



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A Contratação Pública Ecológica e a Resolução do Conselho de
Ministros n.º 132/2023 à luz do Direito da União Europeia**

Ana Catarina Santos Poças

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A Contratação Pública Ecológica e a Resolução do Conselho de
Ministros n.º 132/2023 à luz do Direito da União Europeia**

Ana Catarina Santos Poças

Orientador: Professor Doutor Pedro Cerqueira Gomes

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024

Ao meu avô Damião.

Agradecimentos

Aos meus pais, ao meu irmão Pedro, ao Miguel, pelo apoio e amor incondicional, sem os quais este caminho seria, certamente, menos seguro.

Ao Professor Doutor Pedro Cerqueira Gomes, orientador da presente dissertação, pela disponibilidade, dedicação e profissionalismo.

Um sincero e terno, obrigada.

Resumo

A presente dissertação ocupa-se da temática da contratação pública ecológica, com o principal propósito de aferir da compatibilidade das soluções protagonizadas pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 132/2023, de 25 de outubro, com o Direito da União Europeia.

Partindo de um exercício comparatístico das diferentes soluções adotadas pelo ordenamento jurídico de outros Estados-membros, e de uma análise crítica das opções acolhidas pelo Conselho de Ministros, pudemos concluir pela desconformidade de algumas delas para com o Direito da União Europeia, em especial, o princípio da concorrência.

Nessa medida, procuramos, na fase terminal da nossa análise, contribuir para a identificação daquelas que defendemos ser as soluções que melhor se coadunam com o nosso ordenamento jurídico, em especial, o Código dos Contratos Públicos, e com aquela que é a realidade técnica e financeira dos operadores económicos que operam no mercado nacional e transnacional.

Palavras-Chave: Contratação Pública Ecológica; Direito da União Europeia; Critérios ecológicos obrigatórios; Políticas estratégicas; Resolução do Conselho de Ministros, n.º 132/2023, de 25 de outubro.

Abstract

The present dissertation focuses on the theme of ecological public procurement, with the main purpose of assessing the compatibility of the solutions provided by the Resolution of the Council of Ministers No. 132/2023, dated October 25th, with European Union law.

Through a comparative exercise of the different solutions adopted by the legal systems of other Member States, and a critical analysis of the options embraced by the Council of Ministers, we were able to conclude that some of them are not in compliance with European Union law, especially the principle of competition.

Thus, in the final phase of our analysis, we seek to contribute to the identification of those solutions that we argue are best aligned with our legal system, especially the Public Contracts Code, and with the technical and financial reality of economic operators taking part in the national and transnational market.

Keywords: Ecological Public Procurement; European Union Law; Mandatory ecological criteria; Strategic Policies; Resolution of the Council of Ministers, No. 132/2023, of October 25th.

Índice

I. Introdução: objeto e sequência.....	10
II. O Surgimento de uma Contratação Pública “Verde” no Direito da União Europeia.....	12
2.1. Os alicerces fundadores de uma contratação pública ecológica.....	12
2.2. As Diretivas de 2014: a afirmação de uma contratação pública programática	17
III. Será possível falar em critérios ecológicos obrigatórios no contexto da Diretiva 2014/24/UE?	22
3.1. A querela doutrinal em torno da questão sobre a natureza obrigatória dos requisitos de sustentabilidade na Diretiva 2014/24/UE.....	24
3.1.1. A posição adotada: uma interpretação meta-teleológica	26
3.2. Uma Europa a diferentes velocidades na adoção de requisitos obrigatórios em matéria de contratos públicos ecológicos: breve apontamento.....	28
IV. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 132/2023, de 25 de outubro: um novo elefante na sala?.....	33
4.1. Breve nota sobre a mais recente tendência legislativa nacional em prol de uma contratação pública sustentável.....	33
4.2. Aspetos essenciais	34
4.3. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 132/2023, de 25 de outubro sob o rigoroso crivo do Direito da União Europeia: nota de (des)conformidade.....	37
4.4. Uma proposta para o futuro de olhos postos no presente à luz de experiências comparadas	42
V. Conclusão.....	45
Referências Bibliográficas.....	47

Lista de siglas e abreviaturas

Ac. /Acs.	Acórdão / Acórdãos
Al. / Als.	Alínea / Alíneas
Art. / Arts.	Artigo / Artigos
CCP	Código dos Contratos Públicos
Ed.	Edição
N. °	Número
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (da obra citada)
P. / PP.	Página / Páginas
PIB	Produto Interno Bruto
Proc.	Processo
PRR	Plano de Recuperação e Resiliência
RCM	Resolução do Conselho de Ministros n. ° 132/2023, de 25 de outubro
SS.	Seguintes
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
Vol.	Volume

I. Introdução: objeto e sequência

Há muito tempo que a par das preocupações relacionadas com a promoção e salvaguarda de um mercado interno, não discriminatório e concorrencial, a União Europeia avoca para si, um leque particularmente extenso de competências estreitamente relacionadas com a promoção de políticas estratégicas, nomeadamente, sociais e ambientais.

Neste contexto, atendendo ao papel, de enorme relevo, que a contratação pública assume no âmbito da economia europeia – representando, sistematicamente, cerca de 14% do PIB da União Europeia¹ – cedo deixou, também a mesma, sobretudo com as Diretivas de 2014, de ser encarada apenas como um instrumento idóneo a alcançar objetivos puramente económico-financeiros e destinado a satisfazer as necessidades públicas, para passar a constituir uma peça crucial na concretização de políticas iminentemente estratégicas que vinham sendo delineadas no âmbito de um mercado que se vem, cada vez mais, assumindo como um verdadeiro mercado de objetivos extraeconómicos.

Perante tal conjectura, têm vindo a ser implementadas pelos legisladores ordinários dos vários Estados-Membros um conjunto de medidas que têm como objetivo-último promover uma contratação pública social e ambientalmente responsável.

Ora, com a presente dissertação, pretende-se levar a cabo uma abordagem jurídica, necessariamente perfunctória, da temática da contratação pública ecológica, com o principal fito de aquilatar, à luz do Direito da União Europeia, do mérito legislativo das soluções protagonizadas pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 132/2023, de 25 de outubro, por via da qual o legislador português definiu um conjunto de critérios ecológicos a aplicar aos contratos públicos celebrados pela Administração direta e indireta do Estado.

Para o efeito, e como pressuposto inicial do tema vindo de enunciar, importará proceder, num primeiro momento, a uma adequada introdução do contexto europeu no qual, afincadamente, se vem afirmando uma estratégia de instrumentalização dos contratos públicos enquanto propulsor de um mercado ecológico, inclusive, lançando mão

¹ Cfr. https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement_en.

– sob um desígnio meramente ilustrativo – daquelas que foram as soluções legislativas adotadas por alguns dos Estados-Membros nesta matéria.

Uma vez percorrido tal périplo, estaremos (assim se espera) em condições de identificar, criticamente, as principais fragilidades das opções acolhidas pelo ordenamento jurídico português e, bem assim, apresentar, de forma sustentada, possíveis soluções que, no nosso entendimento, melhor se adequam à filosofia normativa do nosso Código dos Contratos Públicos (doravante, CCP), e aos crescentes e exigentes desafios com que, numa fase de evidente transição de um modelo voluntário para um regime de aplicação obrigatória de critérios ecológicos, o mercado se tem, naturalmente, debatido.

II. O Surgimento de uma Contratação Pública “Verde” no Direito da União Europeia

2.1. Os alicerces fundadores de uma contratação pública ecológica

Foi à escala europeia que, num passado ainda recente, se deram os primeiros passos no sentido da adoção de uma estratégia de instrumentalização dos contratos públicos como um motor de consciencialização e fomentação de práticas ambientalmente sustentáveis^{2 3}.

De facto, desde a cimeira de *Cardiff*, em 1998, que vem sendo fomentada, pelas instituições da União Europeia, uma estratégia global com vista à aplicação do princípio da integração ambiental, consagrado, num primeiro momento, no artigo 6.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia e, atualmente, no artigo 11.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante, TFUE).

Na sua Comunicação de 11.03.1998, intitulada “Os contratos públicos na União Europeia”, a Comissão Europeia procurou alertar para a possibilidade de que é titular toda e qualquer uma entidade adjudicante de integrar, nas diferentes fases de um procedimento concursal com vista à celebração de um contrato público, considerações de carácter ambiental para efeitos de optar pela proposta economicamente mais vantajosa, sublinhando que “as normas de direito comunitário, nomeadamente as directivas sobre contratos públicos, integram considerações de carácter ambiental na adjudicação de contratos públicos.”⁴.

Nessa senda, em 09.06.1999, através de uma nova Comunicação sobre o mercado único e a proteção ambiental, a Comissão Europeia sustentou não existir qualquer contradição inerente entre os objetivos do Mercado Único e a prossecução de políticas ambientais, preconizando que “a inclusão da dimensão ambiental nos procedimentos de

² A este propósito, cfr. DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana (2015) – “Sustainable Public Procurement: The Use of Eco-Labels”, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 10, n.º 2., p. 93.

³ Sobre o surgimento de uma contratação pública “verde”, cfr. GOMES, Carla Amado; CALDEIRA, Marco (2017) – “Contratação Pública “Verde”: Uma Evolução (Eco)lógica”, in *Revista da AGU*, Brasília-DF, vol. 16, n.º 4, pp. 45 e ss.

⁴ Cfr. COM (1998) 143 final, de 11.03.1998, disponível para consulta em: https://www.contratacapublica.com.pt/xms/files/Documentacao/Comunicacao_CE_COM-1998-143_final.PDF

adjudicação de contratos (...) poderá constituir um importante estímulo para se chegar a padrões de consumo sustentáveis.”⁵.

A mesma preocupação ambiental no âmbito do Direito dos contratos públicos mereceu, dois anos mais tarde, um acolhimento semelhante na Comunicação da Comissão, de 04.07.2001, “sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar considerações ambientais nos contratos públicos”⁶. Através da referida Comunicação, a Comissão Europeia cuidou de clarificar as possibilidades que, à luz do regime de contratação pública até então vigente, se mostravam à disposição das entidades adjudicantes de forma a incluir preocupações ambientais nas diferentes fases do processo de adjudicação de um contrato, desde a definição do objeto do contrato e das especificações técnicas, até à fase de seleção dos candidatos, e, por fim, na própria execução do contrato⁷.

Porém, não descorando o valioso contributo da Comissão Europeia⁸ para a integração de critérios ecológicos no domínio da contratação pública, revela-se preponderante fazer menção ao impulso dado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, TJUE)⁹, designadamente, por via do seu célebre acórdão *Concordia Bus Finland*¹⁰. A este propósito, tenha-se presente que as Diretivas de 1992 continham um elenco meramente exemplificativo de critérios de ponderação para a adjudicação dos contratos públicos, o qual não incluía, de forma expressa, quaisquer considerações ambientais. Nessa medida, tornava-se necessário clarificar se, para a escolha da proposta “economicamente mais

⁵ A este propósito, cfr. BASTOS, Filipe Brito (2012) – *A escolha de critérios ambientais de adjudicação de contratos públicos: reflexões de Direito Administrativo nacional e europeu*. Lisboa: ICJP, p.6. Disponível para consulta em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/escolhacriteriosambientaisadjudicacaoop.pdf>.

⁶ Cfr. COM (2001) 274 final, de 04.07.2001, disponível para consulta em: https://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Documentacao/Comunicacao_CE_COM-2001-274_final.PDF

⁷ A este propósito, cfr. ESTORNINHO, Maria João (2012) – *Green Public Procurement - Por uma contratação pública sustentável*. Lisboa: ICJP. Disponível para consulta em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/texto_prof_a_mje.pdf.

⁸ Sobre o papel preponderante da Comissão na ecologização dos contratos públicos, cfr. REBELO, Marta (2004) – “A dimensão ambiental das regras comunitárias de contratação pública: Os critérios de adjudicação relativos à protecção do ambiente na jurisprudência do TJCE”, in *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*. Ano 10, n.º 20, Coimbra: Edições Almedina, pp. 81-96.

⁹ Nesta senda, recorda PEDRO CERQUEIRA GOMES que ao longo do processo de europeização do mercado dos contratos públicos a inserção de fatores ambientais e sociais, por parte das entidades adjudicantes, nunca foi pacífica. Cfr. CERQUEIRA GOMES, Pedro (2016) – “Políticas estratégicas na nova Diretiva 2014/24/EU – objetivos sociais e ambientais”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 11, Coimbra: CEDRIPE, p. 92.

¹⁰ Proferido no âmbito do proc. C-513/99, de 17.09.2002.

vantajosa”^{11 12}, podiam as entidades adjudicantes socorrer-se de critérios ecológicos. Ora, por via do mencionado acórdão, o TJUE, veio, incontornavelmente, abrir a porta da admissibilidade (embora condicionada) de inclusão de considerações ambientais nos critérios de adjudicação para a celebração de contratos públicos¹³, ao concluir que, quando “a entidade adjudicante decida adjudicar um concurso ao proponente que apresente a proposta economicamente mais vantajosa, pode tomar em consideração critérios ecológicos”¹⁴.

Destarte, com repercussões indeléveis no Direito da Contratação Pública Europeia, ficava assim esclarecida a admissibilidade da tomada em consideração de critérios ambientais na adjudicação de contratos públicos, para a qual, no entanto, o mesmo acórdão fixou quatro pressupostos: *i)* ligação dos critérios ambientais ao objeto do contrato; *ii)* a aposição de critérios ambientais não se mostre de molde a conferir à entidade adjudicante uma liberdade de escolha incondicional; *iii)* os critérios ambientais estejam expressamente previstos no caderno de encargos ou no anúncio de concurso; e, por último, *iv)* os critérios ambientais sejam conformes com os princípios fundamentais do direito comunitário, em especial, com o princípio da não discriminação¹⁵.

