



UNIVERSIDADE | FACULDADE
CATÓLICA | DE DIREITO
PORTUGUESA |
ESCOLA DE LISBOA

DA FIXAÇÃO DAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS NO CADERNO DE ENCARGOS

TRABALHO FINAL PARA APROVAÇÃO NO CURSO DE MESTRADO EM
DIREITO ADMINISTRATIVO E CONTRATAÇÃO PÚBLICA,
SOB A ORIENTAÇÃO DO
DR. JOÃO AMARAL E ALMEIDA

PROGRAMAS DE MESTRADO ORIENTADOS PARA O EXERCÍCIO PROFISSIONAL

NUNO FILIPE MORAIS PIMENTEL GOMES

JANEIRO DE 2015

ÍNDICE

§ 1. Resumo	3
§ 2. Introdução e breve exposição do tema.....	4
§ 3. Do regime da fixação das especificações técnicas definido pelas Diretivas comunitárias referentes à contratação pública: passado e presente.....	6
I. DIRETIVAS ANTERIORES A 2004.....	6
II. DIRETIVAS DE 2004	10
iii. DIRETIVAS DE 2014	15
§ 4. Dos princípios que se pretendem salvaguardar aquando da fixação das especificações técnicas.	21
§ 5. Da evolução jurisprudencial a nível comunitário e nacional.....	25
A. ‘DUNDALK’ 25	
B. ‘UNIX’ 27	
C. ‘BENT MOUSTEN VESTERGAARD’ 28	
D. ‘MAX HAVELAAR’ E/OU ‘EKO’ 29	
E. ‘ESOP CONTRA MUNICÍPIO DE ALMADA’ 31	
§ 6. Dos aspetos a atender pelas entidades adjudicantes na fixação das especificações técnicas	33
§ 7 Conclusões.....	39
§ 8. Referências	41
A. BIBLIOGRÁFICAS 41	
B. JURISPRUDENCIAIS 43	
I. COMUNITÁRIAS	43
II. NACIONAIS	44

§ 1. RESUMO

Neste trabalho, pretende analisar-se o regime de fixação das especificações técnicas que devem constar do caderno de encargos, definido no artigo 49.º do Código dos Contratos Públicos.

Será abordada a transposição, para o CCP, da Diretiva 2004/18/CE, bem como, da recentemente publicada Diretiva 2014/24/UE e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, sublinhando-se a preocupação com a salvaguarda dos princípios da igualdade de tratamento, da transparência e da concorrência efetiva, na definição do regime de fixação das especificações técnicas.

O autor debruçar-se-á, em particular, sobre o n.º 13 do artigo 49.º do CCP, o qual prevê uma regra excecional que permite, na fixação das especificações técnicas, a referência a um fabricante ou uma proveniência determinados, a um processo específico de fabrico, a marcas, patentes ou modelos e a uma dada origem ou produção, quando acompanhada da menção ‘ou equivalente’.

Conclui-se com uma reflexão sobre eventuais riscos decorrentes da possibilidade prevista no n.º 13 do artigo 49.º do CCP, realçando-se a necessidade de prevenir a utilização indiscriminada do regime de exceção, por parte das entidades adjudicantes, aquando da elaboração do caderno de encargos.

PALAVRAS-CHAVE:

Caderno de Encargos; especificações técnicas; ‘ou equivalente’; Princípio da igualdade de tratamento; Princípio da transparência; Concorrência efetiva; Código dos Contratos Públicos; Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004; Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE

§ 2. INTRODUÇÃO E BREVE EXPOSIÇÃO DO TEMA

O presente trabalho final para aprovação no curso de mestrado em ‘Direito Administrativo e Contratação Pública’, ministrado no âmbito dos Programas de Mestrado orientados para o exercício profissional, lecionados pela Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, tem por objetivo a revisão do ‘estado da arte’¹ quanto ao regime da fixação das especificações técnicas que devem constar do caderno de encargos.

No quadro comunitário vigente, reportaremos a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos (doravante denominada Diretiva 2014/24/UE) e que revoga a Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (doravante denominada Diretiva 2004/18/CE), a qual prescreve, no artigo 42.º, o regime de fixação das especificações técnicas que devem constar do caderno de encargos.

Não nos debruçaremos sobre a Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (doravante denominada Diretiva 2014/25/UE) e que revoga a Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

Analisaremos a transposição, do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE, para o artigo 49.º do Código dos Contratos Públicos (doravante denominado CCP), aprovado pelo Decreto-lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, com especial enfoque sobre os n.ºs 12 e 13, bem como, as eventuais alterações que devem ser introduzidas ao referido artigo, por via do prazo de transposição que agora se abre, até 18 de abril de 2016.

Serão sistematizados os princípios que devem balizar a fixação das especificações técnicas, nomeadamente os princípios da igualdade de tratamento, da transparência e da concorrência

¹ Nos termos do artigo 21.º e seguintes do Regulamento dos Programas de Mestrado, aprovado pelo Conselho da Direção da Escola de Lisboa em 15 de junho de 2007, na redação atual.

efetiva. A esse respeito, apresentaremos os casos que, no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante denominado TJUE), deram, no nosso entender, um maior contributo para a elucidação dos limites na fixação das especificações técnicas que devem constar do caderno de encargos.

A questão que se pretende suscitar é se existe ou não a possibilidade de uma interpretação parcial da legislação, por parte das entidades adjudicantes, aquando da fixação das especificações técnicas no caderno de encargos e neste contexto, quais os eventuais riscos associados.

§ 3. DO REGIME DA FIXAÇÃO DAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DEFINIDO PELAS DIRETIVAS COMUNITÁRIAS REFERENTES À CONTRATAÇÃO PÚBLICA: PASSADO E PRESENTE

i. DIRETIVAS ANTERIORES A 2004

Os princípios gerais do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia ^{2 3} (doravante denominado TFUE), em especial sobre a livre circulação de bens (cfr. artigo 34.º), liberdade de estabelecimento (cfr. artigo 49.º) e liberdade de prestação de serviços (cfr. artigo 56.º), estabelecem direitos e obrigações, que pretendem eliminar todas as medidas e comportamentos discriminatórios⁴ contra operadores económicos estabelecidos noutros Estados-membros. Contudo, uma das principais limitações do TFUE assentava no facto de não versar diretamente sobre matéria relativa aos contratos públicos. Atendendo à diversidade de regimes nesta matéria, em número igual ao de Estados-membros, e à ausência de uma obrigação de estabelecer um apelo à concorrência efetiva, a proibição de medidas e comportamentos discriminatórios não era suficiente, de *per si*, para a concretização do ambicionado mercado único.

A insuficiência decorrente de um *'proteccionismo generalizado'* dos Estados-membros⁵ constituía uma condição propícia à manutenção dos mercados encerrados ao exterior, nomeadamente aos operadores económicos não nacionais.

A primeira geração de Diretivas de coordenação dos procedimentos relativos à adjudicação de empreitadas de obras públicas⁶ e, mais tarde, as Diretivas relativas à coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos de fornecimento ^{7 8}, surgem, também, no sentido de liberalizarem os mercados nacionais.

A Diretiva 71/305/CEE veio sedimentar a necessidade de observância dos princípios gerais salvaguardados no TFUE, ao adotar, pela primeira vez, a fixação de disposições comuns no

² Versão consolidada [JO C 83/47, de 30.03.2010].

³ Sobre as implicações do TFUE na contratação pública, cfr. SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet & Maxwell, Londres, 2005, pág. 181, parágrafo 4.1.

⁴ Cfr. Processo C-21/88, *DuPont de Nemours Italiana S.p.A. contra Unitá Sanitaria locale n.º 2 de Carrara* [1990] ECR I-00889 e Processo C-360/89, *Comissão contra Itália* [1992] ECR I-03401.

⁵ Cfr. neste sentido CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007, pág. 31.

⁶ Diretiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de julho de 1971 [JO L 185, de 16.08.71, pág. 5].

⁷ Diretiva 77/62/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1976 [JO L 13, de 15.01.77, pág. 29].

⁸ Diretiva 80/767/CEE do Conselho, de 22 de julho de 1980, que adapta e completa, no que diz respeito a certas entidades adjudicantes, a Diretiva 77/62/CEE que coordena os processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público [JO L 215, de 18.08.1980, pág. 83].

domínio técnico, ou seja, de especificações técnicas⁹ (cfr. artigo 10.º da Diretiva 71/305/CEE).

Pela primeira vez, salvo se as especificações técnicas *‘forem justificadas pelo objeto do contrato’*, os Estados-membros passaram a estar proibidos de fixar, *‘nas cláusulas específicas de um determinado contrato, especificações técnicas que mencionem produtos de um fabrico ou de uma proveniência determinada ou processos especiais que tenham por efeito favorecer ou eliminar certas empresas’*. No entanto, era permitida tal indicação, se acompanhada da menção «ou equivalente», *‘quando as entidades adjudicantes não tenham a possibilidade de fornecer uma descrição do objeto do concurso por meio de especificações suficientemente precisas e inteligíveis por todos os interessados’* (cfr. artigo 10.º e Anexo II da Diretiva 71/305/CEE).

Posteriormente, aquando da adoção da Diretiva 77/62/CEE, que tomou em linha de conta o caminho percorrido desde a Diretiva 71/305/CEE, reconhecido no quarto considerando¹⁰, mantiveram-se as referências às regras comuns no domínio técnico¹¹, mas a tónica passou a ser colocada não apenas nas empresas, mas também no produto, no que concerne a eventuais efeitos discriminatórios.

Os Estados-membros, a menos que as especificações fossem justificadas pelo objeto do contrato, estavam proibidos de mencionar *‘produtos de um fabrico ou de uma proveniência determinadas, ou de processos particulares tendo como efeito favorecer ou eliminar certas empresas ou certos produtos’*. Como tal, era proibida a indicação de marcas, patentes ou

⁹ Definidas como *‘o conjunto das prescrições técnicas contidas, nomeadamente, nos cadernos de encargos, e que permitem caracterizar objetivamente uma obra, um material, um produto ou um fornecimento (entre outros: qualidade, capacidades) de tal maneira que essa obra, esse material, esse produto ou esse fornecimento possa responder à utilização a que é destinado pela entidade adjudicante. Estas especificações técnicas incluem as qualidades mecânicas, físicas e químicas, as classificações e as normas, as condições de ensaio, de controlo e de receção das obras, dos elementos e dos materiais integrantes dessas obras. Dizem, igualmente, respeito às técnicas ou métodos de construção e a todas as outras condições de carácter técnico que a entidade adjudicante entenda exigir, por meio de regulamentação geral ou especial no que respeita às obras acabadas e no que respeita aos materiais ou aos elementos integrantes dessas obras’*.

¹⁰ Note-se que a tal coordenação foi efetuada tendo por base os *‘princípios determinados relativos à proibição das especificações técnicas com efeito discriminatório, à publicidade comunitária dos contratos, à elaboração de critérios objetivos de participação e à instauração de um processo que permitisse velar em comum pela observância destes princípios’*.

¹¹ Definidas como o *‘conjunto das prescrições técnicas (...) que permitam caracterizar objetivamente um material, um produto ou bens a fornecer [entre outras: qualidade, eficácia («performance»)] de tal maneira que esse (...) responda à necessidade a que é destinado pela entidade adjudicante. As especificações técnicas incluem todas as propriedades mecânicas, físicas e químicas pertinentes, as classificações e as normas, as condições de teste, de controlo e de aceitação dos fornecimentos ou dos elementos e dos materiais que os constituem, na medida em que sejam exigidas pela entidade adjudicante (...)’*.

tipos, ou de uma origem ou produção determinada. No entanto era permitida tal indicação acompanhada da menção «ou equivalente», *'se o objeto do contrato não puder ser descrito de outro modo por meio de especificações suficientemente precisas e perfeitamente inteligíveis para todos os interessados'* (cfr. artigo 7.º da Diretiva 77/62/CEE).

