; Boardman, A. E.; Vining, A. R.; Weimer, D. L.; Greenberg, D. H. (2004) “Just Give Me a Number!” Practical Values for the Social Discount Rate, *Journal of Policy Analysis and Management*, 23, 4, 789-812.

MORRIS 1990, P. E., “Legal Regulation of Contract Compliance: an Anglo-American Comparison”, em Arrowsmith e Hartley (eds) 2002, *Public Procurement*, vol. I, The International Library of Critical Writings in Economics, Cheltenham, Edward Elgar

MUSGRAVE e MUSGRAVE 1989, Richard e Peggy, *Public Finance in Theory and Practice*, 5ª ed., McGraw-Hill International Editions



MYLES 1995, Gareth, *Public Economics*, Cambridge University Press, Cambridge

NAEGELEN e MOUGEOT, Florence e Michel,

- 1998, “Discriminatory public procurement and cost reduction incentives”, *Journal of Public Economics*, disponível no sítio [www.sciencedirect.com](http://www.sciencedirect.com)

- 2004, “A Political Economy Analysis of Preferential Public Procurement Policies”, *European Journal of Political Economy*, 10, 124.

Neto, A. C.; Morais, J. L. B. (2011) O segundo movimento law and economics, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re)aproximação ao (estado de) direito contemporâneo, *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, 4, 56-76.

NEUMAYER, Eric 2007, “A missed opportunity: The Stern Review on climate change fails to tackle the issue of non-substitutable loss of natural capital”, *Global Environmental Change*, 17, 297-301.

Newell, R. G.; Stavins, R. N. (2000) A Two-Way Street Between Environmental Economics and Public Policy, in Stavins, R. N. (ed.) *Environmental Economics and Public Policy: Selected Papers of Robert N. Stavins*, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, Inc.

NICOLAIDES 2002, P., “Distortive Effects of Compensatory Aid Measures: a Note on the Economics of the Ferring Judgment”, em *European Common Law Review*, 6, 313.

NISKANEN 1994, WILLIAM A., *Bureaucracy and Public Economics*, Edward Elgar, Aldershot

NORDHAUS, W.D. 2007, “A review of the Stern review of the economics of climate change”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 45 (3), 686–702, disponível em <http://nordhaus.econ.yale.edu/SternReviewD2.pdf>

NUNES, A. J. AVELÃS

- 1998, António José Avelãs, *Economia Política: a produção, mercados e preços*, SASUC, Serviços de Textos, Coimbra
- 2002, *Neoliberalismo, Globalização e Desenvolvimento Económico*, Separata do Boletim de Ciências Económicas, Coimbra
- 2003, *Neoliberalismo e Direitos Humanos*, Lisboa, Caminho editora
- 2008, *Uma Volta ao Mundo das Ideias Económicas, Será a Economia uma Ciência?*, Coimbra, Almedina

O'Hara P. A. (ed.) (1999) *Encyclopedia of Political Economy*, London, Routledge.

OTTAVIANO e PUGA 1997, Gianmarco e Diego, "Agglomeration in the Global Economy", *World Economy* 21, 701-31

OCDE

- 2003, *The Environmental Performance of Public Procurement*, OCDE, Paris
- 2008, *Key environmental indicators*, OECD, Paris.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO 1996, Singapore Ministerial Declaration, WT/MIN(96)/DEC. , OMC, Geneva

PAGE 2006, Edward, *Climate Change, Justice and Future Generations*, Cheltenham e Northampton, Edward Elgar

PARASKEVOPOULOS, GRINSPUN e GEORGAKOPOULOS 1996, Christos, Ricardo e Theodore, (eds), *Economic Integration and Public Policy in the European Union*, Cheltenham, Edward Elgar

Parisi, F. (2004), Positive, Normative and Functional Schools In Law and Economics, *European Journal of Law and Economics*, 18, 3.

PARKER e HARTLEY 1997, "The Economics of Partnership Sourcing versus Adversarial Competition: a critique", *European journal of purchasing and supply management*, 3, 115.

PARLAMENTO EUROPEU

- 2002, *Position of the European Parliament adopted at first reading on 17 January 2002 with a view to the adoption of the European Parliament and Council Directive on the coordination of procedures for the award of public supply contracts, public service contracts and public works contracts*, OJ C 271 E/176.

- 2004, *Relatório sobre o projecto comum, aprovado pelo Comité de Conciliação, de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimentos e dos contratos públicos de serviços*, A5-0007/2004

PEARCE, D.W.