Ora, o entendimento sufragado pelo acórdão *Concordia* foi seguido e desenvolvido pela jurisprudência subsequente do TJUE¹⁶. Em boa verdade, a jurisprudência do acórdão *Concordia* veio a revelar-se a principal responsável pela inclusão expressa de considerações ambientais nos critérios de adjudicação nas Diretivas de 2004, as quais vieram, inclusive, a ser apelidadas como as “diretivas de consolidação e de sistematização”¹⁷. Através delas, o legislador europeu pretendeu clarificar¹⁸ a forma

¹¹ Tenha-se presente, a este propósito, o art. 36.º da Diretiva 92/50.

¹² Sobre um conceito remodelado e unitário de *proposta economicamente mais vantajosa*, cfr. BORDALO FAUSTINO, Paula (2014) – “Award Criteria in the New EU Directive on Public Procurement”, in *Public Procurement Law Review*, n.º 3, p. 124.

¹³ A este propósito, cfr. ANDHOV, Marta; MUSCARITOLI, Frederica (2023) – “Climate Change and Public Procurement: Are We Shifting the Legal Discourse?”, in *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Reflections on a Paradigm Shift*. Great Britain: Hart Publishing, pp. 21 e ss.; BASTOS, Filipe Brito *op. cit.*, pp. 7 e ss.

¹⁴ Cfr. Parágrafo n.º 69 do Ac. do TJUE “Concordia Bus Finland”, proc. C-513/99, de 17.09.2002.

¹⁵ A este propósito, cfr., ESTORINHO, Maria João (2012) – *Green...*, *cit.*, p. 14.

¹⁶ Em particular, cfr. os Acs. EVN e Wienstrom (proc. C-448/01, de 04.12.2003), Max Havelaar/Dutch Coffe (proc. C-368/10, de 10.05.2012), Beentjes/Estado Neerlandês (proc. C-31/87, de 29.09.1998), e Comissão/França (proc. C-225/98, de 26.09.2000).

¹⁷ Cfr. CARNEIRO, Ana Rita; SOUSA SANTOS, Luciana; BARROS, Rita (2015) – “Contratação Pública Verde”, in *Actas I Congresso sobre Compras Publicas Ecológicas: Para uma contratação pública estratégica*. Braga: ELSA UMINHO, p. 232.

¹⁸ Em sentido consonante, Cfr. CERQUEIRA GOMES, Pedro (2016) – *Políticas...*, *cit.*, p. 92.

como as entidades adjudicantes podem, por via da contratação pública, contribuir para o cumprimento de objetivos de promoção de um desenvolvimento sustentável e preservação ambiental – objetivos anteriormente consagrados no Tratado de Maastricht¹⁹ – “garantindo ao mesmo tempo a possibilidade de obterem para os seus contratos a melhor relação qualidade/preço.”²⁰.

Pela primeira vez, seriam transpostas para os ordenamentos jurídicos nacionais de todos os Estados-Membros, disposições normativas²¹ que permitiriam a integração de requisitos ambientais nos procedimentos de contratação pública²².

Nestes termos, o intuito do legislador europeu parece ter sido o de redirecionar, de forma vanguardista²³, a atenção do poderoso e relevante universo da contratação pública para a consecução de objetivos de políticas horizontais^{24 25}.

No entanto, um recurso ainda insuficiente aos critérios ambientais pelas entidades adjudicantes dos vários Estados-Membros, a par de uma regulamentação que se revelava lacunosa pela jurisprudência do TJUE²⁶, deram lugar, uns anos mais tarde, a uma nova Reforma.

O comumente designado “Relatório Monti”, intitulado “Uma nova estratégia para o mercado único: ao serviço da economia e da sociedade europeias”, alertou para a necessidade de uma maior integração de objetivos de políticas horizontais nos contratos públicos, constando entre as suas principais recomendações a de “Fazer com que os

¹⁹ Cfr. art. 3.º do Tratado de Maastricht.

²⁰ Cfr. considerando n.º 5 da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31.03.2004.

²¹ Para uma discussão sobre importância das disposições normativas das Diretivas de 2004, cfr. ARROWSMITH, Sue; KUNZLIK, Peter (2009) – “Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles”, in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*. Cambridge University Press.

²² Neste sentido, cfr. GONÇALVES, Pedro Costa (2018) – “La integración de las preocupaciones ambientales en la contratación pública”, in *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, n.º 4. Editorial Universidad de Sevilla, p. 273.

²³ A propósito do papel inovador e preponderante desempenhado pelas Diretivas de 2004 na afirmação e consolidação de uma nova conceção da contratação pública, cfr. ESTORNINHO, Maria João (2006) – *Direito Europeu dos Contratos Públicos*. Coimbra: Edições Almedina, p. 53.

²⁴ Neste sentido, cfr. CAMPOS, Diogo Duarte de (2011) – “A admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideração de factores ambientais e sociais”, in *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra Editora.

²⁵ A título ilustrativo, cfr. letra “b”, do n.º 3, do art. 23.º; n.º 6, do art. 23.º; e art. 26.º).

²⁶ A título exemplificativo, cfr. Proc. C-532/06 e C-368/10.

contratos públicos favoreçam a inovação, o «crescimento ecológico» e a inclusão social, impondo requisitos específicos obrigatórios”²⁷.

Nesta conjuntura, a Comunicação da Comissão Europeia de 03.03.2010, “Europa 2020: Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”²⁸ consagrou uma estratégia ancorada em três principais prioridades: (i) desenvolver uma economia baseada no conhecimento e na inovação; (ii) promover uma economia hipocarbónica, que utilize, de um modo eficaz, os recursos e seja competitiva; e, (iii) fomentar uma economia com níveis elevados de emprego e que assegure a coesão social e territorial. Por via da mesma Comunicação, a Comissão reconheceu ainda o papel fundamental que as entidades adjudicantes podem assumir na prossecução de tais objetivos, recorrendo ao seu poder de compra para adquirir bens, serviços ou obras inovadoras e ambientalmente responsáveis²⁹.

Por sua vez, no ano de 2011, por meio do “Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE: para um mercado dos contratos públicos mais eficientes na Europa”, a Comissão Europeia veio reforçar³⁰ o papel essencial que os contratos públicos podem desempenhar na estratégia Europa 2020³¹, propondo que, para além das regras procedimentais (as quais visam dar resposta à questão “como comprar”), as diretivas europeias se atrevessem a impor requisitos obrigatórios às entidades adjudicantes ou a prever incentivos, (nomeadamente, de natureza financeira) que direcionem as suas decisões sobre os bens e serviços a contratar (“o que comprar”)^{32 33}.

²⁷ Cfr. Relatório apresentado ao Presidente da Comissão Europeia por Mario Monti, “Uma nova estratégia para o mercado único: ao serviço da economia e da sociedade europeias”, de 9 de maio de 2010, p. 80.

²⁸ Cfr. COM (2010), 2020 final, de 03.03.2010. Disponível para consulta: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020>.

²⁹ Como bem apontam KONINCK, RONSE e TIMMERMANS, a contratação pública assumiu um papel de bastante destaque na Estratégia Europa 2020, ensejando uma atualização das velhas Diretivas de 2004 que tratavam da matéria, e que culminaram na criação das Diretivas de 2014. Cfr. KONINCK, Constant De; RONSE, Thierry; TIMMERMANS, William (2015) – *European Public Procurement Law: The Public Sector Procurement Directive 2014/24/EU explained through 30 years of case law by the Court of Justice of the European Union*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, p. 2.

³⁰ No mesmo sentido, cfr. CERQUEIRA GOMES, Pedro (2016) – *Políticas...*, cit., p. 90.

³¹ Cfr. “Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE: para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa”, de 2011. COM (2011) 015 final, p. 4. Disponível para consulta: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:pt:PDF>.

³² A este respeito, cfr. ESTORNINHO, Maria João (2012) – *Green...*, cit., p.6.

³³ A este propósito, CARLOS SÉRGIO MADUREIRA RODRIGUES, aponta para um “(...) salto qualitativo: abandonar a visão redutora de que as considerações ambientais e sociais são meros aspetos secundários, meras políticas instrumentais, em prejuízo de uma visão economicista que privilegia tão somente o preço dos produtos, bens ou serviços.”. Cfr. RODRIGUES, Carlos Sérgio Madureira (2014) – *Entre a contratação pública ecológica e a contratação pública sustentável – compreender o presente, transpor o futuro*. Dissertação de Mestrado em Direito na Área de Especialização de Ciências Jurídico-

2.2. As Diretivas de 2014: a afirmação de uma contratação pública programática

Sob o signo da Estratégia Europa 2020³⁴, em 28.04.2014, fora publicado no Jornal Oficial da União Europeia – após inúmeras sessões de debate entre o Parlamento Europeu e o Conselho³⁵, nas quais se fizeram ouvir críticas quanto à efetiva conveniência da previsão de extensas disposições ambientais³⁶ –, um novo pacote de Diretivas: a Diretiva 2014/23/UE, relativa à adjudicação de contratos de concessão, a Diretiva 2014/24/UE³⁷ relativa aos contratos públicos, e, por fim, a Diretiva 2014/25/UE³⁸, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

A este propósito, existe mesmo quem se atreva a defender (a nosso ver, bem) que as Diretivas de 2014³⁹ corporizam um sólido passo rumo à sustentabilidade^{40 41}, encerrando, assim, o início de uma nova fase de regulamentação europeia da contratação pública⁴², enquanto instrumento de uma estratégia política⁴³ com vista a um crescimento “inteligente, sustentável e inclusivo”⁴⁴.

Nas palavras de RAQUEL CARVALHO⁴⁵, “Coube às Diretivas de 2014 assumir o mais sério compromisso com o conceito de sustentabilidade, «uma abordagem amiga da sustentabilidade’, quase ‘assumindo o domínio total dos contratos públicos».”.

Políticas / Menção em Direito Administrativo. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 27 e 28.

³⁴ Cfr. considerandos n.º 3 da Diretiva 2014/23/EU, n.º 2 da Diretiva 2014/24/EU e n.º 4 da Diretiva 2014/25/EU.

³⁵ Cfr. DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana (2015) – *European...*, cit., 93.

³⁶ Cfr. SJAFJELL, Beate; WIESBROCK, Anja (2017) – “Why should public procurement be about sustainability?” in *Sustainable Public Procurement Under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder*. University of Oslo Faculty of Law, Legal Studies Research Paper Series no 2017-17., p. 17. Disponível para consulta em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2954499.

³⁷ Revoga a Diretiva 2004/18/CE.

³⁸ Revoga a Diretiva 2004/17/CE.

³⁹ No âmbito do presente escrito daremos primordial destaque à Diretiva 2014/24/EU.

⁴⁰ No mesmo sentido, cfr. DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana, *European...*, cit., p. 92.

⁴¹ A este propósito, acompanhamos os dizeres de PEDRO CERQUEIRA GOMES, quando afirma que esta legitimação não pode, todavia, ser vista como um fenómeno abrupto, mas, sim, progressivo que poderá ter sido meramente acelerado com o surgimento da crise financeira, económica e social que se instalou na União Europeia. *Políticas...*, cit., p. 90.

⁴² Cfr. ESTORINHO, Maria João (2016) – “A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum”, in *A transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*. Lisboa: ICJP e CIDP, p. 10.

⁴³ A este propósito, cfr. DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana (2014) – *Modernising...*, cit., p. 313.

⁴⁴ Cfr. considerandos n.ºs 2, 95 e 123 da Diretiva 2014/24/EU.

⁴⁵ Cfr. CARVALHO, Raquel (2021) – “Da contratação pública sustentável à contratação pública circular: o objeto da procura e o modelo de gestão”, in *Concorrência e Sustentabilidade: dois desafios para a contratação pública – Actas das Jornadas de Direito dos Contratos Públicos (30 de setembro a 2 de outubro de 2020, FDUL)*. Lisboa: AAFDL, p. 90.

Nesta senda, recorda-nos, desde logo, o considerando nº 91 da Diretiva 2014/24/UE, que nos termos do já referido artigo 11.º do TFUE, os requisitos de proteção ambiental devem ser integrados na definição e implementação de todas as políticas e atividades da União, em particular, com o objetivo de promover o desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, assumiu o legislador europeu ser um objetivo da Diretiva, esclarecer a forma como as autoridades adjudicantes poderão contribuir para a proteção do ambiente e para a promoção do desenvolvimento sustentável, sem prescindir da obtenção da melhor relação custo-benefício⁴⁶ para os seus contratos.

Disso nos dá conta, também, o considerando n.º 40, o qual determina que o controlo da observância das considerações ambientais deve ser acautelado nas diferentes fases de um procedimento concursal: “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”.

Por conseguinte, nos termos da Diretiva 2014/24/UE, as considerações ambientais são, desde logo, perspectivadas como integrando o leque de critérios com base nos quais devem as entidades adjudicantes concluir pela “proposta economicamente mais vantajosa”. De acordo com o artigo 67.º da Diretiva, a proposta economicamente mais vantajosa deve ser identificada com base no preço ou custo, utilizando uma abordagem de custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida, e pode incluir a melhor relação qualidade/preço, que deve ser avaliada, designadamente, com base em critérios que incluam aspetos ambientais com ligação ao objeto do contrato⁴⁷.

Acresce que, também em sede dos denominados “critérios de seleção qualitativa” – os quais, no ordenamento jurídico português veem o seu âmbito de aplicação circunscrito aos procedimentos com prévia qualificação – tratou o legislador europeu de reconhecer⁴⁸ como constituindo motivo de exclusão, a violação, por parte dos operadores económicos, de quaisquer considerações ambientais a que os mesmos se encontrem vinculados pelo

⁴⁶ No que concerne com a necessária avaliação da relação qualidade/preço, cfr. o considerando n.º 93.º da Diretiva 2014/24/EU.