Não obstante a redução da liberdade de disposição que era concedida às entidades adjudicantes na fixação das especificações técnicas, as regras do direito comunitário aplicáveis, neste domínio, continuavam a não fornecer garantias suficientes de abertura a operadores económicos estabelecidos noutros Estados-membros, visto que a respetiva legislação a nível interno mantinha o pendor protecionista de longa data, por parte dos Estados-membros¹².

Tendo essa conceção e preocupação¹³, foram então adotadas novas Diretivas, designadamente a Diretiva 88/295/CEE do Conselho, de 22 de março de 1988¹⁴, que alterou as Diretivas 77/62/CEE e 80/767/CEE, e a Diretiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de julho de 1989¹⁵, que alterou a Diretiva 71/305/CEE. Posteriormente foi adotada a Diretiva 92/50/CEE, de 18 de junho de 1992¹⁶ (doravante denominada Diretiva 'serviços'), referente à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços. O quadro regulamentar comunitário em matéria de contratação pública completou-se com as Diretivas referentes aos contratos de empreitadas de obras públicas reunidas na Diretiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993¹⁷ (doravante denominada Diretiva 'obras'), e as Diretivas relativas aos contratos de fornecimentos foram consolidadas na Diretiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993¹⁸, (doravante denominada Diretiva 'fornecimentos'), comumente denominadas Diretivas 'clássicas'. De fora, ficaram os contratos públicos de obras, fornecimentos e serviços nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, os quais foram codificados na Diretiva 93/38/CEE¹⁹, referente aos ditos 'setores especiais'.

¹² Cfr. Processo 76/81, SA Transporoute et travaux contra Ministère des travaux publics [1982] ECR 00417.

¹³ *Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council* [COM (85) 310].

¹⁴ [JO L 127, de 20.05.1988, pág. 1].

¹⁵ [JO L 210, de 21.07.1989, pág. 1].

¹⁶ [JO L 209, de 24.07.1992, pág. 1].

¹⁷ [JO L 199, de 09.08.1993, pág. 54].

¹⁸ [JO L 199, de 09.08.1993, pág. 1].

¹⁹ Diretiva relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações [JO L 199, de 09.08.1993, pág. 84].

Esta Diretiva passou a indicar, de uma forma mais detalhada, o alcance das especificações técnicas²⁰, as quais, *‘sem prejuízo das regras técnicas nacionais obrigatórias, desde que compatíveis com o direito comunitário, as especificações técnicas [fixadas no Anexo II da Diretiva] serão definidas pelas entidades adjudicantes por referência a normas nacionais que transponham normas europeias²¹, a condições de homologação técnica europeias²² ou a especificações técnicas comuns^{23 24} (cfr. segunda parte do n.º 2 e n.º 3 do artigo 14.º da Diretiva ‘serviços’).*

A Diretiva ‘serviços’ manteve a proibição de que os Estados-membros mencionassem no caderno de encargos, *‘produtos de um determinado fabrico ou proveniência, ou obtidos segundo processos especiais, que tenham por efeito favorecer ou eliminar certos prestadores de serviços’*, visto ser proibida a indicação de *‘marcas, patentes ou tipos, ou de uma determinada origem ou produção’*. Excetuavam-se os casos em que a indicação fosse acompanhada da menção ‘ou equivalente’ e *‘quando as entidades adjudicantes não possam fornecer uma descrição do objeto do contrato por meio de especificações suficientemente precisas e inteligíveis para todos os interessados’* (cfr. n.º 6 do artigo 14.º da Diretiva ‘serviços’).

Em suma, a inscrição da referida proibição marcou, de forma indelével, o regime da fixação das especificações técnicas que devem constar do caderno de encargos.

²⁰ Definidas como o *‘conjunto dos requisitos técnicos (...) que definem as características exigidas de uma obra, material, produto ou fornecimento, e que permitem caracterizar objetivamente (...) de modo a que estes correspondam à utilização a que a entidade adjudicante os destina. Esses requisitos técnicos englobam os níveis de qualidade, desempenho, segurança ou dimensões, incluindo os requisitos aplicáveis ao material, ao produto ou ao fornecimento no que diz respeito à garantia de qualidade, terminologia, símbolos, ensaios e métodos de ensaio, embalagem, marcação ou rotulagem (...).*’

²¹ Definida ‘norma’ como uma *‘especificação técnica aprovada por um organismo de normalização reconhecido, da atividade normativa para aplicação repetida e continuada, cuja observância não é em princípio obrigatória’*.

²² Definidas como uma *‘apreciação técnica favorável da adequação de um produto para utilização, baseada no cumprimento dos requisitos essenciais previstos para as obras de construção, através das características inerentes do produto e das condições de aplicação e utilização definidas. A homologação europeia deve ser emitida por um organismo de aprovação designado para o efeito pelo Estado-membro’*.

²³ Definidas como uma *‘especificação técnica estabelecida de acordo com um processo reconhecido pelos Estados-membros para assegurar a sua aplicação uniforme em todos os Estados-membros e que tenha sido publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias’*.

²⁴ Cfr. as respetivas definições nos n.ºs 2 a 5 do Anexo II da Diretiva ‘serviços’.

ii. DIRETIVAS DE 2004

Doze anos após a adoção das Diretivas ‘clássicas’, procederam-se a alterações nos referidos normativos comunitários²⁵, de modo *‘a responder às exigências de simplificação e modernização formuladas, quer pelas entidades adjudicantes quer pelos operadores económicos’*, na sequência das reações ao Livro Verde²⁶, sendo igualmente *‘conveniente, por razões de clareza, proceder à sua reformulação num só texto’*²⁷.

O artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE consagra o regime segundo o qual as especificações técnicas devem ser fixadas, consoante se tratem de contratos de empreitada de obras públicas ou de contratos públicos de fornecimento de bens ou de serviços (cfr. n.º 1 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE).

Quando se trate de contrato de empreitada de obras públicas, as especificações técnicas são definidas como *‘a totalidade das prescrições técnicas constantes, nomeadamente, do caderno de encargos, que definem as características exigidas ao material, produto ou fornecimento, que permitem caracterizá-los de modo a que correspondam à utilização a que a entidade adjudicante os destina. Essas características incluem os níveis de desempenho ambiental, a conceção que preencha todos os requisitos (incluindo a acessibilidade para os deficientes) e a avaliação da conformidade, a adequação de utilização, a segurança ou as dimensões, incluindo os procedimentos relativos à garantia de qualidade, a terminologia, os símbolos, os ensaios e métodos de ensaio, a embalagem, a marcação e rotulagem, as instruções de utilização, bem como os processos e métodos de produção. Incluem igualmente as regras de conceção e cálculo das obras, as condições de ensaio, de controlo e de receção das obras, bem como as técnicas e métodos de construção e todas as outras condições de carácter técnico que a entidade adjudicante possa exigir, por meio de regulamentação geral ou especial, no que respeita às obras acabadas e aos materiais ou elementos integrantes dessas obras’* (cfr. alínea a) do n.º 1 do Anexo VI da Diretiva 2004/18/CE).

Caso se trate de um contrato de fornecimento de bens ou de serviços, as especificações técnicas são definidas como *‘uma especificação constante de um documento que define as*

²⁵ Cfr. neste sentido Parecer do Comité Económico e Social sobre a ‘Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação de fornecimentos públicos, de prestação de serviços públicos e de empreitadas de obras públicas’ [JO 2001/C 193/02].

²⁶ Cfr. Livro Verde *‘Os contratos públicos na União Europeia: pistas de reflexão para o futuro’*, Comunicação adotada pela Comissão em 27 de novembro de 1996 [COM(96) 583 final].

²⁷ Cfr. Considerando (1) constante do Preâmbulo da Diretiva 2004/18/CE.

características exigidas a um produto ou a um serviço, tais como os níveis de qualidade, os níveis de desempenho ambiental, a conceção que preencha todos os requisitos (incluindo a acessibilidade para os deficientes) e a avaliação da conformidade, a adequação de utilização, a utilização do produto, a segurança ou as dimensões, incluindo as exigências importantes aplicáveis ao produto no que se refere ao nome sob o qual é vendido, a terminologia, os símbolos, os ensaios e métodos de ensaio, a embalagem, a marcação e rotulagem, as instruções de utilização, os processos e métodos de produção e os procedimentos de avaliação da conformidade’ (cfr. alínea b) do n.º 1 do Anexo VI da Diretiva 2004/18/CE).

De forma expressa, passou a constar da Diretiva 2004/18/CE uma referência aos entraves que não podem decorrer da fixação das especificações técnicas, as quais devem sempre permitir o acesso dos eventuais proponentes em *‘condições de igualdade e não criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência’* (cfr. n.º 2 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE).

Comparativamente às Diretivas ‘clássicas’, a Diretiva 2004/18/CE veio também aprofundar o recorte técnico dos moldes como, as entidades adjudicantes, devem fixar as especificações técnicas (cfr. n.º 3 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE), nos termos que se passam a enunciar:

- a) *‘Seja por referência a especificações técnicas definidas no anexo VI e, por ordem de preferência, a normas nacionais que transponham normas europeias, a homologações técnicas europeias, a especificações técnicas comuns, a normas internacionais, a qualquer outro referencial técnico elaborado pelos organismos europeus de normalização ou, caso aquele não exista, a normas nacionais, a homologações técnicas nacionais ou a especificações técnicas nacionais em matéria de conceção, cálculo e execução de obras, bem como de utilização de materiais. Cada referência será acompanhada da menção «ou equivalente»’* (cfr. alínea a) do n.º 3 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE);
- b) *‘Seja em termos de desempenho ou de exigências funcionais, podendo estas últimas incluir características ambientais. Devem, todavia, ser suficientemente precisas para permitir aos proponentes determinar o objeto do contrato e às entidades adjudicantes escolher o adjudicatário’* (cfr. alínea b) do n.º 3 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE);

- c) *‘Seja em termos do desempenho ou das exigências funcionais a que se refere a alínea b), remetendo, como meio de presunção de conformidade com esse desempenho ou essas exigências funcionais, para as especificações a que se refere a alínea a)’* (cfr. alínea c) do n.º 3 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE);
- d) *‘Seja por referência às especificações a que se refere a alínea a) para determinadas características e por referência ao desempenho ou às exigências funcionais a que se refere a alínea b) para outras características’* (cfr. alínea d) do n.º 3 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE).

De qualquer modo, sempre que as entidades adjudicantes recorram à possibilidade de remeter para as especificações técnicas mencionadas na alínea a) do n.º 3 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE, não poderão rejeitar uma proposta com o fundamento de que os produtos e serviços dela constante não estão em conformidade com as suas especificações técnicas de referência (cfr. parte inicial do n.º 4 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE), desde que o proponente, demonstre na sua proposta, por qualquer *‘meio adequado e suficiente’*, o qual, na aceção da Diretiva 2004/18/CE, corresponde a um *dossier* técnico do fabricante ou um relatório de ensaio de um organismo aprovado, que as soluções apresentadas satisfazem de modo equivalente as exigências definidas nas especificações técnicas (cfr. parte final do n.º 4 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE).

Também quando as entidades adjudicantes recorram à possibilidade de estabelecer regras em termos de desempenho ou de exigências funcionais, *‘não poderão rejeitar uma proposta de obras, produtos ou serviços que esteja em conformidade com uma norma nacional que transponha uma norma europeia, com uma homologação técnica europeia, com uma especificação técnica comum, com uma norma internacional ou com um referencial técnico estabelecido por um organismo de normalização europeu, se estas especificações corresponderem ao desempenho ou cumprirem as exigências funcionais por si impostas’* (cfr. parte inicial do n.º 5 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE).

Para tal, cabe ao proponente demonstrar na sua proposta, *‘por qualquer meio adequado e suficiente para a entidade adjudicante’*, meio esse que, na aceção da Diretiva 2004/18/CE, corresponde a *‘um dossier técnico do fabricante ou um relatório de ensaio de um organismo*

aprovado²⁸, *‘que a obra, o produto ou o serviço conforme com a norma corresponde ao desempenho ou cumpre as exigências funcionais da entidade adjudicante’* (cfr. segundo inciso do n.º 5 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE).