- 1983, *Cost–Benefit Analysis* (2<sup>a</sup> ed), Basingstoke: Macmillan.

- 1987 *Roads to commensurability*, *Synthese Library*, 187, Dordrecht, D. Reidel Publishing Company.

- 1998, *Economics and Environment, Essays on Ecological Economics And Sustainable Development*, Cheltenham, UK, Edward Elgar

- 2000, “Valuing Risks to Life and Health: Towards Consistent Transfer Estimates in the European Union and Accession States”, Relatório para DGXI, Comissão Europeia, Bruxelas, disponível em [www.cserge.ucl.ac.uk](http://www.cserge.ucl.ac.uk)

- 2001, “Energy Policies and Externalities: an Overview”, Relatório preparado para a Agência de Energia Nuclear da OCDE no seguimento de um workshop sobre Energy policy and Externalities: the Life Cycle Analysis Approach, Paris, disponível em [http://www.ucl.ac.uk/cserge/NEA%20 %20Energy%20Policy%20and%20Externalities .pdf](http://www.ucl.ac.uk/cserge/NEA%20%20Energy%20Policy%20and%20Externalities.pdf)

- 2003, *Conceptual Framework for Analysing the Distributive Impacts of Environmental Policies*, Relatório preparado para o OECD Environmental Directorate Workshop On the Distribution of Benefits and Costs of Environmental Policies, disponível em <http://www.ucl.ac.uk/~uctpa36/oecd%20distribution.pdf>

PEARCE E MORAN, David e Dominic 1994, *O Valor Económico da Biodiversidade*, Lisboa, Instituto Piaget

PEARCE E TURNER, David W. e R. Kerry 1995, *Economía de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente*, Carlos Balboa e Pablo Palacin (trad.), Madrid, Celeste Ediciones

PEARCE, D.W. et al 2006, *Cost Benefit Analysis and the Environment, Recent Developments*, OECD

PEETERS 1993, “Incentives in Government Procurement Contracts”, *Public Procurement Law Review*, 4, 197.

PERERA, MORTON, PERFREMENT 2009, Oshani, Barbara e Tina, *Life Cycle Costing in Sustainable Public Procurement: A Question of Value, A white paper from IISD*, International Institute for Sustainable Development (IISD), disponível em [http://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2009/life\\_cycle\\_costing.pdf](http://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2009/life_cycle_costing.pdf)

PEREIRA 1994, Paula Cristina Fragão, *Contributo para o Estudo das Directivas sobre Contratos Públicos*, Dissertação de Mestrado em Integração Europeia pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Perman, R.; Ma, Y.; McGilvray, J.; Common, M. (2003) *Natural Resource and Environmental Economics*, Pearson Education, Edinburgh.

PETHIG, R. 1991, “Problems of irreversibility in the control of persistent micro-pollutants”, in Opshoor e Pearce (ed), H. e D. W., *Persistent Pollutants: Economics and Policy*, Dordrecht, Kluwer.

Pertsova, C. C. (2008) *Ecological Economics: Research Trends*, New York, Nova Science Publishers, Inc.

PICTET e BOLLINGER 2003, J., D., *Adjudger un Marché aux Mieux-Disant : Analyse Multicritère, Pratique et Droit des Marchés Publics*, Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, Collection Diriger L’Entreprise, Lausanne

PIERSON 1992, Christopher, *Beyond the Welfare State?*, Cambridge, UK, Polity Press

Pitofsky, R. (2008) *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, USA, Oxford University Press.

POLLAK E WACHTER, Robert e Michael, “The Relevance of the Household Production Function and Its Implications for the Allocation of Time”, em *The Journal of Political Economy*, Vol. 83, No. 2., 1975, 255-278.

PORTNEY, Paul 1994, “The Contingent Valuation Debate: Why economists Should Care”, em *Journal of economic Perspectives*, vol. 8 n° 4, 3-1

Portney, P. R.; Weyant, J. P. (eds.) (1999) *Discounting and Intergenerational Equity*, Washington, DC, Resources of the Future.

PORTO, M. C LOPES

- 2001, *Teoria da Integração e Políticas Comunitárias*, 3ª ed., Coimbra, Almedina

- 2014, *Economia: um texto introdutório*, 4ª ed., Edições Almedina, Coimbra

Posner, R. (1980), The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, *Hofstra Law Review*, 8, 487.

Posner, R. (1981), A Reply to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory of the Common Law, *Hofstra Law Review*, 9, 775.