⁴⁷ A este propósito, cfr. DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana (2014) – *Modernising...*, cit., p. 318.

⁴⁸ No entendimento de PEDRO CERQUEIRA GOMES, “*não podemos classificar este aditamento como uma verdadeira novidade, mas sim como uma mera clarificação em nome da certeza jurídica daquilo que já era admitido ao abrigo da legislação europeia anterior (...)*”. *Políticas...*, cit., p. 102.

Direito da União Europeia, Direito nacional ou, até mesmo, por um qualquer Acordo ou Convenção internacional⁴⁹.

Ademais, cumpre ainda a diretriz do suprarreferido considerando n.º 40, o disposto no artigo 70.º Diretiva 2014/24/UE, ao investir as entidades adjudicantes, já em sede de execução dos contratos, da possibilidade de fixar nas peças do procedimento (diga-se, a este respeito, no anúncio ou no caderno de encargos) condições especiais de execução dos contratos que contenham considerações de natureza ambiental e que mantenham com o objeto do contrato uma *conexão direta*⁵⁰.

Na mesma linha, a Diretiva refere-se às especificações técnicas com o intuito de advertir as entidades adjudicantes de que aquelas devem ser, do mesmo modo, definidas de forma a permitir a abertura dos contratos públicos à concorrência⁵¹, bem como a consecução dos objetivos de sustentabilidade^{52 53}.

Sem prejuízo do exposto, o carácter verdadeiramente inovatório⁵⁴ da Diretiva 2014/24/UE, veio, em boa verdade, a traduzir-se na introdução de dois conceitos fundamentais, que se vêm demonstrando constituir ferramentas essenciais às entidades adjudicantes quer na preparação das peças do procedimento quer na seleção, numa fase posterior, da proposta a adjudicar. Ora, referimo-nos, a este propósito, aos conceitos de *custo do ciclo de vida*⁵⁵ e de *rótulo ecológico*.

Desde logo, no que tange com o conceito de custo de ciclo de vida, o mesmo mereceu – a par da sua previsão no n.º 2 do artigo 67.º – a inteira dedicação do artigo 68.º da Diretiva 2014/24/UE, segundo o qual, o mesmo integra parte ou a totalidade dos custos suportados por uma entidade adjudicante ou outros utilizadores, designadamente: i)

⁴⁹ A este propósito, cfr. GRAELLS, Albert Sanchez (2014) – “Exclusion. Qualitative and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2024/24”, in *Modernising Public Procurement: the new directive*, 1.ª ed., Copenhagen: Djof Publishing, p. 102.

⁵⁰ Neste sentido, cfr. CERQUEIRA GOMES, Pedro (2016) – *Políticas...*, cit., p. 109.

⁵¹ A título representativo, referem os Autores D.C. DRAGOS e B. NEAMTU que, “*It is allowed to require methods of production that are widely available to economic operators across the EU: for instance, that electricity should be produced from renewable sources or that food is produced using organic methods. It would be inadmissible though to refer to a production process which is specific to one supplier – or to suppliers in one country or region – unless such reference is justified by the exceptional circumstances of the contract and accompanied by the words “or equivalente”.* *Modernising...*, cit., p. 317.

⁵² Cfr. considerando n.º 74.º e art. 42.º da Diretiva 2014/24/UE.

⁵³ No mesmo sentido, cfr. CERQUEIRA GOMES, Pedro (2016) – *Políticas...*, cit., pp. 96 e 97.

⁵⁴ A este propósito, cfr. DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana (2014) – *Modernising...*, cit., p. 323.

⁵⁵ Sobre o conceito e as diferentes metodologias de cálculo do “custo de ciclo de vida”, cfr. DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana (2014) – *Modernising...*, cit., pp. 323-329; CZARNEZKI, Jason J.; GARSSE, Steven Van (2020) – “What is life-cycle costing?”, in *Cost and EU Public Procurement Law: Life-cycle costing for sustainability*. London and New York: Routledge, pp. 3-17.

custos relacionados com a aquisição; *ii*) custos de utilização, tais como o consumo de energia e de outros recursos; *iii*) custos de manutenção; *iv*) custos de fim de vida, tais como custos de recolha e reciclagem. Ademais, pode integrar custos imputados a externalidades ambientais⁵⁶ (designadamente, o custo das emissões de gases com efeito de estufa e de outras emissões poluentes, assim como outros custos de atenuação das alterações climáticas) diretamente ligados ao produto, serviço ou obra, durante todo o seu ciclo de vida, desde que o seu valor monetário possa ser determinável.

Nesta senda, afigura-se, no entanto, imprescindível que, em sede de avaliação dos custos imputados às externalidades ambientais, as entidades adjudicantes recorram a um método de cálculo baseado em critérios objetivamente verificáveis e não discriminatórios⁵⁷.

Por fim, a Diretiva 2014/24/UE, inspirada sobretudo pela jurisprudência do Acórdão *Commission vs. Netherlands*⁵⁸ – comumente conhecido por “*The Max Havelaar case*” – foi ainda responsável por fomentar a utilização de rótulos ecológicos⁵⁹ enquanto um instrumento voluntário para a implementação de uma contratação pública sustentável⁶⁰.

O conceito de *rótulo ecológico*⁶¹ já havia sido definido, em 2004, pela Global Ecolabeling Network como “um rótulo que identifica a preferência ambiental global de um produto ou serviço com base em considerações relativas ao ciclo de vida”^{62 63}. No entanto, como bem aponta a Doutrina, inexistia no quadro das Diretivas de 2004, uma definição clara de rótulo, a qual foi devidamente introduzida pelo legislador europeu com a Reforma de 2014⁶⁴, nos termos da qual o mesmo consubstancia um qualquer documento ou certificado capaz de atestar – quer em sede de especificações técnicas, critérios de

⁵⁶ Sobre o conceito de “externalidades ambientais”, cfr. DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana (2014) – *Modernising...*, *cit.*, p. 326.

⁵⁷ Neste sentido, cfr. CERQUEIRA GOMES, Pedro (2016) – *Políticas...*, *cit.*, p. 108.

⁵⁸ Cfr. Ac. do TJUE, *Commission vs Netherlands* (proc. C-368/10), de 12 de maio de 2012.

⁵⁹ O rótulo ecológico é atualmente regulado pelo Regulamento n.º 66/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.11.2009.

⁶⁰ Sobre o contributo da decisão *Max Havelaar/Dutch Coffe* para a discussão sobre a compatibilidade da inclusão de rótulos privados Max Havelaar (rótulo social) e EKO (rótulo ambiental) nas especificações técnicas de um contrato público, cfr. CERQUEIRA GOMES, Pedro (2016) – *Políticas...*, *cit.*, pp. 96 e 97.

⁶¹ A este propósito, cfr. MARTINS, Licínio Lopes (2014) – “Rótulos ecológicos e proteção do ambiente na nova Diretiva dos contratos públicos”, in *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 34, pp. 103-106.

⁶² Cfr. Global Ecolabelling Network (GEN), Information Paper: Introduction to Ecolabelling, 2004, p. 1. Disponível para consulta: <https://www.gdrc.org/sustbiz/green/gen-infopaper.pdf>.

⁶³ Tradução nossa.

⁶⁴ Cfr. considerando n.º 75.º e art. 43.º da Diretiva 2014/24/UE.

adjudicação, ou por via das condições de execução dos contratos⁶⁵ – de que as obras, fornecimentos ou serviços cumprem as características exigidas pelas entidades adjudicantes.

Ademais, por via das Diretiva 2014/24/UE, o legislador europeu optou por romper, definitivamente, com a opção, até então consagrada na Diretiva 2004/18/CE, de regular a utilização dos rótulos ao abrigo do chapéu das especificações técnicas. Com vista a reforçar o relevo das considerações sociais e ambientais no âmbito da contratação pública, o legislador europeu tomou a opção estrutural de permitir que a exigência de rótulos possa funcionar noutras fases do procedimento concursal, designadamente, no âmbito dos critérios de adjudicação e nas condições de execução dos contratos.

De resto, o artigo 43.º da Diretiva 2014/24/UE introduz uma novidade em relação à jurisprudência *Max Havelaar/Dutch Coffee*, quando consente a referência a um rótulo específico, desde que, no entanto, cumpram uma série de pressupostos⁶⁶: *i)* os requisitos de rotulagem têm de se encontrar, exclusivamente, associados ao objeto do contrato; *ii)* os rótulos devem basear-se em critérios objetivamente verificáveis e não discriminatórios; *iii)* os rótulos devem ser criados através de um procedimento aberto e transparente no qual possam participar todas as partes interessadas; *iv)* os rótulos devem ser acessíveis a todas as partes interessadas; e, por último, *v)* os requisitos de rotulagem são definidos por um terceiro sobre o qual o operador económico que solicita o rótulo não possa exercer uma influência decisiva.

Aqui chegados, acompanhamos os dizeres de PEDRO CERQUEIRA GOMES⁶⁷, quando afirma que, por via da Diretiva de 2014, o legislador europeu parece conceder à contratação pública uma certa vocação programática, ligando os contratos públicos à promoção da multiplicidade de interesses da União e conseqüentemente à sua estratégia para o combate à crise económica e financeira presente na Estratégia Europa 2020.

No entanto, sem prejuízo dos reconhecidos esforços protagonizados pelo pacote de Diretivas de 2014 na promoção e desenvolvimento de uma contratação pública sustentável, as suas diretrizes vieram a revelar-se ainda manifestamente insuficientes perante a emergência, cada vez mais proeminente, de um cenário de crise climática, o

⁶⁵ A este propósito, cfr. DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana (2015) – *European...*, cit., p. 98.

⁶⁶ A este propósito, note-se que as condições exigidas nas als. a) a e) do n.º 1 do 43.º da presente Diretiva, já se encontravam previstas, em termos gerais, no n.º 6 do art. 23.º da Diretiva 2004/18/CE.

⁶⁷ Cfr. CERQUEIRA GOMES, Pedro (2016) – *Políticas...*, cit., p. 95.

qual, no decorrer do ano de 2019, veio a impulsionar a aprovação, pela Comissão Europeia, de um pacote de iniciativas estratégicas com vista a colocar a União Europeia na vanguarda da transição ecológica para a neutralidade climática até 2050, o qual foi denominado de Pacto Ecológico Europeu, também conhecido como “*European Green Deal*”. Nesta senda, associando-se à Agenda 2030⁶⁸ e aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas, ao Pacto Ecológico Europeu coube o reconhecido mérito de alertar os Estados-Membros para a necessidade de um forte investimento público e de sensibilizar a sociedade e os seus principais atores para a mudança de paradigma no que tange com a exploração de recursos, a qual, havia de se revelar economicamente eficiente e ambientalmente sustentável.

Nas palavras de RAQUEL CARVALHO⁶⁹, “É no contexto da política comercial da UE e no objetivo de liderança nestas matérias que surge o instrumento da contratação pública.”

III. Será possível falar em critérios ecológicos obrigatórios no contexto da Diretiva 2014/24/UE?

É inegável que o novo pacote de Diretivas europeias para a contratação pública, em especial, a Diretiva 2014/24/UE, teve como um dos seus objetivos primordiais assegurar a promoção de considerações ambientais pelas entidades adjudicantes.

Nesta senda, concordamos com DRAGOS e NEAMTU⁷⁰ quando afirmam que a reforma introduzida pelas Diretivas de 2014, terá sido substancialmente dominada pelo paradigma da *compra pública sustentável*^{71 72}.

⁶⁸ A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 2015, define um conjunto de objetivos, denominados “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável”, aos quais fora aposta uma meta temporal para o seu cumprimento: 2030. De entre os objetivos definidos, constam, designadamente, os seguintes: acelerar a transição para a mobilidade sustentável, integrar a sustentabilidade em todas as políticas da União Europeia, mobilizar a indústria para a economia circular e limpa.

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 86.

⁷⁰ Cfr. DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana (2014), *Modernising..., cit.*, p. 302.

⁷¹ Note-se, a este propósito, que para o mesmo juízo conclusivo concorre o já referido considerando n.º 91 da Diretiva 2014/24/UE.

⁷² A este propósito, cfr. JANSSEN, Willem (2023) – “Shifting Towards Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Context, Relevance and a Typology”, in *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Reflections on a Paradigm Shift*. Great Britain: Hart Publishing, p.5.

De facto, se a evolução para uma *contratação pública estratégica*⁷³ ou *contratação sustentável* deve ser vista como um fenómeno progressivo e nem sempre isento de críticas⁷⁴, a verdade é que, a par das preocupações relacionadas com a promoção e salvaguarda de um mercado interno, não discriminatório e concorrencial, a União Europeia tem avocado para si, um leque cada vez mais extenso de competências estreitamente relacionadas com a promoção de *políticas horizontais*⁷⁵, havendo mesmo quem já fale num *mercado de valores*⁷⁶.

Disso já nos dava conta, em 2011, o suprarreferido “Livro Verde: sobre a modernização da política de contratos públicos da UE”, por meio do qual a Comissão – em manifesto arrepio daquela que era, até então, a prática europeia – sugestivamente afirmou que “Outra forma de alcançar os objectivos da política de contratos públicos pode consistir em impor às entidades adjudicantes obrigações sobre o «que comprar»”⁷⁷, ao invés de apenas regular “como comprar”. Nesta senda, a Comissão referia-se, expressamente, à possibilidade de definir *requisitos ou critérios de cumprimento obrigatório* para as entidades adjudicantes no que respeita às características de produtos ou serviços a fornecer.