Comparativamente à Diretiva ‘serviços’ e à primeira geração de Diretivas, a Diretiva 2004/18/CE passou ainda a permitir, de forma inovadora, a possibilidade das entidades adjudicantes incluírem características ambientais (cfr. n.º 6 do artigo 23.º), no âmbito das exigências funcionais aquando da fixação das especificações técnicas, embora tal não seja objeto de análise do presente trabalho.

Manteve-se a proibição, que já decorria das anteriores gerações de Diretivas comunitárias, de fixar especificações técnicas que façam referência *‘a um fabricante ou proveniência determinados, a um processo específico, a marcas comerciais, patentes ou tipos, nem a uma origem ou produção determinada’* e, assim, tivessem por efeito *‘favorecer ou eliminar determinados operadores económicos ou determinados produtos’* (cfr. parte inicial do n.º 8 do artigo 23.º Diretiva 2004/18/CE).

Porém – é este um dos pontos fulcrais do presente trabalho, a ser aprofundado oportunamente –, tal referência será autorizada, acompanhada da menção *‘ou equivalente’*, a título excecional, *‘no caso de não ser possível uma descrição suficientemente precisa e inteligível do objeto do contrato nos termos dos n.ºs 3 e 4’*, referidos anteriormente (cfr. parte final do n.º 8 do artigo 23.º Diretiva 2004/18/CE).

Esse impedimento, por via da transposição do n.º 8 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE, ficou patente no n.º 12 do artigo 49.º do CCP, onde é referido que *‘é proibida a fixação de especificações técnicas que façam referência a um fabricante ou uma proveniência determinados, a um processo específico de fabrico, a marcas, patentes ou modelos e a uma dada origem ou produção, que tenha por efeito favorecer ou eliminar determinadas entidades ou determinados bens’*.

Tal como decorre da parte final do n.º 8 do artigo 23.º Diretiva 2004/18/CE, no n.º 13 do artigo 49.º do CCP, *‘é permitida, a título excecional, a fixação de especificações técnicas por referência, acompanhada da menção «ou equivalente», aos elementos referidos no número*

²⁸ Em qualquer dos casos, na aceção da Diretiva, organismos aprovados *‘são laboratórios de ensaio ou de calibragem e os organismos de inspeção e de certificação’* (cfr. n.º 7 do artigo 23.º Diretiva 2004/18/CE).

anterior quando haja impossibilidade de descrever, de forma suficientemente precisa e inteligível, nos termos do disposto nos n.ºs 2 a 4, as prestações objeto do contrato a celebrar’.

iii. DIRETIVAS DE 2014

Na sequência da apresentação, por parte da Comissão, no final de 2011, da proposta de revisão e modernização do quadro normativo no domínio dos contratos públicos²⁹, a 28 de Março de 2014, foi publicado, no Jornal Oficial da União Europeia, o novo pacote legislativo que vem rever e pretende modernizar o Mercado Europeu de Contratação Pública, por via das Diretivas 2014/23/UE³⁰, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

No que concerne ao âmbito do presente trabalho, o Considerando (74) constante do Preâmbulo da Diretiva 2014/24/UE, em linha do Considerando (29) da Diretiva 2004/18/CE, é suficientemente elucidativo no que toca ao sentido que o legislador comunitário pretende imprimir quanto ao regime de fixação das especificações técnicas, visto referir que as mesmas *‘devem permitir a abertura dos contratos públicos à concorrência’*, possibilitando, dessa forma, *‘a apresentação de propostas que reflitam a diversidade das soluções técnicas, das normas e das especificações técnicas existentes no mercado, incluindo as definidas com base em critérios de desempenho ligados ao ciclo de vida e à sustentabilidade do processo de produção das obras, fornecimentos e serviços’*.

Consequentemente, *‘as especificações técnicas deverão ser elaboradas de forma a evitar uma redução artificial da concorrência através de requisitos que favoreçam um operador económico específico ao refletirem as principais características dos fornecimentos, serviços ou obras habitualmente oferecidos pelo mesmo’*.

Embora relativamente a outro propósito, a Diretiva 2014/24/UE refere uma ideia que subjaz ao modo como as especificações técnicas devem ser definidas, nomeadamente, *‘para que os operadores económicos as possam compreender a fim de reagirem de forma adequada’* (cfr. Considerando (81) da Diretiva 2014/24/UE).

Em termos de esquematização da Diretiva 2014/24/UE, importa referir a decisão de repartir por três artigos, no que concerne às disposições respeitantes a: a) *especificações técnicas*; b) *rótulos*, e c) *relatórios de ensaio, certificação e outros meios de prova* (cfr. artigos 42.º, 43.º e

²⁹ Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos [COM (2011) 896 final, de 20.12.2011]

³⁰ Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão [Jornal Oficial da União Europeia, L 094, de 28.03.2014]

44.º, respetivamente), que anteriormente estavam espartilhadas em apenas um artigo (cfr. em confronto com o artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE).

No que releva para o âmbito do presente trabalho, importa elencar os vários números do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/UE. O sobredito artigo retoma o regime segundo o qual as especificações técnicas devem ser fixadas, tendo por base a dualidade de contratos públicos em questão, consoante estejamos perante contratos de empreitada de obras públicas ou de contratos públicos de fornecimento de bens ou de serviços, que já decorria da Diretiva 2004/18/CE (cfr. n.º 1 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE e n.º 1 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/UE).

Quando se trate de contrato de empreitada de obras públicas, as especificações técnicas são definidas como *‘a totalidade das prescrições técnicas constantes, nomeadamente, dos documentos do concurso, que definem as características exigidas ao material, produto ou fornecimento e que permitem caracterizá-los de modo a que correspondam à utilização a que a autoridade adjudicante os destina; essas características incluem os níveis de desempenho ambiental e climático, a conceção que preveja todas as utilizações (incluindo a acessibilidade por parte das pessoas com deficiência) e a avaliação da conformidade, o desempenho, a segurança ou as dimensões, incluindo os procedimentos relativos à garantia de qualidade, a terminologia, os símbolos, os ensaios e métodos de ensaio, a embalagem, a marcação e a rotulagem, as instruções de utilização, bem como os procedimentos e métodos de produção em qualquer das fases do ciclo de vida dos trabalhos; as características incluem igualmente as regras de conceção e cálculo dos custos, as condições de ensaio, de controlo e de receção das obras, bem como as técnicas ou métodos de construção e todas as outras condições de carácter técnico que a autoridade adjudicante possa exigir, por meio de regulamentação geral ou especial, no que respeita às obras acabadas e aos materiais ou elementos integrantes dessas obras’* (cfr. alínea a) do n.º 1 do Anexo VII da Diretiva 2014/24/UE).

Caso se trate de um contrato público de fornecimento ou de serviços, as especificações técnicas são definidas como *‘uma especificação constante de um documento que define as características exigidas a um produto ou a um serviço, tais como os níveis de qualidade, os níveis de desempenho ambiental e climático, a conceção que preveja todas as utilizações (incluindo a acessibilidade por parte das pessoas com deficiência) e a avaliação da conformidade, o desempenho, a utilização do produto, a segurança ou as dimensões,*

incluindo as prescrições aplicáveis ao produto no que se refere ao nome sob o qual é vendido, a terminologia, os símbolos, os ensaios e métodos de ensaio, a embalagem, a marcação e rotulagem, as instruções de utilização, os procedimentos e métodos de produção em qualquer fase do ciclo de vida do produto ou serviço e os procedimentos de avaliação da conformidade’ (cfr. alínea b) do n.º 1 do Anexo VII da Diretiva 2014/24/UE).

Ressalta assim que, em confronto com o anteriormente referido, o Anexo VIII da Diretiva 2014/24/UE, relativo à definição de determinadas especificações técnicas, em larga medida, acaba por reproduzir o teor do Anexo VI da Diretiva 2004/18/CE, com reduzidas alterações e poucas implicações em termos de sentido e alcance do referido regime.

Além disso, o n.º 1 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/UE, quando estabelece que características exigidas para as obras, serviços ou fornecimentos, podem também incluir uma referência ao processo ou método específico de produção ou execução das obras, fornecimentos ou serviços solicitados, passe a incluir, em termos inovatórios, relativamente à anterior geração de diretivas, que tal também poderá dizer respeito a um processo específico para outra fase do seu ciclo de vida³⁴.

Mantem-se a referência aos entraves que não podem decorrer da fixação das especificações técnicas, as quais devem sempre permitir o acesso dos operadores económicos, eventuais proponentes em condições de igualdade de acesso e *‘não podem criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência*’ (cfr. n.º 2 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE e n.º 2 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/UE).

A Diretiva 2014/24/EU manteve os moldes como, as entidades adjudicantes, devem fixar as especificações técnicas (cfr. n.º 3 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/UE), nos termos que se passam a enunciar:

- a) *‘Em termos de desempenho ou de requisitos funcionais, que poderão incluir características ambientais, desde que os parâmetros sejam suficientemente precisos para permitir que os proponentes determinem o objeto do contrato e que as*

³⁴ Definido no n.º 20 do artigo 2.º da Diretiva 2014/24/UE como *‘todas as etapas consecutivas e/ou interligadas, incluindo a investigação e desenvolvimento a efetuar, a produção, comercialização e respetivas condições, transporte, utilização e manutenção, ao longo da existência de um produto, de uma obra ou da prestação de um serviço, desde a aquisição das matérias-primas ou da geração de recursos até à eliminação, neutralização e fim do serviço ou utilização*’.

autoridades adjudicantes procedam à respetiva adjudicação’ (cfr. alínea a) do n.º 3 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/UE);

- b) *‘Por referência a especificações técnicas definidas e, por ordem de preferência, a normas nacionais que transponham normas europeias, a homologações técnicas europeias, a especificações técnicas comuns, a normas internacionais, a outros sistemas técnicos de referência estabelecidos pelos organismos europeus de normalização ou — quando estes não existam — a normas nacionais, a homologações técnicas nacionais ou a especificações técnicas nacionais em matéria de conceção, cálculo e execução das obras e de utilização dos fornecimentos; cada referência deve ser acompanhada da menção «ou equivalente»*’ (cfr. alínea b) do n.º 3 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/UE);
- c) *‘Em termos do desempenho ou dos requisitos funcionais a que se refere a alínea a), com referência às especificações técnicas a que se refere a alínea b) como meio de presunção de conformidade com esse desempenho ou com esses requisitos funcionais*’ (cfr. alínea c) do n.º 3 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/UE);
- d) *‘Por referência às especificações técnicas a que se refere a alínea b), para determinadas características, e por referência ao desempenho ou aos requisitos funcionais a que se refere a alínea a), para outras*’ (cfr. alínea d) do n.º 3 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/UE).

Em larga medida, o n.º 3 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/EU, acaba por reproduzir o teor do n.º 3 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE, com meras alterações ao sentido da construção da frase, sem grandes implicações em termos de sentido e alcance das referidas modalidades.

Decorria do n.º 4 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE, sempre que as entidades adjudicantes recorram à possibilidade de remeter para as especificações técnicas mencionadas na alínea b) do n.º 3 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/EU, não poderão excluir uma proposta com o fundamento de que as obras, fornecimentos ou serviços dela constante não estão em conformidade com as suas especificações técnicas de referência (cfr. parte inicial do n.º 5 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/UE).

Tal estará dependente da demonstração, por parte do proponente, na respetiva proposta, por *‘qualquer meio adequado’*³⁶, meio esse que, na aceção desta diretiva, corresponde a um *‘relatório de ensaio de um organismo de avaliação da conformidade’*³⁷ ou um *‘certificado emitido por tal organismo como meio de prova da conformidade com os requisitos ou critérios estabelecidos nas especificações técnicas, com os critérios de adjudicação ou com as condições de execução dos contratos’*, que que as soluções apresentadas satisfazem de modo equivalente as exigências definidas nas especificações técnicas (cfr. n.º 1 do artigo 44.º da Diretiva 2014/24/UE).