PUGA 1999, Diego, "The Rise and Fall of Regional Inequalities," *European Economic Review*, 43, 303.

PUTTERMAN & RUESCHEMEYER 1992, Louis & Dietrich *State and Market in Development, Synergy or Rivalry?*, Colorado, USA, Lynne Rienner Publishers

REICH 1997, Arie, “The New GATT Agreement on Government Procurement: The Pitfalls on Plurilateralism and Strict Reciprocity”, em Arrowsmith e Hartley (eds) 2002, *Public Procurement*, vol. II, The International Library of Critical Writings in Economics Edward Elgar, Cheltenham

RIBEIRO, José J. Teixeira,

- 1994, *Reflexões sobre a Política de Estabilização*, Separata do Boletim de Ciências Económicas

- 1995, *Lições de Finanças Públicas*, 5ª edição, Coimbra, Coimbra Editora

- 1996, *Sobre os Bens Meritórios*, Separata do Boletim de Ciências Económicas

RIVERA-BATIZ e ROMER 1991, Luis e Paul, “Economic Integration and Endogenous Growth”, *The Quarterly Journal of Economics*, 3, 531.

ROMER, Paul

- 1986, “Increasing Returns and long-Run Growth”, em GROSSMAN (ed.)

- 1996, *Economic Growth, Theory and Evidence*, Cheltenham, Edward Elgar

- 1987, “Growth Based on Increasing Returns Due to Specialization”, em GROSSMAN (ed.) 1996, *Economic Growth, Theory and Evidence*, Cheltenham, Edward Elgar

ROSE e KVERNDOKK, Adam e Snorre 1999, “Equity in environmental policy with an application to global warming”, van den Bergh, Jeroen (ed.), *Handbook of Environmental and Resource Economics*, Cheltenham, Edward Elgar

ROSE-ACKERMAN 1995, S, “The political economy of corruption”, *Viewpoint* vol. 74, World Bank, Washington, DC.

ROSE-ACKERMAN 1995b, S, “Redesigning the State to fight corruption”, *Viewpoint* vol. 75, World Bank, Washington, DC.

ROSENBERGER e LOOMIS, R.S. e J.B. 2001, “*Benefit transfer of outdoor recreation use values: A technical document supporting the Forest Service Strategic Plan (2000 revision)*”. U.S. Department of Agriculture, Forest Service, disponível em [http://www.fs.fed.us/rm/pubs/rmrs\\_gtr072.pdf](http://www.fs.fed.us/rm/pubs/rmrs_gtr072.pdf).

ROSENBERGER e PHIPPS 2001, *Improving the validity of benefit transfers: a site correspondence model and meta-analysis transfer*, RRI Research Paper 2001-6, Morgantown, WV: Regional Research Institute, West Virginia University.

RUTH, Matthias 1999, “Physical principles and environmental economic analysis”, em Van den Bergh, Jeroen, *Handbook of Environmental and resource Economics*, Cheltenham, UK, Edward Elgar

SAGOFF, M. 1988, *The Economy of the Earth*, Cambridge, MA: Cambridge University Press

SAMUELS 1989, Warren J. (ed.), *Fundamentals of the Economic Role of Government*, New York, Greenwood Press

Samuleson e Nordhaus 2010, P. e W., *Economics*, 19<sup>a</sup> ed., McGraw-Hill/Irwin, Nova Iorque

SAPIR 1992, André, “Regional Integration in Europe”, *The Economic Journal*, 102, 1491.

Schneider, F.; Weck-Hannemann, H. (2005) Why Is Economic Theory Ignored in Environmental Policy Practice?, in Böhringer, C.; Lange, A. (eds.) *Applied Research in Environmental Economics*, Mannheim, Centre for European Economic Research (ZEW), 257-275.

SHESHETER E FREEMAN, Mordechai e Shirra 1994, “Nonuse Value: Reflections on the Definition and Measurement”, em Pethig, Rudiger (ed), *Valuing the Environment: Methodological and Measurement Issues*, Dordrecht, Kluwer Academic

SOUNDRY, 2003, O., “A Cost Effective Policy in Competitive Bidding for Public Contracts”, in *German Working Papers in Law and Economics* 5, disponível em <http://www.nottingham.ac.uk/~llzwww/pprg/PhDConf2003ohad.pdf>

SPASH e CLAYTON, C. e A. 1995, “Strategies for the Maintenance of Natural Capital”, disponível em [http://mpra.ub.uni-muenchen.de/38273/1/MPRA\\_paper\\_38273.pdf](http://mpra.ub.uni-muenchen.de/38273/1/MPRA_paper_38273.pdf).