Ocorre que, perante uma Diretiva orientada pelos valores e ideais do Livro Verde de 2011 e da Estratégia Europa 2020⁷⁸, há na Doutrina⁷⁹ quem equacione uma possível *modificação genética geral das diretivas*⁸⁰ relativas aos contratos públicos, com o fito de contribuir para a afirmação e legitimação de um direito europeu da contratação pública estratégica e sustentável.

⁷³ A este propósito, cfr. CERQUEIRA GOMES, Pedro (2016) – *Políticas..., cit.*, p. 93.

⁷⁴ Sobre uma Comissão Europeia recalcitrante na adoção de medidas com vista a uma contratação pública estratégica, cfr. CARANTA, Roberto (2015) – “The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works”, in *Common Market Law Review*, vol. 52, n.º 2, p. 414.

⁷⁵ Sobre a utilização da expressão “políticas horizontais”, cfr. CERQUEIRA GOMES, Pedro - Políticas estratégicas na nova Diretiva 2014/24/UE – objetivos sociais e ambientais, in *Revista de Contratos Públicos*, p. 93.

⁷⁶ Cfr. CERQUEIRA GOMES, Pedro (2021) – *EU Public Procurement and Innovation: The Innovation Partnership Procedure and Harmonization Challenges*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 27.

⁷⁷ *Op. cit.*, p 45.

⁷⁸ Cfr. considerando n.º 2 da Diretiva 2014/24/UE.

⁷⁹ Neste sentido, cfr. CERQUEIRA GOMES, Pedro (2016) – *Políticas..., cit.*, p. 95; COMBA, Mario E. (2014) – “Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws”, in *Modernising Public Procurement: the new directive*, 1.ª ed., Copenhagen: Djof Publishing, p. 41.

⁸⁰ Cfr. COMBA, Mario E. (2014) – *Modernising..., cit.*, p. 41.

Em boa verdade, para tal equação em muito tem contribuído aquela que vem sendo a tendência legislativa ao nível da legislação setorial europeia⁸¹, a qual tem vindo a revelar-se um terreno especialmente fértil para a promoção e implementação de requisitos ecológicos obrigatórios, em especial, no combate às alterações climáticas. Em concreto, enquadram-se nesta linha legislativa, designadamente, a Diretiva 2019/1161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019 e o Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de junho de 2023, relativo às baterias e respetivos resíduos.

Perante tal *estado de arte*, coloca-se na Doutrina⁸² a questão de saber se existem na Diretiva 2014/24/UE requisitos de sustentabilidade obrigatórios para as entidades adjudicantes.

3.1. A querela doutrinal em torno da questão sobre a natureza obrigatória dos requisitos de sustentabilidade na Diretiva 2014/24/UE

Corroboramos o entendimento de WILLEM JANSSEN⁸³ quando o mesmo, atentamente, sugere que a parte mais proeminente do debate doutrinal sobre a natureza ambiental ou social da legislação da União Europeia em matéria de contratos públicos incide sobre o disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE.

Nesta senda, MARTA ANDHOV⁸⁴ sustenta que do novo pacote de Diretivas europeias para a contratação pública, em especial, das disposições ditas “pró-estratégicas” da Diretiva 2014/24/UE, resultou quer uma expansão quer uma contração da margem de discricionariedade de que são titulares as entidades adjudicantes nas variadas fases de um qualquer procedimento de contratação pública. Por uma banda, afirma a Autora, que a ampliação da margem de discricionariedade das entidades adjudicantes revela-se patenteada no mais vasto leque de disposições normativas orientadas por vetores de uma política estratégica de contratação pública, designadamente, aquelas que expressamente se referem a custos do ciclo de vida, à possibilidade de exclusão de concorrentes por incumprimento de obrigações de índole ambiental ou social, e, ainda, ao direito geral de

⁸¹ A este propósito, cfr. ANDHOV, Marta; MUSCARITOLI, Frederica (2023) – *Mandatory...*, cit., pp. 33 e ss.

⁸² A este propósito, cfr. JANSSEN, Willem (2023) – *Mandatory...*, cit., p. 8.

⁸³ Cfr. JANSSEN, Willem (2023) – *Mandatory...*, cit., p. 8.

⁸⁴ Cfr. ANDHOV, Marta (2021) – *Contracting Authorities and Strategic Goals of Public Procurement – A Relationship Defined by Discretion?*. University of Copenhagen Faculty of Law, Legal Studies Research Paper Series, paper no. 2021-105, p. 24. Disponível para consulta em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3794794.

toda e qualquer uma entidade adjudicante de decidir pela não adjudicação de uma proposta que se encontre, no todo ou em parte, desconforme com as obrigações ínsitas no n.º 2 do artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE. De outra banda, entende a aludida Autora que as obrigações decorrentes do referido n.º 2 do artigo 18.º, constituem verdadeiras limitações ao direito das entidades adjudicantes de optar por adquirir bens e serviços de forma sustentável. Para a referida Autora, tais limitações encontram-se, assim, estabelecidas em disposições da Diretiva 2014/24/UE por si denominadas de “pró-estratégicas”, as quais, a seu ver, têm uma natureza eminentemente obrigatória para as entidades adjudicantes⁸⁵. A este propósito, a mesma⁸⁶ tem entendido concorrer para tal conclusão uma leitura conjunta do n.º 2 do artigo 18.º e do considerando n.º 37, da Diretiva 2014/24/UE, o qual se refere, indistintamente aos Estados-Membros e às entidades adjudicantes.

Não é unânime, todavia, o entendimento sufragado por MARTA ANDHOV.

Por via de uma interpretação voltada ao significado exato da letra da Lei, WILLEM JANSSEN⁸⁷ defende que as obrigações de natureza ambiental, social e laboral estabelecidas no referido n.º 2 do artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE, constituem exigências dirigidas unicamente aos Estados-Membros, em especial, aos legisladores nacionais, e não às entidades adjudicantes. Ademais, o Autor refere que, dada a natureza aberta do referido preceito normativo, motivada pela utilização do conceito indeterminado de “medida adequada”, a verdadeira natureza das medidas a adotar pelo Estados-Membros apenas pode ser decifrada por meio de uma análise às soluções legislativas nacionais.

Em boa verdade, a mesma metodologia interpretativa parece ter sido adotada pelo próprio TJUE no processo *Tim*⁸⁸, no qual fora acometido ao Tribunal a nobre tarefa de ajuizar sobre a legalidade de disposições normativas italianas que, no contexto dos concursos públicos, culminavam situações de incumprimento de normas relativas com o direito ao trabalho de pessoas com deficiência com a exclusão automática dos respetivos operadores económicos. Por via do referido acórdão, o TJUE parece ter contribuído para a resolução da querela assente na (in)existência de um requisito de sustentabilidade de

⁸⁵ A este propósito, cfr. JANSSEN, Willem (2023) – *Mandatory...*, cit., pp. 9 e 10.

⁸⁶ Cfr. ANDHOV, Marta (2021) – *Legal...*, cit., p. 15.

⁸⁷ Cfr. JANSSEN, Willem (2023) – *Mandatory...*, cit., p. 9.

⁸⁸ Cfr. Ac. Tim, do TJUE, proc. C-395/18, datado de 30.01.2020.

natureza obrigatória dirigido às entidades adjudicantes, inscrito o n.º 2 do artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE, ao afirmar que “(...) os Estados-Membros podem prever, para efeitos da aplicação do artigo 57.º, n.º4, alínea a), da Diretiva 2014/24, que a autoridade adjudicante tem a faculdade, ou mesmo a obrigação, de excluir o operador económico que tenha apresentado a proposta de participação no procedimento de contratação, quando um incumprimento das obrigações previstas no artigo 18.º, n.º2, desta diretiva for constatado em relação a um dos subcontratantes referidos na proposta desse operador.”⁸⁹.

Como é bom de ver, do excerto decisório ora supracitado, resulta, a nosso ver, que o n.º 2 do artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE apenas pode ser considerado um requisito de sustentabilidade obrigatório para as entidades adjudicantes na estrita medida em que os Estados-Membros (diga-se: legisladores nacionais) assim, voluntariamente, o determinem por via da alínea f) do n.º 1 do artigo 57.º do mesmo diploma normativo.

3.1.1. A posição adotada: uma interpretação meta-teleológica

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Autor WILLEM JANSEN e pela própria jurisprudência do TJUE, em especial, o processo *Tim*, propugnamos pelo acolhimento, nesta sede, do raciocínio utilizado por PEDRO CERQUEIRA GOMES⁹⁰ num seu ensaio sobre a promoção da inovação através da contratação pública da União Europeia, através do qual procurou responder, satisfatoriamente, à questão: “O TJUE está a legitimar contratos públicos estratégicos e equilibrados?”⁹¹. De facto, embora no seio de uma temática distinta daquela com que se prende a presente dissertação – de resto, diga-se, estreitamente conexa com o domínio da sustentabilidade ambiental e das denominadas “políticas estratégicas” – entendemos ser, também aqui, de lançar mão de um raciocínio “meta-teleológico”, tal como o mesmo fora, num primeiro momento, teoricamente configurado por MIGUEL POIARES MADURO⁹².

No contexto de um ordenamento jurídico como o da União Europeia, isto é, profundamente marcado por um pluralismo constitucional e um inegável défice democrático – fruto, em grande medida, de um sistema de delegação de competências por

⁸⁹ Cfr. Parágrafo n.º 40 do Ac. do TJUE “*Tim SpA - Direzione e coordinamento Vivendi SA vs Consip SpA e Ministero dell’Economia e delle Finanze*”, proc. C-395/18, de 30.01.2020.

⁹⁰ Cfr. CERQUEIRA GOMES, Pedro (2021) – *EU Public...*, cit., pp. 3 e ss.

⁹¹ Cfr. CERQUEIRA GOMES, Pedro (2021) – *EU Public...*, cit., p. 34.

⁹² Cfr. MADURO, Miguel Poiares (2008) – *Interpreting European Law - Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*. European University Institute, pp. 5-10. Disponível para consulta em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1134503.

parte dos Estados-Membros –, advogamos ser imprescindível que o labor interpretativo das suas disposições normativas, *in casu*, das normas constantes da Diretiva 2014/24/UE, se cumpra tendo presente, por um lado, as fragilidades democráticas do projeto europeu, o qual não cumpre, até à data, uma lógica estadual, e, por outro lado, a força legislativa – necessariamente limitada – das normas integrantes deste ato normativo, sob pena de se subverter o escopo funcional de toda e qualquer Diretiva: a definição de objetivos a prosseguir pelos Estados-Membros.

Ora, não obstante, ser, a nosso ver, defensável, a existência de um verdadeiro “mercado de valores⁹³”, atendendo ao já referido leque, cada vez mais extenso, de competências estreitamente relacionadas com a promoção das denominadas “políticas horizontais”⁹⁴, não é, ainda assim, no nosso melhor entendimento, admissível falar, no âmbito das Diretivas de 2014, em especial, no n.º 2 do artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE, em requisitos ecológicos obrigatórios para as entidades adjudicantes. Em boa verdade, admitir uma tese diametralmente oposta, como o parece fazer MARTA ANDHOV, mostrar-se-ia verdadeiramente *contra legem*: não só por atribuir força de Lei a um instrumento normativo cujo compromisso funcional se detém, por razões de legitimidade democrática, na definição de um conjunto de resultados cujos Estados-Membros gozam de total liberdade de meios para os alcançar, como por uma tal tese mais não fazer do que subverter a lógica que subjaz a toda e qualquer Diretiva, cujos únicos destinatários podem ser os próprios Estados-Membros, isto é, ao fim e ao cabo, os legisladores nacionais.

De resto, acompanhamos WILLEM JANSSEN quando o mesmo, por via de uma interpretação literal do n.º 2 do artigo 18.º, conclui que outro não pode ser o sentido subjacente à cominação – note-se, de contornos pouco precisos, devido a utilização pelo legislador europeu do conceito indeterminado “medidas necessárias” – expressamente dirigida aos Estados-Membros: a de que, por meio da legislação nacional, adotem as medidas que entenderem adequadas, de natureza obrigatória ou voluntária, a garantir o cumprimento, num primeiro momento, isto é, na fase da formação do procedimento

⁹³ A este propósito, PEDRO CERQUEIRA GOMES refere que “*The variety of values that the European project possesses today (articles 2 and 3 TEU) does not confine the EU legal basis to avoiding discrimination and trade restrictions.*”. Cfr. CERQUEIRA GOMES, Pedro (2021) – *EU Public...*, cit., p. 38.

⁹⁴ A este propósito, somos de acompanhar o entendimento de MARTA ANDHOV, quando a mesma refere ser da competência da União Europeia a prossecução dos objetivos estratégicos inerentes às Diretivas sobre contratos públicos. Cfr. ANDHOV, Marta (2021) – *Legal...*, cit., p. 7. De facto, tal resulta da leitura conjunta do n.º 3 do art. 3.º do Tratado da União Europeia (TUE), dos arts. 7.º e 11.º do TFUE, e, ainda, da al. e) do n.º 2 do art. 4.º e art.191.º, do TFUE.

concural, por parte das entidades adjudicantes e, por sua vez, num segundo momento, aquando da fase de execução dos contratos públicos, pelos operadores económicos.

Por conseguinte, somos do entendimento que um tal labor interpretativo com o intuito de concluir sobre a natureza obrigatória ou voluntária de um determinado leque de requisitos ecológicos a adotar pelas entidades adjudicantes no âmbito da contratação pública, apenas ao nível interno de cada Estado-Membro caberá realizar⁹⁵, por via de uma análise cuidada das opções normativamente assumidas nos respetivos ordenamentos jurídicos nacionais.