As entidades adjudicantes sempre devem aceitar outros meios de prova adequados, além dos enunciados anteriormente, tal como *‘a documentação técnica do fabricante, caso o operador económico em causa não tenha acesso aos certificados ou aos relatórios de ensaio,(...) nem qualquer possibilidade de os obter dentro dos prazos estabelecidos, desde que a falta de acesso não seja imputável ao próprio operador económico e desde que este prove que as obras, fornecimentos ou serviços por ele prestados cumprem os requisitos ou critérios indicados nas especificações técnicas, nos critérios de adjudicação ou nas condições de execução dos contratos’* (cfr. n.º 2 do artigo 44.º da Diretiva 2014/24/UE).

Quando as entidades adjudicantes recorram à possibilidade de estabelecer regras em termos de desempenho ou de exigências funcionais, *‘não poderão rejeitar uma proposta de obras, produtos ou serviços que esteja em conformidade com uma norma nacional que transponha uma norma europeia, com uma homologação técnica europeia, com uma especificação técnica comum, com uma norma internacional ou com um referencial técnico estabelecido por um organismo de normalização europeu, se estas especificações corresponderem ao desempenho ou cumprirem as exigências funcionais por si impostas’* (cfr. parte inicial do n.º 6 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/UE).

Quanto a este caso, cabe ao proponente demonstrar na sua proposta, nos termos já anteriormente mencionados, quanto a suficiência, que a *‘que a obra, fornecimento ou serviço em conformidade com a norma em questão corresponde ao desempenho exigido ou cumpre*

³⁶ Na aceção da Diretiva 2004/18/CE, tal correspondia *‘a um dossier técnico do fabricante ou um relatório de ensaio de um organismo aprovado’*.

³⁷ Em qualquer dos casos, na aceção da Diretiva, organismo de avaliação da conformidade, corresponde *‘a um organismo que exerça atividades de avaliação da conformidade, nomeadamente a calibração, ensaio, certificação e inspeção, acreditado em conformidade com o Regulamento (CE) n.º 765/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho’* (cfr. n.º 1 do artigo 44.º da Diretiva 2014/24/UE).

os requisitos funcionais da autoridade adjudicante’ (cfr. segundo inciso do n.º 5 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE e segundo inciso do n.º 6 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/UE).

Também aqui, para comprovar a equivalência, poderá ser exigido aos proponentes que apresentem provas verificadas por terceiros, nos moldes já anteriormente referidos (cfr. artigo 44.º da Diretiva 2014/24/UE).

Relativamente ao n.º 4 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/EU, o qual, corresponde ao n.º 8 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE, manteve-se inalterada a proibição, de fixar especificações técnicas que façam referência *‘a determinado fabrico ou proveniência, a um procedimento específico que caracterize os produtos ou serviços prestados por determinado operador económico, ou a marcas comerciais, patentes, tipos, origens ou modos de produção determinados’* e, assim, tivessem por efeito *‘favorecer ou eliminar determinadas empresas ou produtos’* (cfr. n.º 4 do artigo 42.º Diretiva 2014/24/UE, o qual corresponde, com ligeiras alterações, ao anterior n.º 8 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE).

A sobredita referência será autorizada, acompanhada da menção *‘ou equivalente’*, a título excecional, *‘no caso de não ser possível uma descrição suficientemente precisa e inteligível do objeto do contrato nos termos do n.º 3’* (do artigo 42.º Diretiva 2014/24/UE), já referido anteriormente (cfr. parte final do n.º 8 do artigo 23.º Diretiva 2004/14/CE e parte final do n.º 4 do artigo 42.º Diretiva 2014/24/UE).

Como decorre da parte final do n.º 4 do artigo 42.º da Diretiva 2014/14/UE, no n.º 13 do artigo 49.º do CCP, *‘é permitida, a título excecional, a fixação de especificações técnicas por referência, acompanhada da menção «ou equivalente», aos elementos referidos no número anterior quando haja impossibilidade de descrever, de forma suficientemente precisa e inteligível, nos termos do disposto nos n.ºs 2 a 4, as prestações objeto do contrato a celebrar’*.

§ 4. DOS PRINCÍPIOS QUE SE PRETENDEM SALVAGUARDAR AQUANDO DA FIXAÇÃO DAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS

EM PARTICULAR DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE DE TRATAMENTO, DA CONCORRÊNCIA EFETIVA E DA TRANSPARÊNCIA

Embora o TFUE não contenha disposições que regulem de forma direta os contratos públicos, as regras comunitárias em matéria de livre circulação, acabam por ter reflexos diretos na contratação pública, pela imposição, às entidades adjudicantes, do respeito pelo princípio da igualdade de tratamento⁴³. Pretende-se, acima de tudo, defender a liberdade de circulação de bens e prestação de serviços entre os Estados-membros e assim alicerçar-se a concretização de um mercado único efetivo, proibindo-se medidas discriminatórias que possam prejudicá-lo⁴⁴, nomeadamente em virtude da nacionalidade^{45 46}.

Decorre dos Considerandos (1) e (90) do Preâmbulo da Diretiva 2014/24/UE, o legislador comunitário pretendeu deixar patente não só a preocupação com a defesa do princípio da igualdade de tratamento, mas também com a defesa do princípio da transparência e da concorrência efetiva para a adjudicação dos contratos públicos. Todavia, em nossa opinião, torna-se necessário verificar, em cada procedimento pré-contratual, se a integração e defesa desses princípios são efetivamente acolhidas, nomeadamente, na forma como são fixadas as especificações técnicas, por parte das entidades adjudicantes.

Mesmo antes da referência explícita ao princípio da igualdade de tratamento nas atuais Diretivas comunitárias de contratação pública, já se considerava que este princípio permeava as anteriores gerações de Diretivas, como um princípio fundamental num contexto de contratação, abordado no processo ‘STOREBAELT’⁴⁷.

⁴³ Cfr. a título de exemplo, relativamente a decisões aparentemente a favor de uma aplicação incondicional dos princípios que decorrem do TFUE, o Processo C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH contra Telekom Austria AG e Herold Business Data AG* (‘Telaustria’) [2000] ECR I-10745, parágrafo 60 e ‘*Bent Moustén Vestergaard*’.

⁴⁴ Cfr. Conclusões do Advogado-geral COLOMER respeitantes ao Processo C-331/04, *AIT E.A.C. Srl e Viaggidi Maio Snc contra A.C.T.V. Venezia SpA, Provincia di Venezia e Comune di Venezia* [2005] ECR I-10111.

⁴⁵ Cfr. Processo C- 22/80, *Boussac Saint-Frères SA contra Brigitte Gerstenmeier* [1980] ECR 03427.

⁴⁶ Cfr. Processo C-264/03, *Comissão contra França* [2005] ECR I-8831, parágrafos 32 e 33 e Processo ‘*Bent Moustén Vestergaard*’, parágrafo 19.

⁴⁷ Cfr. Processo ‘*Storebaelt*’, parágrafo 33.

De facto, a sujeição de todos os proponentes às mesmas circunstâncias, em termos de igualdade de oportunidade e de tratamento, de forma a promover uma concorrência salutar, é vital e basilar nos procedimentos de contratação pública. Não será de estranhar a integração dessa mesma preocupação na formulação consagrada no n.º 2 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/UE, a qual estabelece que *‘as especificações técnicas devem permitir a igualdade de acesso dos operadores económicos ao procedimento de contratação e não podem criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência’*.⁴⁸

Essa preocupação, no que toca aos sobreditos princípios, ficou igualmente vincada na impossibilidade de serem feitas referências a um fabricante ou proveniência determinados, a um processo específico, a marcas comerciais patentes ou tipos, ou a uma origem ou produção determinada, pretendendo-se, desta forma, evitar que a fixação de especificações técnicas tivesse por efeito favorecer ou eliminar determinados operadores económicos ou determinados produtos (cfr. n.º 4 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/UE).

Ou seja, na prática, em termos de definição das especificações técnicas, tal representa que estas não podem corresponder a (meras) fotografias daquilo que é pretendido pelas entidades adjudicantes. Não obstante, por imperativos legais, muitas vezes tais especificações técnicas terão mesmo de corresponder a duplicados de (partes) da realidade (já) existente⁴⁹.

A prossecução pela defesa dos princípios da igualdade de tratamento e da concorrência foi transposta para o CCP, por via do n.º 1 do artigo 49.º, o qual refere que *‘as especificações técnicas (...) devem constar do caderno de encargos e são fixadas por forma a permitir a participação dos concorrentes em condições de igualdade e a promoção da concorrência’*. Ou seja, o CCP acolhe neste artigo não só a defesa de iguais condições de participação dos proponentes, condição essencial para estabelecer um apelo aos operadores económicos, como remete expressamente para a promoção da concorrência⁵⁰.

⁴⁸ De igual modo, também o Considerando (74) do Preâmbulo da Diretiva 2014/24/EU refere que *‘as especificações técnicas definidas pelos adquirentes públicos devem permitir a abertura dos contratos públicos à concorrência (...)’*.

⁴⁹ Cfr. neste sentido o Decreto-Lei n.º 72-C/2003, de 14 de abril de 2003, que aprova o Regulamento relativo aos pneus e à sua instalação nos automóveis e seus reboques, o qual preceitua no n.º 2 do artigo 23.º, que *‘todos os pneus montados num eixo devem ser do mesmo tipo, tal como definido no n.º 1 do artigo 10.º ao presente Regulamento’*. Por sua vez, na alínea a) do referido n.º 1 do artigo 10.º do regulamento, entende-se por *‘«tipo de pneu» uma categoria de pneus que não se diferenciam significativamente entre si no que respeita a: a) Marca ou firma do fabricante’*.

⁵⁰ De outra forma também não poderia ser, atento ao teor da alínea f) do artigo 81.º, alínea a) do artigo 99.º e 266.º da Constituição da República.

Embora a concorrência, aos olhos das Diretivas comunitárias referentes à contratação pública, não seja expressa como um princípio de contratação⁵¹, são inegáveis as referências e apelos a uma *concorrência efetiva*, tanto nos considerandos (1), (74), (90) e (92) constantes do Preâmbulo, como no artigo 42.º da Diretiva 2014/24/UE, concorrência essa, que mais não será do que o princípio da igualdade de tratamento, embora com outra aparência.

Deste modo, a fixação das especificações técnicas constantes do caderno de encargos, visa cumprir uma dupla função: por um lado, potenciar a igualdade de tratamento dos proponentes no que diz respeito à apresentação de propostas subordinadas a um objeto contratual inteiramente cognoscível, que é entendido de forma uniforme pelos eventuais proponentes, independentemente do seu Estado de origem; por outro, acautelar as tentativas de discriminação ou a criação de obstáculos às liberdades ou regras comunitárias em matéria de livre circulação^{52 53}.

Importa ainda referir o princípio da transparência, que, apesar de não ter sido alvo de definição por parte do TJUE⁵⁵, corresponde à ideia de abertura dos procedimentos concursais a todos os eventuais operadores económicos interessados, com o objetivo de prevenir o risco de favoritismo e arbitrariedade por parte das entidades adjudicantes⁵⁶.

Neste sentido, o princípio da transparência⁵⁷ deve ser expresso através da demonstração de: a) publicidade⁵⁸, b) regras claras⁵⁹, precisas e unívocas do procedimento adjudicatório, e c)

⁵¹ Cfr. neste sentido RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, 'Os princípios gerais da Contratação pública', in Estudos de Contratação Pública, I, Coimbra Editora, 2008, pág. 65, quando refere que, '*em termos tais que se afigura adequado encará-la ou qualificá-la como um verdadeiro princípio, e fundamental, como de resto fez o nosso legislador no artigo 1.º/4 do CCP*'.

⁵² Cfr. no sentido do respeito pelo princípio da igualdade de tratamento o Processo C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab contra Helsinginkaupunki e HKL-Bussiliikenne ('Concordia Bus Finland') [2002] ECR I-7213, parágrafo 85.

⁵³ Cfr. 'Bent Moustén Vestergaard' e Processo T-345/03, Evropaïki Dynamiki contra Comissão [2008] ECR II-341, parágrafo 143.