SPULBER 1997, Nicholas, *Redefining the State Privatisation and Welfare Reform in Industrial and Transitional economies*, Cambridge, Cambridge University Press

STAPENHURST e LANGSETH 1997, Frederick e Petter, “The Role of the Public Administration in Fighting Corruption”, em Arrowsmith e Hartley (eds) 2002, *Public Procurement*, vol. I, The International Library of Critical Writings in Economics, Cheltenham, Edward Elgar

Stavins, R. N. (1998) Market-Based Environmental Policies, *Discussion Paper*, 98-26.

Stavins, R. N. (1998) Market-Based Environmental Policies, in Portney, P. R.; Stavins, R. N. (eds.) *Public Policies for Environmental Protection*, Washington, DC, Resources of the Future.

Stavins, R. N. (2001) Experience with Market-Based Environmental Policies, *Discussion Paper*, 1-58.

Steger, M. B.; Roy, R. K. (2010) *Neoliberalism: A Very Short Introduction*, New York, Oxford University Press.

STERN, Nicholas 2007, *The Economics of Climate Change: the Stern Review*, Cambridge University Press.

Steven A. Y. Lin (ed.) (1976) *Theory and Measurement of Economic Externalities*, New York, Academic Press, Inc.

STIGLITZ 1998, “Redefining the Role of the State”, *World Bank Report*, site do Banco Mundial ([www.worldbank.org](http://www.worldbank.org))

Stiglitz, J. E.; Walsh, C. E. (2006) *Economics*, New York, W. W. Norton & Company.

SUDGEN e WILLIAMS, R. e A. 1978, *The Principles of Practical Cost–Benefit Analysis*, Oxford: Oxford University Press

SWAN 2000, Dennis, *The Economics of Europe, From Common Market to European Union*, nova edição, Londres, Penguin Books

SWARR, HUNKEKER, KLOPFER, PESONEN, CIROTH, BRENT e PAGAN 2011, *Environmental Life Cycle Costing: a Code of Practice*, Pensacola, SETAC Press



TANZI e DAVOODI 2002, V. e H., “Corruption, growth, and public finances”, em Abed e Gupta (eds), *Governance, Corruption, and Economic Performance*, International Monetary Fund, Washington, DC, 197-222.

TANZI e SCHUKNECHT 2000, *Public Spending in the 20 Century, A Global Perspective*, Cambridge University Press

TEEB:

- 2010, *The Economics of Ecosystems and Biodiversity: Ecological and Economic Foundations*, London and Washington D.C., Earthscan, disponível em [www.teebweb.org](http://www.teebweb.org).

- 2014, *The Economics of Ecosystems and Biodiversity: Challenges and Responses*, Oxford, Oxford University Press, disponível em [www.teebweb.org](http://www.teebweb.org).

TELGEN e DE BOER 1997, “Experience with the EC directives on public procurement: a survey of Dutch municipalities”, *Public Procurement Law Review* 6, 121

TELGEN e SCHOTANUS, F., 2010, J., e F., “*The effects of full transparency in supplier selection on subjectivity and bid quality*”, In Proceedings of the Fourth International Public Procurement Conference, Seoul, disponível em <http://doc.utwente.nl/74072/1/effects.pdf>

Thai, K. V.; Rahm, D.; Cogburn, J. D. (2007) *Handbook of globalization and the environment*, Boca Raton, CRC Press.

TIETENBERG, Tom 2003, *Environmental and Natural Resource Economics*, Boston, Pearson Education

TIETENBERG E LEWIS, Tom e Lynne 2009, *Environmental & Natural Resource Economics*, 8ª ed., Boston, Pearson Education

TIZZANO 2004, Antonio, *Trattati dell’Unione Europea e della Comunità Europea*, Milão, Giuffrè Editore.

TOBLER 2000, “Encore: women’s clauses in public procurement under community law”, *European Law Review*, 25, 618

TREPTE 1993, Peter-Armin, *Public Procurement in the EC*, CCH Editions

TRIANAPHYLLOU e MANN 1989, E. e S., “An Examination of the Effectiveness of Multi-Dimensional Decision-Making Methods: A Decision-Making Paradox”, *International Journal of Decision Support Systems*, 5, 303-312

TRIANAFULLOU e MARDAS 1995, Dimitri e Dimitri, “Criteria for Qualitative Selection on Public Procurement: a Legal and Economic Analysis”, *Public Procurement Law Review*, 4, 145.