3.2. Uma Europa a diferentes velocidades na adoção de requisitos obrigatórios em matéria de contratos públicos ecológicos: breve apontamento

Sendo certo não fazer parte do escopo do presente escrito, levar a cabo uma análise minuciosa e crítica sobre o ordenamento jurídico de outro qualquer Estado-Membro da União Europeia (diga-se: típica de um estudo de Direito Comparado⁹⁶), entendemos ser, ainda assim, preponderante – no seguimento daquelas que foram as conclusões por nós defendidas no ponto anterior sobre a existência de um espaço valorativo-discrecionário de cada Estado-Membro em adotar as medidas, de natureza obrigatória ou voluntária, que repute como adequadas a cumprir os objetivos de sustentabilidade ambiental constantes das Diretivas de 2014 – proceder a um breve apontamento, meramente ilustrativo, das soluções legislativas que vêm sendo adotadas pelos ordenamentos jurídicos de alguns Estados-Membros da União Europeia.

GIULIA BOTTA⁹⁷ afirmou, recentemente, que o ordenamento jurídico italiano constitui o exemplo mais proeminente, de entre os restantes Estados-Membros da União Europeia, de adoção de critérios mínimos obrigatórios de sustentabilidade no direito dos contratos públicos.

A transição de requisitos voluntários para requisitos obrigatórios em matéria de contratação pública ecológica conheceu o seu ponto crucial, no ordenamento jurídico

⁹⁵ No mesmo sentido, cfr. BOTTA, Giulia (2023) – “Italy: Leading the Way Towards Mandatory Sustainable Public Procurement through Minimum Environmental Criteria”, in *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Reflections on a Paradigm Shift*. Great Britain: Hart Publishing, p. 189.

⁹⁶ Para uma adequada compreensão da noção de Direito Comparado, cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais (2013) – *Introdução ao Direito Comparado*. 3.ª ed., Coimbra: Edições Almedina, pp. 11 e ss; VICENTE, Dário Moura (2012) – *Direito Comparado*. Vol. 1, 2.ª ed., Coimbra: Edições Almedina, pp. 18 e ss.

⁹⁷ Cfr. BOTTA, Giulia (2023) – *Mandatory...*, *cit.*, pp. 189 e 190.

italiano, com a adoção do novo CCP em 2016, que transpôs para a ordem interna as soluções normativas protagonizadas pelas Diretivas de 2014.

De facto, por via do atual artigo 57.⁹⁸ do CCP italiano, aprovado pelo Decreto Legislativo de 31.03.2023, o legislador revelou ser clara a sua opção pela implementação na legislação nacional de requisitos ambientais mínimos, os quais, já no ano de 2017, vieram a ser repetidamente interpretados pelos tribunais italianos⁹⁹ como sendo de aplicação obrigatória para todas as entidades adjudicantes, constituindo-se o primeiro Estado-Membro a exigir a aplicação obrigatória de requisitos mínimos ecológicos.

Nos termos do n.º 2 do referido artigo 57.º, as entidades adjudicantes devem contribuir para a consecução dos objetivos de sustentabilidade ambiental previstos no Plano de Ação Nacional em matéria de contratação pública sustentável, *pelo menos*, por meio da inclusão, nas peças do procedimento, de requisitos mínimos ecológicos¹⁰⁰ quer em sede das especificações técnicas quer em sede das condições especiais de execução do contrato. Do mesmo modo, prevê-se a possibilidade de as entidades adjudicantes incluírem tais critérios ambientais mínimos como critérios de adjudicação de forma a concluir pela proposta economicamente mais vantajosa, nos termos dos n.ºs 4 e 5 do artigo 108.º do mesmo diploma legislativo.

Aos dias de hoje, encontram-se previstos critérios ambientais mínimos para dezoito categorias específicas de contratos públicos, abrangendo setores substancialmente distintos, como os setores de mobiliário – interior e urbano –, resíduos urbanos, alimentação e restauração, e comercialização de veículos automóveis. Por seu turno, são comumente identificadas pela Doutrina italiana¹⁰¹, seis fases, ao longo do ciclo de formação dos contratos públicos, nas quais as entidades adjudicantes podem incluir requisitos ecológicos mínimos obrigatórios: em sede de planeamento dos contratos públicos através da realização de avaliações de impacto ambiental e organização de

⁹⁸ Corresponde ao art. 34.º na redação anterior do CCP italiano, aprovado pelo Decreto Legislativo 57/2017 (“Decreto Correttivo”) e atualizado pelo Decreto Legislativo 76/2020 (Decreto Semplificazioni) e pelo Decreto Legislativo 77/2021 (Decreto Semplificazioni PNRR) (National Recovery and Resilience Plan)).

⁹⁹ Cfr. BOTTA, Giulia (2023) – *Mandatory...*, cit., p. 200.

¹⁰⁰ Os requisitos mínimos ecológicos ou, de uma forma mais aproximada à denominação usada na língua italiana, critérios ambientais mínimos (Criteri Ambientali Minimi) corporizam um leque alargado de requisitos ambientais definidos para as diversas fases de um procedimento de contratação pública. Estes critérios ambientais mínimos são adotados por Decreto Ministerial e definidos em conformidade com o Plano para a sustentabilidade ambiental dos consumos na administração pública. Disponível para consulta em: https://gpp.mite.gov.it/sites/default/files/2023-08/PAN_GPP.pdf.

¹⁰¹ A este propósito, cfr. BOTTA, Giulia (2023) – *Mandatory...*, cit., p. 196.

consultas preliminares de mercado; aquando da definição do objeto do contrato, de forma a optar pela aquisição de produtos/serviços que cumpram com os objetivos ambientais delineados; por meio da previsão de especificações técnicas de natureza obrigatória; fixação de critérios de seleção que se revelem adequados a comprovar a capacidade técnica de candidatos a executar o contrato em apreço¹⁰²; através da adoção de critérios de adjudicação¹⁰³ que se proponham a atribuir pontos adicionais às propostas que incluam considerações de índole ambiental¹⁰⁴; e, por fim, por meio da previsão de condições especiais de execução do contrato¹⁰⁵.

Neste contexto, o incumprimento, a aplicação incorreta ou a ausência total/parcial dos critérios ambientais mínimos – cuja supervisão e monitorização compete à Autoridade Nacional Anticorrupção italiana¹⁰⁶ – conduz à anulação da decisão de adjudicação e à declaração de ineficácia do respetivo contrato¹⁰⁷.

A par da opção legislativa adotada pelo ordenamento jurídico italiano, a Lei sobre os Contratos do Setor Público espanhola – Lei n.º 9/2017, de 8 de novembro – e o Decreto-Lei Real n.º 3/2020, fixam um leque significativo de requisitos ecológicos obrigatórios. Ambos os diplomas legislativos têm como principal propósito normativo a transposição para a legislação nacional das orientações incorporadas nas Diretivas de 2014. Em linha com o argumentário produzido por XIMENA LAZO VITORIA¹⁰⁸, a aprovação dos referidos diplomas normativos marcou, de forma indelével, a transição para a adoção de requisitos obrigatórios em matéria de contratos públicos sustentáveis na ordem jurídica espanhola.

A título ilustrativo, a alínea c) do n.º 1 do artigo 35.º da Lei n.º 9/2017, de 8 de novembro, prevê a obrigação de as entidades adjudicantes terem em linha de conta, aquando da definição do objeto do contrato, considerações ambientais. Na mesma linha, o n.º 2 do artigo 122.º e o artigo 124.º da mesma Lei obrigam as entidades adjudicantes a incluir considerações de índole ambiental nas peças do procedimento de contratação

¹⁰² Cfr. Al. a) do n.º 1 do art. 95.º do CCP italiano.

¹⁰³ Cfr. n.ºs 4 e 5 do art. 108.º e o art. 185.º do CCP italiano.

¹⁰⁴ Cfr. n.º 2 do art. 107.º do CCP italiano.

¹⁰⁵ Cfr. art. 113.º do CCP italiano.

¹⁰⁶ Cfr. art. 222.º do CCP italiano.

¹⁰⁷ Sobre os obstáculos sentidos pelas entidades adjudicantes e os operadores económicos no cumprimento dos critérios mínimos ambientais, cfr. BOTTA, Giulia (2023) – *Mandatory...*, cit., pp. 197-199.

¹⁰⁸ Cfr. VITORIA, Ximena Lazo (2023) – “Spain: Transitioning Towards Sustainable Public Procurement Mandatory Requirements”, in *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Reflections on a Paradigm Shift*. Great Britain: Hart Publishing, pp. 221-223.

pública, sob a forma de critérios de seleção, critérios de adjudicação, condições especiais de execução do contrato ou, enquanto, especificações técnicas.

De resto, também em matéria de alterações climáticas e transição energética, o legislador espanhol optou por adotar um conjunto de requisitos ecológicos obrigatórios. Segundo o artigo 31.º da Lei n.º 7/2021, de 20 de maio, a Administração Geral do Estado e o conjunto de órgãos e entidades do setor público estadual devem – na linha do n.º 4 do artigo 124.º da Lei n.º 9/2017, de 8 de novembro – incorporar nos documentos contratuais, como prescrições técnicas específicas ou critérios de adjudicação, requisitos obrigatórios com o fito de promover a redução de emissões e de pegada de carbono. Para o efeito, cuidou o legislador espanhol de, para determinadas tipologias de contratos, elencar de forma não taxativa, nos n.ºs 2 e 3 do referido artigo, um conjunto de especificações técnicas e critérios de adjudicação de que as entidades adjudicantes podem lançar mão na formação das peças de um procedimento concursal. Perante tal quadro normativo – que propugna pela utilização generalizada de requisitos obrigatórios de sustentabilidade pública ecológica – há na Doutrina¹⁰⁹ espanhola quem sustente estarmos perante uma verdadeira “mudança climática” no Direito da contratação pública.

Contudo, sem prejuízo do carácter vanguardista das soluções legislativas adotadas pelos ordenamentos jurídicos italiano e espanhol – ao conferir uma natureza eminentemente obrigatória a um conjunto de critérios ecológicos no domínio da contratação pública – foram protagonizadas, por outros Estados-Membros, medidas legislativas que se pautaram por uma aplicação mais cautelosa das orientações dadas pela Diretiva 2014/24/UE, como é o caso dos Países Baixos.

Nos termos do CCP dos Países Baixos¹¹⁰, a opção por um critério de adjudicação somente assente no preço ou custo mais baixos, isto é, desligado, designadamente, de quaisquer considerações ambientais, exige, à respetiva entidade adjudicante, a apresentação, nas peças do procedimento, de uma fundamentação válida¹¹¹.

Nesta senda, dada a natureza eminentemente processual de tal disposição normativa, vieram a revelar-se preponderantes os contributos fornecidos, num primeiro momento, pelo denominado “Guia de Proporcionalidade”¹¹² e, mais tarde, pelo Comité de

¹⁰⁹ Cfr. VITORIA, Ximena Lazo (2023) – *Mandatory...*, cit., p. 224.

¹¹⁰ Disponível para consulta em: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0032203/2022-03-02>.

¹¹¹ Cfr. n.º 4 do art. 2.114 do CCP dos Países Baixos.

¹¹² Disponível para consulta em: www.pianoo.nl/en/legal-framework/proportionality-guide.

Especialistas em Compras Públicas (*Commissie van Aanbestedingsexperts*, CPPE). De acordo com o primeiro, a escolha pelo critério do menor preço ou custo deve ser entendida como a mais prudente, no caso, circunscrito, de não existirem “critérios de distinção” suficientes sobre os quais os proponentes possam exibir algum valor acrescentado que seja meritório de um escrutínio avaliativo¹¹³. Ademais, segundo o referido Comité, a entidade adjudicante só poderá optar por um critério de adjudicação assente no menor preço ou custo, quando a escolha por um critério qualitativo se revele ineficiente por não se poder, de forma razoável, esperar que a aplicação de um tal critério seja de modo a fomentar um ambiente verdadeiramente concorrencial entre os proponentes no que tange com a apresentação de soluções inovadoras e ambientalmente sustentáveis¹¹⁴.

Desta feita, note-se que, inexistente, no CCP dos Países Baixos, uma qualquer obrigatoriedade, em sentido próprio, de aplicação de critérios ecológicos. Ao invés, estamos perante um verdadeiro dever de fundamentação quando tais critérios não são utilizados. Nas sintéticas palavras de PAUL HEIJNSBROEK, estamos perante um mecanismo de “*comply or explain*”¹¹⁵.

Neste âmbito, importará, por fim, aferir qual a metodologia adotada pelo ordenamento jurídico português e qual o seu impacto no contexto nacional: terá o legislador português optado por uma solução “vanguardista”, criando e impondo a aplicação de critérios ecológicos obrigatórios, como vimos ter sido a opção assumida em Itália e Espanha? Terá assumido a lógica neerlandesa de “*comply or explain*”? Ou, terá sido acolhido um modelo de aplicação estritamente voluntária de critérios ecológicos?

¹¹³ Cfr. Parágrafo 3.5.5 do “Guia de Proporcionalidade”.

¹¹⁴ Cfr. Parecer n.º 224, datado de 03.06.2014. Disponível para consulta em: <https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/documenten/adviezen/2015/05/01/advies-224>.

¹¹⁵ Expressão utilizada por PAUL HEIJNSBROEK e que sintetiza, em apenas duas palavras, a solução legislativa adotada no CCP dos Países Baixos, designadamente, em matéria de contratação pública ecológica. Cfr. HEIJNSBROEK, Paul (2023) – “The Netherlands: Obligations to Justify the Lowest Price and to Create as Much Societal Value as Possible”, in *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Reflections on a Paradigm Shift*. Great Britain: Hart Publishing, p. 208.

IV. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 132/2023, de 25 de outubro: um novo elefante na sala¹¹⁶?