⁵⁵ Embora tenha sido reconhecido como princípio geral no Processo C-496/99, Comissão contra CAS Succhi di Frutta SpA ('Succhi di Frutta') [2004] ECR I-3801, parágrafos 109 a 111.

⁵⁶ Cfr. Processo C-458/03, Parking Brixen GmbH contra Gemein de Brixen e Stadtwerke Brixen AG 'Parking Brixen' [2005] ECR I-8585, parágrafo 72.

⁵⁷ Cfr. CLÁUDIA VIANA, Os princípios comunitários na contratação Pública, Coimbra Editora, 2007, pág. 157, quando refere que essa 'obrigação' de transparência, que as entidades adjudicantes devem respeitar, '*constitui uma garantia preventiva e uma condição indispensável para o exercício dos direitos de defesa dos operadores económicos interessados na celebração de um contrato*' e no mesmo sentido Processo 'Telaustria', parágrafo 62, o qual deduziu do princípio da igualdade a 'obrigação' de uma prévia publicidade.

⁵⁸ Cfr. Processo C-470/99, Universale-Bau AG contra Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH [2002], ECRI-11617, parágrafo 92.

limites à discricionariedade, medidas estas conducentes a uma tomada de decisão de adjudicação mais objetiva⁶⁰.

A salvaguarda dos três princípios basilares, da igualdade de tratamento, da transparência e da concorrência efetiva, está subjacente, tanto nas Diretivas 2014/24/EU e 2004/18/CE, como no CCP, que estabelecem que a fixação das especificações técnicas que devem constar do caderno de encargos, deva permitir que todos os operadores económicos interessados razoavelmente informados e normalmente diligentes⁶¹ conheçam o seu exato alcance e, portanto, possam interpretá-las da mesma maneira, de forma a adequarem as respetivas propostas ao procedimento em causa.

Pretende-se, deste modo, garantir a igualdade de oportunidades e tratamento para os operadores económicos eventualmente interessados na celebração de um contrato⁶², e também que a apresentação das propostas se faça tendo por base condições de concorrência efetiva⁶³.

⁵⁹ Cfr. Processo C-340/02, Comissão contra França [2004] ECR I-9845 e Processo C-299/08, Comissão contra França [2009] ECR I-11587, no sentido segundo o qual o princípio da transparência exige que o objeto de um contrato público e os critérios para a adjudicação do mesmo sejam determinados de uma forma clara.

⁶⁰ Cfr. Processo ‘Evropaiki Dynamiki’, parágrafos 144 e 145 e Processo T-297/05, IPK International – World Tourism Marketing Consultants GmbH contra Comissão [2011] ECR II-1859.

⁶¹ Cfr. quanto ao critério do proponente razoavelmente informado e normalmente diligente, Processo C-448/01, EVN AG, Wienstrom GmbH contra Áustria [2003] ECR I-14558 e Processo ‘Succhi di Frutta’.

⁶² Cfr. Processo C-225/98, Comissão contra França, (‘Nord-Pas-de-Calais’) [2000] ECR I-07445 e Processo C-231/03, Consorzio Aziende Metano contra Comune di Cingia de’Botti (‘Coname’), [2005] ECR I-07287, parágrafo 18.

⁶³ Cfr. Processo C-6/05, Medipac-Kazantzidis AE contra Venizeleio-Pananeio (PE.S.Y. KRITIS) [2007] ECRI-04557.

§ 5. DA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL A NÍVEL COMUNITÁRIO E NACIONAL

A jurisprudência do TJUE tem assumido um papel decisivo na conceção e na evolução do Direito Europeu dos contratos públicos⁶⁴, pelos contributos na densificação das sucessivas gerações de Diretivas comunitárias^{65 66}.

Como tal, impõe-se revisitar os acórdãos e/ou as decisões relativos aos processos que, no nosso entender, de forma mais marcante cunharam a jurisprudência e a legislação comunitária, no que à fixação das especificações técnicas diz respeito.

a. ‘DUNDALK’⁶⁷

Em 1987, a Comissão propôs contra o Estado Irlandês uma ação que tinha por objeto declarar que ao incluir, no procedimento relativo ao projeto de melhoramento da rede de abastecimento de água ao distrito de Dundalk, uma cláusula no caderno de encargos, segundo a qual as condutas de fibrocimento para canalizações sob pressão tinham de possuir um certificado de conformidade com a norma irlandesa 188-1975, nos termos do *Irish Standard Mark Licensing Scheme do Institute for Industrial Research and Standards*, a Irlanda não cumpriu as obrigações que lhe incumbiam nos termos do artigo 30.º do Tratado CEE (atual artigo 34.º do TFUE) e do artigo 10.º da Diretiva 71/305.

O TJUE destacou que o atual artigo 34.º do TFUE prevê a eliminação de todas as medidas dos Estados-membros que impeçam as importações no comércio intracomunitário, e passou a considerar que a inclusão de uma especificação técnica, como a que estava em causa, podia ter como resultado que os operadores económicos que produzam ou utilizem tubos equivalentes àqueles cuja conformidade com as normas irlandesas foi certificada, se abstenham de responder ao anúncio para apresentação de propostas.

Como tal, o TJUE concluiu que a inclusão da cláusula tinha, como resultado, reservar o fornecimento de condutas de canalização necessárias às obras de Dundalk unicamente aos

⁶⁴ Cfr. neste sentido MARIA JOÃO ESTORNINHO, Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma contratação pública sustentável, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 80.

⁶⁵ Cfr. ADRIAN BROWN, ‘*Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC Treaty*’, in Public Procurement Law Review, 2007, n.º 1, p. 20, quando apelida o regime europeu de contratação pública de ‘two-tier system’, constituído por dois níveis de exigências.

⁶⁶ Isso mesmo é reconhecido no Considerando (1) do Preâmbulo da Diretiva 2004/18/CE, quando invoca que se baseia na jurisprudência do TJUE.

⁶⁷ Cfr. Processo 45/87, Comissão contra Irlanda (‘DUNDALK’) [1988] ECR 04929.

fabricantes irlandeses – naquele caso, apenas à empresa que se encontrava reconhecida pelo referido instituto⁶⁸.

O TJUE não acolheu assim o entendimento do Governo irlandês, quando este objetou que o artigo 34.º do TFUE fosse aplicável, já que não havia, em qualquer caso, nenhuma barreira ao comércio, visto o concurso em litígio não respeitar à venda de mercadorias, mas à realização de obras⁶⁹, sendo as cláusulas respeitantes aos materiais a utilizar *acessórias*, ou seja, não respeitavam ao objeto do contrato.

Contudo, o TJUE, mesmo tendo considerado improcedente a alegada violação da Diretiva 71/305, por esta não ser aplicável aos concursos de empreitadas de obras públicas dos serviços de produção, distribuição e transporte de água e de energia, declarou que a Irlanda, ao permitir a inclusão da referida especificação técnica no convite à apresentação de propostas, não cumpriu com as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 34.º do TFUE.

Este acórdão acabou por marcar a jurisprudência quanto à fixação das especificações técnicas em termos de *equivalentes*, por via da qual as entidades adjudicantes são proibidas de introduzir especificações técnicas que mencionem produtos de uma determinada marca ou fonte, que favoreça ou elimine certos operadores económicos, a não ser que estas indicações sejam acompanhadas pela menção ‘ou equivalente’. Como tal, produtos que satisfaçam normas que deem garantias *equivalentes* em termos de segurança, rendimento e confiabilidade devem ser considerados pelos seus méritos e a nenhum deve ser negada a possibilidade de concorrer.

O caso ‘Dundalk’ é um marco na jurisprudência comunitária, visto revelar que a introdução de tais especificações técnicas torna o acesso ao mercado potencialmente mais difícil para os produtos de outros Estados-membros. Além do mais, abriu consideravelmente o âmbito de

⁶⁸ Constatou-se que só uma empresa foi reconhecida pelo *Institute for Industrial Research and Standards* nos termos da norma 188-1975 com vista a poder apor a marca normalizada irlandesa nos tubos do tipo exigido para efeitos do concurso de obras em questão, sendo que essa empresa estava estabelecida na Irlanda.

⁶⁹ Cfr. em sentido semelhante, mas relativamente à prestação de serviços, Conclusões do Advogado-geral Sir GORDON SLYNN, relativamente aos Processos C- 60 e 61/84, ‘Cinéthèque SA’ [1985] ECR 02605.

aplicação do artigo 34.º do TFUE, passando a abarcar não só situações respeitantes à venda de mercadorias, mas também à realização de obras públicas⁷⁰.

Concluindo, o Acórdão ‘Dundalk’ tem a virtualidade de, ao mesmo tempo, representar um novo posto de guarda, tanto na aplicação do artigo 34.º do TFUE no setor dos contratos públicos, como na limitação à utilização de normas nacionais como meio de utilizar o mercado comum para garantir a proteção territorial.

b. ‘UNIX’⁷¹

Em 1991, na sequência de um procedimento lançado por uma entidade adjudicante holandesa, para o fornecimento e manutenção de um posto de trabalho meteorológico, a Comissão considerou que o referido procedimento não cumpria as obrigações que lhe incumbiam nos termos do artigo 30.º do Tratado CEE (atual artigo 34.º do TFUE) e da Diretiva 77/62/CE, ao introduzir no caderno de encargos uma especificação técnica definida por referência a um produto de uma marca determinada.

Em relação à omissão da entidade adjudicante holandesa em acrescentar a menção ‘ou equivalente’, a seguir à designação do sistema operativo ‘UNIX’, o Governo holandês argumentou que aquele sistema operativo devia ser considerado, no setor das tecnologias da informação, uma prescrição técnica geralmente reconhecida pelos operadores e que, por este motivo, a menção seria inócua em termos técnicos⁷². Como tal, alegou que a ausência da menção ‘ou equivalente’ foi intencional, visto que o intuito era transmitir aos potenciais proponentes que a entidade adjudicante não se referia a um produto específico, mas a um produto com características técnicas definidas.

Além de ter desconsiderado por completo que a referida Diretiva só autoriza a indicação de marcas, acompanhada da menção ‘ou equivalente’, quando o objeto do contrato não possa ser descrito de outro modo através de especificações suficientemente precisas e perfeitamente inteligíveis para todos os interessados, não tomou em devida conta que o sistema operativo

⁷⁰ Sendo certo que as hipóteses em que, até aquele momento, o TJUE considerava que a aplicação de determinadas disposições do atual artigo 34.º do TFUE possa ser invocada, limitavam-se às que visavam ‘os entraves de natureza fiscal ou de efeito equivalente’. Neste sentido, cfr. parágrafo 22 das Conclusões do Advogado-geral DARMON no Processo ‘Dundalk’.

⁷¹ Cfr. Processo C-359/93, Comissão contra Países Baixos (‘UNIX’) [1995] ECR I-00157.

⁷² Nesse sentido, não deixa de ser irónico, que a própria Comissão, como apontou o Governo holandês, em anúncio de concurso publicado posteriormente, tenha feito nos mesmos moldes referência à especificação técnica do sistema informático ‘UNIX’.

‘UNIX’ não representa um sistema normalizado, mas sim, a designação da marca de um produto definido.

Para o que importa neste âmbito, o TJUE decidiu que ao introduzir no caderno de encargos uma especificação técnica definida por referência a um produto de uma marca determinada, sem ter acrescentado a menção «ou equivalente» a seguir ao termo ‘UNIX’, os Países Baixos não cumpriram as suas obrigações, ao abrigo do n.º 6 do artigo 7.º da Diretiva 77/62/CE e nos termos do artigo 34.º do TFUE⁷³.

O facto de apresentar uma referência exclusiva ao sistema operativo ‘UNIX’, como o sistema operacional requerido, sem acrescentar a menção ‘ou equivalente’ a seguir ao requisito, não só poderia ter dissuadido os operadores económicos que utilizam sistemas semelhantes ao ‘UNIX’ de participar e eventualmente apresentar propostas ao procedimento, mas também impedir o fluxo de importações no comércio intracomunitário, já referido anteriormente no Processo ‘Dundalk’.

c. ‘BENT MOUSTEN VESTERGAARD’⁷⁴

Em 2000, o órgão jurisdicional nacional dinamarquês Vestre Landsret remeteu ao TJUE, nos termos do artigo 234.º do Tratado CE, um pedido destinado a obter uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação dos artigos 6.º e 30.º do Tratado CE (que passaram, após alteração, a artigos 12.º e 28.º do TFUE), relativo ao litígio pendente naquele órgão jurisdicional entre Bent Mousten Vestergaard, carpinteiro, e Spøttrup Boligselskab, organismo público dinamarquês de habitação social.