TRIONTETTI, Federico

- 2000, “Discriminatory public procurement and international trade”, *World Economy* 23, 57-76.

- 2000b "Public Procurement and International Trade," *World Economy* 23, 157-76

- 2001, “Public procurement, economic integration, and income inequality”, *Review of International Economics* 9, 29-41

TSOUKALIS 1993, Loukas, *The New European Economy, the Politics and Economics of Integration*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press.

TURNER, PEARCE E BATEMAN, Kerry, David e Ian 1994, *Environmental Economics, an elementary introduction*, Harlow, Pearson Education

VAGSTAD 1995. S., “Promoting fair competition in public procurement”, *Journal of Public Economics* 58, 283-307

VAN DEN BERGH, Jeroen C.J.M.

2004, “Optimal climate policy is a utopia: from quantitative to qualitative cost-benefit analysis”, *Ecological Economics*, 48, 385-393.

2010, “Externality or sustainability economics?”, em *Ecological Economics*, 69, 2047-2052

Van Ierland, E. C.; van der Straaten, J.; Vollebergh, H. R. J. (eds.) (2001) *Economic Growth and Valuation of the Environment: A Debate*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited.

VAZ 1998, Manuel Afonso, *Direito Económico, A Ordem Económica Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra

VEISTEN, Kurt 2007, “Contingent Valuation controversies: Philosophic debates about economic theory”, em *The Journal of Socio-Economics*, 36, 204-232

VENABLES, Anthony,

- 1999, “Geography and Specialisation: Industrial Belts on a Circular Plain”, em BALDWIN, COHEN, SAPIR E VENABLES 1999, 254.

- 2000, “Regional Integration Agreements: a Force for Convergence or Divergence?”, *Revue d’Economie du Développement*, 1, 227

VENKATACHALAM, L. 2004, “The contingent valuation method: a review”, em *Environmental Impact Assessment Review*, 24, 89-124

VICKREY, W.

- 1961, “Counterspeculation, Auctions and Competitive Sealed Tenders”, *J. Finance* 16, 8-37

- *Public Economics*, editado por Richard Arnott e outros, Cambridge University Press

VINER 1950-A, Jacob, “The Economics of Customs Unions”, em Kowalczyk (ed.) 2000, *Economic Integration and International Trade*, Edward Elgar

VAN DEN BERGH CAMESASCA, Roger e Peter, *European Competition Law and Economics – a Comparative Perspective*

WALLACE Jr 1995, Don, “The Changing World of National Procurement Systems: Global Reformation”, *Public Procurement Law Review*, 4, 57.

WEICHENRIEDER 2001. J.A, “Public procurement in the presence of capital taxation”, *Regional Science and Urban Economics* 31, 339-353.

WEISS 1993, Friedl, “Public Procurement in European Community Law”, *European Community Law Series*, The Athlone Press, Londres

WEITZMAN, M. L.

- 1974, “Prices vs. Quantities”, *Review of Economic Studies* 41, 477–491

- 2007, “A review of the Stern review of the economics of climate change”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 45(3), 703–24.

Wessels, W. J. (2006) *Economics*, New York, Barron's Educational Series.

WILS 1993, “The search for the rules in the article 30° EEC: much ado about nothing?”, *European Law Review*, 18, 475).

WILLIAMS, Rhodri,

- 2001, “The Proposed Commission Draft Communication on the Environment and the Impact of the *Nord Pas-de-Calais* Region Case”, *Public Procurement Law Review*, 10, NA 75

- 2002, “The European Commission’s Communication on the Environment and Public Procurement”, *Public Procurement Law Review*, 11, NA 1.

- 2002b, “Commission Communication on Social Considerations”, *Public Procurement Law Review*, 11, NA 53.

WITIG 2002, Wayne, “Public Procurement and the Development Agenda”, *Public Procurement Law Review*, 11, NA 71.

World Trade Organization, 1996. Singapore Ministerial Declaration. WT/MIN(96)/DEC. , WTO, Geneva

YOUNG 1991, Alwyn, “Learning by Doing and the Dynamic Effects of International Trade”, *The Quarterly Journal of Economics*, 3, 369.

Zerbe, R. O.; McCurdy, H. (1999) The Failure of Market Failure, *Journal of Policy Analysis and Management*, 18, 4.

Zhou, Q. (2006) *The evolution of efficiency principle from: utilitarianism to wealth maximization*, SelectedWorks of qi zhou.