4.1. Breve nota sobre a mais recente tendência legislativa nacional em prol de uma contratação pública sustentável

A aprovação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 132/2023, de 25 de outubro (doravante, RCM), a qual define um conjunto de critérios ecológicos a aplicar aos contratos públicos celebrados pela Administração direta e indireta do Estado, vem na sequência daquela que tem sido a tendência legislativa europeia – a qual fora por nós suficientemente descrita nos capítulos anteriores do presente escrito – mas, também, das soluções legislativas que, num passado próximo, foram acolhidas pela ordem jurídica nacional.

Desde logo, assistimos à concretização da Estratégia Nacional para as Compras Públicas Ecológicas para o período 2030 (ECO2030), aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 13/2023, de 10 de fevereiro, que constitui o mais importante instrumento legal português no que tange com a reforma ecológica da Administração Pública portuguesa, a qual aponta para a necessidade de adoção de critérios ecológicos no âmbito dos procedimentos de contratação pública.

Neste contexto, o preâmbulo da ECO360 determina que a contratação pública em Portugal deve estar no centro da decisão de produção e consumo sustentável, por forma a reforçar a contratação pública ecológica e, assim, contribuir de modo significativo para o cumprimento dos objetivos das políticas ambientais, para a promoção de um modelo de desenvolvimento económico sustentável, gerador de riqueza e emprego e, bem assim, para a projeção de uma Administração Pública exemplar no domínio da sustentabilidade, que se revele capaz de influenciar os comportamentos de outros atores chave, como o são as empresas e os cidadãos em geral.

¹¹⁶ Trata-se de uma expressão idiomática, comumente utilizada, com o propósito de aludir a uma questão complexa, problemática, atual, mas sobre a qual todos os membros de um determinado grupo evitam conversar.

Do mesmo modo, detém um papel preponderante, a Lei de Bases do Clima, aprovada em dezembro de 2021, nos termos da qual a aquisição de bens e a contratação de serviços devem obedecer a critérios de sustentabilidade¹¹⁷.

Concomitantemente, também a alteração ao CCP promovida pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, cuidou de introduzir, de uma forma mais adequada, considerações de natureza ambiental nos procedimentos de contratação pública. Em concreto, assegurou-se a previsão de condições de execução dos contratos e de fatores de avaliação das propostas alinhadas com preocupações ecológicas¹¹⁸.

De resto, a RCM assume particular relevância no contexto da implementação, em 2021, do Plano de Recuperação e Resiliência (PRR), que prevê, expressamente, a modernização do Sistema Nacional de Compras Públicas, bem como a introdução de critérios ecológicos obrigatórios para a aquisição de bens e serviços nas empreitadas de obras públicas, designadamente, no setor da construção, que integrem materiais de base biológica sustentável no âmbito do desenvolvimento da bioeconomia¹¹⁹.

Ora, fora precisamente nesta linha legislativa, que a RCM assumira uma clara decisão no sentido de incrementar o recurso, pelas entidades adjudicantes, de critérios ecológicos no âmbito da contratação pública. Com efeito, pelo lugar de destaque que ocupa no ordenamento jurídico português, em especial, no domínio da contratação pública ecológica, iremos, de ora em diante, ocupar-nos da sua análise com o particular desígnio de aferir da compatibilidade dos seus aspetos essenciais com o Direito da União Europeia.

4.2. Aspetos essenciais

Com vista a facilitar a apreensão do alcance teórico-prático das soluções protagonizadas pela RCM, cumprirá, por ora, atentar, de forma telegráfica, naqueles que, no nosso melhor entendimento, constituem os seus aspetos essenciais: o âmbito – subjetivo, objetivo e temporal – de aplicação da Resolução, os diferentes níveis de vinculatividade de aplicação dos critérios ecológicos e, bem assim, os princípios gerais em matéria ecológica nela consagrados.

¹¹⁷ Cfr. n.º 4 do art. 37.º da Lei de Bases do Clima.

¹¹⁸ A este propósito, cfr., designadamente, a al. d) do n.º 1 do art. 75.º da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.

¹¹⁹ Cfr. Componente n.º 12 do PPR.

Como deixamos antever no subcapítulo precedente, a RCM contempla os critérios ecológicos a aplicar aos contratos públicos celebrados pela Administração direta e indireta do Estado, inclusive pelo setor empresarial do Estado, deixando de fora do âmbito subjetivo desta regulamentação um conjunto de entidades adjudicantes, com especial destaque para a Administração Local, na qual se inserem as Autarquias Locais, as Associações de Municípios e as Empresas Públicas do setor local.

Nesta senda, o legislador português estabeleceu critérios ecológicos específicos para dezasseis categorias distintas de contratos diretamente relacionados, designadamente, com os setores da madeira e cortiça, eletricidade, mobiliário, veículos e transporte, tecnologia, obras públicas e edifícios, produtos alimentares e refeições. Em especial, foi dado um lugar de destaque aos contratos de empreitada de obras públicas¹²⁰, para os quais a RCM previu um leque particularmente vasto e exigente de fatores e subfactores de critérios de adjudicação e, bem assim, de aspetos de execução do contrato e especificações técnicas.

Em todo o caso, cumpre referir que, sem prejuízo do âmbito objetivo meticulosamente definido pela RCM, cuidou a mesma de esclarecer que o mesmo não prejudica o desenvolvimento e alargamento da sua abrangência a outros grupos de bens e serviços¹²¹, pelo que, sempre será incorreto falar, nesta sede, de um qualquer leque fechado de contratos no qual se circunscreve a obrigação das entidades adjudicantes em aplicar um conjunto de critérios ecológicos.

A este respeito, reveste-se de particular relevância o disposto no n.º 5 da RCM, por via do qual o Conselho de Ministros criou quatro níveis de vinculatividade de aplicação dos critérios ecológicos. De acordo com o referido preceito normativo, os critérios ecológicos podem ser: “a) Obrigatórios: a entidade está obrigada a utilizar o critério ecológico, salvo se da sua aplicação resultar uma restrição sensível da concorrência; b) Voluntários: a entidade não está obrigada a utilizar o critério, salvo se pretender utilizar critérios ecológicos caso em que deve utilizar os critério previstos na presente resolução; c) Recomendáveis: a entidade apenas fica dispensada de utilizar o critério ecológico em casos especialmente fundamentais; ou d) Eventuais: entidade não está obrigada a utilizar o critério ecológico.”.

¹²⁰ Cfr. Ponto n.º 16 do Anexo integrante da RCM.

¹²¹ Cfr. n.º 4 da RCM.

Ainda assim, num manifesto exercício de ponderação acerca do nível de preparação do mercado e de compatibilização com o princípio da concorrência¹²², previu o legislador uma verdadeira “válvula de escape”, diga-se: um regime de exceção à aplicação dos critérios ecológicos obrigatórios, ao qual as entidades adjudicantes devem recorrer “(...) quando em anterior concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação nenhum concorrente tenha apresentado proposta ou todas as propostas tenham sido excluídas por incumprimento dos critérios ecológicos adotados por aplicação do n.º 1.”¹²³.

Em boa verdade, parece ter sido com o mesmo intuito de acautelar eventuais efeitos indesejáveis que da aplicação obrigatória de critérios ecológicos pudessem advir para a contratação pública, que o Conselho de Ministros optou por prever duas outras “nuances” ao suposto caráter absoluto da aplicação dos critérios ecológicos: por um lado, estabelecendo que “(...) a obrigatoriedade de utilização de critérios ecológicos não prejudica a aplicação de normas técnicas específicas, designadamente quando esteja em causa a proteção do ambiente, da saúde ou da segurança”¹²⁴, e, por outro lado, determinando que da aplicação de critérios ecológicos não pode resultar uma “restrição sensível”¹²⁵ da concorrência.

Ademais, em complemento do que resultava já do artigo 1.º-A do CCP, a RCM prevê, na Parte A do seu Anexo, um conjunto de normativos que apelida de “princípios gerais aplicáveis em matéria ecológica”. Em concreto, parece poder extrair-se um leque de cinco princípios que devem nortear a aplicação dos critérios ecológicos aos procedimentos de formação de contratos públicos, independentemente do objeto do contrato: *i*) o princípio da sustentabilidade ecológica das prestações; *ii*) o princípio da adoção preferencial de um critério de adjudicação multifator; *iii*) o princípio da inclusão preferencial de fatores de sustentabilidade ambiental das prestações; *iv*) o princípio da previsão de *standards* mínimo de sustentabilidade ambiental das prestações em sede das condições de execução do contrato e especificações técnicas; e, por fim, *v*) o princípio do recurso preferencial a

¹²² A propósito dos atuais desafios que se colocam ao princípio da concorrência, cfr. GRAELLS, Albert Sanchez (2013) – *Public Procurement and Competition: Some Challenges Arising from Recent Developments in EU Public Procurement Law*. Disponível para consulta em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2206502.

¹²³ Cfr. n.º 6 da RCM.

¹²⁴ Cfr. n.º 3 da RCM.

¹²⁵ Cfr. parte final da al. a) do n.º 5 da RCM.

sistemas de rotulagem na identificação dos aspetos da execução do contrato e especificações técnicas.

Por fim, com o assumido objetivo de “garantir a adequada preparação por parte das entidades adjudicantes”, cuidou a presente Resolução – cujo prazo de vigência teve início no dia 26.10.2023 – de determinar que, regra geral¹²⁶, a aplicação dos critérios ecológicos apenas se fará aos procedimentos pré-contratuais, e consequentes contratos, iniciados a partir do 1º dia útil do 2º trimestre de 2024, ou seja, a partir de 01.04.2024.

Contudo, importa ressaltar que, quanto à entrada em vigor dos referidos “princípios gerais aplicáveis em matéria ecológica”, atendendo à remissão do n.º 7 da RCM exclusivamente para o n.º 1 e à redação conferida ao n.º 2 da RCM, reside a dúvida sobre se esta se encontrará indexada à entrada em vigor dos critérios ou, pelo contrário, se já ocorreu em 26.10.2023.

4.3. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 132/2023, de 25 de outubro sob o rigoroso crivo do Direito da União Europeia: nota de (des)conformidade

Uma vez percorridos aqueles que, a nosso ver, constituem os aspetos fulcrais do diploma legal ora sob escrutínio – a Resolução do Conselho de Ministros n.º 132/2023, de 25 de outubro – cumprirá, na fase em que nos encontramos do presente escrito, aquilatar do mérito legislativo das soluções nele protagonizadas à luz do Direito da União Europeia.

De facto, se algumas das opções tomadas pelo legislador nacional parecem merecer o nosso melhor aplauso pela certeza e segurança jurídica que – em face do lugar, cada vez mais preponderante e desafiante, ocupado pelas políticas estratégicas da União Europeia – oferecem às entidades adjudicantes, em especial, aquando da preparação, propriamente dita, das peças do procedimento, já o mesmo não se poderá dizer, no nosso humilde

¹²⁶ De facto, de acordo com os n.ºs 7 e 8.º da RCM, são duas as exceções ao regime regra: por um lado, *i)* os procedimentos pré-contratuais tendentes à celebração de contratos de empreitadas de obras públicas cujos projetos de execução sejam contratados após 01.01.2024 - nesses casos, os critérios ecológicos previstos na RCM aplicam-se a partir dessa data (tendo em conta que a RCM não distingue os tipos de contratos de empreitada, esta exceção parece abranger também os contratos de conceção-construção); e, por outro lado, *ii)* os procedimentos pré-contratuais tendentes à celebração de contratos ao abrigo de sistemas de aquisição dinâmicos e de acordos-quadro vigentes ou cujos procedimentos pré-contratuais tenham sido iniciados em data anterior a 01.01.2024.

entendimento, de algumas das outras soluções que foram acolhidas pelo mesmo diploma legal.

Assim, parece ter sido boa a intenção do legislador português ao prever, para cada uma das categorias de contratos visadas pela RCM, um leque suficientemente sólido de critérios ecológicos ao dispor das entidades adjudicantes, dispensando-as, por via do recurso a uma presunção ilidível, do exercício – nem sempre fácil – de aferir do cumprimento de um dos quatro pressupostos¹²⁷ fixados pelo TJUE para a aplicação de critérios ambientais: a ligação ao objeto do contrato. Na verdade, ao retirar, em grande medida, das mãos das entidades adjudicantes a análise necessariamente casuística e discricionária dos concretos contornos de cada objeto contratual aquando da fixação de critérios ambientais nas peças de procedimento, o Conselho de Ministros relevou, assim, a admirável preocupação em garantir a correta e eficiente atuação daquelas em ordem a uma contratação pública ambientalmente sustentável.

No entanto, defendemos que similares palavras de reconhecimento jamais podem ser utilizadas quando nos referimos ao uso que o legislador português fez do rótulo ecológico na RCM – a nosso ver, excessivo e profundamente castrador quer da abertura do mercado à concorrência quer do fomento da inovação no âmbito dos contratos públicos.

Como bem se alcança, num mercado onde um expressivo número de operadores económicos dão sinais de alguma fragilidade técnica e financeira, sugerindo que o mercado não se encontra ainda suficientemente bem preparado para dar resposta ao leque, cada vez mais extenso, de fatores de competitividade – próprio de um mercado assumidamente de “valores” que extravasa, em grande medida, objetivos puramente económicos – o recurso excessivo à apresentação de rótulos ecológicos, enquanto critério de natureza obrigatória para as entidades adjudicantes nos vários setores do mercado, pode constituir um perigoso “desincentivo” à apresentação de propostas, sobretudo, para as micro, pequenas e médias empresas, as quais, de resto, representam a maior parte dos negócios quer a nível nacional¹²⁸ quer ao nível da União Europeia¹²⁹. Por outras palavras, a exigência sistemática de apresentação de rótulos ecológicos, patente na RCM, quer

¹²⁷ Atente-se, a este respeito, na referência feita a tais pressupostos no Capítulo II.