A questão desencadeada no âmbito do litígio entre as referidas entidades foi suscitada relativamente à compatibilidade com o direito comunitário de uma cláusula constante das condições gerais do caderno de encargos do contrato público de empreitada relativo à construção de fogos para habitação promovido pela Spøttrup Boligselskab, que previa a utilização, para a execução da referida empreitada, de janelas de uma marca determinada.

Antes de mais, o TJUE recordou que, ainda que tais contratos estivessem excluídos do âmbito de aplicação das Diretivas comunitárias relativas aos contratos públicos, atendendo aos

⁷³ Cfr. em sentido semelhante, mas relativamente às Diretivas 93/37/CEE e 89/665/CEE, o Processo C-328/96, Comissão contra República da Áustria [1999] ECR I-7503.

⁷⁴ Cfr. Processo C-59/00, Bent Mousten Vestergaard contra Spøttrup Boligselskab (‘Bent Mousten Vestergaard’) [2001] ECR I-09505.

valores em questão, as entidades adjudicantes que os celebram estavam, no entanto, obrigadas, a respeitar as regras fundamentais do Tratado CE, repescando assim a jurisprudência constante do Processo ‘Telaustria’⁷⁵, das quais fazem parte a livre circulação de mercadorias, constante do artigo 34.º do Tratado.

De igual modo, o TJUE, tendo por base a jurisprudência já assente aquando do Acórdão ‘UNIX’, decide que o facto de não ter sido acrescentada a menção ‘ou equivalente’ a seguir à indicação no caderno de encargos de um determinado produto, pode não só dissuadir os operadores económicos que utilizem sistemas análogos a este produto de apresentar propostas, mas também de criar entraves no que respeita ao comércio intracomunitário⁷⁶, reservando o concurso apenas aos fornecedores que se proponham utilizar o produto especificamente indicado nas especificações técnicas do caderno de encargos.

Além disso, acaba igualmente por densificar o próprio trabalho jurisprudencial já realizado, visto invocar também o acórdão proferido na sequência do Processo ‘Dundalk’, no qual ficou balizado, de forma bem patente, que *‘ao inserir, no anúncio em litígio, o termo «ou equivalente», após a indicação da norma irlandesa, as autoridades irlandesas teriam podido controlar o respeito das condições técnicas sem reservar a obra à partida apenas aos proponentes que se propusessem utilizar materiais irlandeses’*.

Não será por isso de estranhar que o TJUE tivesse declarado que as entidades adjudicantes, fora do âmbito das Diretivas, incluindo nos casos abaixo dos limiares previstos na Diretiva, estavam obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado.

d. ‘MAX HAVELAAR’ E/OU ‘EKO’⁷⁷

Mais recentemente, em 2010, a Comissão requereu ao TJUE que fosse declarado que, no quadro da adjudicação pela província holandesa de Noord-Holland de um contrato público para o fornecimento e gestão de máquinas de café, que prescrevia nas especificações técnicas

⁷⁵ Cfr. Processo ‘Telaustria’ parágrafos 60 e 61, no sentido de que *‘(...) apesar de tais contratos estarem, na fase atual do direito comunitário, excluídos do âmbito de aplicação da Diretiva 93/38, as entidades adjudicantes que os celebram estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado em geral e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular (...) este princípio implica, nomeadamente, uma obrigação de transparência que permite à entidade adjudicante assegurar-se que o referido princípio é respeitado’*.

⁷⁶ Cfr. Processo ‘UNIX’, parágrafo 22.

⁷⁷ Cfr. Processo C-368/10, Comissão contra Países Baixos [2012] [ECLI:EU:C:2012:284].

do caderno de encargos os rótulos ‘Max Havelaar’⁷⁸ e/ou ‘EKO’⁷⁹, ou, pelo menos, rótulos baseados em critérios comparáveis ou idênticos, os Países Baixos não cumpriram as obrigações que lhe incumbem por força, entre outros, dos n.ºs 6 e 8 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE.

Na base desse requerimento, está o facto da referida Província pretender utilizar mais produtos biológicos e provenientes do comércio equitativo, sendo que essa Província já utilizava e pretendia continuar a utilizar produtos que contivessem os rótulos ‘Max Havelaar’ e/ou ‘EKO’ para o consumo de café e de chá, os quais foram tidos em consideração no anexo A do Caderno de Encargos, denominado ‘programa de exigências’.

Em sua defesa, o Reino dos Países Baixos argumentou que apenas ‘*pediu ou desejou*’ que fossem fornecidos produtos provenientes da agricultura biológica e do comércio equitativo, sendo a menção dos referidos rótulos ou de rótulos equivalentes ‘*apenas*’ explicativa dos critérios a respeitar.

Não foi esse o entendimento do TJUE, ao considerar que, a esse propósito, há que recordar que o alcance do caderno de encargos deve ser determinado colocando-nos na posição dos potenciais proponentes, dado que o objetivo dos processos de adjudicação de contratos públicos previstos pela Diretiva 2004/18/CE é, precisamente, garantir a esses proponentes estabelecidos na União Europeia o acesso aos concursos públicos que lhes interessem⁸⁰. Ora, no caso em apreço, o caderno de encargos não podia ser compreendido pelos eventuais proponentes de outra forma senão como visando a posse dos rótulos referidos no quadro da exigência em causa. Esse *ensejo* por parte da entidade adjudicante era muito mais do que isso, atendendo a que os proponentes deviam sempre satisfazer a referida exigência do caderno de encargos, tal como estava formulada, a qual remetia, de forma explícita e sem reserva, para os rótulos ‘EKO’ e/ou ‘Max Havelaar’.

⁷⁸ Corresponde a um rótulo privado gerido por uma fundação de direito civil holandesa, em conformidade com as normas estabelecidas por uma organização internacional de referência, a *Fairtrade Labelling Organisation*, com vista a favorecer a comercialização dos produtos provenientes do comércio equitativo, esse rótulo certifica que os produtos aos quais é concedido são comprados a organizações constituídas por pequenos produtores de países em desenvolvimento, a um preço e em condições justas.

⁷⁹ Corresponde a um rótulo privado, igualmente gerido por uma fundação de direito civil holandesa, concedido a produtos compostos por 95%, pelo menos, de elementos provenientes da agricultura biológica e que tem por objetivos favorecer a agricultura biológica.

⁸⁰ Cfr. Processo C-220/05, Jean Auroux e outros contra Commune de Roanne (‘Auroux’) [2007] ECR I-385.

O TJUE decidiu que a Província de Noord-Holland, ao exigir que certos produtos a fornecer ostentassem um determinado rótulo ecológico, em vez de fixar especificações técnicas pormenorizadas, estabeleceu uma especificação técnica incompatível com o disposto no n.º 8 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE.

O sobredito tribunal baseou-se na jurisprudência já assente ao decidir que a definição das especificações técnicas, no procedimento em questão, não cumpriu com as exigências em matéria de igualdade de tratamento, de não discriminação e de transparência, acabando por ter um efeito que desfavoreceu potenciais proponentes que não dispusessem das referidas especificações técnicas para os seus produtos.

e. ‘ESOP CONTRA MUNICÍPIO DE ALMADA’⁸¹

Em termos nacionais, importa destacar a ação administrativa sob a forma de contencioso pré-contratual, proposta pela ‘ESOP – Associação de Empresas de Software Open Source Portuguesas’, contra o Município de Almada, a 31 de Outubro de 2012, por constituir até à data o único litígio que incide exclusivamente sobre a definição das especificações técnicas relativas à aquisição de licenças de *software*.

O Município de Almada lançou em setembro de 2012 um concurso público, no valor de 550.000,00 EUR, em que nos termos da cláusula 1.ª do Caderno de Encargos *‘tem por objeto principal o fornecimento de licenciamento de software Microsoft, melhor identificado nas cláusulas técnicas’*. Por sua vez, a cláusula 27.ª do Caderno de Encargos, a qual contém as especificações técnicas refere que *‘pretende-se o fornecimento do licenciamento e serviços de manutenção com garantia de atualização dos seguintes produtos: 1) Microsoft Enterprise Agreement: a) a manutenção com garantia de atualização das licenças pertencentes ao Município de Almada, instaladas nos servidores e computadores dos serviços municipais, com duração de 3 anos (2013-2015); b) o licenciamento com manutenção e garantia de atualização do software, a instalar nos servidores e computadores dos serviços municipais, com duração de 3 anos (2013-2015); 2) School Agreement: o licenciamento com manutenção e garantia de atualização do software a instalar nos computadores das escolas do Ensino Básico do concelho, com duração de 3 anos (2013-2015); 3) o licenciamento com manutenção e garantia de atualização do software instalado nos computadores das bibliotecas e museus, com duração de 2 anos (2013-2014)’*.

⁸¹ Processo 945/12.5BEALM, Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada [sentença de 27.03.2013].

A ESOP alegou que tais normas concursais referentes às especificações técnicas iam contra o n.º 4 do artigo 1.º e os n.ºs 1, 12 e 13 do artigo 49.º do CCP e do n.º 2 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE.

O Município de Almada alegou, na respetiva contestação, que o objeto do contrato foi a aquisição de serviços de manutenção com licenças da marca ‘MICROSOFT’ por ser a opção que dava garantias de que os programas informáticos a adquirir funcionassem com o sistema já instalado, para além de dispensar a formação de funcionários. Além de que, ao adquirir *software open source*, teria de o testar, pois só assim se verificaria a sua compatibilidade com o sistema operativo já existente.

Contudo, o tribunal considerou que a exigência, em termos de especificações técnicas, de que as licenças do *software* fossem da marca ‘MICROSOFT’, violou o n.º 12 do artigo 49.º do CCP, que visa salvaguardar a existência de uma concorrência efetiva entre todos – ou pelo menos pela grande maioria – os operadores económicos.

De igual modo, entendeu que o município, perante a eventual dificuldade em elencar todas as especificações técnicas que se impõem para que o sistema informático continuasse a funcionar integralmente, podia ter utilizado a faculdade prevista no n.º 13 do artigo 49.º do CCP, ou seja, a fixação de especificações técnicas por referência, acompanhada da menção ‘ou equivalente’, o que não fez.

O tribunal concluiu, portanto, que as especificações técnicas do concurso lançado pela Câmara Municipal de Almada impediam qualquer empresa que não a própria ‘MICROSOFT’ (ou empresas intermediárias que se dediquem à revenda de licenças deste fabricante) de apresentar propostas⁸². Considerando ilegais, as normas concursais que restringiam a admissão a concurso dos produtos da marca ‘MICROSOFT’, o procedimento foi anulado a partir da fase de elaboração do caderno de encargos, por conter as especificações técnicas.

Trata-se, segundo sabemos, da primeira decisão judicial sobre esta matéria em Portugal, a qual transitou em julgado a 16 de abril de 2013, sem que o Município de Almada tenha interposto recurso.

⁸² De igual modo, o tribunal não considerou procedente o pedido feito pela ESOP para que o município fosse condenado a abrir novo concurso, visto competir a Município de Almada e não ao TAF de Almada, ponderar acerca da necessidade e/ou viabilidade de tal abertura.

§ 6. DOS ASPETOS A ATENDER PELAS ENTIDADES ADJUDICANTES NA FIXAÇÃO DAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS

Após discorrermos sobre a legislação comunitária e nacional em vigor, a jurisprudência, bem como sobre os princípios que se pretendem salvaguardar aquando da fixação das especificações técnicas que devem constar do caderno de encargos, importa sublinhar a importância da correta fixação das mesmas, pelas entidades adjudicantes, e analisar, na prática, eventuais implicações quando tal não se verificar.