¹²⁸ Segundo os dados estatísticos obtidos pela PORDATA para o ano de 2022, as micro, pequenas e médias empresa representam 99,9% das empresas em Portugal e um volume de negócios de 308.549,9 milhões de euros. Cfr. [https://www.pordata.pt/subtema/portugal/pequenas+e+medias+empresas+\(pme\)-378](https://www.pordata.pt/subtema/portugal/pequenas+e+medias+empresas+(pme)-378).

¹²⁹ De acordo com a Eurostat, no ano de 2021, as micro e pequenas empresas representam 99% (29,9 milhões) das empresas na União Europeia. Cfr. <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/w/ddn-20221220-4>.

enquanto fatores e subfatores do critério de adjudicação, quer em sede de aspetos de execução do contrato e especificações técnicas, pode revelar-se um processo excessivamente burocrático¹³⁰ e oneroso para os operadores económicos que, desse modo, se veem dissuadidos de participar em determinado concurso público.

Cumpre referir que, em dezasseis categorias específicas de contratos públicos para as quais a RCM cuidou de prever um conjunto de critérios ecológicos a aplicar, obrigatoriamente ou não, pelas entidades adjudicantes nos procedimentos de contratação pública que resolvam lançar, apenas para duas delas não adotou o legislador, enquanto critério obrigatório ou recomendável, a apresentação de um qualquer tipo de certificação ambiental, em especial, o rótulo ecológico.

Nesta senda, argumentar-se-á que o uso pelo legislador da locução “ou equivalente” – tal como, de resto, vem sendo exigido pelo Direito da União Europeia, concretamente, pelo artigo 43.º da Diretiva 2014/24/UE – cumpre, de forma satisfatória, a função de impedir a criação de obstáculos injustificados à abertura dos concursos públicos à concorrência.

Acontece que, tal não nos parece ser necessariamente verdade perante a solução legislativa adotada pelo CCP no que concerne com o momento procedimental no qual se impõe que seja feita a denominada “prova de equivalência” face ao rótulo ecológico especificamente peticionado pela entidade adjudicante nas peças de procedimento. Da leitura conjunta do n.º 12 do artigo 49.º e do artigo 49.º-A do CCP, resulta que o prazo no qual os operadores económicos têm de fazer prova de que as obras, bens móveis ou serviços objeto do procedimento concursal em causa obedecem a requisitos de rotulagem equivalentes, é o prazo fixado pela entidade adjudicante para a submissão da proposta.

Ora, propugnamos, a este propósito, pela transposição, *mutatis mutandis*, para a problemática sobre a qual ora nos debruçamos, das premissas utilizadas pelo Advogado Geral MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, em 12.07.2018, no âmbito do processo *VAR e ATM*¹³¹, decorrido no TJUE, acerca de um litígio que opôs *VAR Srl* e a *Azienda Trasporti Milanesi SpA* à *Iveco Orecchia SpA* a respeito da adjudicação de um

¹³⁰ No mesmo sentido, já a Comissão Europeia alertou para que “*Os encargos burocráticos dissuadem, frequentemente, as PME e as empresas em fase de arranque de participar nos procedimentos de contratação pública.*”. Cfr. Ponto 3.1.2, página 26, da Comunicação da Comissão “Orientações sobre contratos públicos de inovação”. Disponível para consulta em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0706\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0706(03)&from=EN).

¹³¹ Cfr. Ac. *VAR e ATM*, proferido em 12.07.2018, pelo TJUE, no âmbito do proc. C-14/17.

contrato de fornecimento de peças de substituição de origem ou equivalentes para autocarros, tróleys e elétricos da marca *IVECO*.

No referido processo, o Tribunal de Justiça viu-lhe ser colocada uma questão prejudicial a propósito da interpretação do n.º 8 do artigo 34.º, da Diretiva 2004/17, com o intuito de esclarecer sobre o momento em que o proponente tem de disponibilizar o certificado da equivalência das peças sobressalentes.

Nessa senda, o Advogado Geral cuidou de esclarecer que “O princípio da igualdade de tratamento não é violado se se conceder a todos os concorrentes a oportunidade de entregar os seus certificados de equivalência no momento da entrega das peças sobressalentes. (...) Pelo contrário, a sua exigência antecipada poderia discriminar os concorrentes ao dar vantagem ao fabricante de peças sobressalentes originais relativamente ao concorrente que propõe peças sobressalentes equivalentes, quando este último ainda não as tenha fabricado. É fácil perceber que, em muitos casos (este seria um deles), o concorrente que propõe peças sobressalentes equivalentes não possui, à partida, os certificados correspondentes a todos os modelos.”. Em jeito de conclusão, o mesmo referiu que “A análise, feita do ponto de vista da máxima abertura dos contratos à concorrência, apoia esta ideia: o dever de juntar os certificados de equivalência antes da adjudicação do contrato pode, segundo as circunstâncias de cada concurso, converter-se num obstáculo desproporcionado, que iniba a presença de operadores económicos interessados em oferecer os seus produtos.”¹³².

Assim, apesar de ser expressamente reconhecida como legítima “(...) a preocupação de não frustrar o êxito do processo de concurso, o que poderia ocorrer se a entidade adjudicante que não tivesse exigido previamente a prova da equivalência das peças se deparasse, no final, com um adjudicatário incapaz de a fazer”, já no âmbito de uma instância judicial europeia, foi, de forma inequívoca, deixado um “alerta” aos Estados-Membros, de que essa preocupação não pode, todavia, “(...) sobrepor-se aos princípios essenciais da contratação pública, em particular o de garantir aos concorrentes o acesso em condições de igualdade e o de não os confrontar com «obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência»”¹³³.

¹³² Cfr. parágrafos n.º 50, 51 e 54.

¹³³ Cfr. parágrafos n.º 48 e 49.

De facto, embora no referido processo não se fale na apresentação de rótulos, mas, ao invés, na demonstração do cumprimento de um conjunto de especificações técnicas definidas por referência expressa a uma marca em particular, corroboramos, também nesta sede, o argumentário desenvolvido pelo Advogado Geral por via das suas Conclusões, pois que, ao exigir, como exige, o CCP, que a “prova de equivalência” face a um rótulo ecológico determinado, tenha lugar no momento da apresentação das propostas – sem que, desse modo, se permita às entidades adjudicantes fixar um prazo adequado para o efeito, a iniciar em momento posterior ao da submissão das propostas – poder-se-á estar a restringir, de forma gravosa, o acesso dos operadores económicos aos procedimentos de contratação pública, em manifesto arrepio com aqueles que são os princípios basilares do Direito da União Europeia¹³⁴: o princípio da igualdade de tratamento e não discriminação e o princípio da concorrência¹³⁵.

Todavia, acresce ainda que, de um tal uso excessivo que a RCM faz dos rótulos ecológicos crê-se, também, poder advir um efeito restritivo da inovação¹³⁶ no domínio da contratação pública, a qual, de resto, assume-se como uma das políticas fundamentais da União Europeia¹³⁷. De acordo com a Diretiva 2014/24/UE, os requisitos funcionais e de desempenho constituem meios adequados para favorecer a inovação no âmbito dos contratos públicos e, por conseguinte, devem ser aplicados o mais amplamente possível¹³⁸. O objetivo último consiste, nas palavras do legislador europeu, em permitir “(...) a apresentação de propostas que reflitam a diversidade das soluções técnicas”¹³⁹. Como tal, um recurso descomedido aos rótulos ecológicos, quer em sede das especificações técnicas e condições de execução do contrato, quer em sede do critério de adjudicação, pode despoletar um efeito “desacelerador” na procura, por parte dos operadores económicos, de novas técnicas e processos de produção mais ecológicos face

¹³⁴ Para um estudo desenvolvido sobre os princípios basilares do Direito da União Europeia, cfr. VIANA, Cláudia (2007) – *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 110 e ss.

¹³⁵ Sobre o lugar de destaque que ocupa o princípio da concorrência no cerne do Direito da União Europeia, cfr. GRAELLS, Albert Sanchez (2015) – *Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?*. Disponível para consulta em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2638466.

¹³⁶ A este propósito, cfr. considerando n.º 47 da Diretiva 2014/24/UE.

¹³⁷ Cfr. Ficha temática do Parlamento Europeu sobre a “Política de Inovação”, disponível em: https://www.europarl.europa.eu/erpl-app-public/factsheets/pdf/pt/FTU_2.4.6.pdf.

¹³⁸ Cfr. considerando n.º 74 da Diretiva 2014/24/UE.

¹³⁹ Cfr. considerando n.º 74 da Diretiva 2014/24/UE.

àqueles que servem de parâmetros mínimos na atribuição dos respetivos rótulos¹⁴⁰. Do lado das entidades adjudicantes, poderá, do mesmo modo, revelar-se uma potencial causa de desincentivo na aposta em parcerias de inovação, na pesquisa e no investimento em investigação, bem como, em equipas especializadas (técnicos, peritos). Assim sendo, parece que, quer para os operadores económicos, quer para as entidades adjudicantes, o recurso sistemático ao mecanismo da rotulagem, poderá vir a traduzir-se, a longo prazo, num verdadeiro entrave ao desenvolvimento de produtos e métodos de produção com níveis de sustentabilidade ambiental superiores àqueles que são exigidos e de cujo cumprimento depende a atribuição dos respetivos rótulos ecológicos.

Em suma, embora um crescente recurso à rotulagem ambiental, enquanto mecanismo de segurança, fundamental para a promoção da responsabilização ecológica, possa traduzir um importante avanço no domínio da contratação pública ecológica, já a forma como a mesma é utilizada pode revelar-se extremamente prejudicial para todos os atores do mercado, em especial, os consumidores. Tal verificar-se-á sempre que da sua utilização desmedida, resulte uma distorção, mais ou menos significativa, da concorrência, ou, porventura, uma redução dos níveis de investimento na investigação e inovação, em especial, naecoinovação.

4.4. Uma proposta para o futuro de olhos postos no presente à luz de experiências comparadas

Aqui chegados, cientes de que as exigentes opções assumidas pela RCM poderão vir a ser – em manifesta violação do Direito da União Europeia – responsáveis por uma eventual restrição da concorrência e um reduzido incentivo dos operadores económicos para apostar na inovação (diga-se: enquanto, política assumida pela União Europeia), propomo-nos, por fim, a apresentar, à luz do exercício comparatístico que oportunamente fizemos em relação ao ordenamento jurídico de outros Estados-Membros, apresentar duas soluções que, no nosso melhor entendimento, melhor se adequam à filosofia normativa do nosso CCP, e aos crescentes e exigentes desafios com que os operadores económicos se têm debatido em prol de objetivos ecológicos.

¹⁴⁰ A este propósito, note-se que, parece ter sido precisamente este o receio do legislador europeu, ao prever, expressamente, que “Deverá evitar-se que as referências a rótulos tenham por efeito restringir a inovação.”. Cfr. considerando n.º 75 da Diretiva 2014/24/EU.

Com efeito, em primeiro lugar, propugnamos pela transposição para o nosso ordenamento jurídico da metodologia que, conforme suprarreferimos, fora adotada pelos Países Baixos: um mecanismo de “*comply or explain*”. Desse modo, à semelhança do que prevê o CCP neerlandês, a adoção pelo ordenamento jurídico português de um modelo no qual não existam critérios ecológicos específicos, cuja adoção pelas entidades adjudicantes seja eminentemente imperativa, mas, ao invés, um verdadeiro dever de fundamentação da entidade adjudicante quando a mesma opte por um critério de adjudicação desligado de quaisquer considerações ambientais, tenderá a proporcionar uma maior abertura dos contratos públicos à concorrência, sobretudo numa fase em que os operadores económicos, em especial, as micro e pequenas empresas, se debatem com as particulares dificuldades inerentes à transição de um modelo puramente voluntário de aplicação de critérios ecológicos para um regime de aplicação obrigatória de critérios ecológicos pré-definidos para as diferentes fases do procedimento concursal.

De facto, como facilmente se intui, uma vez devidamente concretizado pelo legislador português o quadro de fundamentações que poderão ser apelidadas como “válidas”¹⁴¹, por meio da fixação de um conjunto de critérios concomitantemente rigorosos e flexíveis, que permitam, com um mesmo grau de segurança, uma maior adequação dos critérios ecológicos à concreta capacidade competitiva dos operadores económicos nos vários setores da economia – em conformidade, de resto, com os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento e não discriminação – poder-se-á antever, um risco substancialmente menor de distorção da concorrência e um maior incentivo de participação nos procedimentos de contratação pública para as empresas recém-chegadas ao mercado.

Ademais, e em segundo lugar, é, no nosso melhor entendimento, fulcral que seja replicada para a ordem jurídica nacional, aquela que fora a solução encontrada no contexto jurídico francês para dar resposta às necessidades das entidades adjudicantes no que tange com a introdução de cláusulas ambientais nas peças do procedimento. Em traços gerais, consiste na criação de uma base de dados digital, de livre acesso, na qual as entidades adjudicantes têm ao seu dispor, para os diferentes segmentos de compras públicas, um conjunto de exemplos-tipo de cláusulas e critérios ecológicos, precedidos

¹⁴¹ Recorde-se, a este respeito, o que se disse sobre os contributos fornecidos, na ordem jurídica neerlandesa, pelo Guia de Proporcionalidade” e, mais tarde, pelo Comité de Especialistas em Compras Públicas (Commissie van Aanbestedingsexperts, CPPE).

de uma breve explicação sobre a importância da sua utilização, o objetivo-último que visa alcançar, e de que modo, e em que situações devem aqueles ser aplicados. Acresce que, por meio da mesma plataforma digital, denominada “*La Clause Verte*”¹⁴², fora, ainda, criado uma espécie de “Balcão Verde”, isto é, um serviço gratuito de aconselhamento ambiental – não jurídico – direcionado para todos aqueles compradores públicos aos quais for aplicável o CCP francês, com o intuito de auxiliar as entidades adjudicantes aquando da formulação de considerações ambientais no âmbito de uma, cada vez mais, assumida transição ecológica.