Como vimos, as entidades adjudicantes não detêm plena discricionariedade no que concerne à redação dos respetivos cadernos de encargos⁸³, por terem de respeitar as exigências do artigo 49.º do CCP e artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE, de modo a *‘permitir a participação dos concorrentes em condições de igualdade e a promoção da concorrência’* (cfr. n.º 2 do artigo 49.º do CCP).

Sabemos que, sem prejuízo da aplicação de regras técnicas nacionais vinculativas, caso estas não contenham conteúdos contrários ao direito comunitário, as entidades adjudicantes devem fixar as especificações técnicas por referência a um conjunto bem definido de normas, quer europeias, quer internacionais (cfr. alínea a) do n.º 2 do artigo 49.º do CCP e alínea a) do n.º 3 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE). Quando estas normas não existirem para o objeto do contrato em questão, as entidades adjudicantes podem basear-se em normas nacionais, em homologações técnicas nacionais, ou em especificações técnicas nacionais em matéria de conceção, de cálculo e de realização de obras e de utilização de materiais (cfr. alínea b) do n.º 2 do artigo 49.º do CCP e segunda parte e alínea a) do n.º 3 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE). Além disso, em casos não subsumíveis aos referidos nas alíneas anteriores, as especificações técnicas devem ser elaboradas em termos de desempenho ou de exigências funcionais, desde que sejam suficientemente precisas para permitir a determinação do objeto do contrato pelos interessados e a escolha da proposta pelas entidades adjudicantes (cfr. alínea c) do n.º 2 do artigo 49.º do CCP e alínea b) do n.º 3 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE).

Assim, a miríade de possibilidades que são concedidas às entidades adjudicantes, no que concerne à fixação das especificações técnicas no caderno de encargos, permite assegurar, no nosso entender, a quase totalidade de circunstâncias que, na prática, podem surgir.

⁸³ Cfr. Processo 08648/12, Tribunal Central Administrativo Sul [12.04.2012].

Retomando o ponto fulcral do presente trabalho final, a legislação comunitária e nacional, estabeleceu, como regra geral, a proibição de fixação de especificações técnicas que façam referência a um fabricante ou uma proveniência determinado, a um processo específico de fabrico, a marcas, patentes ou modelos e a uma dada origem ou produção, que tenha por efeito favorecer ou eliminar determinadas entidades ou determinados bens (cfr. n.º 12 do artigo 49.º do CCP e primeira parte do n.º 8 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE). Porém, o legislador criou, em concomitância, um regime de exceção que admite as sobreditas referências, nomeadamente, a marcas ou modelos, desde que acompanhadas da menção ‘ou equivalente’, no caso ‘*de não ser possível uma descrição suficientemente precisa e inteligível do objeto do contrato*’ (cfr. segunda parte do n.º 8 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE) ou, como transposto para o n.º 13 do artigo 49.º do CCP, ‘*quando haja impossibilidade de descrever, de forma suficientemente precisa e inteligível, nos termos do disposto nos n.ºs 2 a 4, as prestações objeto do contrato a celebrar*’.

Perante esta abertura, importa garantir que as entidades adjudicantes sejam capazes de escapar, no nosso entender, a duas grandes tentações, no momento da fixação das especificações técnicas que devem constar do caderno de encargos: por um lado, a de considerar a eventual impossibilidade de descrição do objeto do contrato, nos termos dos n.ºs 2 a 4 do artigo 49.º do CCP, bastando-lhe fixar, por exemplo, a marca ou modelo do equipamento que pretende efetivamente adquirir, respaldando-se na formulação da menção ‘ou equivalente’; por outro lado, recorrer a um excessivo detalhe técnico, de forma a conduzir invariavelmente à aquisição de marcas ou modelos devidamente identificados, apesar de acompanhados da menção ‘ou equivalente’. Isto porque é fundamental relacionar a exigência da fixação das especificações técnicas no caderno de encargos com os princípios já mencionados de igualdade, concorrência efetiva e transparência, sob pena destes saírem prejudicados.

Em termos práticos, tomemos em consideração uma entidade adjudicante que pretende lançar um procedimento para a celebração de um contrato público que inclua tanto a prestação de serviço combinado móvel de voz e dados e móvel de dados, como o fornecimento de telemóveis.

Ao abrigo da Diretiva 2004/18/CE, a entidade adjudicante teria de fixar no caderno de encargos tanto as especificações técnicas da prestação do serviço combinado de telecomunicações (v.g., através da referência ao cumprimento dos requisitos funcionais e

técnicos mínimos definidos na Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, a qual aprovou a Lei das Comunicações Eletrónicas, na sua atual redação), como as especificações técnicas relativas aos telemóveis que pretenda adquirir. As especificações teriam de ser fixadas, por exemplo, através da indicação do peso, da dimensão, do sistema operativo, do ecrã tátil, do processador, da autonomia da bateria, etc., ou em termos de desempenho ou de exigências funcionais para outras características, mas sempre de forma a não favorecer ou eliminar determinadas entidades ou determinados bens, por exemplo, certos operadores de telecomunicações ou certas marcas e modelos de telemóveis⁸⁴.

O regime de exceção consagrado, apesar da respetiva redação não apontar nesse sentido, quer na Diretiva, quer no CCP, não deve ser utilizado, pelas entidades adjudicantes, como salvo-conduto para a inclusão das marcas ou modelos efetivamente ‘desejados’, independentemente de existirem outras possibilidades, as quais deixam de ser admitidas, mas que seriam igualmente capazes de cumprir com as respetivas necessidades. Isso seria reduzir à exceção, todo o quadro legislativo, relativo à fixação das especificações técnicas, eventualmente desprovido o restante artigo 49.º do CCP de qualquer aplicação prática.

Não obstante, admite-se que a tarefa de fixação de (certas) especificações técnicas possa ser mais fácil nuns casos do que noutros, quanto mais não seja pela dificuldade com que certas entidades adjudicantes se poderão deparar, caso sejam escassas as normas e especificações técnicas referentes ao objeto do contrato a celebrar. Contudo, essa aparente dificuldade, não deverá ser utilizada como subterfúgio para não se fixarem as especificações técnicas nos moldes exigidos pela legislação.

Por outro lado, em teoria – e, muitas vezes, na prática, é possível ser tão específico na fixação das especificações técnicas, que o procedimento fique limitado apenas a um operador económico, que só este possa responder aos requisitos técnicos exigidos. E isto mesmo sem definir marcas ou modelos. Estaríamos assim perante uma forma encapotada de eliminação da concorrência.

Como tal, será sempre de considerar a introdução de um limite ao grau de especificação tendo em conta o objeto do contrato a celebrar. Concretizando: se o fornecimento de telemóveis tem como objetivo assegurar as comunicações digitais, por exemplo, entre utilizadores de uma

⁸⁴ Cfr. Processo n.º 543/2010 [Acórdão n.º 24/2010], Tribunal de Contas [06.07.2010].

determinada entidade adjudicante, é indiferente se o sistema operativo é iOS ou Android; para tal, será suficiente que disponha de correio eletrónico, efetue e receba chamadas, etc.. Ao exigir um determinado sistema operativo, por exemplo, estará desde logo a excluir uma série de operadores económicos, que não disponham de tal sistema operativo nos equipamentos que comercializam.

As entidades adjudicantes não podem suprimir a tarefa morosa e, por vezes árdua em termos técnicos, de fixar as especificações técnicas que melhor se adequam às suas necessidades, optando por remeter, de forma indiscriminada, para o elenco de referências proibidas nos termos do n.º 12 do artigo 49.º do CCP.

Não sendo relativamente nova, no ordenamento jurídico nacional, a exigência da fixação das especificações técnicas, parte da controvérsia associada a tal exercício, decorre, a nosso ver, da unificação num só regime aplicável aos contratos públicos, que passou a abarcar, tanto as empreitadas, como as prestações de serviços e fornecimento, alterando de alguma forma, quer junto das entidades adjudicantes, quer junto dos operadores económicos, a atenção que sobre as especificações técnicas é colocada.

No fundo, é do maior interesse para as entidades adjudicantes, o respeito pelo regime constante da Diretiva 2004/18/CE e do CCP, no que toca à fixação das especificações técnicas. As entidades adjudicantes são as principais interessadas em que haja uma correspondência, a mais próxima possível, entre as necessidades que as levaram a dirigirem-se ao mercado e a solicitarem a apresentação de propostas para suprir tais necessidades, e o leque de possibilidades que é dado para que os operadores económicos apresentem as respetivas propostas.

Recorrer à exceção consagrada no n.º 13 do artigo 49.º do CCP é quase uma inversão de papéis, pois, em certa medida, as entidades adjudicantes passam a ficar dependentes dos operadores económicos e da respetiva lógica de mercado, a qual não se compadece necessariamente com a prossecução do interesse público.

Ainda utilizando o exemplo do contrato de fornecimento de telemóveis, caso uma entidade adjudicante fixe as especificações dos equipamentos que pretende adquirir, baseada, por

exemplo, nas normas nacionais transpostas da Diretiva 1999/5/CE⁸⁵, bem como, em termos do n.º 3 do artigo 49.º do CCP, nas características de desempenho ou de exigências funcionais (v.g., autonomia da bateria em *standby* superior a 250 horas e sistema operativo com interface tátil), sabe que essas são as respetivas necessidades, para as quais, terá resposta por parte dos operadores económicos, sem que tal coloque em causa as condições de igualdade e a promoção da concorrência.

Pelo contrário, caso as entidades adjudicantes remetam para um equipamento de uma marca específica, meramente acompanhado da menção ‘ou equivalente’, não só estão a reduzir a concorrência, como incorrem no risco a verem as peças do procedimento impugnadas, na parte relativa às especificações técnicas, por um operador económico que tenha ficado impossibilitado de apresentar proposta ao procedimento em causa⁸⁶ ou por um interessado que tenha legitimidade ativa.

De facto, os interessados que venham a ser preteridos do procedimento pré-contratual ou que sejam impedidos de apresentar propostas, por não cumprirem com os requisitos que são prescritos no caderno de encargos, atendendo às especificações técnicas que foram fixadas, podem requerer uma providência cautelar e a correspondente ação principal, no prazo de um mês após o ato final procedimental em causa, nos termos do artigo 101.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, por alegada violação do disposto no artigo 49.º do CCP. Entre as possíveis consequências que daí possam advir, será sempre de considerar a eventual decisão de supressão das especificações técnicas com carácter discriminatório, tendo por base o regime de invalidade contratual previsto no CCP⁸⁷.

Por outro lado, o simples risco de que, da ilegalidade constatada na fixação das especificações técnicas, resulte a alteração do resultado financeiro do procedimento, pode constituir fundamento de recusa do visto por parte do Tribunal de Contas, nos termos da alínea c) do n.º

⁸⁵ Diretiva 1999/5/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de Março de 1999 relativa aos equipamentos de rádio e equipamentos terminais de telecomunicações e ao reconhecimento mútuo da sua conformidade.

⁸⁶ Cfr. em termos de legitimidade ativa em processo de contencioso pré-contratual o Processo 01935/11.0BEBRG, Tribunal Central Administrativo Norte [12.10.2012].

⁸⁷ Por via da transposição da Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Dezembro de 2007, que altera as Diretivas 89/665/CEE e 92/13/CEE do Conselho no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos [JO L 335/31] (Diretiva ‘Recursos’), segundo a qual ‘os Estados-membros asseguram (...) prevejam poderes para (...) anular ou mandar anular as decisões ilegais, incluindo suprimir especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem do convite à apresentação de propostas, dos cadernos de encargos ou de qualquer outro documento relacionado com o procedimento de adjudicação do contrato em causa (...)’.

3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, recusa essa que irá colocar em causa a plena eficácia dos contratos sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos do n.º 1 do artigo 287.º do CCP.

Concluindo, consideramos que, para prevenir a eventual utilização indiscriminada do regime de exceção, por parte das entidades adjudicantes, na fixação das especificações técnicas que devem constar do caderno de encargos, e utilizando as palavras de MARGARIDA CABRAL, embora a outro respeito, o essencial não passará por uma *'mudança de regras, mas porventura, por uma mudança de mentalidades e da forma como se utilizam tais regras'*⁸⁸.