Posto isto, são duas, no final das contas, as soluções cuja adoção pelo legislador português, num futuro próximo, entendemos ser defensável, com vista a dar, de forma sensata e ponderada, continuidade aos esforços, até agora realizados, com vista a promover a transição para uma contratação pública ecológica e, em especial, o cumprimento dos objetivos definidos pela “Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”.

¹⁴² Cfr. <https://laclauseverte.fr/>.

V. Conclusão

Alcançada a fase final da presente dissertação, é por ora tempo de dela retirar aquelas que nos parecem ser as principais notas conclusivas acerca do caminho trilhado, até então, pelo Direito da União Europeia, e, num passado bem mais recente, pelo nosso Conselho de Ministros, com a aprovação da RCM em prol de uma contratação pública ecológica.

Desde logo, tivemos a oportunidade de constatar o lugar de destaque que o ideário da compra pública ecológica, ocupa, de forma cada vez mais preponderante, no quadro das políticas prosseguidas pela União Europeia.

Perante tal realidade e os desafios que da mesma, inevitavelmente, decorrem, os Estados-Membros sentiram, nos últimos anos, a necessidade de lançar mão de soluções legislativas que, de forma simplista, se têm diferenciado por, ou conferir uma natureza eminentemente obrigatória a um conjunto de critérios ecológicos no domínio da contratação pública, ou por criar para as entidades adjudicantes um dever de fundamentação quando as mesmas optem por um critério de adjudicação desligado de quaisquer considerações ambientais.

Neste contexto, com a aprovação da RCM, revelou-se ser, por de mais evidente, a intenção do legislador português em dar um salto qualitativo naquele que vinha sendo o caminho percorrido pelo ordenamento jurídico nacional em ordem a promover uma contratação pública ambientalmente consciente e sustentável, ao definir, para dezasseis categorias específicas de contratos públicos, critérios ecológicos obrigatórios para todas as entidades adjudicantes que integram a Administração direta e indireta do Estado.

Contudo, se, à primeira vista, todas, ou, pelo menos, a maioria, das opções adotadas pelo Conselho de Ministros, parecem constituir verdadeiros avanços em prol dos objetivos fixados pela União Europeia no domínio das compras públicas ecológicas, uma análise atenta e criteriosa das mesmas, permite concluir pela desconformidade de algumas delas para com o Direito da União Europeia, em especial, o princípio da concorrência. Como exemplo paradigmático, refira-se ao uso excessivo que o legislador português fez do rótulo ecológico na RCM – profundamente castrador quer da abertura do mercado à concorrência, quer do fomento da inovação no âmbito dos contratos públicos.

Nesta senda, propusemo-nos, na fase terminal do presente escrito, a lançar uma proposta de adoção de duas soluções – já acolhidas por ordenamentos jurídicos de outros Estados-Membros – que, no nosso melhor entendimento, melhor se coadunam com as soluções legislativas acolhidas pelo nosso CCP, e com aquela que é a realidade técnica e financeira dos operadores económicos que operam no mercado nacional e transnacional. Por um lado, a transposição para o nosso ordenamento jurídico da metodologia adotada pelos Países Baixos, isto é, um mecanismo de “*comply or explain*”. Por outro lado, a criação de um repositório digital que coloque à disposição de todas as entidades adjudicantes um conjunto de exemplos-tipo de cláusulas e critérios ecológicos para as várias categorias de contratos, e, bem assim, um serviço gratuito de aconselhamento ambiental com o intuito de auxiliar as entidades adjudicantes aquando da inclusão de considerações ambientais nas peças do procedimento.

Referências Bibliográficas

Monografias e artigos científicos

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais (2013) – *Introdução ao Direito Comparado*. 3.^a ed., Coimbra: Edições Almedina.
- ANDHOV, Marta; MUSCARITOLI, Frederica (2023) – “Climate Change and Public Procurement: Are We Shifting the Legal Discourse?”, in *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Reflections on a Paradigm Shift*. Great Britain: Hart Publishing.
- ANDHOV, Marta (2021) – *Contracting Authorities and Strategic Goals of Public Procurement – A Relationship Defined by Discretion?*. University of Copenhagen Faculty of Law, Legal Studies Research Paper Series, paper no. 2021-105 Disponível para consulta em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3794794, consult. em 14/04/2024.
- ARROWSMITH, Sue; KUNZLIK, Peter (2009) – “Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles”, in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*. Cambridge University Press.
- BASTOS, Filipe Brito (2012) – *A escolha de critérios ambientais de adjudicação de contratos públicos: reflexões de Direito Administrativo nacional e europeu*. Lisboa: ICJP. Disponível para consulta em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/escolhacriteriosambientaisadjudicacao.pdf>, consult. em 14/04/2024.
- BORDALO FAUSTINO, Paula (2014) – “Award Criteria in the New EU Directive on Public Procurement”, in *Public Procurement Law Review*, n.º 3.

- BOTTA, Giulia (2023) – “Italy: Leading the Way Towards Mandatory Sustainable Public Procurement through Minimum Environmental Criteria”, in *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Reflections on a Paradigm Shift*. Great Britain: Hart Publishing.
- CARANTA, Roberto (2015) – “The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works”, in *Common Market Law Review*, vol. 52, n.º 2.
- CARNEIRO, Ana Rita; SOUSA SANTOS, Luciana; BARROS, Rita (2015) – “Contratação Pública Verde”, in *Actas I Congresso sobre Compras Públicas Ecológicas: Para uma contratação pública estratégica*. Braga: ELSA UMINHO.
- CAMPOS, Diogo Duarte de (2011) – “A admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideração de factores ambientais e sociais”, in *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, Raquel (2021) – “Da contratação pública sustentável à contratação pública circular: o objeto da procura e o modelo de gestão”, in *Concorrência e Sustentabilidade: dois desafios para a contratação pública – Actas das Jornadas de Direito dos Contratos Públicos (30 de setembro a 2 de outubro de 2020, FDUL)*. Lisboa: AAFDL.
- CERQUEIRA GOMES, Pedro (2021) – *EU Public Procurement and Innovation: The Innovation Partnership Procedure and Harmonization Challenges*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- CERQUEIRA GOMES, Pedro (2016) – “Políticas estratégicas na nova Diretiva 2014/24/EU – objetivos sociais e ambientais”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 11, Coimbra: CEDRIPE.
- COMBA, Mario E. (2014) – “Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws”, in *Modernising Public Procurement: the new directive*, 1.^a ed., Copenhagen: Djof Publishing.

- CZARNEZKI, Jason J.; GARSSE, Steven Van (2020) – “What is life-cycle costing?”, in *Cost and EU Public Procurement Law: Life-cycle costing for sustainability*. London and New York: Routledge.
- DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana (2015) – “Sustainable Public Procurement: The Use of Eco-Labels”, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 10, n.º 2.
- DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana (2014) – “Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects”, in *Modernising Public Procurement: the new directive*, 1.ª ed., Copenhagen: Djof Publishing.
- ESTORINHO, Maria João (2016) – “A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum”, in *A transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*. Lisboa: ICJP e CIDP.
- ESTORNINHO, Maria João (2012) – *Green Public Procurement - Por uma contratação pública sustentável*. Lisboa: ICJP. Disponível para consulta em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/texto_prof_a_mje.pdf, consult. em 14/04/2024.
- ESTORNINHO, Maria João (2006) – *Direito Europeu dos Contratos Públicos*. Coimbra: Edições Almedina.
- GOMES, Carla Amado; CALDEIRA, Marco (2017) – “Contratação Pública “Verde”: Uma Evolução (Eco)lógica”, in *Revista da AGU*, Brasília-DF, vol. 16, n.º 4.
- GONÇALVES, Pedro Costa (2018) – “La integración de las preocupaciones ambientales en la contratación pública”, in *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, n.º 4. Editorial Universidad de Sevilla.
- GRAELLS, Albert Sanchez (2015) – *Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?*. Disponível para consulta em:

- https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2638466, consult. em 14/04/2024.
- GRAELLS, Albert Sanchez (2014) – “Exclusion. Qualitative and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2024/24”, in *Modernising Public Procurement: the new directive*, 1.^a ed., Copenhagen: Djof Publishing.
 - GRAELLS, Albert Sanchez (2013) – *Public Procurement and Competition: Some Challenges Arising from Recent Developments in EU Public Procurement Law*. Disponível para consulta em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2206502, consult. em 14/04/2024.
 - HEIJNSBROEK, Paul (2023) – “The Netherlands: Obligations to Justify the Lowest Price and to Create as Much Societal Value as Possible”, in *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Reflections on a Paradigm Shift*. Great Britain: Hart Publishing.
 - JANSSEN, Willem (2023) – “Shifting Towards Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Context, Relevance and a Typology”, in *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Reflections on a Paradigm Shift*. Great Britain: Hart Publishing.
 - KONINCK, Constant De; RONSE, Thierry; TIMMERMANS, William (2015) – *European Public Procurement Law: The Public Sector Procurement Directive 2014/24/EU explained through 30 years of case law by the Court of Justice of the European Union*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business.
 - MADURO, Miguel Pinares (2008) – *Interpreting European Law - Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*. European University Institute. Disponível para consulta em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1134503, consult. em 14/04/2024.

- MARTINS, Licínio Lopes (2014) – “Rótulos ecológicos e proteção do ambiente na nova Diretiva dos contratos públicos”, in *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 34.
- REBELO, Marta (2004) – “A dimensão ambiental das regras comunitárias de contratação pública: Os critérios de adjudicação relativos à protecção do ambiente na jurisprudência do TJCE”, in *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*. Ano 10, n.º 20, Coimbra: Edições Almedina.
- SJAFJELL, Beate; WIESBROCK, Anja (2017) – “Why should public procurement be about sustainability?” in *Sustainable Public Procurement Under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder*. University of Oslo Faculty of Law, Legal Studies Research Paper Series no 2017-17. Disponível para consulta em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2954499, consult. em 14/04/2024.
- VIANA, Cláudia (2007) – *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*. Coimbra: Coimbra Editora.
- VICENTE, Dário Moura (2012) – *Direito Comparado*. Vol. 1, 2.ª ed., Coimbra: Edições Almedina.
- VITORIA, Ximena Lazo (2023) – “Spain: Transitioning Towards Sustainable Public Procurement Mandatory Requirements”, in *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Reflections on a Paradigm Shift*. Great Britain: Hart Publishing.

Documentos Governamentais e Literatura Cinzenta

- COM (1998) 143 final, de 11 de março de 1998, disponível para consulta em: https://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Documentacao/Comunicacao_CE_COM-1998-143_final.PDF, consult. em 14/04/2024.

- COM (2001) 274 final, de 4 de julho de 2001, disponível para consulta em: https://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Documentacao/Comunicacao_CE_CO M-2001- 274_final.PDF, consult. em 14/04/2024.

- COM (2010), 2020 final, de 3 de março de 2010, disponível para consulta em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020>, consult. em 14/04/2024.

- COM (2011) 015 final, “Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE: para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa”, disponível para consulta em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:pt:PDF>, consult. em 14/04/2024.

- COM (2021) “Orientações sobre contratos públicos de inovação”, disponível para consulta em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0706\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0706(03)&from=EN), consult. em 14/04/2024.

- Ficha temática do Parlamento Europeu sobre a “Política de Inovação”, disponível em: https://www.europarl.europa.eu/erpl-app-public/factsheets/pdf/pt/FTU_2.4.6.pdf, consult. em 14/04/2024.

- Global Ecolabelling Network, Information Paper: Introduction to Ecolabelling (2004), disponível para consulta em: <https://www.gdrc.org/sustbiz/green/gen-infopaper.pdf>, consult. em 14/04/2024.

- “Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della Pubblica amministrazione”, disponível para consulta em: https://gpp.mite.gov.it/sites/default/files/2023-08/PAN_GPP.pdf, consult. em 14/04/2024.

- “Proportionality Guide”, disponível para consulta em: www.pianoo.nl/en/legal-framework/proportionality-guide, consult. em 14/04/2024.

- Parecer n.º 224, do Comité de Especialistas em Compras Públicas dos Países Baixos, datado de 03.06.2014, disponível para consulta em: <https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/documenten/adviezen/2015/05/01/advies-224>, consult. em 14/04/2024.
- Relatório apresentado ao Presidente da Comissão Europeia por Mario Monti, “Uma nova estratégia para o mercado único: ao serviço da economia e da sociedade europeias”, de 9 de maio de 2010.

Dissertações de mestrado

- RODRIGUES, Carlos Sérgio Madureira (2014) – *Entre a contratação pública ecológica e a contratação pública sustentável – compreender o presente, transpor o futuro*. Dissertação de Mestrado em Direito na Área de Especialização de Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito Administrativo. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Referências Jurisprudenciais

- Acórdão Beentjes/Estado Neerlandês, do TJUE, proc. C-31/87, datado de 20.09.1998;
- Acórdão Comissão/França, do TJUE, proc. C-225/98, datado de 26.09.2000;
- Acórdão Concordia Bus Finland, do TJUE, proc. C-513/99, datado de 17.09.2002;
- Acórdão EVN e Wienstrom, do TJUE, proc. C-448/01, datado de 04.12.2003;
- Acórdão Lianakis e o., do TJUE, proc. C-532/06, datado de 24.01.2008;
- Acórdão Comissão/Países Baixos, do TJUE, proc. C-368/10, datado de 10.05.2012;
- Acórdão VAR e ATM, do TJUE, proc. C-14/17, datado de 12.07.2018;
- Acórdão Tim, do TJUE, proc. C-395/18, datado de 30.01.2020.