⁸⁸ Cfr. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, 'O concurso público no Código dos Contratos Públicos', *in* Estudos de Contratação Pública, I, CEDIPRE, Coimbra, 2008, pág. 181.

§ 7. CONCLUSÕES

1. Desde a primeira geração de Diretivas comunitárias relativas à contratação pública que a fixação de especificações técnicas que façam referência a um determinado fabricante ou proveniência, a um processo específico de fabrico, a marcas, patentes ou modelos e a uma dada origem ou produção é proibida pelo direito europeu dos contratos públicos;
2. Contudo, desde que justificadamente, existe a possibilidade de tal referência ser efetuada em circunstâncias tidas como excecionais, desde que sempre acompanhada da menção ‘ou equivalente’, no caso de não ser possível fixar, de forma suficientemente precisa e inteligível, as especificações técnicas que devem constar do caderno de encargos;
3. Com as bases lançadas pelas Diretivas Clássicas, foi sendo possível sedimentar, tanto na legislação comunitária, como nacional, a proibição de especificações técnicas que sejam catalisadoras de um potencial efeito discriminatório, salvaguardando-se, em termos efetivos, a publicidade dos procedimentos e a elaboração de um caderno de encargos que permita a verificação das especificações técnicas por parte dos operadores económicos, eventuais interessados ao procedimento; desta forma, há um inegável apelo para a apresentação de propostas que reflitam a diversidade das soluções técnicas, de modo a lograr um nível suficiente de concorrência;
4. Os casos jurisprudenciais descritos contribuíram para a densificação e compreensão dos limites que as entidades adjudicantes devem observar, aquando da fixação das especificações técnicas no caderno de encargos; de forma transversal a quase todos esses casos, verificava-se a inclusão de especificações técnicas discriminatórias, com o inerente favorecimento de determinados operadores económicos ou produtos em detrimento de outros;
5. Torna-se fundamental assegurar, em todas as fases do processo de adjudicação, tanto o respeito pelo princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos, eventuais proponentes, como o da transparência das especificações técnicas, devendo estas ser formuladas de forma a permitir a todos os interessados, razoavelmente informados e normalmente diligentes, conhecer o seu exato alcance e, portanto, interpretá-los da mesma maneira, em condições de concorrência efetiva;

6. Como tal, reiteramos que é à luz dos referidos princípios e na prossecução do interesse público, que as entidades adjudicantes deverão interpretar tanto o n.º 4 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/UE, como os n.ºs 12 e 13 do artigo 49.º do CCP, e não utilizar o recurso à exceção, respeitante à fixação das especificações técnicas a constar do caderno de encargos, de forma indiscriminada;
7. Aliás, nos termos do regime de invalidade contratual previsto no CCP, será sempre de considerar, como consequência para as entidades adjudicantes, a eventual decisão de suprimir as especificações técnicas discriminatórias constantes do caderno de encargos e, no limite, a anulação do procedimento pré-contratual, risco esse que não é, de todo, despiciendo, nem será de desconsiderar aquando da fixação das especificações técnicas que venham a constar do caderno de encargos de futuros procedimentos;
8. Pese embora as Diretivas comunitárias de 2004, já transpostas para o CCP, terem vindo reforçar a salvaguarda dos princípios da igualdade, transparência e concorrência efetiva, no regime de fixação de especificações técnicas, interpretamos que, na prática, tal não tenha ainda resultado numa maior preocupação por parte das entidades adjudicantes na elaboração do caderno de encargos; em contrapartida, assiste-se cada vez mais a uma maior atenção por parte dos eventuais proponentes, na respetiva interpretação e análise;
9. O n.º 4 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/UE introduz limitadas alterações ao quadro legislativo comunitário vigente; em abono da verdade, tal comporta uma mera adaptação e/ou ajustes em termos de uniformização do texto, relativamente ao n.º 8 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE.
10. Conclui-se que terá eventualmente de se consagrar um regime de exceção mais restritivo do que aquele que consta do n.º 4 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24/UE e do n.º 8 do artigo 23.º da Diretiva 2004/18/CE, transposto para o n.º 13 do artigo 49.º do CCP, para que este não funcione praticamente como o regime supletivo por parte das entidades adjudicante, no que à fixação das especificações técnicas diz respeito.

§ 8. REFERÊNCIAS

a. BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Amaral e SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *'A inexistência de concorrência e a aplicação do regime de contratação pública'*, in *Temas de Contratação Pública I*, Coimbra Editora, 2011, págs. 219 a 235

AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo, Volume II*, Almedina, Coimbra, 2001

APOSTOL, Ramona, *'Formal European standards in public procurement: a strategic tool to support innovation'*, in *Public Procurement Law Review*, n.º 2, 2010, págs. 57 a 72

ARROWSMITH, Sue e KUNZLIK, Peter, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009

ARROWSMITH, Sue, *'The application of the EC Treaty rules to public and utilities procurement'*, in *Public Procurement Law Review*, n.º 6, 1995, págs. 255 a 280

ARROWSMITH, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet & Maxwell, Londres, 2005

ASSIS RAIMUNDO, Miguel, *'O objecto sujeito à concorrência de mercado no Código dos Contratos Públicos'*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, IV*, Coimbra Editora, 2012, págs. 675 a 695

BROWN, Adrian, *'Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC Treaty'*, in *Public Procurement Law Review*, 2007, n.º 1, pág. 20

ESTORNINHO, Maria João, *'A recente transposição da Directiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro, no ordenamento jurídico português'*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, 2011, págs. 21 a 30

ESTORNINHO, Maria João, *'A transposição das Directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de Março, e a elaboração de um Código dos Contratos Públicos'*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, 2006, págs. 10 a 20

ESTORNINHO, Maria João, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma contratação pública sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012

ESTORNINHO, Maria João, *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006

FERNANDEZ MARTIN, José María, '*Note on Case C-359/93 Commission v. The Netherlands (the 'UNIX' case)*', in *Public Procurement Law Review*, n.º 4, CS74-CS79, 1995

FONSECA, Isabel Celeste M., *Direito da contratação pública – uma introdução em dez aulas (Manuais universitários)*, Coimbra, Almedina, 2009

GONÇALVES, Pedro Costa, '*Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)*', in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, I, Coimbra, 2012, págs. 479 a 516

OLIVEIRA, Mário Esteves de e OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, 2011

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, '*Os princípios gerais da Contratação pública*', in *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra Editora, 2008, págs. 51 a 113

SAMPAIO, Raquel, '*Distorções da concorrência na participação em procedimentos de contratação pública*', in *Estudos de Contratação Pública*, IV, Coimbra Editora, CEDIPRE, 2013, págs. 487 a 536

SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, Almedina, 2009

AA.VV.. *Código dos Contratos Públicos e legislação complementar — guias de leitura e aplicação*, Vieira de Almeida & Associados, Coimbra, 2008.

AA.VV.. *Contratação Pública e Concorrência (Organização: Cláudia Trabuco e Vera Eiró)*, Almedina, 2013.

b. JURISPRUDENCIAIS

i. COMUNITÁRIAS

Processo C-8/74, Procureur du Roi contra Benoît and Gustave ‘Dassonville’ [ECLI:EU:C:1974:82]

Processo C-120/78, Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (‘Cassis de Dijon’) [ECLI:EU:C:1979:42]

Processo C-76/81, SA Transporouteettravaux contra Ministère des travaux publics [ECLI:EU:C:1982:49]

Processo C-249/81, Comissão contra Irlanda [ECLI:EU:C:1982:402]

Processo 31/87, Gebroeders Beentjes BV contra Países Baixos (‘Beentjes’) [ECLI:EU:C:1988:422]

Processo C-45/87, Comissão contra Irlanda (‘Dundalk’) [ECLI:EU:C:1988:435]

Processo C-3/88, Comissão contra Itália (‘RE DATA Processing’) [ECLI:EU:C:1989:606]

Processo C-21/88, DuPont de Nemours Italiana S.p.A. contra Unitá Sanitaria locale n.º 2 de Carrara [ECLI:EU:C:1990:121]

Processo C-360/89, Comissão contra Itália [ECLI:EU:C:1992:235]

Processo C-243/89, Comissão contra Dinamarca (‘Storebaelt’) [ECLI:EU:C:1993:257]

Processo C-324/93, (‘Evans Medical’) [ECLI:EU:C:1995:84]

Processo C-359/93, Comissão contra Países Baixos (‘UNIX’) [ECLI:EU:C:1995:14]

Processo C-328/96, Comissão contra Áustria [ECLI:EU:C:1999:526]

Processo C-225/98, Comissão contra França, (‘Nord-Pas-de-Calais’) [ECLI:EU:C:2000:494]

Processo C-324/98, Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH contra Telekom Austria AG e Herold Business Data AG (‘Telaustria’) [ECLI:EU:C:2000:669]

Processo C-59/00, Bent Moustén Vestergaard contra Spøttrup Boligselskab (‘Bent Moustén Vestergaard’) [ECLI:EU:C:2001:654]

Processo C-285/99, Impresa Lombardini SpA – Impresa Generaledi Costruzioni contra ANAS - Entenazionale per lestrade e Società Italiana per Condotte d'AcquaSpA [ECLI:EU:C:2001:640]

Processo C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab contra Helsinginkaupunki e HKL-Bussiliikenne (‘Concordia Bus Finland’) [ECLI:EU:C:2002:495]

Processo C-470/99, Universale-Bau AG contra Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH [ECLI:EU:C:2002:746]

Processo C-448/01, EVN AG, Wienstrom GmbH contra Áustria [ECLI:EU:C:2003:651]

Processo C-340/02, Comissão contra França [ECLI:EU:C:2004:623]

Conclusões do Advogado-geral COLOMER respeitantes ao Processo C-331/04, AIT E.A.C. Srl e Viaggidi Maio Snc contra A.C.T.V. Venezia SpA, Provincia di Venezia e Comune di Venezia [ECLI:EU:C:2005:529]

Processo C-231/03, Consorzio Aziende Metano contra Comune di Cingia de'Botti ('Coname'), [ECLI:EU:C:2005:487]

Processo C-458/03, 'Parking Brixen' [ECLI:EU:C:2005:605]

Processo C-264/03, Comissão contra França [ECLI:EU:C:2005:620]

Processo C-220/05, Jean Auroux e outros contra Commune de Roanne ('Auroux') [ECLI:EU:C:2007:31]

Processo T-345/03, Evropaiki Dynamiki contra Comissão [ECLI:EU:T:2008:67]

Processo C-299/08, Comissão contra França [ECLI:EU:C:2009:769]

Processo C-226/09, Comissão contra Irlanda [ECLI:EU:C:2010:697]

Processo T-297/05, IPK International - World Tourism Marketing Consultants GmbH contra Comissão [ECLI:EU:T:2011:185]

Processo C-368/10, Comissão contra Países Baixos ('Max Havelaar' e/ou 'EKO') [ECLI:EU:C:2012:284]

Processo C-100/12, Fastweb SpA contra Azienda Sanitaria Locale di Alessandria [ECLI:EU:C:2013:448]

ii. NACIONAIS

Processo 07952/11, Tribunal Central Administrativo Sul [27.10.2011]

Processo 08433/12, Tribunal Central Administrativo Sul [23.02.2012]

Processo 08648/12, Tribunal Central Administrativo Sul [12.04.2012]

Processo 01935/11.0BEBRG, Tribunal Central Administrativo Norte [12.10.2012]

Processo 00028/12.8BEMDL, Tribunal Central Administrativo Norte [30.11.2012]

Processo 945/12.5BEALM, Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada [27.03.2013]

Processo n.º 543/2010 [Acórdão n.º 24/2010], Tribunal de Contas [06.07.2010]

Processo n.º 1303/2010 [Acórdão n.º 40/2010], Tribunal de Contas [03.11.2010]

O presente trabalho final foi redigido utilizando a grafia atualizada resultante do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990.